

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
33

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2025

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi Yayınları, 42150, Konya, Türkiye

Selcuk University Press, 42150, Konya, Türkiye

Yayına Başlangıç: 1979

Start of Broadcast: 1979

Yayıncı Sertifika Numarası: 43463

Publisher Certificate Number: 43463

Selçuk Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law

Rektör | Rector

Prof. Dr. Hüseyin YILMAZ

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

hsumer@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Editör | Editor

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

cansuolmez@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Dr. Öğr. Üyesi Murat AÇIL

muratacil@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Dr. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Nedime Tuğçe YİĞİT

ntozyilmaz@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Yasemin TÜRKMENOĞLUI

yaseminavci@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Zeynep Sena ÖZAYDIN

zeynep.acar@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Enes EKŞİ

enes.eksi@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU

Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Arş. Gör. Muhammet Emin ORDU

muhammet.ordu@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Türkiye

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udapudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Musa Aygöl
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Türkiye



+90 332 241 00 45



+90 332 241 01 05



selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd



hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Türkiye



+90 332 241 18 47



selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Haziran 2025

Publication Date: June 2025

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.

Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayımlanabilir olduğu yönünde görüş bildirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünüme alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri	Research Articles
YAPAY ZEKÂNIN ŞİRKET YÖNETİMİNE OLASI KATKILARININ KURUMSAL YÖNETİM KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	877-911
AN ASSESSMENT OF THE POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO CORPORATE MANAGEMENT WITHIN THE SCOPE OF CORPORATE GOVERNANCE	
İrem TORE	
KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU VERİLERİ İŞİĞİNDA DEVLET BAŞKANLIĞINA VEKÂLET: PROBLEMLER VE ÖNERİLER	913-961
THE SUBSTITUTION OF THE STATE PRESIDENT IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW DATA: PROBLEMS AND SUGGESTIONS	
Eyüp Kaan DEMİRKIRAN	
AFRİKA'DA İNSAN HAKLARI: AFRİKA'DA İNSAN HAKLARININ KORUNMASINA YÖNELİK SİYASİ MANZARA VE KURUMSAL YAPILAR	963-1012
HUMAN RIGHTS IN AFRICA: POLITICAL LANDSCAPE AND INSTITUTIONAL ARCHITECTURE FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN AFRICA	
Amare Tesfaye CHEKOL	
TÜRK HUKUKUNDA EŞİN KATILMA ALACAĞININ TEREKEDEN ÖDENMESİ SORUNU	1013-1040
PAYMENT OF THE SPOUSE'S PARTICIPATION CLAIM FROM THE ESTATE IN TURKISH LAW	
Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK	

RECOGNITION OF THE TALIBAN'S GOVERNMENT FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW 1041-1058

TALİBAN HÜKUMETİNİN TANINMASI: ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Kayser NASRAT

OLAN ve OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKINA DAİR BAZI DÜŞÜNCELER 1059-1097

SOME REFLECTIONS ON THE CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE LIGHT OF THE LAW AS IT STANDS AND THE LAW AS IT SHOULD BE SUMMARY

Arif KALKAN

SOSYAL MEDYA ADLARININ ŞİRKETE SERMAYE OLARAK KONULMASI 1099-1135

THE CONTRIBUTION OF SOCIAL MEDIA NAMES AS CAPITAL TO THE COMPANY

Şerafettin EKİCİ

BANKALARIN TELEFONDA MESAFELİ OLARAK KURDUKLARI KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE CAYMA HAKKININ KULLANILMASINDAKİ GÜÇLÜĞÜN HAKSIZ TİCARİ UYGULAMA VE HAKSIZ REKABET OLUŞTURMASI 1137-1168

THE SUBSTITUTION OF THE STATE PRESIDENT IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW DATA: PROBLEMS AND SUGGESTIONS

Fatma İtir BİNGÖL

TAKSİRLİ SUÇTA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EKLENEN HAREKETLERİ VE NETİCENİN OBJEKTİF ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ (K. 2015/146) DEĞERLENDİRİLMESİ 1169-1208

THE ADDED ACTIONS OF THE THIRD PARTY IN CRIMINAL NEGLIGENCE AND THE OBJECTIVE FORESEEABILITY OF THE CONSEQUENCE: THE EXAMINATION OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY OF CRIMINAL CHAMBERS (NO. 2015/146)

Derya TEKİN

KARAYİPLER ADALET DİVANI VE KARAYİPLER TOPLULUĞU BÜTÜNLEŞMESİNİN YASALLAŞMASI 1209-1249
 CARIBBEAN COURT OF JUSTICE AND THE LEGALIZATION OF CARIBBEAN COMMUNITY INTEGRATION
 Kamuran REÇBER & Samet YILMAZ

YUNANİSTAN TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEN TÜRK KARASU-LARININ GENİŞLİĞİNİN LOZAN BARIŞ ANDLAŞMASI İLE 3 MİL OLARAK BELİRLENDİĞİNE DAİR TEZİN ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİL-MESİ 1251-1283
 EVALUATION OF THE THESIS PROPOSED BY GREECE ON THE DETERMINATION OF THE BREADTH OF TURKISH TERRI-TORIAL WATERS AS 3 MILES BY THE LAUSANNE PEACE TRE-ATY WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL TREATI-ES LAW
 Tuğçe İSAYEV

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA MİLLETLERARASI ANTLAŞMALARIN ONAYLANMASINA DAİR KURAL VE İSTİSNALAR REJİMİNİN ANALİZİ (İSVEÇ VE FİNLANDİYA'NIN NATO'YA KATILIM SÜRECİ ÖRNEKLİĞİNDE BİR DEĞERLENDİRME) 1285-1320
 ANALYSIS OF THE LEGAL REGIME -RULES AND EXCEPTIONS- ABOUT RATIFICATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN TURKISH CONSTITUTIONAL LAW (AN EVALUATION THROUGH THE EXAMPLE OF ACCESSION PROCESS OF SWEDEN AND FINLAND TO NATO)
 Halit Serhan ERCİVELEK

2024/2853 SAYILI AB DİREKTİFİ ÇERÇEVESİNDE YAZILIMDAN KAYNAKLANAN ÜRÜN SORUMLULUĞU VE BUNUN SINIRLARI 1321-1350
 SOFTWARE-RELATED PRODUCT LIABILITY AND LIMITATIONS UNDER EU DIRECTIVE 2024/2853
 Ayşe ARAT

GREV OYLAMASINA İLİŞKİN TÜRK İŞ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİNE UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ EVALUATION OF THE COMPLIANCE OF THE REGULATIONS IN TURKISH LABOR LAW ON STRIKE BALLOT WITH THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION DOCUMENTS Muharrem Emre ULUSOY	1351-1399
GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİP BAKIMINDAN ADİ KEFİLİN TARTIŞMA DEF'İ THE DISPUTE DEFENCE OF ORDINARY SURETY IN TERMS OF ORDINARY EXECUTION PROCEEDINGS Ferhat ÇELİK	1401-1445
KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ (TCK M. 109/5) COMMITTING THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY FOR SEXUAL PURPOSE (TPC ART. 109/5) Fulya KORKMAZ	1447-1486
VERİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMİYEN İDAREYE KARŞI İDARİ PARA CEZASI UYGULANMAMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER THOUGHTS ON THE NON-APPLICATION OF ADMINISTRATIVE FINE FOR THE ADMINISTRATION NOT FULFILLING ITS DATA PROTECTION OBLIGATION Ayşe Aslı ALÇIN	1487-1520
ÖĞRETİM ELEMANLARININ YILLIK İZİN KULLANIMINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER EVALUATIONS ON THE USE OF ANNUAL LEAVE BY ACADEMIC STAFF Ceren ŞAKAR	1521-1563
ALMAN HUKUKUNDA FESİHTEN ÖNCE İŞÇİNİN UYARILMASI GEREKEN DURUMLAR VE ŞARTLARI	1565-1604

SITUATIONS AND CONDITIONS IN GERMAN LAW WHERE
THE EMPLOYEE MUST BE WARNED BEFORE TERMINATION
Hasan KAYIRGAN

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA
KANUN'DA DÜZENLENEN MİSLİ İLE DEĞİŞİM SEÇİMLİK
HAKKININ NİTELİĞİ VE İCRASI** **1605-1643**

THE CONCEPT AND EXECUTION OF THE OPTIONAL RIGHT
TO REPLACEMENT OF DEFECTIVE GOODS REGULATED IN
THE CONSUMER PROTECTION LAW NO. 6502

Tuğçem SEÇER & Mehmet Alper NACAR

KAMBIYO SENETLERİNDE TAHRİFAT KAVRAMI **1645-1676**
ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

SOME EVALUATIONS ON THE CONCEPT OF
FALSIFICATION IN NEGOTIABLE INSTRUMENTS

Nevin MERAL

YAPAY ZEKÂNIN ŞİRKET YÖNETİMİNE OLASI KATKILARININ KURUMSAL YÖNETİM KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üye. İrem TORE*

Öz

Yapay zekânın anonim şirketlerde kullanımı her geçen gün artmaktadır. Şirketler hukuku da yapay zekâ teknolojilerinden etkilenen bir alan haline gelmektedir. Bu çalışma, şirket yönetimi açısından yapay zekânın kurumsal yönetime olası katkısını değerlendirecektir.

Kurumsal yönetimin çözüm arayışında olduğu konu, halka açık şirketlerde şirket yöneticileri ile pay sahipleri arasında ortaya çıkan çıkar çatışması, yani vekâlet sorunudur. İnsan doğası gereği kendi çıkarları doğrultusunda kararlar alma eğilimindedir. Bu nedenle vekilin karar alırken asilin menfaatleri doğrultusunda hareket etmesini sağlamak zordur. Yapay zekâ bir kişilik veya bağımsız karar verici olarak kabul edilmez, ancak karar alma sürecinde tarafsız bir araç olarak kullanılarak, yöneticiler ve pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını azaltabilir. Hukuki sorunlar, yapay zekânın şirket yönetiminde nasıl kullanılabileceği konusunda bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu çalışmanın sonucu, yapay zekânın bir yönetim kurulu üyesi olarak değil,

* Dr. Öğr. Üye., Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Uluslararası Ticaret ve Finansman Bölümü, Adana, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Adana Alparslan Türkeş Science and Technology University, International Trade and Finance Department, Adana, Türkiye

✉ itore@atu.edu.tr • ORCID 0000-0002-2359-7685

✎ **Atf Şekli** | **Cite As:** TORE, İrem: “An Assessment of the Possible Contributions of Artificial Intelligence to Corporate Management within the Scope of Corporate Governance”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 877-911.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

yönetim kurulu asistanı olarak kullanılmasının yasal olduğu ve bu durumun kurumsal yönetimi destekleyeceği yönündedir.

Anahtar Kelimeler

• Yapay Zekâ • Kurumsal Yönetim • Yönetim Kurulu • Karar Alma • Şirketler Hukuku

AN ASSESSMENT OF THE POSSIBLE CONTRIBUTIONS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE TO CORPORATE MANAGEMENT WITHIN THE SCOPE OF CORPORATE GOVERNANCE

Abstract

The use of artificial intelligence in companies is increasing day by day. Corporate law is also becoming an area affected by artificial intelligence technologies. This study evaluates the possible contribution of artificial intelligence to corporate governance in terms of management.

The issue corporate governance seeks to solve is the conflict of interest, that is, the agency problem, that arises between company managers and shareholders in public companies. By nature, human-beings tend to make decisions in line with their own interests. Therefore, it is difficult to ensure that the agent acts in line with the principal's interests when making decisions. Artificial intelligence cannot be considered to have a personality or an independent decision-maker, but it can be used as a neutral tool in the decision-making process, reducing conflicts of interest between managers and shareholders. Legal problems require an evaluation of how artificial intelligence can be used in company management. The main conclusion of this study is that artificial intelligence as an assistant of the board, rather than as a director, is lawful and promotes corporate governance.

Keywords

• Artificial Intelligence • Corporate Governance • Board of Directors • Decision Making • Corporate Law

INTRODUCTION

Although artificial intelligence (AI) is now on the verge of playing a crucial role in the management of companies, its importance has long been ignored.¹ Yet, times have changed. In 2014, Deep Knowledge Ventures, a Hong Kong-based company, announced that it had appointed

¹ Drucker put forward that "The computer does not make decisions; it only executes commands. It's a total moron." See **DRUCKER**, Peter F.: "The Manager and the Moron" McKinsey Quarterly, 3(4), 1967, p. 49.

an algorithm called Vital to its board of directors (BoDs) as a member and give it the right to vote on investment decisions.² The reason for Vital's appointment as a board member was its ability to evaluate the company's situation by evaluating historical data and revealing trends that are not immediately noticeable to human beings.³ The ever-growing big data also made companies to make huge investment on AI. A survey undertaken by NewVantage Partners' in 2020 shows rapidly increasing traction to AI within companies. Based on 70 leading companies, survey results show that AI-enabled systems in companies are expanding rapidly as 98.8 percent of companies are investing in big data and AI initiatives, with 64.8 percent investing more than \$50 million.⁴

Witnessing such a remarkable expansion of AI in companies makes it possible to claim that one of the fields that interacts with AI is corporate law. Essentially, it can be said that the relationship between corporate law and AI is a reciprocal. While on the one hand AI is easing the commercial life, on the other hand, with the introduction of AI into commercial life, legal regulation has begun to be needed. After all, the BoDs is one of the fundamental subjects of corporate law. With the assumption that AI is becoming a critical force shaping the modern business landscape, corporate law will have to deal with novel and unprecedented types of legal problems.⁵ Since the legal liability of AI is a field of research in itself,

² **MÖSLEIN**, Florian: Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law, **BARFIELD**, Woodrow/ **PAGALLO**, Ugo (Editors) Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, 1st edition, Edward Publishing Limited 2018, p. 1; **WİLE**, Rob, A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to its Board of Directors, Business Insider, 13 May 2014, < <http://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T> > (Accessed on 29.05.2024).

³ **ZOLFAGHARIFARD**, Ellie, Would You Take Orders from a Robot? An Artificial Intelligence Becomes the World's First Company Director, Daily Mail, 19 May 2014, < <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html> > (Accessed on 29.05.2024).

⁴ NewVantage Partners Releases 2020 Big Data and AI Executive Survey, BUSINESSWIRE
<https://www.businesswire.com/news/home/20200106005280/en/New-Vantage-Partners-Releases-2020-Big-Data-and-AI-Executive-Survey> (Accessed on 29.05.2024).

⁵ **MÖSLEIN**, Florian, (Çeviren: Çınar, Sevda Bora): "Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku", 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, p. 703.

this study will only evaluate the possible contributions of AI to corporate governance.⁶

The fundamental issue of corporate governance revolves around balancing the interests of various stakeholders. Essentially, it's about ensuring that companies are run efficiently and in a way that meets the needs and expectations of all involved parties. Corporate board directors are continuously tasked with harmonizing the interests of the board, management, investors, shareholders, and stakeholders. They carry out their duties and responsibilities with a strong emphasis on transparency and accountability. Corporate boards are entrusted with providing oversight, insight, and foresight. This is no easy feat in the current marketplace, which is both complex and volatile. The use of computer science and algorithms to gather and interpret data, recognize patterns, make forecasts, and address issues has made substantial progress. It is also progressing in its capacity to enhance its own performance through machine learning. In this respect, incorporating AI in fulfilling the BoDs' duties and responsibilities can enhance the effectiveness of corporate governance. However, the fact that Turkish commercial legislation has been prepared based on human-managers raises the question to what extent AI can be incorporated to the BoDs.

⁶ **SALES**, Lord: "Algorithms, Artificial Intelligence and the Law", 25 *Judicial Review*, 2020, p. 48; **SURDEN**, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", 35 *Georgia State University Law Review*, 2019, p. 1335; **YÜNLÜ**, Semih: "Current Developments on Artificial Intelligence and Liability for Robot Caused Damages", 26 *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, p. 189-213; **GÜNER**, Cemil: "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk" 15 *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, p. 229-272; **ERCAN**, Cannur: "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri", 40 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, p. 19-51; **BAK**, Başak: "Madeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", 9 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, p. 211-232; **GÖZÜBÜYÜK**, Barış: "Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası Katkıları", 11(2) *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, p. 1184-1212; **EROĞLU**, Muzaffer/**KARATEPE KAYA**, Meltem: "Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations", 23 *European Business Organization Law Review*, 2022, p. 541-5721; **KARATEPE KAYA**, Meltem: "Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler", 25(3) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, p. 69-106.

With the aim of seeking an answer to this question in this article, the concept of AI will first be defined. In order to link AI with corporate governance, the basic features of companies will be examined in the following section. Then, it will be explained why it is not possible for AI to be a board member according to Turkish Corporate Law. After examining possible legal problems, areas the BoDs can benefit from AI will be identified and suggestions will be made regarding the contributions of AI to corporate governance of companies.

I. THE DEFINITION OF AI

There are many definitions of AI because it has been applied in many different domains and scholars have defined it in various ways with different focus.⁷ This section aims to describe AI for the convenience of the discussions on AI's role in the boardroom.

The challenge in defining AI is not so much in the idea of artificiality as it is in the conceptual ambiguity of intelligence since AI definitions are typically based on human nature and traits and because humans are thought to be the only things with intelligence,⁸ Terminologically, artificial is defined as something lacking in natural quality, and associated with machines such as computers. Intelligence is defined as the ability to learn or understand and the skilled use of reason.⁹ AI is programmed to follow human instructions. This means that AI is unable to determine why it follows a specific instruction. In another saying, AI lacks the ability of reasoning, but it would not be wrong to state that it learns from data. Thus, it cannot be regarded to be genuinely intelligent.

AI is rapidly evolving; however, it appears that there is no consensus on a specific and widely accepted definition. In order to link

⁷ The term "artificial intelligence" was first introduced **MCCARTHY**, John: What is Artificial Intelligence?, Stanford University, 2007, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (Accessed on 29.05. 2024). In this definition, 'intelligence' was the main focus for defining AI. Following McCarthy, **HOSSEIN JARRAHI**, Mohammad: "Artificial Intelligence and the Future of Work: Human-AI Symbiosis in Organizational Decision Making", 61(4) Business Horizons, 2018, p. 577-586; **RAO**, Anand: "AI: Everywhere and Nowhere (Part 1)", Insurance Thought Leadership (June 2, 2016), <http://insurancethoughtleadership.com/ai-everywhere-and-nowhere-part-1/> relied on the term "intelligence".

⁸ **ZHAO**, Jingchen: "Artificial Intelligence and Corporate Decisions: Fantasy, Reality or Destiny", 71(4) Catholic University Law Review, 2022, p. 668.

⁹ Merriam-Webster Dictionary <https://www.merriam-webster.com/dictionary/intelligence>

the definition of AI with its future function in the boardroom, one should move away from the notion of "intelligence" and focus on thinking or acting rationally and being goal-driven because this function is strongly tied to both the human-centric and rationalist definitions of the notion. Accordingly, AI may be defined as the technology that functions appropriately to automate tasks that "normally require human intelligence".¹⁰ According to this definition, AI is primarily concerned with automating tasks that are perceived to require intelligence when performed by humans.

AI functions through the process of learning and subsequently applying the acquired knowledge. This learning process can be categorized into two primary methods: machine learning and deep learning.¹¹ Machine learning involves the development of algorithms that enable systems to learn from data and make predictions or decisions based on that data. In this approach, AI refines its performance by learning from its errors, akin to the way humans do. Through iterative processes and feedback, AI systems enhance their capabilities and adaptability over time.¹²

Deep learning, a subset of machine learning, utilizes neural networks with multiple layers to analyse various levels of abstraction in data, allowing for more complex and nuanced learning and application.¹³ At the heart of deep learning lies an artificial neural network system that emulates human neural networks. These artificial neural networks process raw data by identifying and learning its distinguishing features within their multi-layered architecture.¹⁴ Through this intricate structure, they store, process, and utilize the information. It is believed that AI will

¹⁰ NİLSSON, Nils J.: *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*, Cambridge University Press 2013; SURDEN, n above 6, p. 1307.

¹¹ BAK, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(35), 2018, p. 212, YENİCE CEYLAN, Özge: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 2024, p. 40-41.

¹² Ibid, p. 213.

¹³ YILMAZ, Atınc/ KAYA, Umut: *Derin Öğrenme*, KODLAB, İstanbul, 2020, p. 1.

¹⁴ ELMAS, Çetin: *Yapay Zeka Uygulamaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, p. 149.

rely on big data to provide the necessary input for these networks to function effectively.¹⁵

While computers have historically played a crucial role in computational tasks and data storage, the advent of AI has transcended these foundational functions by extending capabilities into realms such as data analysis, predictive modelling, automation, and optimization. AI thus represents a significant advancement beyond conventional computational tools.

II. THE NEXUS BETWEEN AI AND CORPORATE LAW

In order to determine the intersections of AI with corporate law, it is vital to investigate which organs of a company are most influenced by AI. Although the specific features of companies are subject to a legal framework that may differ among legal systems, companies can be characterized by a common structure that is valid regardless of the legal system in which they are located. In almost all economically important jurisdictions, there exists this common structure that allows for the creation of companies with a foundational framework.¹⁶ From an economic standpoint, as a default rule, companies are vehicles that allow investors to govern their businesses collaboratively, with the exception of single-partner joint stock and limited companies. From a legal perspective, it is necessary to add five common features that are applicable regardless of the legal order in which they operate to this definition. First, companies have their own legal personality. Legal personality means that companies have rights, such as to enter into contracts, possess assets, file lawsuits, and so forth, and are entitled to obligations just like human beings. This assures that it owns an asset apart from the assets of its founding partners.¹⁷ The second feature is the principle of limited liability. According to this principle, while the company's creditors can apply for the assets owned by the company in

¹⁵ KÜÇÜK, Emin Seyyid: "Yapay Zekâ Varlıklarının Hukuki Statüsü Üzerine Disiplinler Arası Bir Muhakeme", *Bilişim Hukuku Dergisi*, 6(1), 2024, p. 208.

¹⁶ KRAAKMAN, Reinier/ ARMOUR, John/ DAVIES, Paul/ ENRIQUES, Luca/ HANSMANN, Henry/ HERTIG, Gerard/ HOPT, Klaus/ KANDA, Hideki/ PARGENDLER, Mariana/ RINGE, Wolf-Georg/ ROCK, Edward (Editors): *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3rd edition, Oxford University Press, 2017, p. 5-15.

¹⁷ HANSMAN, Henry/KRAAKMAN, Reinier: "The Essential Role of Organizational Law" 110(3) *Yale Law Journal*, 2000, p. 388.

question, they cannot apply for the personal assets of the company's shareholders.¹⁸ The third feature is the principle of transferability of shares, which makes the operation of the company independent regardless of changes in shareholders. The fourth feature is the delegation of management to a Board of Directors (BoDs). The general partnership form, by default, gives a majority of partners the authority to run the partnership in the usual course of business; more essential decisions require unanimous consent. This allocation is unworkable, particularly for companies with numerous and constantly changing shareholders. Consequently, corporate law typically vests principal authority over corporate affairs in a BoDs that is periodically elected by the shareholders. Despite being mostly or totally appointed by the shareholders, the board is formally distinct from them. This distinction eliminates the need to inform the shareholders and obtain their consent for all but the most fundamental decisions regarding the company (TCC Art. 374-375). As a result of this distinction, shareholders, who are the economic owners of the companies, typically do not take an active role in the day-to-day decision-making mechanisms of the company. However, it is important to acknowledge the separation of functions within corporate management. In companies, there exists a general assembly that holds certain non-transferable duties and authorities (TCC Art. 408). This separation ensures that while the BoDs manages the company on a daily basis, the shareholders, through the general assembly, retain crucial decision-making powers on significant matters, such as the sale of significant amounts of assets. The BoDs cannot make such a decision independently and must bring it to the general assembly for approval. This structure helps maintain a balance where shareholders can exert control over major corporate decisions while delegating routine management tasks to the BoDs. The last feature is the principle of participation in capital. This feature provides partnership rights to shareholders in proportion to the amount of capital invested in the company.

These features together make the company particularly appealing for organizing productive activities. However, they also generate conflict and trade-offs that imparts a specific corporate character to the agency problems that corporate law must address. The primary goal of corporate

¹⁸ MANNE, Henry: "Our Two on Systems: Law and Economics", 53(2) Virginia Law Review, 1967, p. 262.

law is to provide companies with a legal type that incorporates these five fundamental features while also determining the regulations required to establish the basic structure of the company.¹⁹ Second but equally crucial function of corporate law is to minimise the ongoing costs of organising companies through the corporate form. Corporate law does this by promoting cooperation among participants in companies and restricting possibilities for value-reducing types of opportunism among various stakeholders.²⁰ Indeed, much of corporate law deals with agency problem, which arises in most general sense when the interests of one party (principal) rely upon the actions taken by another party (agent). In another saying, corporate law aims to minimise agency problem by motivating the agent to act in the best interest of principal rather than his own. The doctrine described three prevalent agency problems which are agency problem between the shareholders and directors; agency problem between shareholders, primarily between controlling and minority shareholders; and agency problem between the company and other parties such as creditors, employees, and customers.²¹ To address agency issues, corporate law and governance codes establish various legal mechanisms by assigning specific duties and responsibilities to the BoDs. If there is AI involvement in the management of the company, it will undoubtedly help to mitigate these agency conflicts by enhancing transparency, accountability, and decision-making in several ways such as decision support, enhance monitoring, automated reporting. Even further, the membership of AI to the BoDs debate can come to the fore. In such a scenario the corporate governance structure and corporate law rules based on agency problems may also need to be reconstructed.²² All of these raise the questions of whether the board can utilize AI under current Turkish commercial legislation.

III. THE BoDs UNDER TCC

As it is explained previously, corporate law has two general roles, one of which is to control conflicts of interests among corporate participants. These conflicts have the character of agency problem. Agency problem is a risk sharing problem arises when two parties to a

¹⁹ KRAAKMAN, ARMOUR, DAVIES, et. al., n above 16, p. 1.

²⁰ Ibid p. 2.

²¹ Ibid p. 29-30.

²² ZHAO, n above 8, p. 672.

contract have different attitudes towards risk. The agent is engaged to fulfil some duties on behalf of the principal. This requires delegating some decision-making authority to the agent.²³ The agent aims to run the company successfully in long-term and the aim of the principle is to gain maximum profit, meaning that agents and principals may have different attitude towards risk. Despite all the legal measures, there is the possibility that the actions of agent may be beneficial for corporate goals but detrimental to the principals. The core of the difficulty is that, because the principal commonly has less information than the agent about the relevant facts, the principal cannot easily be sure whether the agent is performing as promised. In this case, the principal must rely on the information provided to them and trust to the agent's decisions. If the decisions taken by the agent are detrimental to principal, this creates conflict of interest within the company.

Law can play an important role in minimizing agency problems. Obvious examples are rules and procedures that enhance transparency and accountability of agents. Corporate governance, in the most general terms, refers to the good and fair management of a joint stock company.²⁴ However, while there are universally accepted pillars of corporate governance, it is difficult to find a widely recognised definition. For the aim of this study, it can be defined as the process by which a company is governed in accordance with the principles of transparency, fairness, accountability, and responsibility in order to balance the competing interests of various stakeholders to protect the company's long-term interests.

One part of the corporate governance principles is the responsibility of the board.²⁵ According to the Turkish Commercial Code (TCC), the BoDs is the management and representation body of the company

²³ JENSEN, Michael C. / MECKLING, William H.: "Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure", 3(4) Journal of Financial Economics, 1976, p. 308.

²⁴ PASLI, Ali: "Kurumsal Yönetim" in HELVACI, Mehmet/ ÖZSOY, Ahmet/ SÖNMEZ, Numan Sabit/ UZEL, Necdet (Editors) Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), On ilki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, p. 226.

²⁵ OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance < https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/11/g20-oecd-principles-of-corporate-governance_g1g56c3d/9789264236882-en.pdf#page=47.20> p. 45

(Art.365). Real and legal persons may be elected to the BoDs (Art. 359). Article 374 of the TCC stipulates that "the BoDs is authorized to make decisions on all kinds of works and transactions necessary for the realization of the company's business subject, except for those left to the authority of the general assembly in accordance with the law and the articles of association." The non-transferable and indispensable duties and powers of the BoDs are specified in Article 375 of the TCC. In summary, the BoDs is responsible for broadly organizing management, establishing general principles and rules for business policy including establishing the necessary order for accounting, financial auditing and financial planning, supervising managers and directors who execute duties with delegated authority. The BoDs is also responsible for establishing, operating, and developing the early detection and management of risk committee (Art. 378/1). They are obligated and accountable for fulfilling these responsibilities. However, provided that there is a provision in the articles of association, the BoDs can delegate all or some of its transferable duties to the members of the BoDs or to third persons through an internal directive (Art. 367). In addition, pursuant to Article 369 of the TCC, members of the BoDs are obliged to perform their duties with the care of a prudent manager and to protect the interests of the company in accordance with the rules of honesty. In case the board members breach their obligations arising from the law and the articles of association through their own fault, they are liable for the damage they cause to the company, its shareholders and the company's creditors (Art. 553/1). However, in accordance with the principle of differentiated solidarity applied in liability law, the board member will be held liable not for the entire damage, but to the extent of his fault.²⁶ Although the case might be filed against any board member or the entire board, the board member is not required to compensate for more than the actual harm he caused.²⁷ If a legal person is appointed as a board member within the scope of the same article, the real person who is its representative is responsible to the company, its shareholders and creditors for the acts and

²⁶ **HELVACI**, Mehmet: "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül" 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, p. 84, **KOÇ**, Himmet: "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış" 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, p. 63.

²⁷ **ÜNLÜ**, Ufuk: "Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül" 13 Terazi Hukuk Dergisi, 2018, p. 138.

transactions he carried out. Accordingly, it is possible to file a case against the legal person.²⁸ The BoDs that transfer a duty or authority arising from the law or the articles of association to someone else on the basis of the law, shall be held liable for the acts and decisions of the persons who take over these duties and authorities, if it is proven that reasonable care was not exercised in the selection of these persons (Art. 553/2).

A. Can AI Take a Place in the Board as a Member?

In light of above-mentioned regulations, the question that needs to be asked here is whether it legally possible for AI to become a board member? Considering TCC Art. 553, the answer is no since AI lacks personality.²⁹ According to the Article, a liability case can be filed against a real or legal person board member. However, if AI becomes a member of the BoDs, it can exploit a loophole because as a result of the principle of differentiated solidarity, each board member is only liable to the extent of his own fault. Therefore, the fact that AI does not yet have a personality in Turkish legal system poses a problem in terms of holding AI legally responsible.³⁰ This can pave the way for the establishment of companies with “no responsible”.³¹ This may pose some corporate governance concerns as well. AI’s not being held responsible due to its actions and decisions would result in accountability gap towards shareholders. Furthermore, AI is dependent on the one who programs it. It is conceivable for the AI programmer to connive with the dominant shareholder and abuse the rights of the minority shareholders. One could assert that the programmers who developed the software may be held responsible for any harm that occurs while using AI as a board member. However, it should be noted that the programmer is not a corporate manager, therefore he may lack the necessary skills to govern a company. It would be unfair to hold him accountable in the same way as a company manager.

²⁸ EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, Fatma Betül: “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması” 28 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, p. 277.

²⁹ For the discussion on the legal personality of AI, see ÖZBAY, Ümit Vefa: “Dijital Peculium Kavramı”, 70 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, p. 871-879, YENİCE CEYLAN, n above 11, p. 42-45.

³⁰ ALKAN, Altaş: “Yapay Zekânın Şirket Yönetiminde Yer Almasına İlişkin Değerlendirmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31(3), 2023, p. 1375

³¹ KARATEPE KAYA, n above 6, p. 82.

Kaya suggested a remedy to this problem in her research. Accordingly, TCC Art. 361, one of the novelties of the TCC which provides professional liability insurance to members of the BoDs of joint stock companies, may eliminate, albeit theoretically, the problem of who will be responsible for the damages arising from the appointment of AI as a manager.³² The purpose of the provision is, on the one hand to reinforce the company's reliability to third parties, and on the other hand allowing board members to make decisions without fear of being held liable for compensation. In this case, problems regarding liability of AI for the transactions and actions as a BoDs member can be eliminated by using professional liability insurance under Art. 361. However, as stated in the preamble of the TCC Art. 361, it is not possible for the Turkish insurance industry to bear such a large risk, and the possibilities of obtaining this insurance are almost non-existent today.³³ Regarding the suggested remedy, the author thinks that in order to provide professional liability insurance to members of the BoDs, there needs to be a company director. The existence of a company director depends on someone who can be legally considered a person, either real or legal. Therefore, the problem of AI being a board member can only be overcome by the legislator granting personality to AI. Due to these binding regulations, it is not possible to appoint AI as a board member in Turkish companies.

B. Can AI Select a Board Member?

Many of the concerns regarding boards stem from the director selection process, which is one of the most significant yet understudied issues in corporate governance.³⁴ A previous study stated that the selection of directors is essentially a prediction problem and AI algorithms are substantially better than humans at making predictions.³⁵ Their findings reveal that the directors predicted by AI to perform poorly, indeed, exhibit subpar performance both in absolute terms and when compared to realistic alternatives. According to the results, one significant advantage of using AI is that they are not subject to the agency conflicts

³² Ibid p. 83.

³³ Preamble of TCC No.6102, Article 361 <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekceleri/1>.

³⁴ EREL, Işıl/STERN, Léa H./TAN, Chenhao/ WEİSBACH, Michael S.: "Selecting Directors Using Machine Learning" 34 The Review of Financial Studies, 2021, p. 3227.

³⁵ Ibid.

arising from cognitive biases that emerge when boards appoint new directors. They conjecture that using AI could help minimize agency problems and thus, will contribute to the development of corporate governance. However, it's crucial to assess whether the use of AI is both permissible and effective under Turkish legislation. In this context, it's essential to separately examine the processes for electing board members and executive directors.

According to TCC Art. 408/2(b) the general assembly exclusively has the authority to elect board members. Furthermore, one may argue that in publicly traded companies, the freedom of shareholders to elect the board is sacrosanct, and any intervention is considered illegitimate. Therefore, it is not legally possible for the board member to be selected by AI because it would be regarded as an unjustified curtailment of shareholders' discretion.

Besides that, given the size of companies, the law maker has permitted the transfer of management by stating in TCC Art.367/1 that the BoDs in joint stock companies can delegate certain powers regarding the management of the company to some board members or third parties who are not members of the BoDs, through an internal directive that it will be prepared and put into force. Executive directors are third parties who are not members of the BoDs. In this context, persons to whom the management is delegated are considered managers. Executive members, evaluated in this respect, also have an essential role in corporate management.

Executive members are elected by the BoDs, not by the general assembly. In this instance, selection of executive members by AI will not spark a debate on illegitimacy of intervention in the freedom of shareholders to choose the board members. Additionally, there is no legal obstacle to using AI in the selection of executive directors. However, the fundamental issue to be considered at this point is that AI does not have a personality to which a duty of care can be attributed and does not have an asset that can be resorted to in case of liability. Thus, again, the question that raises here is, who will be liable for the decision if executive members are elected by the AI? Therefore, it is not legally possible for executive members to be selected by AI as well.

However, there is no legal obstacle to using AI as an auxiliary tool in determining the nominees for BoDs and executive managers. At this stage, Turkish companies' ownership structure becomes significant.

Centralized companies, controlled by a small group of shareholders, have long dominated most of the world. In Turkey, joint stock companies also have a concentrated ownership structure. Under the existing system, board members and managers are chosen by those in control. Given this, if the nominee offered by AI is different from the nominee who receives the support of controlling shareholders, it is reasonable to predict that the nominee offered by AI will be less likely to be elected as a member or manager than the nominee supported by the controlling shareholders. Consequently, it is believed that using AI to determine board members for Turkish companies will not be effective and functional in the foreseeable future.

Ultimately, under all these cases the liability will still lie with the BoDs according to TCC Art. 359 and Art. 369. Utilization of AI in determining nominee does not violate the loyalty duty regulated under this article.³⁶ In fact, the BoDs can use AI to forecast the possible outcomes of strategic decisions prior to their execution. Such predictive abilities allow boards to assess the prospective impacts of various courses of action, thereby promoting more informed and proactive decision-making.³⁷ For instance, a board can employ AI to project the potential consequences of a merger or acquisition, taking into account factors such as market reactions, operational compatibility, and possible legal challenges. However, it is possible for liability to arise in terms of duty of care since the company may experience losses because of the BoDs' decision to act in line with the decision made by AI. Manager cannot use ignorance as an excuse to avoid fulfilling their obligations. Therefore, the BoDs should be careful about which algorithms will be chosen and which decisions will be supported by AI; allocating the necessary time and resources for AI infrastructure; checking options offered by AI etc. within the scope of the duty of care. In other words, if the BoDs are to make decisions based on AI recommendations, they must guarantee that the AI system is stable, does not create severe management errors, and that the

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, n above 6, p. 157; GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: "Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekânın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi" in KARAGÖZ, Havva/ ÖZCANLI, F. Beril/ PALANDUZ, Seda (Editors) Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 20-22 Temmuz 2020, 1st Edition, On İki Levha Yayıncılık, 2021, p. 462-463.

³⁷ SUN, T. Quan /MEDAGLIA, Rony: "Mapping the Challenges of Artificial Intelligence in the Public Sector: Evidence from Public Healthcare", Government Information Quarterly, 36(2), 2019, p. 380-383.

judgements are legal and in accordance with the articles of the associations.

IV. OTHER POTENTIAL UTILIZATION AREA OF AI BY THE BoDs

AI is not a human and does not have a legal personality. Therefore, under the current Turkish legislation it is not possible for AI to replace the BoDs. However, this does not mean that the board cannot utilize AI in fulfilling its duties and responsibilities. Instead, companies can leverage AI's advanced data processing capabilities to enhance decision-making processes, streamline risk management, improve regulatory compliance, and ensure transparency and accountability. AI can assist with solving intricate problems and making decisions by posing and responding to questions, as well as by creating scenarios and simulations. However, the final decision-making authority must always rest with human users.

The corporate governance framework aims to guarantee the prompt and precise disclosure of all significant aspects related to the company, covering its financial status, performance, sustainability, and governance practices. In most jurisdictions, a significant amount of both mandatory and voluntary information is collected regarding publicly traded companies and then distributed to a diverse array of users.³⁸ Experience demonstrates that disclosure is a powerful tool for shaping corporate behaviour and safeguarding investors.³⁹ A robust disclosure framework can attract capital and bolster confidence in the capital markets. Conversely, inadequate disclosure and lack of transparency can lead to a deterioration of market integrity, resulting in significant costs for companies, shareholders, and the economy at large. Shareholders and potential investors need consistent, timely, reliable, and comparable information with sufficient detail to evaluate company management's performance and make informed decisions regarding share valuation, ownership, and voting. Insufficient or unclear information can impede market functionality, increase capital costs, and lead to suboptimal resource allocation.

³⁸ OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance, n above 25, p. 27

³⁹ Ibid

The OECD states that utilization of AI can improve the oversight and enforcement of corporate governance requirements.⁴⁰ Using AI in business processes presents both challenges and risks. Key considerations include maintaining data quality, ensuring staff have the necessary technical expertise, addressing system interoperability in reporting formats, and managing third-party dependencies and digital security risks. When using AI, it is to an extent essential to retain human element to prevent the incorporation of existing biases in algorithmic models and to mitigate the risks associated with overreliance on AI.

A. Preparing the Financial Statements

In TCC, the BoDs is responsible for preparing the financial statements for joint-stock companies (Art. 514). The financial statements of joint stock companies are prepared in a way that reflects the company's assets, debts and liabilities, equity capital and operating results in a complete, understandable, comparable manner, in accordance with the needs and nature of the business; transparently and reliably; and in an honest, complete, and faithful manner (Art. 515). There is no provision preventing the use of AI in the preparation of financial statements. Indeed, the Twelfth Development Plan anticipates a broader adoption of technologies that enhance the security and transparency of presenting distributed data within businesses with the expectation that these advancements will play a significant role in business operations moving forward.⁴¹

According to Article 68 of the TCC, two main types of financial statements must be prepared: income statements and balance sheets. Besides, Article 68 refers to Turkish Accounting Standards (TAS) which has stated that the set of financial statements consists of the statement of financial position, the statement of profit or loss and other comprehensive income, the statement of changes in equity, the statement of cash flows, and the footnotes containing important accounting policies and other explanatory information (TAS 1 and TAS 7). These documents collectively offer a comprehensive perspective on the company's financial health. Conventional reporting methods involve manual data entry, ledger

⁴⁰ Ibid p. 12

⁴¹ **THE REPUBLIC OF TÜRKİYE**, The Presidency of Strategy and Budget, The Twelfth Development Plan (2024-2028) <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf> para. 37-42, p. 8-9

upkeep, and a heavy dependence on paper records. Although these approaches have been reliable over time, they tend to be human-intensive and susceptible to human error. The manual processes inherently limit the speed and efficiency of financial reporting, making it difficult to manage large volumes of data efficiently.⁴² On the other hand, AI-driven reporting methods utilize cutting-edge technologies like machine learning, natural language processing, and data analytics to automate and improve reporting tasks. AI systems can swiftly and accurately process large volumes of data, minimizing errors and enhancing the quality of financial reporting.⁴³ This automation also covers complex tasks, such as fraud detection, risk assessment, and predictive financial analysis, which were difficult to accomplish with traditional methods.

A major benefit of AI in reporting is its capacity to deliver real-time insights and analytics. Unlike traditional methods, which typically experience delays between data entry and report generation, AI-driven systems provide immediate analysis, facilitating more timely and well-informed decision-making.⁴⁴ This capability is especially valuable in fast-paced corporate settings where rapid responses to financial information are essential. AI also significantly expands the scope and depth of financial analysis. While traditional reporting methods often focus on analysing historical data, AI can forecast future trends and patterns, providing a more holistic view of a company's financial health.⁴⁵ Thus, accountants can forecast future trends and provide more accurate

⁴² **ZHANG**, Chao/**LI**, Xinglin/ **QI**, Yuzhu/ **HE**, Yitong/ **NIU**, Jingwei/ **XU**, Yiyi/ **ZHANG**, Jiaying: "A Comparative Study on the Examination System of CPA in the AI Development Background Take China, Australia, the United States, the United Kingdom, Japan, and Germany as Examples", E3S Web of Conferences, 233, 2021, DOI:10.1051/E3SCONF/202123301162.

⁴³ **MEIRYANI**, Meiryani / **ANDINI**, Vidhiya/ **FAHLEVI**, Mochammad/ **YADIATI**, Winwin/ **PURNOMO**, Agung/ **PRAJENA**, Gredion: "Analysis of Accounting Information Systems Based on Artificial Intelligence on Fraudulent Financial Reporting Trends in Indonesia", Proceedings of the 2022 4th International Conference on E-Business and E-Commerce Engineering, 2022, p. 83-93. DOI: 10.1145/3589860.3589871.

⁴⁴ **TANDIONO**, Rosaline: "The Impact of Artificial Intelligence on Accounting Education: A Review of Literature", E3S Web of Conferences, 426, 2023, DOI: 10.1051/e3sconf/202342602016.

⁴⁵ **MEIRYANI/ANDINI/FAHLEVI/YADIATI/PURNOMO/PRAJENA**, n above 43.

financial recommendations. This predictive ability is extremely valuable for strategic planning and risk management.

Empirical research validates these viewpoints, underscoring the significance of employing AI-based forecasts in accounting to facilitate proactive management and comprehensive analysis.⁴⁶ Research has indicated that the integration of AI in accounting transcends the mere automation of routine tasks; it signifies a fundamental shift in the management and utilization of financial information for decision-making purposes. A recent study endeavour to formulate a concept for the modernization of national accounting policies, aligning with global trends and technological advancements characteristic of the Accounting 4.0 paradigm.⁴⁷ The study employs a variety of methodologies, including analytical, documentary analysis, expert consultations, scientometric analysis, comparative analysis, and synthesis methods. The research identifies several optimal digital transformation tools for national accounting policy, such as Cloud Computing, Blockchain Technology, Big Data, Machine Learning, and the Internet of Things. The findings suggest that these technologies facilitate the flexible, secure, and efficient processing of large data volumes, automate processes, enhance the accuracy and transparency of financial reports, and improve decision-making capabilities.

Another study explores how AI-driven automation is transforming financial activities by reducing time and resource expenditure. This automation supports various Sustainable Development Goals, including Decent Work and Economic Growth, Industry, Innovation, and Infrastructure, and Partnerships for the Goals.⁴⁸ The study concludes that AI's capacity for real-time data analysis empowers businesses to make sustainable, data-driven decisions with high accuracy and timeliness.⁴⁹

⁴⁶ **KURELJUSIC**, Marko/**KARGER**, Eric: "Forecasting in Financial Accounting with Artificial Intelligence – A Systematic Literature Review and Future Research Agenda", *Journal of Applied Accounting Research*, 25(1), 2023, p. 81-104

⁴⁷ **SHAPOVALOVA**, Alla/ **KUZMENKO**, Olena/ **POLISHCHUK**, Oleh/ **LARIKOVA**, Tetyana/ **MYRONCHUK**, Zoriana: "Modernization of The National Accounting and Auditing System Using Digital Transformation Tools", *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 4(51), 2023, p. 33-52.

⁴⁸ **UNITED NATIONS**, Department of Economic and Social Affairs, Sustainable Development Goals, <https://sdgs.un.org/goals>

⁴⁹ **PENG**, Yixuan/ **AHMAD**, Sayed Fayaz/ **AHMAD**, Ahmad Y. Bani/ **AL SHAIKH**, M. Shaikh/ **DAOUD**, M. Khalaf/**ALHAMDI**, F. M. Husein: "Riding the Waves of

AI-driven reporting methods provide substantial benefits over traditional ones, such as improved efficiency, accuracy, and advanced analytical capabilities. However, they also introduce new challenges that must be managed. The future of reporting will involve balancing the advantages of AI with the need to address its risks. As the field progresses, the adoption of AI in reporting practices is expected to become more widespread, transforming the landscape of financial reporting and analysis.

B. Risk Management

In accordance with Article 378 of the TCC, the BoDs of listed joint-stock companies is required to establish an expert committee tasked with developing and operating a system aimed at the early detection of risks that could threaten the company's existence, ensuring its development and continuity, and implementing the necessary measures and solutions for risk management. This committee is mandatory for listed companies, as opposed to the optional committees that merely support the BoDs as stipulated in Article 366/2 of the TCC. The committee's responsibilities include identifying risks that may jeopardize the company's development and continuity, taking appropriate precautions to mitigate these risks, and conducting studies to manage risk effectively. Furthermore, the committee is responsible for reviewing the risk management systems at least once a year.⁵⁰ This committee is crucial for companies to establish better corporate governance policies and enhance their social responsibility.⁵¹

Article 378 of the TCC specifies that the committee's role extends beyond merely identifying existing risks and articulating the reasons that threaten the company's existence, development, and continuity. The committee is also mandated to propose solutions for managing these risks. This dual responsibility underscores the importance of not only recognizing potential hazards but also actively seeking and recommending strategies to mitigate and manage them effectively.

Artificial Intelligence in Advancing Accounting and Its Implications for Sustainable Development Goals", *Sustainability*, 15(19), 2023, p. 14165.

⁵⁰ Capital Markets Board of Türkiye Corporate Governance Communiqué (II-17.1), Official Gazette: 03.01.2014/28871, Art. 4.5.12

⁵¹ KUO, Susan S./ MEANS, Benjamin: "Corporate Social Responsibility after Disaster Corporate Social Responsibility after Disaster", *Washington University Law Review*, 89(5), 2012, p. 973-974.

Traditional risk detection methodologies predominantly depend on historical data and human expertise, utilizing tools such as risk registers, risk matrices, failure mode and effects analysis, checklists, and qualitative assessments.⁵² However, the emergence of AI-enhances risk detection signifies a paradigm shift. AI systems, equipped with superior computational abilities, are capable of analysing vast amounts of data, identifying patterns that are imperceptible to humans, and predicting future risks with greater precision. When comparing traditional risk management to AI-enhanced risk management, a profound transformation is evident, characterized by real-time data processing, predictive analytics, and the capacity to adapt to new information dynamically.

Machine learning offers advanced methods to analyse extensive datasets, yielding predictive insights, anomaly detection, and trend forecasting. These algorithms can be trained to identify intricate patterns and make decisions with minimal human input. In the context of risk evaluation, AI systems leverage these patterns to anticipate potential risks and their impacts. Implementing these technologies by the early risk detection committee can expedite decision-making processes and allow the BoDs to allocate resources more effectively.

A recent study employing a case study methodology utilized AI to identify potential risks within specified scenarios, evaluate the associated risks, and recommend practical control measures that comply with pertinent jurisdictional regulations.⁵³ The study's objective was to assess the AI's effectiveness in recognizing and addressing complex issues while adhering to regulatory standards. Subsequently, human risk experts with relevant educational backgrounds and extensive industrial experience were tasked to identify potential risks within the same scenarios, evaluate

⁵² LI, He/ **YAZDI**, Mohammad; Advanced Decision-Making Neutrosophic Fuzzy Evidence-Based Best–Worst Method in LI, He/**YAZDI**, Mohammad (Editors), Advanced Decision-Making Methods and Applications in System Safety and Reliability Problems: Approaches, Case Studies, Multi-Criteria Decision- Making, Multi-Objective Decision-Making, Fuzzy Risk-Based Models, Springer International Publishing: Cham, Switzerland, 2022, p. 153–184.

⁵³ **YAZDI**, Mohammad/**ZAREI**, Esmaeil/**ADUMENE**, Sidum/**BEHESHTI**, Amin: “Navigating the Power of Artificial Intelligence in Risk Management: A Comparative Analysis”, *Safety*, 10(2), 2024, p. 50.

the associated risks, and recommend practical control measures in compliance with pertinent jurisdictional regulations.

Briefly, when comparing the outcomes of risk detection performed by AI with those crafted by a human expert, distinct differences in detail and mitigation strategies are evident.⁵⁴ The AI-generated results are meticulously organized, listing hazards, potential outcomes, measurable risks, and targeted mitigation steps. The AI's output is impressively detailed, featuring actionable measures such as collaboration with emergency responders and the maintenance of a risk register, which align with industry best practices. Conversely, the results produced by a human expert adopt a broader perspective, favouring a narrative style that emphasizes broad safety principles like collective responsibility and constant vigilance. Clearly, the human expert's approach may not delve into the minutiae as the AI's output does, although it also advocates for conceptual strategies that foster a culture of safety and collective awareness, which are equally essential as specific measures. The disparity in the clarity of information is also noteworthy; the precision of the AI-generated results eliminates ambiguity, offering a clear and concise guide for implementing safety measures. In contrast, the human expert's results present a more conceptual outline that encourages further discussion and elaboration.⁵⁵ Ultimately, the AI-generated results shine in offering clear directives and structured risk management solutions that are ready for implementation. However, risk management could lead to unequal or unfair risk assessments for different circumstances or scenarios. Therefore, the insights of the

human expert are pivotal. From this result, it can be concluded that the utilization of AI by human experts will enhance the effectiveness of the risk detection committee.

V. POTENTIAL CHALLENGES AND JUSTIFICATION OF LEGALIZING AI'S INVOLVEMENT IN THE BoDs

The utilization of AI in the BoDs operations presents notable challenges in the realms of reporting and risk management. First, the successful implementation of AI in reporting and risk evaluation relies heavily on the availability and quality of data. Inaccurate or incomplete data can undermine the effectiveness of AI algorithms, potentially

⁵⁴ Ibid p. 75.

⁵⁵ Ibid.

resulting in erroneous conclusions and decisions.⁵⁶ Challenges may stem from data entry errors, inconsistencies across various data sources, or outdated information. To address these issues, it is essential to establish a robust data governance framework, implement stringent data validation processes, and maintain continuous monitoring to ensure the accuracy and completeness of the data utilized by AI systems.

Second, the incorporation of AI in operations of the BoDs frequently entails the management of sensitive data.⁵⁷ As such, ensuring data privacy and security becomes critically important. Adherence to data protection regulations is indispensable. Thus, companies must establish stringent security measures, employ encryption protocols, and implement access controls to protect data from unauthorized access, breaches, or cyber threats. Balancing data accessibility for AI applications with stringent security measures presents an ongoing challenge. The successful deployment of AI in reporting and risk management requires a skilled and adaptable workforce. Training and upskilling employees to effectively utilize and manage AI tools is paramount. This includes education on AI technologies, data analytics, and the interpretation of AI-generated insights. Continuous training programs are crucial to keep the workforce updated on the evolving capabilities of AI, ensuring they can leverage these technologies to enhance their roles rather than being supplanted by them. Resistance to technological change also poses a significant challenge when implementing AI in organizations.⁵⁸ Employees may be accustomed to traditional methods and processes, resulting in skepticism or apprehension toward the adoption of AI. Addressing this resistance necessitates the deployment of effective change management strategies, clear communication of AI benefits, and showcasing how these technologies complement rather than replace

⁵⁶ **OSASONA**, Femi/**AMOO**, Olukunle Oladipupo/**ATADOGA**, Akoh/**ABRAHAMS**, Temitayo Oluwaseun/**FARAYOLA**, Oluwatoyin Ajoke/**AYINLA**, Benjamin Samson: "Reviewing the Ethical Implications of AI in Decision Making Processes", *International Journal of Management and Entrepreneurship Research*, 6(2), 2024, p. 322-335.

⁵⁷ **RANE**, Nitin: "Role and Challenges of ChatGPT and Similar Generative Artificial Intelligence in Finance and Accounting", *Studies in Economics and Business Relations*, 15(1), 2024, p. 11-23.

⁵⁸ **TIRON-TUDOR**, Adriana/**DONTU**, Adelina Nicoleta/**BRESFELEAN**, Vasile Paul: "Emerging Technologies' Contribution to the Digital Transformation in Accountancy Firms", *Electronics*, 11(22), 2022, p. 3829.

human expertise. Cultivating a culture of continuous learning and innovation is essential to overcoming resistance and fostering a workforce that embraces AI.⁵⁹ AI algorithms are prone to biases inherent in the historical data utilized for their training. These biases can manifest in decision-making processes, potentially resulting in unfair outcomes or perpetuating existing disparities. To address bias in AI algorithms, it is crucial to identify and mitigate these biases during the development and training phases. Conducting regular audits and reviews of AI models can help ensure fairness and prevent unintended consequences in decision-making.⁶⁰ All these creates compliance costs, which can go beyond basic expenses and pose a significant financial challenge for companies.

Lastly ethical challenges, particularly concerns about the transparency and accountability of AI systems, worth mentioning. Comprehending how AI algorithms arrive at decisions is essential for both stakeholders and regulators.⁶¹ Ensuring transparency necessitates providing clear explanations of AI-driven processes, thereby facilitating the interpretation and validation of AI-generated insights by experts. AI must not come at the cost of ethics. Companies must establish robust compliance frameworks, conduct regular audits, and continuously monitor AI systems to identify and rectify inaccuracies thereof.

Navigating these issues requires a nuanced understanding of both technological and regulatory landscapes to ensure that AI's potential is harnessed responsibly and effectively. Effectively navigating these challenges necessitates a comprehensive understanding of both technological advancements and regulatory frameworks.

On the other side, the rationale for legalizing AI's participation in BoDs is based on robust corporate governance. Incorporating AI into BoDs activities enhances transparency, accountability, and efficiency, thereby strengthening overall corporate governance. AI has the potential

⁵⁹ **RAHMAN**, Ashfaq: "AI Revolution: Shaping Industries Through Artificial Intelligence and Machine Learning", *Journal Environmental Sciences and Technology*, 2(1), 2023, p. 98.

⁶⁰ **OSASONA/AMOO/ATADOGA/ABRAHAMS/FARAYOLA/AYINLA**, n above 56.

⁶¹ **AYINLA**, Benjamin Samson/ **AMOO**, Olukunle Oladipupo/, **ATADOGA**, Akoh/ **ABRAHAMS**, Temitayo Oluwaseun/ **OSASONA**, Femi/ **FARAYOLA**, Oluwatoyin Ajoke: "Ethical AI in Practice: Balancing Technological Advancements with Human Values", *International Journal of Science and Research Archive*, 11(1), 2024, p. 1321-1324.

to improve decision making by offering data driven insights and minimizing human biases, thus aligning with the BoDs' goal of making informed, prudent decisions in the company's best interest. This objective can be realized by prescribing a general legal practice of seeking recommendations from the AI application and disclosing the board's responses to these suggestions. This approach would ensure that directors meet the standard of care required for prudent and diligent decision-making.

As discussed above the present emphasis on the digitalization of boardrooms through advanced technologies revolves around the generation and distribution of information to aid board members in their duties. It is widely acknowledged that AI can, at the very least, play a supportive role in assisting the BoDs. Consequently, it is prudent to consider the role of corporate law in enhancing the efficacy of informed decision-making with the support of AI. At this point, it is necessary to consider the business judgement rule.

There is no explicit provision in the TCC regarding the business judgment rule. The rule has been indirectly incorporated into Turkish law with the preamble of Art. 369 of the TCC is as follows: *"The prudent manager measure accepts that the board member can make a "business judgment rule" in accordance with the corporate governance principles and is based on the principle that the member should not be held responsible in cases where the risk arises from this. In accordance with the generally accepted rule, if appropriate research is conducted, information is received from the relevant parties and a decision is made by the board of directors, even if the developments are completely in the opposite direction and the company suffers a loss, negligence cannot be mentioned. These rules are concreted with the legal rule in the third paragraph of Article 553."* The business judgment rule validates the conviction held by directors that their decisions are both rational and, in the company's best interests.⁶² This rule shields directors from liability, permitting them to strive for informed decision-making provided they are devoid of conflicts of interest. For the board to be shielded from judicial review under the business judgment rule, one of the requisite conditions is the making of informed decisions.⁶³ This entails that the board must undertake a process

⁶² ÖZDEMİR, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Edn., 2017 p. 82-83

⁶³ Ibid p. 76-77.

to thoroughly acquaint itself with all pertinent information that is reasonably accessible prior to making its decision. To ascertain that directors have exercised informed business judgment, the court must evaluate whether the directors have acquainted themselves with all pertinent information reasonably accessible to them before decision making. Having become so informed, directors are obligated to perform their responsibilities with the utmost diligence and attention to detail. With another saying, the fundamental presumption underpinning the business judgment rule is that, when making business decisions, corporate directors acted with due diligence, integrity, and a genuine conviction that their actions served the company's best interests.

The connection between above-mentioned Art. 369 and AI lies in the potential for AI to facilitate more informed decision-making processes. By leveraging AI's ability to analyse extensive data sets and generate predictive insights, it becomes logical to anticipate that company directors would be expected to incorporate AI consultations into their strategic decision-making practices. As stipulated in Art. 369 of the TCC, directors are required to conduct due diligence prior to making decisions to ensure they possess sufficient information; failure to do so may constitute a breach of their duty of care. AI has the potential to assist by efficiently gathering, formatting, distributing, and regularly updating data. This assist can help board members or their sub-committees in creating periodic comprehensive reports. Leveraging AI could also play a critical role in assisting the board to mitigate various risks associated with business decisions. AI's capability to filter and analyse data can help prevent situations where business decisions pose significant threats to the enterprise, including those related to environmental, social, and human rights concerns. By identifying and assessing the likelihood of these risks materializing, AI can support the company in mitigating uncontrolled damages that could adversely affect the company's performance and reputation. Furthermore, the proactive management of these risks can result in reduced costs and the need for extensive explanations, thereby safeguarding the company's overall operational efficacy. Such aid can keep directors consistently informed about the company's status, thereby enabling more informed decision-making. It is possible to consider turning this utilization into soft law and should adherence to such soft law lead to modifications in corporate behaviour, the establishment of hard law regulations may also be considered. To determine that directors

have made an informed business judgment, the involvement of AI appears to be indispensable. Consequently, the mandate to act on an informed basis may evolve into an implicit obligation to seek guidance and forecasts provided by AI.⁶⁴ Utilizing a due diligence system undergirded by AI to fulfil the obligation of making informed decisions would mitigate regulatory risks and reduce due diligence costs. Furthermore, this approach would enable the board to achieve greater oversight of their compliance efforts, thereby enhancing their ability to justify their decisions to stakeholders.

From the perspective of Art. 369, the implementation of AI in governance poses significant challenges. Chief among these is the potential for an over-reliance on AI, which may result in a decline in the essential skills and competencies necessary for effective human governance. The propensity to default to AI for every case could lead to a reduction in the board's active engagement and oversight. This over-dependency may tempt the board to abdicate its responsibilities, thereby risking neglect of its duty of care. Such negligence could subsequently lead to legal ramifications, underscoring the importance of maintaining a balanced approach that integrates AI without compromising the board's essential governance duties.

CONCLUDING REMARKS

Rapid developments in AI technologies undoubtedly have an impact on companies. This means that corporate law is about to embark on the era of AI. Although the legal position of AI is an ongoing research topic in itself, this article focuses on the potential contributions of AI to corporate governance through the BoDs. The emergence of AI in the corporate arena presents various concerns about corporate law. Among these concerns, whether AI can be a member of the company's BoDs comes first. The present corporate law structures are tailored to human decision-makers. Only 'persons' can be member of directors and ultimately decisions are taken by humans. Thus, directors are not permitted to assign fundamental governance functions to AI.

Addressing this question from the perspective of Turkish commercial legislation, this research has come to the conclusion that while it seems permissible to use AI as an assistant under current corporate law framework, directors do not have the right to delegate core

⁶⁴ ZHAO, n above 8, p. 687.

governance tasks to AI. It should be highlighted that the most significant obstacle to AI becoming a board member under Turkish law is that it lacks a legal status that grants it rights and obligations. The lack of personality of AI will result in the formation of 'no responsibility' companies. Even though the law maker envisions a possible solution to this problem by regulating Art. 361 of TCC, its execution does not appear practical. For delegation of duties of the BoDs to AI, the same rule applies. Thus, duties can be delegated to 'persons' only. Therefore, both appointment of AI as a member of the BoDs and delegating some of the duties of BoDs to AI is clearly contrary to current regulations.

An outright appointment of AI as director seems impossible under the current regimes but utilizing it to minimise agency problem is plausible. Boards are generally expected to make decisions on an informed basis. The more complex a decision is, the greater the amount of data that the board needs to consider in order for it to make well-informed decision. The board may struggle to understand and evaluate a plethora of factors to reach an optimal decision. The main advantage of AI comes down here. AI can complement the BoDs knowledge and capabilities by providing a clear analysis of large amount of data, thereby increasing the pace at which difficult decisions can be made.

At this stage, it is important to note that it is not possible for AI to elect a board member because according to TCC Art. 408/2(b) it is an inalienable right of the shareholders. Thus, election of board members by AI is illegitimate. However, AI can be used as an auxiliary tool in determining the board nominees. The ideal applicants for the board positions may be chosen by utilising AI in the selection process. However, due to the ownership structure of Turkish companies, it is thought not to be applicable. On the other hand, there is no legal obstacle to using AI in the selection of executive directors. To sum up, AI cannot select the BoDs on its own, but it will have a positive impact on the proposal of board member nominees.

Instead of delegating its duties to AI, the board may prefer to utilize AI as an assistant to support the BoDs on complex issues. AI can analyse the extensive data provided by company during financial statements preparation process. Thus, it will not only minimize errors and enhance the quality of financial reporting but also can suggest potential avenues for corporate investment policies. The same applies to risk management, as AI can discern patterns in data that may have previously eluded

human detection. AI has the capacity to uniformly and consistently evaluate the same set of objective functions across millions of alternatives. In contrast, human decision-making is hampered by cognitive limitations, making the consistent processing of such a vast array of alternatives an insurmountable challenge. Consequently, AI can recommend comprehensive, multi-dimensional strategies and policies. In that case, decision rights remain with the BoDs. AI supports the board by providing directors with information and options for different action plans and mitigating the complications brought by overloaded information under conditions of uncertainty. Board members will exercise their discretion, guided by their professional experience and knowledge, to determine the extent to which they rely on AI-generated recommendations. This is in fact in line with the director's duty of care and loyalty stipulated in the TCC Art. 369. Thus, utilization of AI in the boardroom is a legitimate issue.

This study has investigated the issue of AI from a new angle by focusing on one subset of corporate law, namely directors' duties. The conclusion that can be drawn is that as long as the duty of care is fulfilled, AI can be used by the BoDs to gather, filter, and present information and options to aid directors in making informed and effective decisions. This, in turn, can enhance board accountability, improve the quality of risk management and contribute to corporate governance.

REFERENCES

- ALKAN**, Altaş: "Yapay Zekânın Şirket Yönetiminde Yer Almasına İlişkin Değerlendirmeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31(3), 2023, 1357-1380.
- AYINLA**, Benjamin Samson/ **AMOO**, Olukunle Oladipupo/, **ATADOGA**, Akoh/ **ABRAHAMS**, Temitayo Oluwaseun/ **OSASONA**, Femi/ **FARAYOLA**, Oluwatoyin Ajoke: "Ethical AI in Practice: Balancing Technological Advancements with Human Values", International Journal of Science and Research Archive, 11(1), 2024, 1311-1326.
- BAK**, Başak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", 9 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, 211-232.

- BERLE**, Adolf A./ **MEANS**, Gardiner, The Modern Corporation and Private Property, New York, 1932.
- BURGESS**, Andrew, The Executive Guide to AI How to Indetify and Implement Applications for AI in Your Organization, Palgrave Macmillian, 2018.
- CHESTERMAN**, Simon: “Artificial Intelligence and the Limits of Legal Personality”, 69(4) International and Comparative Law Quarterly, 2020, 819-844.
- DÖNMEZ CANSEVEN**, Zeynep, Yapay Zekânın Anonim Şirketin Yönetim Kurulunda Yer Alması ve Bu Durumun Hukuki Sorumluluğa Etkisi, 1st Edition, On İki Levha, 2021.
- DRUCKER**, Peter F.: “The Manager and the Moron” McKinsey Quarterly, 3(4), 1967, 42–52.
- ELGENDY**, Nada /**ELRAGAL**, Ahmed: “Big Data Analytics in Support of the Decision-Making Process”, 100 Procedia Computer Science, 2016, 1071-1084.
- ELMAS**, Çetin: Yapay Zekâ Uygulamaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- EMİNOĞLU**, Cafer / **ÇAKIR**, Fatma Betül: “Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması” 28 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 277-297.
- ERCAN**, Cannur: “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri”, 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, 19-51.
- EREL**, Işıl/**STERN**, Léa H./**TAN**, Chenhao/ **WEİSBACH**, Michael S.: “Selecting Directors Using Machine Learning” 34 The Review of Financial Studies, 2021, 3226–3264.
- EROĞLU**, Muzaffer/**KARATEPE KAYA**, Meltem: “Impact of Artificial Intelligence on Corporate Board Diversity Policies and Regulations”, 23 European Business Organization Law Review, 2022, 541-572.
- ERSOY**, Çağlar, Robotlar Yapay Zekâ ve Hukuk, 4. Edition, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK**, Barış: “Yapay Zekâ Algoritmalarının Anonim Ortaklıkların Kurumsal Yönetimine Sağlayabileceği Olası

Katkılar”, 11(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 1184-1212.

GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: “Anonim Şirket Yönetiminde Yapay Zekânın Kullanılması ve Sorumluluğa Etkisi” in **KARAGÖZ**, Havva/ **ÖZCANLI**, F. Beril/ **PALANDUZ**, Seda (Editors) Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 20-22 Temmuz 2020, 1st Edition, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

GÜNER, Cemil: “Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk” 15 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2020, 229-272.

HANSMAN, Henry / **KRAAKMAN**, Reinier: “The Essential Role of Organizational Law” 110(3) Yale Law Journal, 2000, 387-440.

HELVACI, Mehmet: “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül” 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 77-96.

HOSSEİN JARRAHİ, Mohammad: “Artificial Intelligence and the Future of Work: Human-AI Symbiosis in Organizational Decision Making”, 61(4) Business Horizons, 2018, 577-586.

JENSEN, Michael C. / **MECKLING**, William H.: “Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure”, 3(4) Journal of Financial Economics, 1976, 305-360.

KARATEPE KAYA, Meltem: “Yapay Zekânın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler Hukukundan Çıkarılabilecek Dersler”, 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 69-106.

KOÇ, Himmet: “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış” 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, 62-82.

KRAAKMAN, Reinier/ **ARMOUR**, John/ **DAVIES**, Paul/ **ENRIQUES**, Luca/ **HANSMANN**, Henry/ **HERTIG**, Gerard/ **HOPT**, Klaus/ **KANDA**, Hideki/ **PARGENDLER**, Mariana/ **RINGE**, Wolf-Georg/ **ROCK**, Edward (Editors), The Anatomy of Corporate

- Law: A Comparative and Functional Approach, 3rd edition, Oxford University Press, 2017.
- KUO**, Susan S./ **MEANS**, Benjamin: "Corporate Social Responsibility after Disaster Corporate Social Responsibility after Disaster", Washington University Law Review, 89(5), 2012, 974-1016.
- KURELJUSIC**, Marko/**KARGER**, Eric: "Forecasting in Financial Accounting with Artificial Intelligence-A Systematic Literature Review and Future Research Agenda", Journal of Applied Accounting Research, 25(1), 2023, 81-104.
- KÜÇÜK**, Emin Seyyid: "Yapay Zekâ Varlıklarının Hukuki Statüsü Üzerine Disiplinler Arası Bir Muhakeme", Bilişim Hukuku Dergisi, 6(1), 2024, 198-269.
- LI**, He/ **YAZDI**, Mohammad; Advanced Decision-Making Neutrosophic Fuzzy Evidence-Based Best–Worst Method in **LI**, He/**YAZDI**, Mohammad (Editors), Advanced Decision-Making Methods and Applications in System Safety and Reliability Problems: Approaches, Case Studies, Multi-Criteria Decision- Making, Multi-Objective Decision-Making, Fuzzy Risk-Based Models, Springer International Publishing: Cham, Switzerland, 2022, 153–184.
- MANNE**, Henry: "Our Two Corporation Systems: Law and Economics", 53(2) Virginia Law Review, 1967, 259-284.
- MCCARTHY**, John: *What is Artificial Intelligence?*, Stanford University, 2007, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> (Accessed on 29.05. 2024).
- MEIRYANI**, Meiryani / **ANDINI**, Vidhiya/ **FAHLEVI**, Mochammad/ **YADIATI**, Winwin/ **PURNOMO**, Agung/ **PRAJENA**, Gredion: "Analysis of Accounting Information Systems Based on Artificial Intelligence on Fraudulent Financial Reporting Trends in Indonesia", Proceedings of the 2022 4th International Conference on E-Business and E-Commerce Engineering, 2022, p. 83-93. DOI: 10.1145/3589860.3589871.
- MERRIAM-WEBSTER DICTIONARY** <https://www.merriam-webster.com/dictionary/intelligence>
- MORCK**, Randall K., A History of Corporate Governance Around the World: The World Family Business Groups to Professional Managers, University of Chicago Press, 2005.

- MÖSLEIN**, Florian, (Çeviren: Çınar, Sevda Bora): “Yönetim Kurulu Toplantı Odasındaki Robotlar: Yapay Zekâ ve Şirketler Hukuku”, 79(2) İstanbul Hukuk Mecmuası, 699-728.
- MÖSLEIN**, Florian: Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law, **BARFIELD**, Woodrow/ **PAGALLO**, Ugo (Editors) Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, 1st edition, Edward Publishing Limited, 2018.
- NewVantage Partners Releases 2020 Big Data and AI Executive Survey**, BUSINESSWIRE
<https://www.businesswire.com/news/home/20200106005280/en/New-Vantage-Partners-Releases-2020-Big-Data-and-AI-Executive-Survey> (Accessed on 29.05.2024).
- NİLSSON**, Nils J., The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements, Cambridge University Press 2013.
- OECD**, G20/OECD Principles of Corporate Governance <
https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/11/g20-oecd-principles-of-corporate-governance_g1g56c3d/9789264236882-en.pdf#page=47.20>
(Accessed on 20.02.2025).
- OSASONA**,Femi/ **AMOO**, Olukunle Oladipupo /**ATADOGA**, Akoh/ **ABRAHAMS**, Temitayo Oluwaseun/ **FARAYOLA**, Oluwatoyin Ajoke/ **AYINLA**, Benjamin Samson: “Reviewing the Ethical Implications of AI in Decision Making Processes”, International Journal of Management & Entrepreneurship Research, 6(2), 2024, 322-335.
- ÖZBAY**, Ümit Vefa: “Dijital Peculium Kavramı”, 70 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, 867-898.
- ÖZDEMİR**, Semih Sırrı: İş Adamı Kararı İlkesi (Business Judgment Rule) ve Türk Hukukunda Uygulanabilirliği, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2017.
- PASLI**, Ali: “Kurumsal Yönetim’ in **HELVACI**, Mehmet/ **ÖZSOY**, Ahmet/ **SÖNMEZ**, Numan Sabit/ **UZEL**, Necdet (Editors) Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışmalar), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, 225-236.
- PENG**, Yixuan/ **AHMAD**, Sayed Fayaz/ **AHMAD**, Ahmad Y. Bani/ **AL SHAIKH**, M. Shaikh/ **DAOUD**, M. Khalaf/**ALHAMDI**, F. M.

Husein: "Riding the Waves of Artificial Intelligence in Advancing Accounting and Its Implications for Sustainable Development Goals", *Sustainability*, 15(19), 2023, 14165.

PETRIN, Martin: "Corporate Management in the Age of AI", 3 *Columbia Business Law Review*, 2019, 965-1030.

Preamble of Turkish Commercial Code No.6102,

RAHMAN, Ashfaq: "AI Revolution: Shaping Industries Through Artificial Intelligence and Machine Learning", *Journal Environmental Sciences and Technology*, 2(1), 2023, 93-105.

RANE, Nitin: "Role and Challenges of ChatGPT and Similar Generative Artificial Intelligence in Finance and Accounting", *Studies in Economics and Business Relations*, 15(1), 2024, 11-23.

RAO, Anand: "AI: Everywhere and Nowhere (Part 1)", *Insurance Thought Leadership* (June 2, 2016), <http://insurancethoughtleadership.com/ai-everywhere-and-nowhere-part-1/>

SALES, Lord: "Algorithms, Artificial Intelligence and the Law", 25 *Judicial Review*, 2020, 46-66.

SHAPOVALOVA, Alla/ **KUZMENKO**, Olena/ **POLISHCHUK**, Oleh/ **LARIKOVA**, Tetyana/ **MYRONCHUK**, Zoriana: "Modernization of The National Accounting and Auditing System Using Digital Transformation Tools", *Financial and Credit Activity: Problems of Theory and Practice*, 4(51), 2023, 33-52.

SUN, T. Quan/ **MEDAGLIA**, Rony: "Mapping the Challenges of Artificial Intelligence in the Public Sector: Evidence from Public Healthcare", *Government Information Quarterly*, 36(2), 2019, 368-383.

SURDEN, Harry: "Artificial Intelligence and Law: An Overview", 35 *Georgia State University Law Review*, 2019, 1306-1337.

TANDIONO, Rosaline: "The Impact of Artificial Intelligence on Accounting Education: A Review of Literature", *E3S Web of Conferences*, 426, 2023, DOI: 10.1051/e3sconf/202342602016.

THE REPUBLIC OF TÜRKİYE, The Presidency of Strategy and Budget, The Twelfth Development Plan (2024-2028) <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On->

Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf> (Accessed on 22.02.2025).

TIRON-TUDOR, Adriana/ **DONTU**, Adelina Nicoleta/ **BRESFELEAN**, Vasile Paul: "Emerging Technologies' Contribution to the Digital Transformation in Accountancy Firms", *Electronics*, 11(22), 2022, 3818-3837.

TURKISH COMMERCIAL CODE No.6102, Official Gazette Date: 14/2/2011

<<https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihristDetayIframe?MevzuatTur=1&MevzuatNo=6102&MevzuatTertip=5>>

UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Sustainable Development Goals, <https://sdgs.un.org/goals> (Accessed on 22.02.2025)

ÜNLÜ, Ufuk: "Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül" 13 Terazi Hukuk Dergisi, 2018, 126-131.

WİLE, Rob, A Venture Capital Firm Just Named an Algorithm to its Board of Directors, *Business Insider*, 13 May 2014, <<http://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T>> (Accessed on 29.05.2024).

YAZDI, Mohammad/**ZAREI**, Esmaeil/**ADUMENE**, Sidum/**BEHESHTI**, Amin: "Navigating the Power of Artificial Intelligence in Risk Management: A Comparative Analysis", *Safety*, 10(2), 2024, 42-90.

YENİCE CEYLAN, Özge: "Yapay Zekânın Hukuki Statüsünün Değerlendirilmesi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), 2024, 35-52.

YILMAZ, Atıncı/ **KAYA**, Umut: *Derin Öğrenme*, KODLAB, İstanbul, 2020.

YURTOĞLU, Burçin B.: "Ownership, Control and Performance of Turkish Listed Firms", 27 *Emprica Journal of Applied Economics and Economic Policy*, 2000, 193-222.

YÜNLÜ, Semih: "Current Developments on Artificial Intelligence and Liability for Robot Caused Damages", 26 *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, 189-213.

- ZHANG**, Chao/**LI**, Xinglin/ **QI**, Yuzhu/ **HE**, Yitong/ **NIU**, Jingwei/ **XU**, Yiyi/ **ZHANG**, Jiaying: “A Comparative Study on the Examination System of CPA in the AI Development Background Take China, Australia, the United States, the United Kingdom, Japan, and Germany as Examples”, E3S Web of Conferences, 233, 2021, DOI:10.1051/E3SCONF/202123301162.
- ZHAO**, Jingchen: “Artificial Intelligence and Corporate Decisions: Fantasy, Reality or Destiny”, 71(4) Catholic University Law Review, 2022, 663-698.
- ZOLFAGHARIFARD**, Ellie, Would You Take Orders From A Robot? An Artificial Intelligence Becomes the World’s First Company Director, Daily Mail, 19 May 2014, <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html>> (Accessed on 29.05.2024).

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU VERİLERİ IŞIĞINDA DEVLET BAŞKANLIĞINA VEKÂLET: PROBLEMLER VE ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Eyüp Kaan DEMİRKIRAN *

Öz

Devlet başkanına vekâlet meselesi gerek Türk anayasa hukukunda gerek diğer ulusal anayasa hukuku öğretilerinde incelenen önemli bir konudur. Devlet başkanının kısa süreli bir sebeple görevini yerine getirememesi söz konusu olabileceği gibi akıl hastalığı, ölüm veya bir başka durum yüzünden devlet başkanının görevinden ayrılması sebebiyle vekâlet de söz konusu olabilir. Karşılaştırmalı hukuk verileri incelendiğinde anayasal düzenlemelerde devlet başkanına vekâlet konusunun düzenlendiği görülmektedir. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukukta devlet başkanına vekâlet konusunun nasıl düzenlendiği ayrıntılı bir biçimde açıklanmıştır. Örneklem olarak belirlenen yöntem çerçevesinde 74 ülke incelenmiştir. Nihâyet Türk anayasa hukukunda tarihsel gelişmeden bu yana ve 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında konunun nasıl düzenlendiği incelenmiş, öneriler sunulmuştur.

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Turkish-German University, Faculty of Law, Department of Public Law, Constitutional Law Department, İstanbul, Türkiye.

✉ demirkiran@tau.edu.tr • ORCID 0000-0002-1729-8101.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: DEMİRKIRAN, Eyüp Kaan: “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Verileri Işığında Devlet Başkanlığına Vekâlet: Problemler ve Öneriler”, SÜHFD, C. 33, S. 2, Y. 2025, s. 913-961.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Devlet Başkanı • Devlet Başkanına Vekâlet • Vekilin Yetkileri • Meclis Başkanı • Başkan Yardımcısı

THE SUBSTITUTION OF THE STATE PRESIDENT IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW DATA: PROBLEMS AND SUGGESTIONS

Abstract

The issue of substitution of the head of state is an important issue that is analysed both in Turkish constitutional law and in other national constitutional law doctrines. It may be the case that the head of state is unable to fulfil his or her mandate for a short period of time or that the head of state resigns from office due to mental illness, death or another reason. When comparative law data are analyzed, it is seen that this topic is regulated in constitutions. This study explains in detail how the issue of the substitution for the head of state is regulated in comparative law. Within the framework of the method determined, 74 countries were analyzed. Finally, it will be analysed how the issue is regulated in Turkish constitutional law since the historical development and after the constitutional amendments of 2017 and recommendations are presented.

Keywords

• Head of State • Deputy Head of State • Powers of Deputy • Speaker of Parliament • Vice President

GİRİŞ

Devlet başkanlığı makamına vekâlet konusu anayasa hukukunda az işlenmiş ancak oldukça önemli konulardan birini oluşturmaktadır. Devlet başkanının çeşitli sebeplerle görevini yapamayacak durumda bulunması hâlinde, bu makama kimin vekâlet edeceği ve hangi yetkileri kullanacağı soruları, anayasal düzenlemelerde farklılıkları beraberinde getirmektedir. Çalışmada öncelikle devlet başkanlığı makamına vekâlet kavramı ortaya konacaktır. İlk genel anlamıyla vekâlet kavramından bahsedilecek ve konuya dair terminoloji açıklanacaktır. Bundan sonra ise, monarşi ve cumhuriyetlerde devlet başkanına vekâlet kavramından söz edilecektir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki farklı hükümet sistemlerinde de vekâletin önemi farklılık arz edebilir. Bunun ise daha çok bu farklı sistemlerde devlet başkanının konumundan ileri geldiği söylenebilir. Çalışmanın ilerleyen kısımlarında bunlardan da söz edilecektir. Tüm bunlardan sonra ise karşılaştırmalı hukuk verilerinin incelenmesine dair kısma geçilecektir.

Cumhurbaşkanına vekâlet edecek makam ve yetkilerine dair karşılaştırmalı hukukta pek çok örnek bulmak mümkündür. Çalışmada bu anlamda karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri toplanacak ve tasnif edilecektir. Karşılaştırmalı hukuk verileri ışığında öncelikle devlet başkanına vekâlet edecek makamın kim olduğu sorunu üzerinde durulacaktır. Ülkelerin bu anlamda belirlediği farklı alternatifler açıklanacaktır. Devlet başkanına vekâlet hakkında özellikle Alman anayasa hukuku literatüründe devlet başkanının bir engel ile karşılaşması sebebiyle görevini geçici olarak yapamamasından söz edilir. Bu engel olgusal ve hukuksal sebeplerden kaynaklanabilir. Devlet başkanının görevinden geçici süreyle ayrılmasının yanında devlet başkanlığı makamının çeşitli sebeplerle boşalmasından da söz edilebilir. Çalışmada zikredilen bu hususlar açıklanacaktır. Farklı karşılaştırmalı hukuk örnekleri belirtilecektir. Bir diğer sorun ise devlet başkanlığı makamına vekâlet eden vekilin yetkileri ve vekilin yetkilerinin sınırlarıdır. Bu konuda da çeşitli anayasal düzenlemelerde farklı anayasal sınırların devlet başkanlığına vekâlet eden makam açısından konduğu görülmektedir. Ayrıca karşılaştırmalı hukukta anayasal düzenlemelerde devlet başkanlığına vekâlet eden makamın yeminine, vekilin asıl görevine ve vekile dair diğer çeşitli hususlara dair düzenlemeler bulmak da mümkündür. Çalışmada bu hususlar da açıklanacaktır. Tüm bunlardan sonra ise Türkiye’deki duruma kısaca bakılacak ve karşılaştırmalı hukuk verilerinden yararlanılarak Türkiye’de uygulanması açısından isabetli görülen çeşitli öneriler sunulacaktır.

I. DEVLET BAŞKANLIĞINA VEKÂLET KAVRAMI

Devlet başkanlığına vekâlet konusunu öncelikle kavramsal düzeyde ele almak gerekir. Bu sebeple genel olarak vekâlet kavramından, monarşi ve cumhuriyetlerde devlet başkanına vekâletten ve farklı hükümet sistemlerinde devlet başkanına vekâlet hususundan bahsetmek gerektiği ifade edilmelidir.

A. Genel Olarak Vekâlet Kavramı ve Terminoloji

Vekâlet sözcüğü, sözlük anlamı itibarıyla “vekillik, başkasının işini görmeye memur olma” ve “başkasını kendi yerine geçirme” anlamlarına sahiptir.¹ Vekâlet, hukuk dalları içerisinde farklı kullanım alanları bulmaktadır. Örneğin özel hukukta vekâlet sözleşmesi altında vekillik kavramı ile karşılaşılır. Burada vekil, vekâlet verenin bir işini görmeyi ya da

¹ DEVELLIOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 7. Bası, Aydın Kitabevi, Ankara, 1986, s. 1375.

işlemini yapmayı üstlenen kişidir.² Kamu hukuku içerisinde idare hukukunda vekâlet, kamu hizmetinin devamlı ve sürekli olarak gerçekleşmesi menfaati karşısında, idari makamın geçici süreyle ve çeşitli sebeplerle boşalması durumunda, bir başka kamu görevlisine yetki ve görev verilmesi olarak tanımlanmaktadır.³ Anayasa hukukunda, vekâlet kavramı çeşitli durumlarda karşımıza çıkar. Temsil kavramı altında milleti temsil görevini yerine getiren milletvekili⁴ burada hatırlanabilir. Öte yandan millet egemenliğinin⁵ tam zıddı olarak halk egemenliği kurgusu altında emredici vekâlet kavramı⁶ akla gelecek diğer kavram olacaktır. Emredici vekâlet kavramı içerisinde vekil, vekillik görevini yaptığı halkın emir ve talimatlarıyla bağlı olmasıyla tanımlanmaktadır.⁷ Bütün bunların dışında vekil sözcüğü anayasa hukukunda bakan anlamında da kullanılmaktadır⁸; nitekim sözcüğün sözlük anlamlarından biri de budur.⁹

Tüm bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, çeşitli alanlardaki vekâlet kullanımı, çeşitli sebeplerle ve kısa süreliğine, bir kişi veya makam yerine geçmek noktasında birleşmektedir. Bu anlamda vekâletin kavram olarak özünü tespit etmek mümkündür. Bu makalede çalışma alanımız ise devlet başkanlığı makamına vekâlet edilmesini ifade etmektedir. Kısa süreli ve arızı bir durum olduğu anlaşılan vekâlet müessesesi, öte yandan oldukça önemli sonuçlar doğurmaktadır. Bu sebeple anayasalarda düzenlenmesi isabetlidir.¹⁰

² **YAVUZ**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 601.

³ **AKYILMAZ**, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 200.

⁴ **LEIBHOLZ**, Gerhard, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, s. 54-55.

⁵ **KABOĞLU**, İbrahim Ö. Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 189.

⁶ **TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 115.

⁷ **EREN**, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 302; **DÖNER**, Ayhan, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 335.

⁸ **TÜZEL**, Sadık, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1969, s. 182.

⁹ **Şemseddin Sami**, Kâmûs-ı Türkî, 5. Baskı, Kapı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 1497.

¹⁰ **GÖZLER**, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016, s. 71; **MEIERTÖNS**, Heiko/ **EHRHARDT**, Felix C., "Der Präsident des Bundesrates als Vertreter des Bundespräsidenten", JURA, Band: 33, Heft 3, 2011, s. 170.

Kavram Türk anayasa hukukunda “cumhurbaşkanına vekâlet” şeklinde oturmuştur.¹¹ Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi anayasal düzenlemelerimizde yer almaktadır.¹² Kavram Alman hukukunda “Vertretung/ Stellvertretung” kavramları ile anılmaktadır.¹³ Devlet başkanının, aşağıda açıklanacağı üzere, görev süresinden önce görevinden ayrılması durumunda da vekâlet olgusuyla karşılaşılacaktır. Türk hukukunda bu durumda “makamdan inhilâl”¹⁴ ve “makamın boşalması”¹⁵ ifadelerine rastlanmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta halef, ardıl, yerine geçme anlamında İngilizce “succession” ifadesinin kullanıldığı da görülmektedir.¹⁶

B. Monarşi ve Cumhuriyetlerde Devlet Başkanına Vekâlet

Devlet başkanlığına vekâlet konusunda devletin bir monarşi ya da cumhuriyet olması açısından kısa bir açıklama yapılması faydalı olacaktır. Devletler şekilleri bakımından sınıflandırılmalarında, cumhuriyet ve

¹¹ KERSE, Ahmet, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Doktora Tezi, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973 s. 53; TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 356; ÖZÇELİK, Selçuk, Anayasa Hukuku Dersleri, C. 2: Türkiye’nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 278; İZGİ, Ömer/ GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. II: Madde 79-177, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s. 998.

¹² 1924 Anayasası m. 33 “... vekâleten Reiscumhur vezaifini ifa eder” ifadesini kullanırken, 1961 Anayasası m. 100 “... Cumhurbaşkanlığına vekillik eder” ifadesini tercih etmiştir. 1982 Anayasası’nın ilk metninde m. 115’te “... Cumhurbaşkanlığına vekillik eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır” ibaresi bulunurken 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında m. 106/3 hükmünde ise “... Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır” ibaresi yer almaktadır. Terminolojik kullanımda vekâleten görevlerini yerine getirmek, vekillik etmek ve vekâlet etmek ifadelerinin anayasalarda tercih edildiği gözlemlenmektedir. 1924, 1961 ve 1982 Anayasası metinleri için Bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

¹³ PITSCHAS, Rainer, “Die Vertretung des Bundespräsidenten durch den Präsidenten des Bundesrates”, Der Staat, Vol. 12, No. 2, 1973, s. 184.

¹⁴ ÖZER, Yusuf Ziya, Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri, Recep Uğurlu Matbaası, Ankara, 1939, s. 570.

¹⁵ GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 269.

¹⁶ Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası m. II Alt Bölüm 1 paragraf 6, başkanın görevinden alınması, ölümü, istifası ve yetki ve görevlerini yapamayacak durumda olması hâllerinde kimin başkanlık görevini yerine getireceğine dair açık kurallar düzenlemiştir. “Succession Clause for the Presidency” olarak anılan düzenleme için Bkz: https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S1-C6-1/ALDE_00013693/ (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

monarşi olarak ayrılmaktadır.¹⁷ Devlet başkanı, cumhuriyetlerde seçim yoluyla¹⁸ monarşilerde veraset yoluyla göreve gelir.¹⁹ Monarşilerde vekâlet sorunu, cumhuriyetlere nazaran daha farklı formda ortaya çıkmaktadır.²⁰ Monarşilerde vekâlet konusunda, kralın görevini yapamayacak durumda olması hâlinde, onun yerine görevi yerine getirecek kişi anlamında “Kraliyet Naipliği (Regent)” kavramı ile karşılaşıldığı görülmektedir. İngiltere’de kralın çeşitli sebeplerle görevini yapamayacak durumda olması ve tahtın ardılının (successor) henüz reşit olmaması durumunda, bir naip atanması gerekmektedir. Bu konuda 1937 tarihli Naiplik Yasası düzenlemeler getirmektedir.²¹ İngiltere’de naip görev yaptığı esnada belirli sınırlamalara tâbidir. Bu dönemde bazı yasaların devlet başkanına sunulması mümkün değildir. Tahta geçiş ve kraliyete ardıl olacak kişinin belirlenmesi konusunda değişiklik öngören bir yasal düzenleme, naip görevde iken devlet başkanına sunulamaz.²² Yazılı bir anayasanın olduğu monarşilerde naipliğe dair düzenlemeler, anayasanın içerisinde de yer alabilir. Örneğin 1850 tarihli Prusya Anayasası m. 56-58 hükümleri naibin belirlenmesi ve göreve başlamasına dair düzenlemeler içermektedir.²³ Monarşinin kendine has yapısının vekâlet kurumunu da etkilediği söylenebilir. Bu durum terminolojide görülmektedir.

C. Farklı Hükümet Sistemlerinde Devlet Başkanına Vekâlet

Çeşitli hükümet sistemleri içerisinde devlet başkanının yetkileri değişiklik arz etmektedir. Klâsik bir parlamenter sistemde devlet başkanı

¹⁷ ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 303.

¹⁸ KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul, 1965, s. 377.

¹⁹ ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 303.

²⁰ HEUN, Werner: “Artikel 57”, Dreier, Horst, (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II: Artikel 20-82, 3. Auflage, Mohr Siebeck, 2015, s. 1480, parag. 1.

²¹ BARNETT, Hilaire, Constitutional & Administrative Law, 10. Edition, Routledge, 2013, s. 198-199. 1937 tarihli Naiplik Yasası için Bkz: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

²² ALDER, John, General Principles of Constitutional and Administrative Law, 4. Edition, Palgrave Macmillan, 2002, s. 292.

²³ 1850 Prusya Anayasası için Bkz: <https://www.verfassungen.de/preussen/preussen50-index.htm> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

sembolik yetkilerle donatılmıştır.²⁴ Buna karşın başkanlık sisteminde, doğrudan halk tarafından seçilen ve devlet başkanlığını da yerine getiren başkan, yürütme yetkisi ve görevini tek başına kullanmaktadır.²⁵ Yarı başkanlık sistemi içerisinde de halk tarafından seçilen başkanın icrai yetkileri bulunmaktadır.²⁶ Meclis başkanlığı sistemi içerisinde ise genellikle bir devlet başkanlığı makamı kabul edilmiş değildir.²⁷

Devlet başkanının icrai yetkilerle donatılmış olmasının, devlet başkanına vekâlet kurumunu çok daha önemli hâle getirdiği öne sürülebilir. Özellikle halk tarafından doğrudan seçilen devlet başkanının yerine geçecek kişinin demokratik meşruluğu problemi söz konusu olabilecektir. Diğer bir deyişle başkanlık sisteminde, halk tarafından seçilen başkanın görevini yapamaması durumunda ona vekâlet edecek başkan yardımcısının seçimlerde başkanlık adayıyla beraber halk tarafından seçilmiş olup olmaması gündeme gelebilecektir.²⁸ Bu tartışma, vekillik yapacak kişinin kullanacağı yetkiler ve vekâlet edeceği kurumun icrai yetkileri düşünüldüğünde, vekâletin önemine vurgu yapmaktadır. Bu sebeple, farklı hükümet sistemlerinde devlet başkanlığına vekâletin bu açıdan bir fark meydana getirdiği düşünülebilir.

II. KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU VERİLERİ IŞIĞINDA DEVLET BAŞKANLIĞINA VEKÂLET SEBEPLERİ VE TÜRLERİ

A. Yöntem Hakkında

Devlet başkanlığına vekâlet konusunu karşılaştırmalı anayasa hukuku verileri içerisinde incelemeyi önce izlenen yöntemden bahsetmek gerekmektedir. Bu çalışmada karşılaştırmalı hukuk verilerini meydana getirecek ülke anayasalarının tespitinde önemli demokrasi indekslerinden biri olan Economist'in bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla

²⁴ **BATUM**, Süheyl/ **YILMAZ**, Didem/ **KÖYBAŞI**, Serkan, Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 464.

²⁵ **BATUM/ YILMAZ/ KÖYBAŞI**, Anayasa Hukuku, s. 486.

²⁶ **KABOĞLU**, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 151.

²⁷ **KUBALI**, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, s. 501. Ancak örneğin İsviçre'de Federal Konsey başkanı aynı zamanda sembolik yetkileri olan bir devlet başkanı konumundadır. Bkz: **TEZİÇ**, Anayasa Hukuku, s. 502.

²⁸ **ANAYURT**, Ömer/ **EKİNCİ**, Ahmet, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 458.

son yayınlanan raporunda demokrasi olarak nitelenen 74 ülke esas alınmıştır. Bu ülkelerin 24 tanesi tam demokrasi, geri kalanlar kusurlu demokrasi olarak sınıflandırılmıştır. Tam demokrasi olarak nitelenen 24 ülke özelinde bir çalışma yapılması düşünülebilir iken bu ülkeler arasında, konumuz açısından önem arz ettiğini düşündüğümüz Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gibi çeşitli ülkeler yer almamaktadır. Bu sebeple, örneklem sayısını arttırmak göze alınarak kusurlu veya tam olsun tüm demokrasi olarak nitelenen ülkeleri içermek yolu tercih edilmiştir.²⁹ Anayasal düzenlemeler üzerinden analizler yapmak mümkün olmakla beraber uygulama ve literatüre inildiğinde inceleme yazarın bildiği İngilizce ve Almanca dillerinde konu hakkındaki kaynaklar özelinde sınırlı kalmaktadır.

B. Vekâlet Görevini Üstlenen Makam Ve Kademeli Usul

1. Bireysel Ve Kurul Hâlinde Vekâlet Ayrımı

İncelenecek ilk husus, vekâlet görevini üstlenecek makamın belirlenmesidir. Devlet başkanlığı makamına vekâlet edecek makam, karşılaştırmalı hukuk anayasalarında çeşitli tercihlerin konusu olmuştur. Bu anlamda, vekâlet görevinin tek kişiden oluşan bir makam tarafından yerine getirilmesi veya bir kurul tarafından bunun yapılması şeklinde iki farklı uygulama görülmektedir. Gözler bu durumu bireysel vekâlet ve kolejyal vekâlet olarak isimlendirmektedir.³⁰ İncelediğimiz ülkelerin içerisinde çok büyük çoğunlukta bireysel vekâletin uygulandığı görülmektedir.³¹

²⁹ Makalenin yazıldığı tarih itibarıyla Economist'in son yayınlanan 2023 yılı demokrasi indeksi bu makalede esas alınmıştır. Economist'in 2023 yılı demokrasi indeksi için Bkz: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2023/> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³⁰ GÖZLER, Devlet Başkanları, s. 71.

³¹ 1813 Norveç Anayasası m. 41, https://constituteproject.org/constitution/Norway_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 4, https://constituteproject.org/constitution/Sweden_2012 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1999 Finlandiya Anayasası Bölüm 5 m. 59, https://constituteproject.org/constitution/Finland_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1814 Hollanda Anayasası m. 37/2, https://constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1947 Tayvan Anayasası m. 49, https://constituteproject.org/constitution/Taiwan_2005 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1868 Lüksemburg Anayasası m. 6, https://constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1949 Federal Almanya Anayasası m. 57, https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1966 Uruguay Anayasası m. 150, <https://constituteproject.org/constitution/Uru>

guay_2004 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1946 Japon Anayasası m. 5, https://constitutionproject.org/constitution/Japan_1946 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1949 Kosta Rika Anayasası m. 135, https://constitutionproject.org/constitution/Costa_Rica_2020 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1937 tarihli Birleşik Krallık Naiplik Yasası m. 1,2 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents> (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, https://constitutionproject.org/constitution/Greece_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1968 Mauritius Anayasası m. 28/6-7, https://constitutionproject.org/constitution/Mauritius_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1948 Güney Kore Anayasası m. 71, https://constitutionproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1958 Fransa Anayasası m. 7/4, https://constitutionproject.org/constitution/France_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1978 İspanya Anayasası m. 59/1, https://constitutionproject.org/constitution/Spain_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1980 Şili Anayasası m. 28/1, https://constitutionproject.org/constitution/Chile_2021 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66, https://constitutionproject.org/constitution/Czech_Republic_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1992 Estonya Anayasası m. 83/1, https://constitutionproject.org/constitution/Estonia_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1964 Malta Anayasası m. 49, https://constitutionproject.org/constitution/Malta_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1789 ABD Anayasası m. II Alt Bölüm 1 paragraf 6, https://constitutionproject.org/constitution/United_States_of_America_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1964 İsrail Devlet Başkanlığı Temel Yasası m. 23, https://constitutionproject.org/constitution/Israel_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1976 Portekiz Anayasası m. 132/1, https://constitutionproject.org/constitution/Portugal_2005 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Slovenya Anayasası m. 106/1-2, https://constitutionproject.org/constitution/Slovenia_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1966 Botswana Anayasası m. 35/1, 36/1-2, https://constitutionproject.org/constitution/Botswana_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1947 İtalya Anayasası m. 86/1, https://constitutionproject.org/constitution/Italy_2020 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1980 Cape Verde Anayasası m. 143/1, https://constitutionproject.org/constitution/Cape_Verde_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1831 Belçika Anayasası m. 93, https://constitutionproject.org/constitution/Belgium_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/2, https://constitutionproject.org/constitution/Cyprus_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1922 Letonya Anayasası m. 52, https://constitutionproject.org/constitution/Latvia_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1-2, https://constitutionproject.org/constitution/Lithuania_2019 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1957 Malezya Anayasası m. 33/1, https://constitutionproject.org/constitution/Malaysia_2007 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1949 Hindistan Anayasası m. 65/1-2, https://constitutionproject.org/constitution/India_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1997 Polonya Anayasası m. 131/1 https://constitutionproject.org/constitution/Poland_2009 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/1, 36/2, https://constitutionproject.org/constitution/Trinidad_and_Tobago_2007 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2002 Timor-Leste Anayasası m. 82/1, 84/1, https://constitutionproject.org/constitution/East_Timor_2002 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1996 Güney Afrika Anayasası m. 90/1, https://constitutionproject.org/constitution/South_Africa_2012 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1972 Panama Anayasası m. 177, 187/2, https://constitutionproject.org/constitution/Panama_2004 (Erişim Tarihi:

05.12.2024), 1987 Suriname Anayasası m. 98, https://constituteproject.org/constitution/Surinam_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2011 Macaristan Anayasası m. 14/1, https://constituteproject.org/constitution/Hungary_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1988 Brezilya Anayasası m. 79, https://constituteproject.org/constitution/Brazil_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2007 Montenegro Anayasası m. 99, https://constituteproject.org/constitution/Montenegro_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1987 Filipinler Anayasası m. 7 Bölüm 8/1, https://constituteproject.org/constitution/Philippines_1987 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1853 Arjantin Anayasası m. 88, https://constituteproject.org/constitution/Argentina_1994 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Kolombiya Anayasası m. 202/3, https://constituteproject.org/constitution/Colombia_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/1-2, https://constituteproject.org/constitution/Mongolia_2001 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Romanya Anayasası m. 98/1, https://constituteproject.org/constitution/Romania_2003 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası m. 129, https://constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/3, https://constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2017 Tayland Anayasası Bölüm 16, https://constituteproject.org/constitution/Thailand_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 2006 Sırbistan Anayasası m. 120/1, https://constituteproject.org/constitution/Serbia_2006 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1992 Gana Anayasası m. 60/6,8 https://constituteproject.org/constitution/Ghana_1996 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1998 Arnavutluk Anayasası m. 91/1, https://constituteproject.org/constitution/Albania_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1980 Guyana Anayasası m. 95/1, https://constituteproject.org/constitution/Guyana_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1994 Moldovya Anayasası m. 91, https://constituteproject.org/constitution/Moldova_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1963 Singapur Anayasası m. 22N1, 22O1, https://constituteproject.org/constitution/Singapore_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1978 Sri Lanka Anayasası m. 40/1/c, 37/1, https://constituteproject.org/constitution/Sri_Lanka_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1993 Lesotho Anayasası m. 46/1, https://constituteproject.org/constitution/Lesotho_2018 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/1, 3, https://constituteproject.org/constitution/Macedonia_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1992 Paraguay Anayasası m. 234/1-2, https://constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1945 Endonezya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Indonesia_2002 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1990 Namibia Anayasası m. 34/1, https://constituteproject.org/constitution/Namibia_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024), 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/1-2, https://constituteproject.org/constitution/Croatia_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024). Bu ülkelere Danimarka'yı da eklemek gerekir. Bir monarşi olan Danimarka'da da naip usulü ile devlet başkanına vekâlet edildiği anlaşılmaktadır Bkz: <https://www.kongehuset.dk/en/news/hm-the-queen-will-be-able-to-be-installed-as-acting-regent> (Erişim Tarihi: 05.12.2024). Bu noktada İsviçre ayrıksı bir örnek olarak ortaya çıkar. İsviçre'de klâsik bir devlet başkanlığı makamı bulunmamaktadır. Federasyon'un içeride ve dışarıda temsilinden bir bütün olarak Federal Konsey sorumludur. Bkz: GIOVANNI, Biaggini, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich: Orell Füssli Verlag, 2017, s. 1334, parag. 2. 1999 İsviçre Anayasası m. 176/1-2 hükümleri gereği, Federal Konsey içerisinde bir Başkan

Kurul hâlinde vekâlet uygulaması ise çok daha sınırlıdır. İncelenen ülkelerde bunu tercih eden anayasal düzenlemeler, İzlanda ve İrlanda olarak ortaya çıkmaktadır. 1944 İzlanda Anayasası m. 8, Başbakan, Meclis Başkanı ve Yüksek Mahkeme Başkanı'ndan kurulu bir kurulun vekâlet görevini üstleneceğini belirlemiştir.³² Keza 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1 ise, vekâlet görevinin bir Komisyon tarafından yürütüleceğini hüküm altına alırken, m. 14/2/1 bu Komisyon'un Baş Yargıç ve Meclis'in her iki kanadının Başkanları'ndan meydana geleceğini belirtmektedir.³³ Uygulamada İrlanda'da Komisyon'un nadiren vekâlet görevini yerine getirdiği literatürde ifade edilmiştir.³⁴

Bazı ülkeler ise kurul hâlinde vekâlet ile bireysel vekâleti çeşitli olasılıklarda beraber kullanabilmektedir.³⁵ Slovakya ve Avusturya bu şekildedir. 1992 Slovakya Anayasası m. 105/1 hükmü, henüz Başkan seçilme-

seçilmektedir. 1999 İsviçre Anayasası için Bkz: https://constitutionproject.org/constitution/Switzerland_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024). 1997 Yönetim ve İdare Yasası m. 27 gereği Başkan görevini yapamayacak durumdaysa İkinci Başkan ona vekâlet etmektedir. Yasa için Bkz: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1997/2022_2022_2022/de (Erişim Tarihi: 05.12.2024). Bu durum da bir bireysel vekâleti gösterse de İsviçre ayrık bir örnek olduğundan burada incelemeye alınmamıştır. Diğer yandan bazı ülkeler ise Birleşik Krallık ile İngiliz Milletler Topluluğu'na üyedir ve bazılarında devlet başkanlığı İngiliz Monarşisi'ne tâbi olmaktadır. Bu ülkeler de burada ayrı tutulmuştur. Bu ülkeler, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Jamaika ve Papua Yeni Gine'dir. Konu hakkında Bkz: The Official Website of Royal Family, Realms and Commonwealth, <https://www.royal.uk/clarencehouse/features/realms-and-commonwealth> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³² 1944 İzlanda Anayasası https://constitutionproject.org/constitution/Iceland_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³³ 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1, https://constitutionproject.org/constitution/Ireland_2019 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³⁴ 1974'te Başkan Childers'in ölümü, 1976'da Başkan Ó Dálaigh'in ve 1997'de Başkan Robinson'un istifası durumları, Komisyon'un çalıştığı örnekler olarak belirtilmektedir. 1992'de Başkan Robinson'un yurtdışında olduğu dönemde Komisyon meclisin bir kanadının (Dáil) feshine karar vermiştir. Bkz: CAHILLANE, Laura/ CONAILL, Seán Ó, Constitutional Law In Ireland, 2. Edition, Wolters Kluwer, 2020, s. 49, parag. 94.

³⁵ Aşağıda ayrı bir alt başlık altında incelenecek olmakla beraber belirtmek gerekir ki karşılaştırmalı hukukta anayasalar incelendiğinde, ülkelerin kademeli olarak vekâlet makamı belirlediği görülür. Diğer bir deyişle vekil olarak takdir edilen makam da görev yapamazsa kimin vekâleti üstleneceği sıra ile belirlenir. Çalışmada buna hasredilen alt bölüm ayrı tutulmak üzere incelemeler ve analizler, aksi belirtilmedikçe, birinci derece belirlenen vekâlet makamı üzerinden yapılmaktadır.

diyse, Başkan henüz yemin etmediyse veya ciddi sebeplerden dolayı Başkan görevini yapamayacak hâldeyse, Anayasa'nın m. 102/1/a-c, n, o hükümlerinde belirtilen yetkilerin Hükümet tarafından kullanılacağını belirtmektedir. Aynı maddeye göre, Anayasa'nın m. 102/1/d, g, h, l, m, s, t bentlerindeki yetkileri ise Meclis Başkanı kullanacaktır.³⁶ 1920 Avusturya Anayasası m. 64/1 hükmü vekâlet makamı olarak Federal Şansölye'yi belirlerken, aynı hüküm, yirmi günden fazla süren görev yapamama durumu veya Anayasa m. 60/6 gereği Başkan'ın görevden alınması durumlarında, Milli Konsey Birinci Başkanı, İkinci Başkanı ve Üçüncü Başkanı'ndan kurulu bir Kurul'un vekâlet görevini icra edeceğini ifade etmektedir.³⁷

Endonezya örneğinde ise aslında bireysel vekâlet tercih edilmiş olmakla beraber, kademeli usul içerisinde vekilin görev yapamaması durumunda, vekâleti üstlenecek makam açısından kurul hâlinde vekâlete gildiği tespit edilmiştir. 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, Başkan'a vekâlet edecek makamın Başkan Yardımcısı olacağını belirtmekle beraber m. 8/3, Başkan Yardımcısı'nın da bu görevi yapamayacak hâlde olması olasılığında bir kurulun vekâletini öngörmektedir. Bu Kurul, Dışişleri Bakanı, İçişleri Bakanı ve Savunma Bakanı'ndan oluşur.³⁸

2. Bireysel Vekâlette Belirlenen Makam

a. Meclis Başkanı

Vekâlet görevini yapacak tek kişiden oluşan makam içerisinde ise farklı belirlemeler söz konusudur. Burada meclis başkanının vekâlet görevini üstlenmesi ile karşılaşmak mümkündür.³⁹ Örneğin Federal Almanya'da Anayasa'nın m. 57 hükmüne göre, Federal Cumhurbaşkanı'nın

³⁶ 1992 Slovakya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Slovakia_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³⁷ **WIESER**, Bernd, Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 2. aktualisierte Auflage, Verlag Österreich, 2014, s. 109. 1920 Avusturya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Austria_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³⁸ 1945 Endonezya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Indonesia_2002 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

³⁹ Bu yönde tespit edilen ülkeler: 1949 Federal Almanya Anayasası m. 57, 1947 İtalya Anayasası m. 86/1, 1958 Fransa Anayasası m. 7/4, 1980 Şili Anayasası m. 28/1, 1991 Slovenya Anayasası m. 106, 1997 Polonya Anayasası m. 131/1, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/1, 36/2, 1991 Romanya Anayasası m. 98/1, 1976 Portekiz Anayasası m. 132/1, 1980 Cape Verde Anayasası m. 143/1, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/2, 1922 Letonya Anayasası m. 52, 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1-2, 2002 Ti-

görevini yapamayacak bir engelle karşılaşması veya görev süresinin bitiminden önce görevinden ayrılması durumlarında, kendisine Federal Konsey (Bundesrat) Başkanı vekâlet eder. İncelenen ülkeler içerisinde Meclis Başkanı ilk derece vekâlet makamı olarak belirleyenlerden, çift meclis sistemini benimseyen 8 ülke içerisinde 6 ülkede Senato Başkanı ya da İkinci Meclis Başkanı vekâlet görevi üstlenirken⁴⁰, 2 ülkede Birinci Meclis Başkanı'na bu yetki verilmiştir. Bu iki ülke ise Slovenya ve Polonya'dır.⁴¹

İki kanatlı meclislerde İkinci Meclis ya da Senato Başkanı'nın seçilme sebebi üzerine düşünülebilir. Alman hukuk literatürüne bakıldığında, devlet başkanına vekâlet makamının seçimi hususunda, seçim yapılırken temel menfaatin, vekilin vekil olarak icra edeceği görev ile, asıl görevi arasında çatışma riskinin olabildiğince minimize edilmesi olduğu belirtilmektedir.⁴² Devlet başkanına vekâlet görevi icra edebilecek olası

mor-Leste Anayasası m. 82/1, 84/1, 2011 Macaristan Anayasası m. 14/1, 2007 Montenegro Anayasası m. 99, 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/1-2, 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/1-2, 2006 Sırbistan Anayasası m. 120/1, 1998 Arnavutluk Anayasası m. 91/1, 1994 Moldovya Anayasası m. 91, 1991 Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/1, 3, 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, 1992 Estonya Anayasası m. 83/1, 1964 İsrail Devlet Başkanlığı Temel Yasası m. 23. Bu ülkelere sınırlı olarak çeşitli olasılıklarda meclis başkanına vekâlet görevi veren Çek Cumhuriyeti ve Slovakya da eklenmelidir. Bkz: 1992 Slovakya Anayasası m. 105/1, 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66.

⁴⁰ 1949 Federal Almanya Anayasası m. 57, 1947 İtalya Anayasası m. 86/1, 1958 Fransa Anayasası m. 7/4, 1980 Şili Anayasası m. 28/1, 1991 Slovenya Anayasası m. 106, 1997 Polonya Anayasası m. 131/1, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/1, 36/2, 1991 Romanya Anayasası m. 98/1.

⁴¹ 1991 Slovenya Anayasası m. 106, 1997 Polonya Anayasası m. 131/1. Çek Cumhuriyeti'nde ise her iki Meclis kanadının Başkanları farklı olasılıklarda görev alabilmektedir. Bkz: 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66.

⁴² KUN, Roman, "Art. 57", Dürrig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 104. EL April 2024, Beck-Online Die Datenbank, <https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim Tarihi: 05.12.2024), parag. 7. 1949 Federal Alman Anayasası'nın tercihinin, Federal Şansöyle ve Federal Meclis Başkanı'na göre daha isabetli olduğu, Federal Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın seçilmesi durumunda bunun ilgili makamı politize edebileceği yönünde ayrıca Bkz: MEIERTÖNS/ EHRHARDT, Der Präsident des Bundesrates als Vertreter des Bundespräsidenten, s. 170. ABD hukuk literatüründe de Başkan'ı impeachment usulü ile görevden alma sürecinde her iki meclis kanadının rolüne atfı yapılarak, Başkan'a meclis başkanlarının vekâlet etmesi ihtimalinin meydana getireceği çıkar çatışmasına vurgu yapılmıştır. Bkz: ALBERT, Richard, "The Constitutional Politics of Presidential Succession", Hofstra Law Review, Vol. 39, Issue. 3, Article 2, s. 530.

alternatifler arasında en az problem meydana getireceği düşünülen tercihin vekâleti yerine getirecek makam olarak anayasada belirlendiği dile getirilmektedir.⁴³ Öte yandan literatürde, Almanya’da Federal Konsey Başkanı’nun tercih edilmesi hususunda avantajlı noktanın, İkinci Meclis’in federe yapıları temsil etmesinde yattığı da ifade edilmiştir.⁴⁴

b. Başkan Yardımcısı

Vekâlet görevini icra edecek kişi kapsamında diğer bir ihtimal başkan yardımcılarıdır.⁴⁵ Bu konuda temel örneklerden biri ABD’dir. ABD Anayasası’nın yapılış sürecinde ise Başkan’a vekâlet konusunda Başkan Yardımcısı’nın yetkilendirilmesi usulünün ciddi bir tartışmaya konu olmadığı belirtilmektedir.⁴⁶ ABD Anayasası’nın madde II Alt Bölüm 1 paragraf 6 hükmü, Başkan’ın görevinden alınması, istifası ya da görevini yapamayacak durumda bulunması hâllerinde görevi Başkan Yardımcısı’nın üstleneceğini belirtmektedir. Ayrıca Anayasa’nın XXV. Değişikliği Alt Bölüm 1 hükmü de Başkan’ın görevinden alınması, ölümü veya istifası durumlarında Başkan Yardımcısı’nın Başkan hâline geleceğini ifade etmektedir. Literatürde Başkan Yardımcısı’nın temel anayasal fonksiyonunun Başkan’a vekâlet etmek olduğu belirtilmektedir.⁴⁷ Başkan’ın halk tarafından seçildiği durumlarda Başkan Yardımcısı vekâlet konu-

⁴³ BUTZER, Hermann, “Art 57 Vertretung”, Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz/ Hofmann, Hans/ Hans-Günter, Henneke (Hrsg.) GG Kommentar zum Grundgesetz, 15. Basi, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2022, s. 1747 parag 1.

⁴⁴ FINK, Udo, “Art. 57”, v. Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich/ Starck, Christian/ Huber, Peter M./ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band: 2, 7. Auflage, München: CH Beck, 2018, s. 1497, parag 7.

⁴⁵ Bu yönde tespit edilen ülkeler: 1947 Tayvan Anayasası m. 49, 1966 Uruguay Anayasası m. 150/1, 1949 Kosta Rika Anayasası m. 135, 1968 Mauritius Anayasası m. 28/6-7, 1789 ABD Anayasası m. II Alt Bölüm 1 paragraf 6, 1966 Botswana Anayasası m. 35/1, 36/1/a, 1949 Hindistan Anayasası m. 65/1-2, 1996 Güney Afrika Anayasası m. 90/1, 1972 Panama Anayasası m. 177, 1987 Suriname Anayasası m. 98, 1988 Brezilya Anayasası m. 79, 1987 Filipinler Anayasası m. 7 Bölüm 8/1, 1853 Arjantin Anayasası m. 88, 1991 Kolombiya Anayasası m. 202/3, 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, 1990 Nambia Anayasası m. 34/1, 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/3, 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası m. 129, 1992 Gana Anayasası m. 60/6, 8, 1992 Paraguay Anayasası m. 234/1-2.

⁴⁶ FEERICK, John D., From Failing Hands: The Story of Presidential Succession, Fordham University Press, New York, 1965, s. 42-43.

⁴⁷ SEDLER, Robert A., Constitutional Law in the United States, 4. Edition, Wolters Kluwer, 2019, s. 64, parag. 66.

sunda akla ilk gelen ihtimal olmaktadır. Bu durumda Başkan Yardımcısı'nın da halk tarafından seçilmiş olması demokratik meşruiyet açısından arzu edilen olasılık olarak öne çıkmaktadır.⁴⁸ Nitekim, ABD Anayasası'nın madde II Alt Bölüm 1 paragraf 1 hükmü, Başkan Yardımcısı'nın Başkan ile halk oyuyla seçileceğini hüküm altına almaktadır.

c. Başbakan

Bazı ülkelerde ise vekâlet makamı olarak başbakanların belirlendiği görülmektedir. Görece olarak bunun sınırlı olduğu gözlemlenmiştir. İncelediğimiz ülkeler içerisinde sadece 5 ülkede bu yönde düzenleme bulunmaktadır. Bunlar Finlandiya, Avusturya, Güney Kore, Guyana, Sri Lanka'dır.⁴⁹ Yukarıda da belirtildiği gibi Avusturya'da kurul hâlinde ve bireysel vekâlet birlikte anayasal düzeyde düzenlenmiştir. 1920 Avusturya Anayasası m. 64/1 Başkan'ın görevini yapamayacak durumda olması hâlinde, öncelikle yetkilerinin Başbakan tarafından kullanılacağını hüküm altına almıştır. Hükmün devamında ise 20 günü aşan engel durumu ve Başkan'ın görevden alınması ayrıca düzenlenmiştir. Böylelikle anayasal düzenlemenin çeşitli yüksek devlet organları arasında farklı olasılıklar dahilinde çeşitli seçenekler belirleyen bir vekâlet düzenlemesi getirdiği anlaşılmaktadır.⁵⁰

⁴⁸ ALBERT, The Constitutional Politics of Presidential Succession, s. 549.

⁴⁹ 1999 Finlandiya Anayasası Bölüm 5 m. 59, 1920 Avusturya Anayasası m. 64/1, 1948 Güney Kore Anayasası m. 71, 1980 Guyana Anayasası m. 95/1, 1978 Sri Lanka Anayasası m. 40/1/c, 37/1. 1949 Federal Alman Anayasası'ndan önce 1919 Weimar Anayasası'nın m. 51 hükmü de devlet başkanına vekâlet edecek makamı Şansölye olarak belirlemişti. Hükmeye göre ayrıca, eğer devlet başkanının karşılaştığı engel uzun bir süre vekâleti gerektiriyorsa ne yapılacağı yasayla düzenlenecekti. 1932 yılında madde yapılan anayasa değişikliği ile devlet başkanına vekâlet edecek makam olarak İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) Başkanı seçildi. Bkz: BADURA, Peter, Staatsrecht, 7. Auflage, C.H. Beck, 2018, s. 675, parag. 74. 1919 Weimar Anayasası'nın metni için Bkz: <https://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁵⁰ GRABENWARTER, Christoph/ FRANK, Stefan Leo, B-VG: Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte, MANZ Verlag, Wien, 2020, s. 209, parag. 1, 3. 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66 hükmünde de başbakana bazı başkanlık yetkilerine vekâlet görevi verildiği görülmektedir. Ancak farklı olasılıklarda meclis başkanlarına da rol ayrıldığı hükümden anlaşılmaktadır. Hükmeye göre, eğer başkanlık makamı boşalmışsa ya da yeni başkan seçilmemiş veya henüz yemin etmemiş ise, keza Başkan'ın ciddi sebepler yüzünden görevini yapamayacağına dair Temsilciler Meclisi ve Senato karar almışsa, Anayasa'nın m. 63/1/a-e, h-k ve m. 63/2 hükümlerinde düzenlenen başkanlık yetkilerini Başbakan kullanacaktır. Yine aynı maddeye göre, Başbakan'ın

d. Naip

Bir monarşinin mevcut olduğu sistemlerde vekâlet görevinin naip tarafından yerine getirildiğine yukarıda ayrıca değinilmiştir. İncelenen ülkeler içerisinde bu yönde düzenlemeler de tespit edilmiştir.⁵¹ Naip büyük oranda, tahta geçecek ardıl hanedan mensubu olmaktadır. Örneğin 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 4 hükmü, devlet başkanının görevini yapamayacak durumda olması hâlinde, Kraliyet ailesi içerisinde tahta geçecek sıradaki kişinin naiplik görevini icra edeceğini belirtmektedir. Birleşik Krallık açısından 1937 tarihli Naiplik Yasası m. 3/1 hükmü de naipliğin gerekli olduğu durumlarda naip olacak kişiyi, tahta çıkma sırasına göre görevini yapamayacak durumda olan kral/kraliçeden sonraki kişi olarak tayin etmektedir. Keza Japonya'da 1946 Japon Anayasası m. 5'in göndermesi ile çıkarılan 1949 Emperyal Hanedan Yasası m. 17 hükmü, naiplik görevini icra edecek hanedan mensuplarını, unvanlarına göre altı kademede sırayla belirleme yoluna gitmiştir.⁵²

e. Kademeli Usul

Bazı anayasalarda devlet başkanına vekâlet edecek makamın belirlenmesinde kademeli bir usul tercih edildiği görülür. Diğer bir deyişle anayasal düzenleme, devlet başkanının geçici veya kalıcı bir engel sebebiyle görevini yapamayacak olması durumunda vekilin kim olacağını belirlemenin yanında, bu vekilin de çeşitli sebeplerle görevini yapamaması durumunda onun yerine kimin görevi icra edeceğini belirleme yoluna gi-

belirtilen yetkileri kullandığı dönemde, Anayasa'nın m. 62/a-e, k ve m. 63/1/f hükmünde düzenlenen başkanlık yetkileri, Senato'nun yenilenmesi kararı alınmış ise Temsilciler Meclisi Başkanı tarafından kullanılır ve eğer Temsilciler Meclisi'nin feshedildiği bir dönemde başkanlık makamı boşalmış ise bu yetkileri Senato Başkanı kullanır. Yine aynı hüküm, Anayasa'nın m. 63/1/f hükmünde düzenlenen Senato ve Temsilciler Meclisi seçimlerinin yenilenmesi şeklindeki başkanlık yetkisinden Başbakan sorumlu iken Temsilciler Meclisi seçimlerinin yenilenmesi söz konusu ise Başkanlık makamına Senato Başkanı'nın vekâlet edeceğini de düzenlemektedir.

⁵¹ 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 4, 1814 Hollanda Anayasası m. 37/2, 1868 Lüksemburg Anayasası, m. 6, 1946 Japon Anayasası m. 5, 1937 tarihli Birleşik Krallık Naiplik Yasası m. 1, 2, 1978 İspanya Anayasası m. 59/1, 1831 Belçika Anayasası m. 93, 2017 Tayland Anayasası Bölüm 16, 1993 Lesotho Anayasası m. 46/1, 1957 Malezya Anayasası m. 33/1. Bunlara Danimarka'yı da eklemek gerekir. Bkz: <https://www.kongehuset.dk/en/news/hm-the-queen-will-be-able-to-be-installed-as-acting-regent> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁵² 1949 Emperyal Hanedan Yasası <https://www.kunaicho.go.jp/e-kunaicho/hourei-01.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

debilmektedir. Kanaatimizce korunmak istenen menfaat düşünüldüğünde isabetli olan da budur. İncelenen pek çok ülkede bu yönde bir düzenleme tespit edilmektedir.⁵³ Örneğin 1999 Finlandiya Anayasası Bölüm 5 m. 59 hükmü Başbakanı vekil kılmışken, onun görev yapamaması hâlinde vekil bakanı görevlendirmektedir. 1949 Kosta Rika Anayasası m. 135 hükmü devlet başkanına vekil olarak Başkan Yardımcılarını atanma sırasına göre belirlemektedir. Ancak bunlar vekâlet görevini yerine getiremezse Meclis Başkanı'na bu görev verilmiştir. Meclis Başkanı'nı vekil tayin eden 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1 hükmü de meclisin yokluğunda bir önceki meclisin Meclis Başkanı'nı vekil seçmiştir. Bazı örneklerde kademeli belirlemede yargı organından seçimler yapıldığı da görülmektedir. Örneğin 1964 Malta Anayasası m. 49 vekilin nasıl seçileceğini düzenledikten sonra bu mümkün olmaz ise Baş Yargıç'a (Chief Justice) bu görevi vermektedir. Bu konuda bahsedilmesi gereken önemli bir örnek de ABD'dir. 1789 ABD Anayasası m. II Alt Bölüm 1 paragraf 6, Başkan'a vekâlet edecek makamı Başkan Yardımcısı olarak belirledikten sonra Kongre'nin yasa çıkararak hem Başkan hem Başkan Yardımcısı'nın görev yapamaması durumunda kimlerin vekâlet makamını üstleneceğini belirleyeceğini hüküm altına almıştır.

⁵³ 1999 Finlandiya Anayasası Bölüm 5 m. 59, 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 7/2, 1947 Tayvan Anayasası m. 49, 1966 Uruguay Anayasası m. 153, 1949 Japon Emperyal Handedan Yasası m. 17, 1949 Kosta Rika Anayasası m. 135/2, 1937 tarihli Birleşik Krallık Naiplik Yasası m. 3/1, 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, 1968 Mauritius Anayasası m. 28/7, 1948 Güney Kore Anayasası m. 71, 1958 Fransa Anayasası m. 7/4, 1978 İspanya Anayasası m. 59/1, 3, 1980 Şili Anayasası m. 28/1, 29/1, 1964 Malta Anayasası m. 49, 1789 ABD Anayasası m. II Alt Bölüm 1 paragraf 6, 1976 Portekiz Anayasası m. 132/1, 1966 Botswana Anayasası m. 35/2, 36/2, 1980 Cape Verde Anayasası m. 143/1, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/2, 36/2, 1997 Polonya Anayasası m. 131/3, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/2-3, 2002 Timor-Leste Anayasası m. 84/1, 1996 Güney Afrika Anayasası m. 90/1, 1972 Panama Anayasası m. 187/3, 189/3, 1988 Brezilya Anayasası m. 80, 1987 Filipinler Anayasası m. 7 sec. 8/1-2, 1853 Arjantin Anayasası m. 88, 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, 3, 1990 Nambiya Anayasası m. 34/1, 1991 Romanya Anayasası m. 98/1, 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası m. 129, 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/4, 2017 Tayland Anayasası sec. 17, 1992 Gana Anayasası m. 60/11, 1980 Guyana Anayasası m. 95/1, 1994 Moldovya Anayasası m. 91, 1963 Singapur Anayasası m. 22N1-2, 1978 Sri Lanka Anayasası m. 40/1/c, 37/2, 1992 Paraguay Anayasası m. 234/2.

C. Vekâletin Sebepleri ve Vekilin Durumu

Vekâlet görevini üstlenecek makamı ve kademeli usulü açıkladık-tan sonra, vekâlet sebepleri ve vekilin durumuna dair hususlardan bah-sedilecektir. Vekâlet sebepleri Devlet Başkanı'nın bir engel ile karşılaş-ması durumu ve görevinin erken sona ermesini içerirken vekil ile ilgili hususlar, vekilin yetki sınırları, vekilin asıl görevi ile ilgili getirilen çeşitli düzenlemeler ile ilgilidir.

1. Vekâletin Sebepleri

a. Devlet Başkanının Bir Engel İle Karşılaşması

1949 Federal Almanya Anayasası m. 57, vekâlet sebeplerini devlet başkanının bir engel (Verhinderung) sebebiyle görevini yapamaması ve görevinden süresinden önce ayrılması şeklinde belirtmiştir.⁵⁴ Devlet baş-kanının bir engel ile karşılaşması ve görevini yapamaması durumu, Al-man hukuk literatüründe belirtildiği üzere vekâlet sebebidir; öyle ki dev-let başkanının hukuki veya olgusal bir sebeple görevini yerine getireme-mesi sebebiyle yerine bir vekilin bakması durumu (Ersatzvertretung) bu kapsamda incelenir.⁵⁵ Böyle bir sebebin gerçekleşmesi için devlet başka-nının olağan görevlerinin büyük çoğunluğunu artık yapamayacak du-rumda olmasının gerektiği literatürde belirtilmiştir.⁵⁶ Olgusal sebepler başkanın hastalanması veya yurtdışı gezisinde olması gibi durumları ifade eder iken bunun yanında hukuki sebepler ise başkanın bir mahkeme kararı ile kısıtlanması sebebiyle görevini yapamayacak durumda bulun-ması gibi hâlleri göstermek için kullanılmaktadır.⁵⁷

Tartışmalı bir husus devlet başkanının bir programında görevleri-nin çakışması durumunda bir vekilin görev yapıp yapamayacağı (Neben-vertretung) durumudur. Devlet başkanının birden çok programı ve yap-ması gereken işler bulunabilir. Bunlar programı içerisinde çakışabilir veya aynı anda gerçekleşebilir. Devlet başkanı bir görevi yerine getirirken eş zamanlı olarak bir vekilinin diğer işi yerine getirmesini isteyebilir. Bu

⁵⁴ **BADURA**, Staatsrecht, s. 675, parag. 74. Başkan'ın bir engelle karşılaşması/ engellen-mesi durumunda vekâletin gerçekleşeceğine yönelik lafzı tercih eden bazı diğer ül-keler için ayrıca Bkz: 1988 Brezilya Anayasası m. 79, 2006 Sırbistan Anayasası m. 120/1, 1980 Şili Anayasası m. 28/2.

⁵⁵ **VON ARNAULD**, Andreas "Art. 57", von Münch, Ingo/ Kunig, Philip (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band I, 6. Auflage, C.H. Beck, 2012, s. 264-265, parag 5.

⁵⁶ **NIERHAUS**, Michael, "Art. 57", Sachs, Michael (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2011, s. 1342, parag. 7.

⁵⁷ **NIERHAUS**, Art. 57, s. 1342, parag. 7.

gibi durumlarda vekâlet kurumunun işleyip işlemeyeceği sorusu Almanya'da tartışmalıdır. 1949 Federal Almanya Anayasası'nda bu yönde açıklık yoktur.⁵⁸ Bir görüşe göre bu yönde bir vekâlet uygulaması işletilemez, bu şekilde geniş bir vekâlet uygulaması yapılabilmesi için anayasal düzenlemenin değiştirilmesi ve böylelikle buna uygun kılınması gerekecektir.⁵⁹ Bununla beraber başka bir görüşe göre, öngörülemeyen program çakışmalarında devlet başkanının Federal Konsey Başkanı'nı belirli görevler açısından vekil tayin etmesi mümkün olmalıdır.⁶⁰

Ülke anayasalarında vekâlet sebepleri ile ilgili birbirinden farklı formülasyonların lafız olarak tercih edildiği anlaşılmaktadır. Kimi anayasal düzenlemelerde devlet başkanının ülkede bulunmaması⁶¹, hasta olması⁶², izin veya tatilde bulunması⁶³ vekâlet sebebi olarak lafızda belirtilmekte-

⁵⁸ FINK, Art. 57, s. 1498, parag. 13.

⁵⁹ WAHL, Rainer, Stellvertretung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1971, s. 124.

⁶⁰ VON ARNAULD, Art. 57, s. 2625-2626, parag. 6.

⁶¹ 1813 Norveç Anayasası m. 41, 1964 Malta Anayasası m. 49, 1966 Botswana Anayasası m. 35/2/b, 1922 Letonya Anayasası m. 52, 1957 Malezya Anayasası m. 33/1, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/1, 1980 Cape Verde Anayasası m. 143/1, 2017 Tayland Anayasası sec. 16, 1992 Gana Anayasası m. 60/8, 1963 Singapur Anayasası m. 22O1, 1978 Sri Lanka Anayasası 37/1, 1993 Lesotho Anayasası m. 46/1/b örnek olarak verilebilir. 1920 Avusturya Anayasası m. 64/1 hükmü, devlet başkanının görev yapamayacak durumda olması hâlinde vekâleti düzenlerken, diğer Avrupa Birliği ülkelerine yaptığı geziyi bu kapsamda görmediğini belirtmiştir.

⁶² 1944 İzlanda Anayasası m. 8, 1949 Japon Emperyal Hanedan Yasası m. 16, 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1-2, 1957 Malezya Anayasası m. 33/1, 1949 Hindistan Anayasası m. 65/2, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası m. 27/1, 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/1, 1980 Guyana Anayasası m. 95/1/a, 1963 Singapur Anayasası m. 22O1, 1978 Sri Lanka Anayasası 37/1 örnek olarak gösterilebilir.

⁶³ 1964 Malta Anayasası m. 49, 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/1, 1972 Panama Anayasası m. 187/2 hükümleri bu yöndedir.

dir. Kimi ülkelerde ise devlet başkanının herhangi bir sebeple görev yapamayacak durumda olması⁶⁴, görev yapmasını engelleyecek ciddi sebeplerin bulunması⁶⁵ ya da geçici bir sebeple görev yapamaması⁶⁶ şeklinde genel ve toplayıcı bir düzenleme tercih edildiği de görülmektedir. Kimi monarşilerde ise anayasal düzenlemede vekâlet sebebi olarak devlet başkanının henüz reşit olmaması⁶⁷, görevlerini yapamayacak hâlde olması⁶⁸ lafızlarıyla da karşılaşmak mümkündür.

Başkan'ın görev yapamaz hâlde geldiğine kimin karar vereceğine dair bazı anayasal düzenlemelerde belirlemeler bulmak mümkündür.⁶⁹ Bazı ülkelerde bu durumlarda meclisin karar alması aranmaktadır. Örneğin 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66, Başkan'ın ciddi sebepler yüzünden görev yapamaması hâlini ve bu durum hakkında meclisin her iki kanadını oluşturan Temsilciler Meclisi ve Senato'nun bu yönde karar almasını vekâlet sürecini başlatmanın şartları olarak aramaktadır. 2021 yılında Çek Cumhuriyeti Başkan'ı Miloš Zeman'ın hastaneye kaldırılması sonrası bu tartışma yaşanmış, Senato'nun ilgili Komisyon'u vekâlet hük-

⁶⁴ 1947 İtalya Anayasası m. 86/1, 1947 Tayvan Anayasası m. 49, 1968 Mauritius Anayasası m. 28/7, 1957 Malezya Anayasası m. 33/1, 1996 Güney Afrika Anayasası m. 90/1, 1990 Nambiya Anayasası m. 34/1, 1978 Sri Lanka Anayasası 37/1, 1964 Malta Anayasası m. 49 örnek olarak verilebilir.

⁶⁵ 1992 Slovakya Anayasası m. 105/1, 1949 Japon Emperyal Hanedan Yasası m. 16, 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası m. 66 örnek olarak gösterilebilir.

⁶⁶ 1976 Portekiz Anayasası m. 132/1, 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1, 2007 Montenegro Anayasası m. 99, 1997 Polonya Anayasası m. 131/1, 1963 Singapur Anayasası m. 22O1, 1949 Kosta Rika Anayasası m. 135/1, 1964 İsrail Devlet Başkanlığı Temel Yasası m. 2, 1960, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 36/2, 2011 Macaristan Anayasası m. 14/1, 1987 Suriname Anayasası m. 98/b, 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/1, 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası m. 129/1, 1998 Arnavutluk Anayasası m. 91/1, 1991 Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/3 örnek olarak verilebilir.

⁶⁷ 1978 İspanya Anayasası sec. 59/1 ve 1814 Hollanda Anayasası m. 37/1 buna örnektir.

⁶⁸ 1831 Belçika Anayasası m. 93, 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 4, 1868 Lüksemburg Anayasası, m. 6, 1978 İspanya Anayasası sec. 59/2 düzenlemeleri bu yöndedir.

⁶⁹ Bazı anayasal düzenlemelerde ise bu konuda açıklık yoktur. Örneğin 1920 Avusturya Anayasası m. 64 düzenlemesi böyledir. Literatürde ise bir görüşe göre, Başkan görev yapamayacak durumda olup olmadığını belirler, eğer kendisi belirleyemiyorsa bunu vekâletten sorumlu organ yerine getirecektir. Bkz: ÖHLINGER, Theo/ EBERHARD, Harald, Verfassungsrecht, 13. Auflage, Facultas, Wien, 2022, s. 224, parag. 480.

münün uygulanması yönünde görüş açıklamış, ancak Başkan'ın durumunun iyileşmesi sebebiyle tartışma sona ermiştir.⁷⁰ Benzer yönde, 2011 Macaristan Anayasası m. 14/2 hükmü de Başkan'ın geçici sebeple görev yapamayacak durumda olmasına meclisin karar vereceğini belirtmektedir.⁷¹

Devlet başkanının geçici olarak görev yapamaz hâlde olduğunun tespitinde yüksek yargı organlarına rol veren anayasal düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin 1997 Polonya Anayasası m. 131/1 hükmü, Başkan'ın geçici olarak görev yapamaz hâlde olması ve bunu Meclis Başkanı'na bildirememesi durumunda, Meclis Başkanı'nın Anayasa Mahkemesi'ne bu konuda bildirimde bulunacağını ve Anayasa Mahkemesi'nin Başkan'ın görev yapmasına engel bir durumun olup olmadığını belirleyeceğini ifade etmektedir. 1992 Estonya Anayasası m. 83/1 hükmü, Başkan'ın geçici olarak görev yapamayacağı hâllerin tespitinde yasal düzenlemeye atıf yapmaktadır. Gerçekten 2001 tarihli Cumhurbaşkanının Görevlerini Düzenleyen Kurallar Hakkında Yasa'nın m. 5 hükmü Başkan'ın geçici ve m. 11 hükmü belirsiz bir süre iş göremez hâlde olmasını ayrıca düzenlemektedir.⁷²

b. Devlet Başkanının Görevinin Erken Sona Ermesi

Devlet başkanının görevinin erken sona ermesi durumunda yeni devlet başkanı tayin edilene dek vekâlet müessesinin işlemesi gereği ile

⁷⁰ OCHODKOVÁ, Kateřina, "Article 66 of the Czech Constitution: A Tool to Protect a President, or a Means of Removing a Political Opponent?", Czech Republic Human Rights Review, Vol. 12, 2021, s. 29-30.

⁷¹ 1831 Belçika Anayasası m. 93 hükmüne göre Kral'ın yönetemeyecek durumda olması hâlinde bakanlar bu konuyu tespit eder ve meclis naiplik ile ilgili karar alır. Bu konuda oldukça ilginç bir uygulama literatürde ifade edilmektedir. Öyle ki 1990 senesinde Kral Boudewijn I'in parlamentoda kabul edilen kürtajla ilgili bir yasayı onaylamayı reddetmesi üzerine Anayasa'nın m. 93 hükmü çerçevesinde Bakanlar Kurulu 3 Nisan 1990'da, Kral'ın da onayıyla, Kral'ın yönetemeyecek hâlde olduğuna karar vererek Yasa için gerekli onayı Anayasa'nın m. 90/2 hükmü çerçevesinde sağlamıştır. 5 Nisan 1990'da ise parlamento Kral'ın yönetmeye engel hâlinin ortadan kalktığına karar vermiştir. Bkz: SOUVERIJNS, Tim, "Chapter 2: Head of State, §1 Designation" Alen, André/ Haljan, David (Editors), Verrijdt, Willem (Co-editor) Constitutional Law in Belgium, Wolters Kluwer, 2020, s. 79, parag. 104.

⁷² Yasa hükmü için Bkz: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/512112013005/consolidate/current> (Erişim Tarihi: 05.12.2024). 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/1-2 hükümleri Başkan'a vekâlet makamı olarak Meclis Başkanı'nı tespit ettikten sonra Anayasa'nın m. 37/3 hükmü de Meclis Başkanı'nın Başkanlık görevlerini yerine getirmesi usulünün yasayla düzenleneceğini belirtmektedir.

karşılaşılacaktır.⁷³ Bu ise ülke anayasalarında farklı durumlarda söz konusu olabilmektedir. Devlet başkanının ölmesi⁷⁴, istifası⁷⁵, görevden alınması⁷⁶ anayasal lafızlarda bu konuda en çok karşılaşılan sebeplerdir. Devlet başkanının istifası konusunda bazı anayasal düzenlemelerde ayrıntıların tespit edildiği görülmektedir. Örneğin, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/1/b hükmü, Başkan'ın istifasının yazılı olması, Temsilciler Meclisi'ne iletilmesi ve istifanın Temsilciler Meclisi Başkanı tarafından alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁷ 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/3 hükmüne göre ise istifa dilekçesinin Anayasa Mahkemesi Başkanı'na verilmesi gerekmektedir. Hükme göre ayrıca Meclis Başkanı durumdan haberdar edilir. 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/1/1 hükmü de istifanın Anayasa Mahkemesine sunulacağını kayıt altına almaktadır. Anayasa'nın m. 97/2 hükmü ise, istifanın Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesiyle, Başkan'ın yetki ve ayrıcalıklarının sona ereceğini belirtmektedir.

⁷³ HEUN, Werner, "Artikel 57", Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band: II Artikel 20-82, Mohr Siebeck, 2015, s. 482, parag 5; WIESER, Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, s. 109.

⁷⁴ 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1, 1814 Hollanda Anayasası m. 37/1/e, 1868 Lüksemburg Anayasası, m. 6, 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, 1966 Botswana Anayasası m. 35/1, 1831 Belçika Anayasası m. 92, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/1/a, 1922 Letonya Anayasası m. 52, 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1, 1949 Hindistan Anayasası m. 65/1, 1997 Polonya Anayasası m. 131/2/1, 36/2 2002 Timor-Leste Anayasası m. 82/1, 1987 Filipinler Anayasası m. 7 sec. 8/1, 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/2, 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/1/4, 1992 Gana Anayasası m. 60/6, 1991 Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/1, 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/3.

⁷⁵ 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/1/b, 1922 Letonya Anayasası m. 52, 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1, 1949 Hindistan Anayasası m. 65/1, 1997 Polonya Anayasası m. 131/2/2, 2002 Timor-Leste Anayasası m. 82/1, 1987 Filipinler Anayasası m. 7 sec. 8/1, 1853 Arjantin Anayasası m. 88, 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, 1991 Hırvatistan Anayasası m. 97/3, 1991 Bulgaristan Anayasası m. 97/1/1, 1992 Gana Anayasası m. 60/6, 1991 Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/1, 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1, 1966 Botswana Anayasası m. 35/1, 1992 Moğolistan Anayasası m. 37/2, 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası, m. 34/a.

⁷⁶ 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1, 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1, 1949 Hindistan Anayasası m. 65/1, 1997 Polonya Anayasası m. 131/2/5, 1987 Suriname Anayasası m. 98/1/a, 1922 Letonya Anayasası m. 52, 1987 Filipinler Anayasası m. 7 sec. 8/1, 1853 Arjantin Anayasası m. 88, 1960 Güney Kıbrıs Anayasası m. 44/1/c, 1945 Endonezya Anayasası m. 8/1, 1992 Gana Anayasası m. 60/6.

⁷⁷ Aynı şartların arandığı başka bir anayasal düzenleme için Bkz: 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası, m. 34/a.

Devlet başkanın sağlık sebebiyle devamlı surette artık görev yapamayacak durumda olduğunun tespitinde bazı anayasal düzenlemeler meclisi yetkilendirmektedir. Örneğin 1997 Polonya Anayasası m. 131/2/4 hükmü, Başkan'ın sağlık durumu sebebiyle devamlı surette artık görev yapamayacağına dair kararı Ulusal Meclis'in, üye sayısının en az üçte ikisinin çoğunluk oyuyla alacağını düzenlemektedir.⁷⁸ 1963 Singapur Anayasası m. 22L/3-7 hükümleri hem meclise hem Yüksek Mahkeme'ye rol veren bir sistem kurmaktadır. Anayasa'nın m. 22L/3 hükmü Başkan'ın bedensel veya ruhsal bir engel sebebiyle devamlı surette iş göremez hâle geldiğine dair karar alınması için meclise önerge sunulabileceğini, m. 22L/4 ise meclisin kararını düzenlemektedir. Ardından Baş Yargıç'ın da içinde olduğu en az beş Yüksek Mahkeme yargıcından oluşan bir Kurul konuyu inceleyip görüşünü meclise sunmakta ve meclis konu hakkında nihai kararını vermektedir. (m. 22L/5-7). Estonya'da ise, 2001 tarihli Cumhurbaşkanının Görevlerini Düzenleyen Kurallar Hakkında Yasa'nın m. 11/2 hükmüne göre de Başkan'ın sağlık sebebiyle belirsiz bir süre görev yapamayacak hâlde olduğunun tespitini Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Yüksek Mahkeme karara bağlamaktadır.

2. Vekil Her Yetkiyi Kullanabilir Mi?: Sınırlamalar ve Türleri

İncelenmesi gereken bir diğer konu devlet başkanına vekâlet eden makamın devlet başkanının tüm yetkilerini kullanıp kullanamayacağı ya da burada belirli kısıtlamaların olup olmayacağıyla ilgilidir. İncelenen anayasal düzenlemelerin çoğunda genellikle bu konuda açık yetki sınırlandırmalarına rastlanmamıştır. Örneğin 1949 Federal Almanya Anayasası m. 57, açık bir sınırlama getirmemektedir. Nitekim literatürde vekilin devlet başkanına dair tüm yetkileri kullanabileceği ifade edilmektedir.⁷⁹

Bazı anayasal düzenlemeler vekilin vekâlet döneminde kullanamayacağı yetkileri açıkça belirtme yolunu seçmektedir. Örneğin 1992 Litvanya Anayasası m. 89/3 gereği devlet başkanına vekâlet döneminde

⁷⁸ 1974 İsveç Anayasası Bölüm 5 m. 6 hükmü, Devlet Başkanı'nın peş peşe altı ay görevini yapamaması ya da görevini ihmâl etmesi durumunda hükümetin meclisi bilgilendireceğini ve meclisin devlet başkanlığı makamının düşüp düşmediğine karar vereceğini belirtmektedir.

⁷⁹ BUTZER, Art 57 Vertretung, s. 1751, parag. 14. Benzer durum vekil için bir sınırlama konmayan 1960 Güney Kıbrıs Anayasası için de geçerlidir. Literatürde vekilin teorik olarak Başkan'a ait tüm yetkileri kullanabileceği ancak pratikte vekilin kendini sınırladığı ve yetkinin suistimali gibi görülebilecek durumlardan imtina ettiği belirtilmektedir. Bkz: EMILIANIDES, Achilles C., Constitutional Law in Cyprus, 2. Edition, Wolters Kluwer, 2019, s. 90, parag 157.

meclis başkanı meclisi feshedemez, meclisin onayı olmadan bakanları görevden getiremez ve görevden alamaz, bunların yanında meclis ise meclis başkanına güvensizlik oyu konusunu görüşemez. 1997 Polonya Anayasası m. 131/4'e göre, Başkan'a vekâlet eden kişi meclisi feshedemez.⁸⁰ 1991 Romanya Anayasası m. 98/2, devlet başkanına vekâlet eden vekil başkanın Anayasa'nın m. 88-90 hükümlerinde geçen yetkileri kullanamayacağını belirtmektedir. Anayasa'nın m. 88 hükmü Başkan'ın meclise mesaj yetkisini, m. 89 hükmü meclisin feshi yetkisini ve m. 90 hükmü ise referanduma sunma yetkisini düzenlemektedir.⁸¹

İlginç bir örnek Estonya'da görülmektedir. 1992 Estonya Anayasası m. 83/3 hükmüne göre, Başkan'a vekâlet eden Meclis Başkanı, Yüksek Mahkeme'nin onayını almaksızın yasaların ilanından imtina edemeyeceği gibi meclisin olağanüstü seçimlerine de karar veremez. Hüküm vekilin yetkilerini sınırlamakla beraber yüksek yargıya, sayılan yetkilerin kullanılmasında izin vermek yoluyla bir rol tanımaktadır.

⁸⁰ 1966 Botswana Anayasası m. 35/3 ve 36/3 hükümleri, Başkan Yardımcısı'nın görevden alınması ve meclisin feshi yetkilerini vekilin kullanamayacağını belirtmektedir. Keza 1980 Guyana Anayasası m. 96/2, meclisin feshi ve Kabine'nin tavsiyesi hariç Başkan tarafından yapılan bir atamayı geri alma yetkilerini vekilin kullanacağı yetkilerin dışında tutmuştur. 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1, Anayasa'nın m. 32/4 hükmündeki durum haricinde meclisin feshi, Anayasa'nın m. 38/2 ve m. 44/2 hükümlerinde yer alan hükümetin istifa etmesi ve referandum düzenlemelerini istisna kapsamına almıştır. Literatürde belirtildiğine göre 1986 yılındaki anayasa değişikliğinden beri hükümetin istifa etmesi ve referandum düzenlemesi istisnaları önemini yitirmiştir; zira, bu değişikliklerden sonra hükümetin istifasına artık izin verilmediği gibi devlet başkanının referanduma götürme yetkisi sembolik bir nitelik arz etmektedir. Bkz: **SPYROPOULOS**, Philippos C., **FORTSAKIS**, Theodore P., *Constitutional Law in Greece*, Wolters Kluwer, 3. Edition, 2017, parag. 186, s. 79.

⁸¹ 1958 Fransa Anayasası m. 7/4, maddede düzenlenen vekâlet döneminde Anayasa'nın m. 11 hükmündeki yasaların referanduma sunulması ve m. 12 hükmündeki meclisin feshini vekilin yetkileri dışında tutmuştur. Keza Anayasa'nın m. 7/son hükmü de hükümde belirtilen vekâlet döneminde, Anayasa'nın m. 49, m. 50 ve m. 89 hükümlerinin uygulanmayacağını belirtir. Anayasa'nın m. 49 hükmünde güven oyu ve güvensizlik oyu, Anayasa'nın m. 50 hükmünde hükümetin istifa etmesi ve Anayasa'nın m. 89 hükmünde anayasanın değiştirilmesinin düzenlendiği görülmektedir. Vekilin kullanamayacağı yetkiler bentler hâlinde sayılarak da belirtilebilir. Örneğin 1980 Cape Verde Anayasası m. 151, vekilin kullanamayacağı yetkilerin yer aldığı bentleri, Anayasa'nın m. 147/1/e, f, h, j, l, k ile Anayasa'nın m. 147/2/e, f, g, h bentleri şeklinde belirlemiştir. Bu düzenlemelere bakıldığında m. 147/1/e meclisin feshi, m. 147/1/f ulusa ve meclise mesaj yetkisi, m. 147/1/h referanduma götürme yetkisi, m. 147/1/j, l, k ve m. 147/2/e, f, g çeşitli atama yetkilerini ve m. 147/2/h olağanüstü hâl ilan etme yetkisini düzenlemektedir.

Monarşilerde tahta geçişle ilgili hükümlerin değiştirilmesi naiplik döneminde yasaklanabilir. Örneğin Birleşik Krallık'ta 1937 tarihli Naiplik Yasası m. 4/2 hükmüne göre, tahta geçiş sırasını değiştirecek bir yasal düzenlemeye naip onay veremez. Tarihi bir anayasal düzenleme olan 1889 Japonya Anayasası m. 75 düzenlemesi, naiplik döneminde anayasa değişikliği yapılamayacağını ve Emperyal Hanedan Yasası'nın değiştirilemeyeceğini hüküm altına almaktaydı.⁸²

3. Vekilin Yemini ve Vekile Dair Diğer Düzenlemeler

Anayasal düzenlemeler incelendiğinde bazı anayasalarda vekilin edeceği yeminden söz edildiği görülmektedir. Bunun yanında vekile dair kimi bazı ayrıntıların anayasal düzeyde düzenlendiği anlaşılmaktadır. 1814 Hollanda Anayasası m. 37/4 hükmüne göre, naip meclis önünde görevlerini sadakatle yapacağına ve anayasaya bağlı kalacağına dair yemin eder. 1868 Lüksemburg Anayasası m. 8 hükmünde ise Naip'in edeceği yemin metin hâlinde yer almaktadır. Buradaki yemin metni anayasal düzenlemede tespit edilmekle beraber kısa ve iki cümleden oluşmaktadır. Yemin metninin çok daha uzun olması ve anayasal düzenleme yerine yasal düzenlemede tespit edilmesi de mümkün olabilir. Örneğin Birleşik Krallık'ta 1937 tarihli Naiplik Yasası m. 4/1, Naip'in yemin edeceğini hüküm altına almakla beraber yemin metni Yasa'nın ek kısmında ayrıca belirlenmiştir. Vekilin yemin metni Anayasa'nın ek kısmında da tespit edilmiş olabilir.⁸³ Vekilin edeceği yemin ile devlet başkanının edeceği yeminin aynı metin olacağı da tespit edilebilir. Örneğin 1831 Belçika Anayasası m. 94/2 hükmü, Naip'in Anayasa'nın m. 91 hükmünde belirtilen yemini ettikten sonra göreve başlayacağını belirtmektedir. Anayasa'nın m. 91/2-3 hükümleri ise Kral'ın yemin etmesi konusunu düzenlemektedir.⁸⁴

Anayasal düzenlemelerde vekilin yemininin yanında vekilin hukuki statüsüne dair başka açıklamaların da yapıldığına rastlanabilmektedir. Örneğin 1949 Hindistan Anayasası m. 65/3, Başkan Yardımcısı'nın,

⁸² 1889 Japonya Anayasası için Bkz: https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1889 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁸³ Vekilin edeceği yeminin anayasanın ek kısmında gösterilmesi hakkında düzenlemeler, 1996 Güney Afrika Anayasası m. 90/3 hükmü ve 1963 Singapur Anayasası m. 22N/5 hükmünde de bulunmaktadır.

⁸⁴ 1978 Sri Lanka Anayasası m. 40/2, Anayasa'nın m. 32/2 düzenlemeleri hariç Başkan ile ilgili düzenlemelerin uygulanabilir olduğu müddetçe vekil Başkan hakkında da uygulanacağını belirtmektedir. Anayasa'nın m. 32/1 hükmü Başkan'ın yemini hakkında düzenleme içermektedir.

Başkan'a maddede düzenlenen vekâlet döneminde, Başkan'ın tüm yetki ve bağışıklıklarına, bununla beraber yasayla belirlenecek ücret, izin ve ayrıcalıklara da sahip olacağını düzenlemektedir.⁸⁵ 1991 Romanya Anayasası m. 99 vekil Başkan'ın, vekâlet döneminde anayasal düzenlemeleri ihlâl eden ağır suç işlemesi durumunda, Anayasa'nın m. 95 ve m. 98 hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Anayasa'nın m. 95 hükmünde Başkan'ın anayasal düzenlemeleri ihlâl eden ağır suç işlemesi durumunda görevden alınması konusu ve m. 97 hükmünde başkanlık makamının boşalması durumu düzenlenmektedir.⁸⁶

4. Vekilin Asıl Görevi İle İlgili Düzenlemeler

Devlet başkanına vekâlet eden makamın vekâlet süresince kendi asıl makamının durumuna dair de anayasal düzenlemelerinin bazılarının açıklamalar yaptığı anlaşılmaktadır. Örneğin 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1 hükmüne göre devlet başkanına vekâlet döneminde Meclis Başkanı, mecliste yetkilerini kullanamaz ve onun yerine de geçici olarak bir başkası vekâlet eder.⁸⁷ Keza 1992 Estonya Anayasası m. 83/2'ye göre Meclis Başkanı, devlet başkanına vekâlet ettiği dönemde meclis üyesi olarak yetkilerini kullanamaz. 1991 tarihli Kuzey Makedonya Anayasası m. 82/4 hükmüne göre Meclis Başkanı vekâlet döneminde meclis çalışmalarına katılabilir ancak oy hakkı bulunmaz. 1976 Portekiz Anayasası m. 132/2 hükmü de Meclis Başkanı'nın vekil Başkan olarak görev yaptığı dönemde meclis üyeliğinin otomatik olarak askıya alınacağını belirtmektedir. 1991 Kolombiya Anayasası m. 203'e göre Başkan Yardımcısı vekil Başkan olarak görev yaparken maddede sayılan usule uygun olarak belirlenen bir bakan onun yerine Başkan Yardımcılığı görevini geçici olarak yapar. Benzer yönde bir düzenleme 1972 Panama Anayasası m. 189/2 hükmünde de yer almaktadır. Monarşilerde de naip olarak görev yapacak kişinin önceki görevini icra edemeyeceğine dair düzenleme anayasada yer alabilir. Örneğin 2017 Tayland Anayasası Bölüm II sec. 18/3 hükmü, Danışma Meclisi

⁸⁵ Aynı hükme göre bir düzenleme yapıldıktan sonra Anayasa'nın ikinci ek kısmında belirlenen ücret, izin ve imtiyazlar uygulanır. 1976 Portekiz Anayasası m. 132/4 hükmü vekilin, Başkan'ın geçici olarak görev yapmadığı dönemde, başkanlık makamına ait olan imtiyazları kullanacağını ancak haklarının seçildiği makama ait haklar olacağını belirtmektedir.

⁸⁶ 1992 Gana Anayasası m. 60/14 hükmü de Başkan Yardımcısı'nın görevden alınmasında Anayasa'nın m. 69 hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Anayasa'nın m. 69 hükmü ise, Başkan'ın görevden alınmasını düzenlemektedir.

⁸⁷ Benzer yönde düzenleme 2011 Macaristan Anayasası m. 14/3'te de görülmektedir.

(Privy Council) Başkanı'nın sec. 18/1-2 hükümlerince naiplik görevi üstlenmesi durumunda, bu süreçte Danışma Meclisi başkanlığı görevine devam edemeyeceğini düzenlemektedir. Hükme göre bu durumda geçici olarak bir vekil Danışma Meclisi başkanı belirlenir.

III. TÜRK ANAYASA HUKUKUNDAKİ DURUM VE ÖNERİLER

Çalışmanın bu bölümünde Türk anayasalarında devlet başkanlığına vekâlet konusunun nasıl düzenlendiğine kısaca bakılacak, karşılaştırmalı hukuk verilerinin incelenmesi sonucu ulaşılan ara sonuçlar özetlenecek ve Türk hukuku için bazı öneriler getirilecektir.

A. Türk Anayasa Hukukundaki Düzenlemeler

1. 1924 Anayasası'nın M. 33 Hükmü

Osmanlı İmparatorluğunda tarihi süreçte padişaha vekâlet edilmesi çeşitli durumlarda uygulamada söz konusu olmuşsa da⁸⁸, 1876 tarihli Kanun-i Esasî'de devlet başkanlığına vekâletle ilgili hüküm bulunmamaktadır.⁸⁹ Devlet başkanlığına vekâlet ile ilgili ilk düzenlemeye 1924 Anayasası'nda rastlanmaktadır. 1924 Anayasası'nın m. 33 hükmüne göre Cumhurbaşkanı hastalık, memleket dışında seyahat gibi bir sebeple görev yapamaz veya vefat, istifa ya da başka bir sebeple cumhurbaşkanlığı makamı boşalırsa, Büyük Millet Meclisi (BMM) Başkanı vekil olarak Cumhurbaşkanı'nın görevini yerine getirir. 1924 Anayasası'nın yapılış sürecindeki meclis görüşmelerinde önemli detaylara ulaşmak mümkün görünmemektedir. Meclis zabıtlarına bakıldığında, Mersin Mebusu Niyazi Bey'in, Cumhurbaşkanı'nın vefat haricinde başka bir maddi veya manevi engel sebebiyle görevine devam edemeyeceğine meclisin karar vermesi durumunda, Cumhurbaşkanı'nın istifasının kabul olunacağına dair önerge sunduğu görülmektedir. Niyazi Bey bu önerisinin Peru Anayasası

⁸⁸ Osmanlı İmparatorluğu'nda padişaha vekâlet ile ilgili durumlar şu dört başlık altında tasnif edilmiştir: a) padişah değişimleri esnasında vekâlet, b) padişahın yetki devri yapması, c) padişahın akli melekeleri veya yaş küçüklüğü sebebiyle görev yapamaması, d) padişahın bir sebeple payitahtta bulunamaması durumu. Bu başlıklar altında tarihsel süreçte vekâlet pratiklerine bakıldığında vekâlet görevini şehzadeler, veziriazamlar veya valide sultanların yerine getirdiği görülmektedir. Bu pratiklerin kısa bir anlatısı ve belirtilen tasnif için Bkz: TAŞ, Kenan Ziya, "Osmanlı Kamu Hukukunda Hükümdara Vekâlet", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Sayı: 7, s. 71-77.

⁸⁹ Oysa 19. yüzyıl anayasalarında bu yönde düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin yukarıda da daha önce işaret edildiği gibi 1850 Prusya Anayasası m. 56-58 hükümleri naiplik konusunu düzenlemektedir.

ve kısmen Lehistan Anayasası'nda yer aldığını belirtmiştir. Ancak bu önerinin kabul edilmediği görülmektedir.⁹⁰ Diğer bir değişiklik önergesi ise Kütahya Mebusu Recep Bey tarafından sunulmuştur. Kabul edilen bu değişiklik önergesi ile encümen tasarısında "seyahat" olarak belirlenen vekâlet sebebi "memleket haricinde seyahat" şeklinde değiştirilmiş ve encümen metninde yer alan "inkıza'yı müddet"⁹¹ ifadesi kaldırılmıştır.⁹²

Niyazi Bey'in örnek gösterdiği anayasal düzenleme 1920 Peru Anayasası olmalıdır.⁹³ 1920 Peru Anayasası'nın m. 115 hükmü gerçekten Niyazi Bey'in önergesindeki gibi, Kongre'nin Başkan'ın devamlı fiziksel ya da mental engel sebebiyle görev yapamayacağına usulüne uygun olarak karar vermesi durumunda başkanlık makamının boşalacağını düzenlemektedir. Keza Başkan'ın istifası da makamın boşalma sebeplerinden biridir.⁹⁴ Ancak bu iki sebep önergedeki gibi birlikte formüle edilmemiştir. Bahsedilen diğer anayasal düzenleme ise 1921 Polonya Anayasası olmalıdır.⁹⁵ 1921 Polonya Anayasası m. 42 hükmüne göre, eğer Başkan üç ay süre zarfında görevini icra edemezse Meclis Başkanı'nın talebiyle Meclis, başkanlık makamının boşaldığına karar verebilir. Hüküm ayrıca bu kararın yeter sayılarını da düzenlemiştir.⁹⁶ Literatürde, 1924 Anayasası'nın metninde yer alan cumhurbaşkanının "başka bir sebeple" makamının boşalması durumunda başka nedenlerin ne olduğu ve buna kimin karar vereceği sorularına karşı suskun kalması karşısında, bu önergeye dikkat çekilmiştir.⁹⁷

⁹⁰ TBMM, Zabıt Ceridesi, Devre: II, C: 8, 24. İçtima, 30 Mart 1924, s. 114-115.

⁹¹ İnkıza, "tamam olma, nihayet bulma, bitme, sona erme" anlamlarına gelmektedir. Bkz: **DEVELLİOĞLU**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, s. 525. "İnkıza'yı müddet" ifadesinden cumhurbaşkanının görevinin süre bitimi sebebiyle sona ermesinin anlaşılması gerekir.

⁹² TBMM, Zabıt Ceridesi, Devre: II, C: 8, 24. İçtima, 30 Mart 1924, s. 115.

⁹³ Peru'nun anayasal metinlerinin gelişimi için Bkz: <https://www.constituteproject.org/countries/Americas/Peru> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁹⁴ 1920 Peru Anayasası'nın İngilizce çevirisi için Bkz: Constitution of the Republic Peru, (Çeviren: James, H.G.) The Southwestern Political Science Quarterly, Vol. 2, No. 1 (June 1921), ss. 106-124.

⁹⁵ Polonya'nın anayasal metinlerinin gelişimi için Bkz: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Poland> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

⁹⁶ 1921 Polonya Anayasası'nın resmi İngilizce çevirisi için Bkz: Constitution of the Republic of Poland, Current History (1916-1940), Vol. 14, No. 2 (May, 1921), ss. 358-367.

⁹⁷ **ARSEL**, İlhan, Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları, C. 1, Ankara: Mars Matbaası, 1965, s. 356.

2. 1961 Anayasası'nın M. 100 Hükümü

1961 Anayasası'nın yapılışına esas olan Ön Tasarı ve SBF Tasarısı metinlerine⁹⁸ bakıldığında, Ön Tasarı'nın m. 103 hükmüne göre, cumhurbaşkanının hastalık veya memleket dışı yolculuk gibi geçici bir sebeple görev yapamaması ve Anayasa Mahkemesi'ne verilmek, ölüm, çekilme ya da başka sebeple makamının boşalması durumlarında, Cumhurbaşkanı göreve dönünceye ya da yenisi seçilene kadar, Cumhuriyet Senatosu Başkanı vekil olur ve vekâlet süresince Senato'ya başkanlık edemez. Hüküm ayrıca vekâlet süresince vekilin meclisi feshedemeyeceğini de kayıt altına almıştır. SBF Tasarısı m. 57/2 hükmü ise bu ayrıntılardan yoksun olup 1924 Anayasası hükmünü tekrarlar görünmektedir.⁹⁹ Temsilciler Meclisi Anayasa Komitesi Tasarısı m. 99 hükmünün Ön Tasarı m. 103 hükmüne benzediği anlaşılmaktadır. Ancak vekil olarak tayin edilen Cumhuriyet Senatosu Başkanı'nın vekâlet süresince Cumhuriyet Senatosu'na başkanlık edemeyeceği ve Cumhurbaşkanı'na verilen meclisi fesih yetkisini kullanamayacağına dair kayıtlar yer almamaktadır.¹⁰⁰ Konu hakkında hem Temsilciler Meclisi'ndeki görüşmelerde¹⁰¹ hem de Milli Birlik Komitesi'nin görüşmelerinde¹⁰² herhangi bir tartışma yaşanmadığı, maddelerin olduğu gibi kabul edildiği görülmektedir.

1961 Anayasası'nın m. 100 düzenlemesi olarak kabul edilen vekâlet düzenlemesi, 1924 Anayasası'nın m. 33 hükmüne büyük oranda benzerdir. Vekâlet sebepleri geçici görevden ayrılma ve makamın boşalması şeklinde daha net ifade edilmiş, geçici görevden ayrılmada Cumhurbaşkanı'nın görevine dönmesine kadar ve makamın boşalmasında yeni Cumhurbaşkanı seçilene kadar vekâletin süreceği açıklanmıştır.

Literatürde 1961 Anayasası'nın da devlet başkanının görev yapamayacak kadar hasta olması durumunda ne yapılacağını düzenlemediği,

⁹⁸ 1961 Anayasası'nın yapılış sürecinde İstanbul Üniversitesi İlim Heyeti tarafından hazırlanan ve Ön Tasarı olarak anılan metin, Temsilciler Meclisi'nde komisyonda esas alınmıştır. Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü tarafından hazırlanan Gerekçeli Tasarı ise komisyon tarafından yardımcı metin olarak kullanılmıştır. Bkz: **AL-DİKAÇTI**, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 158.

⁹⁹ Her iki metindeki vekâletle ilgili düzenlemeler için Bkz: **AYBAY**, Rona, Karşılaştırmalı 1961 Anayasası: Metin Kitabı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, s. 172.

¹⁰⁰ Temsilciler Meclisi Anayasa Komitesi Tasarısı'nda vekâletle ilgili düzenlemeler için Bkz: **AYBAY**, Karşılaştırmalı 1961 Anayasası: Metin Kitabı, s. 172.

¹⁰¹ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, 59. Birleşim, 03.05.1961, s. 575.

¹⁰² MBK Genel Kurul Toplantısı, C. 6, 84. Birleşim, 14.05.1961, s. 14.

bu eksikliğin giderilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁰³ Gerçekten 1924 Anayasası m. 33 hükmü gibi 1961 Anayasası m. 100 hükmü de devlet başkanının görev yapamayacak durumda olması hâlinde buna kimin karar vereceğine dair belirleme içermez. Literatürde bir görüşe göre böyle durumlarda meseleyi Anayasa Mahkemesi'nin çözmesi yönünde düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.¹⁰⁴ 1966 senesinde Cumhurbaşkanı Cemal Gürsel'in sağlık durumunun görevini yapamayacak duruma gelmesi üzerine TBMM, Başbakanlığın yazısı ve müşterek sağlık kurulu¹⁰⁵ raporunu dikkate almış, cumhurbaşkanlığı makamının boşaldığına ve yeniden seçime gidilmesine karar vermiştir. Kararda herhangi bir anayasal tartışma bulunmadığı görülmektedir.¹⁰⁶

3. 1982 Anayasası'nın İlk Metninde M. 106 Hükmü

1982 Anayasası'nın ilk metninde m. 106'da yer alan hüküm, 1961 Anayasası'nın m. 100 düzenlemesiyle neredeyse birebir aynı görünmektedir. Sadece vekâlet makamı Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanı olarak gösterilmiş ve cümle sonunda vekilin Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanacağı belirtilmiştir. Konu hakkında Danışma Meclisi'ndeki görüşmelere bakıldığında, yine Cumhurbaşkanı'nın sürekli hastalık sebebiyle görev yapamaması durumuyla ilgili bir tartışma yaşandığı görülmektedir. Bahtiyar Uzunoğlu'nun verdiği önergede, maddeye "sürekli hastalık sebebiyle görevini yapmasının imkânsız olması" ifadesi eklenmesi söz konusudur. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Orhan Aldıkaçtı, önergeye doğrudan karşı çıkmasa da cevaben açıklamalarında, karşılaştırmalı anayasalarda bu yönde hüküm olmadığını, uygulamada Cumhurbaşkanı'na en yakın olan Başbakan'ın uygun tıbbi rapor alarak konuyu çözüme kavuşturduğunu, daha önceki uygulamanın da böyle olduğunu, anayasaya bu yönde hüküm eklenebileceğini, bunun fiili

¹⁰³ **ALDIKAÇTI**, Orhan, Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960, s. 217-218.

¹⁰⁴ **KERSE**, Türkiyede 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, s. 59; **ARSEL**, İlhan, Türk Anayasa Hukuku'nun Umumî Esasları, C. 1, Ankara: Mars Matbaası, 1965, s. 356.

¹⁰⁵ Sunulan rapordan anlaşıldığı kadarıyla müşterek kurul, Cemal Gürsel'e Türkiye'de ilk konsültasyonu yapan sağlık kurulu üyelerine ek olarak Gülhane Askeri Tıp Akademisi profesörlerinin tamamı ve Ankara Hastanesi Sağlık Kurulu üyelerinden oluşmaktadır. Bkz: TBMM Tutanak Dergisi, C. 5, 5. Birleşim, 28.03.1966, s. 33.

¹⁰⁶ TBMM Tutanak Dergisi, C. 5, 5. Birleşim, 28.03.1966, s. 32-34; **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref, Anayasa Hukuku, 2. Bası, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 216.

durumu hukukileştirmek olacağını belirtmiştir.¹⁰⁷ Neticede önerge kabul edilmemiştir. Bununla beraber önergede de sürekli hastalık durumunun tespitine dair açıklık yer almaz. Önerge sahibi Uzunoğlu bu durumun tıbbi raporla belirleneceğinden hareketle ayrıca önergede belirtmediğini ifade etmiştir.¹⁰⁸ Milli Güvenlik Konseyi (MGK) tutanaklarında ise konu hakkında herhangi bir tartışma yer almamaktadır.¹⁰⁹ Literatürde, Cumhurbaşkanı'nın sağlık sebebiyle görevini yapamayacak durumda olması durumunda, TBMM'nin nitelikli bir çoğunlukla karar alarak istifasını kabul etmesi yönünde bir düzenleme yapılması önerilmiştir.¹¹⁰

4. 2017 Değişiklikleri Sonrasındaki Durum

2017 senesinde gerçekleştirilen kapsamlı anayasa değişikliği¹¹¹ sonrasında, cumhurbaşkanına vekâlet kurumunda da önemli farklılaşmalar yaşandığı anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası'nın m. 106/2 hükmüne göre,

¹⁰⁷ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 9, 141. Birleşim, 02.09.1982, s. 411. Orhan Aldıkaçtı'nın diğer anayasalarda bu yönde düzenleme olmadığı yönündeki ifadesi yukarıda karşılaştırmalı hukuk kısmında da belirtildiği gibi gerçeği yansıtmaktan uzaktır. Bununla beraber Aldıkaçtı'nın kendisi, yukarıda alıntılanıldığı üzere 1961 Anayasası'ndaki bu düzenleme eksikliğini eleştirmişti. Burada ise uygulamanın konuyu çözdüğünü savunduğu görülmektedir. Kanaatimizce konunun uygulamaya bırakılması isabetli değildir. 1982 Anayasası'nda vekâlet oldukça önemli bir konu olup Cumhurbaşkanlığı makamının sürekliliğini temin eder. Bkz: **SEZER**, Abdullah, "Devlet İşlerinin Sürekliliği" İlkesi Ekseninde 1982 Anayasal Kurumlarının Analizi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl. 2007, Sayı. 2, s. 268 vd.

¹⁰⁸ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 9, 141. Birleşim, 02.09.1982, s. 411-412.

¹⁰⁹ Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, 118. Birleşim, 18.10.1982, s. 379.

¹¹⁰ **İZGİ/ GÖREN**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, s. 999.

¹¹¹ 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Yasa, 16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen halkoylamasında kabul edilmiştir. 27.04.2017 tarih ve 663 sayılı Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararıyla halkoylamasının sonucu tespit ve ilan edilmiş, bu YSK kararı 27.04.2017 tarih ve 30050 sayılı mükerrer Resmî Gazete (RG)'de yayımlanmıştır.

cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması söz konusu olursa¹¹², yeni Cumhurbaşkanı seçilene dek Cumhurbaşkanı Yardımcısı¹¹³ vekâlet görevini yerine getirir ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanır.¹¹⁴ Keza 1982 Anayasası m. 106/3 hükmüne göre, Cumhurbaşkanı'nın hastalık ve yurt dışına çıkma gibi geçici olarak görevinden ayrılması gerektiğinde, yine Cumhurbaşkanı Yardımcısı vekâlet görevini yerine getirecek ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanacaktır. Böylelikle yeni düzenlemede anayasal tercihin vekâlet makamı olarak Meclis Başkanı'nı değil Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nı belirlediği görülmektedir.¹¹⁵ Bununla beraber Anayasa'nın m. 106/1 hükmü, birden fazla Cumhurbaşkanı Yardımcısı belirlenmesini de mümkün kılmıştır. Bu durumda hangi Cumhurbaşkanı Yardımcısının vekâlet görevini üstleneceği ile ilgili anayasal düzenlemede bir açıklık yer almamaktadır. Bu konuda 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK)¹¹⁶ m. 18/1 gereğince, cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması söz konusuysa yenisi seçilene dek en yaşlı Cumhurbaşkanı Yardımcısı vekil olarak görev yapacaktır. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise, Cumhurbaşkanı'nın geçici olarak görev yapamaması hâlinde ise Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği Cumhurbaşkanı Yardımcısı vekâlet görevini yerine getirecektir.

B. Karşılaştırmalı Hukuk Verilerinden Çıkan Sonuçlar Kapsamında Öneriler

Burada öncelikle çalışmanın ana konusunu oluşturan karşılaştırmalı hukuk incelemelerinden çıkan sonuçlar özetenecek, Türk hukukunda açıklanan durum çerçevesinde sorun olarak beliren hususlar tespit

¹¹² Anayasa'nın m. 106/2 hükmüne göre bu durumda 45 gün içinde seçime gidilir. Bu sebeple makamın boşalması durumunda, yeni seçimlere dek vekilin görevde kaldığı ABD'ye nazaran Türkiye'de vekilin görev süresinin bu durumda daha kısa olduğu belirtilmiştir. Bkz: DOĞAN, Bayram/ ERDOĞAN, Zahide, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 4, S. 1, Yıl. 2021, s. 7.

¹¹³ 2017 tarihli anayasa değişiklikleri ile daha önce Türk anayasa hukuku sisteminde yer almayan cumhurbaşkanlığı yardımcılığı makamı getirilmiştir. Bkz: GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 270.

¹¹⁴ Anayasa'da açık bir yasak öngörülmediğinden vekilin tüm yetkileri kullanabileceği ifade edilmiştir. Bkz: ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 298.

¹¹⁵ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 319.

¹¹⁶ R.G. Tarih: 10.07.2018 ve R.G. Sayı: 30474.

edilecek ve karşılaştırmalı hukuk verilerinden özetlenen sonuçlar ışığında öneriler belirtilecektir.

1. Karşılaştırmalı Hukuk Verilerinden Çıkan Sonuçların Özetlenmesi

Devlet başkanına vekâlet ile ilgili yukarıdaki incelemede, öncelikle vekâlet makamını üstlenecek makama bakıldığında, kurul hâlinde vekâlet, bireysel vekâlet ya da bunların beraber kullanıldığı örnekler görülmektedir. İncelenen ülkeler içinde en çok tercih edilen örneğin bireysel vekâlet olduğu görülmektedir. Bireysel vekâlet içerisinde ise en yaygın olarak meclis başkanı, vekâlet makamı olarak gözlemlenmiştir. Bunun yanında ülkelerin birçoğunda kademeli vekâlet usulü de anayasal düzenlemelerde yer almaktadır.¹¹⁷

Vekâlet sebepleri incelendiğinde ülkelerde devlet başkanının bir engel ile karşılaşması ve görev yapamaması durumunda vekâlet gündeme gelecektir. Bu anlamda devlet başkanının ülkede bulunmaması, hastalığı veya izin/tatilde bulunması gibi sebepler anayasal düzenlemelerde en çok yer alan düzenlemelerdir.¹¹⁸ Bunların tüketici şekilde sayılmasının güçlüğü karşısında yine karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de görüldüğü gibi “ve benzeri durumlar” kullanımı ile genişletici ifade tarzı tercih edilebilmektedir.¹¹⁹ Devlet başkanlığı makamının boşalması veya devlet başkanının görevinin erken sona ermesi de vekâlet sebebi olabilmektedir. Anayasal lafızlarda bu anlamda en çok ölüm, istifa ve görevden alınma sebepleri ile karşılaşmıştır.¹²⁰

Bir dizi ülkede vekilin kullanamayacağı yetkiler anayasal düzenlemelerde yer almaktadır. Meclisin feshedilememesi, bakanların görevden alınamaması, referanduma götürme yetkisinin kullanılamaması¹²¹ gibi çe-

¹¹⁷ Bu konular karşılaştırmalı hukuk verilerine ilişkin analize dair kısmın başında etraflıca incelenmişti.

¹¹⁸ Devlet başkanının ülkede bulunmaması hakkında örneğin 1813 Norveç Anayasası m. 41, hastalık hâli için örneğin 1992 Litvanya Anayasası m. 89/1-2, izin/tatil hâli için örneğin 1964 Malta Anayasası m. 49.

¹¹⁹ Örnek olarak 1947 İtalya Anayasası m. 86/1 hükmü verilebilir.

¹²⁰ Devlet başkanının vefatı hakkında örnek olarak 1937 İrlanda Anayasası m. 14/1 hükmü, istifası hakkında örnek olarak 1975 Yunanistan Anayasası m. 34/1 hükmü, görevden alınması hakkında örnek olarak 1853 Arjantin Anayasası m. 88 verilebilir.

¹²¹ Meclisin feshedilememesi hakkında örnek olarak 1997 Polonya Anayasası m. 131/4 hükmü, bakanların görevden alınamaması hakkında örnek olarak 1992 Litvanya

şitli sınırlamalar burada yer alırken incelenen örneklerde en sık karşılaşılan yasak alan meclisin feshedilememesi olmuştur. Bununla beraber bazı anayasal düzenlemelerde vekilin yemin etmesi, vekilin asıl görevi ile ilgili ve vekilin hukuki statüsüne dair de çeşitli düzenlemeler¹²² yer almaktadır.

2. Türk Hukuku İçin Önerilerin Sunulması

Türk hukukunda vekâlet makamı olarak 2017 yılına dek meclis başkanı, 2017 yılından sonra ise cumhurbaşkanı yardımcısının belirlendiği görülmektedir. Her ikisi de bireysel vekâlettir. Bununla beraber 2017 yılından sonra tesis edilen cumhurbaşkanı yardımcılığı, cumhurbaşkanı gibi doğrudan halk tarafından seçilmemekte, cumhurbaşkanı tarafından serbestçe tayin edilmektedir. Anayasal düzenlemede vekilin yetkileri için bir sınırlama da öngörülmediği için bu durum haklı olarak eleştirilmektedir.¹²³ Bu anlamda cumhurbaşkanı yardımcısı eğer vekâlet makamı olarak seçilecekse, cumhurbaşkanıyla birlikte halk tarafından seçilerek göreve gelmesi gerektiği de belirtilmiştir.¹²⁴ Kanaatimizce de isabetli olan budur. Bunun yanında anayasal düzenlemede kademeli usul tercih edilmeli, cumhurbaşkanına vekâlet edecek makamın da görev yapamaması hâlinde ne yapılacağı açıklanmalıdır.

1982 Anayasası'nda, gerek devlet başkanının geçici görev yapamaması (m. 106/3) gerek devlet başkanlığı makamının boşalması (m. 106/2) hâllerinde tüketici bir sayma yolu yerine "diğer hâlleri" de işaret eder biçimde lafzın kurulması isabetlidir. Ancak cumhurbaşkanının görev yapamayacak durumda olduğunun tespitinde anayasal düzenlemede anayasa mahkemesine veya meclise yetki tanıyan açık bir düzenleme kanaatimizce daha doğru olacaktır.¹²⁵

Anayasası m. 89/3 hükmü ve referanduma götürme yetkisinin kullanılamaması hakkında örnek olarak 1991 Romanya Anayasası m. 98/2 hükmü gösterilebilir.

¹²² Vekilin yemini hakkında örnek olarak 1814 Hollanda Anayasası m. 37/4 hükmü, vekilin hukuki durumuna dair örnek olarak 1949 Hindistan Anayasası m. 65/3 hükmü, vekilin asıl görevi hakkında örnek olarak 1992 Estonya Anayasası m. 83/2 hükmü gösterilebilir.

¹²³ **TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 357; **ÖZBUDUN**, Türk Anayasa Hukuku, s. 319.

¹²⁴ **GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 780.

¹²⁵ Cumhurbaşkanlığı makamının sürekli boşalması durumunda, birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısı olduğunda hangisinin vekâlet edeceğinin anayasada açık olması karşısında düzenleme yapılması gerekliliği hakkında Bkz: **ANAYURT/ EKİNCİ**, Başkan Yardımcılığı, s. 497.

Türk hukukunda devlet başkanına vekâlet edecek makamın yetkileri açısından belirlenmiş yasak alan söz konusu değildir. Oysa karşılaştırmalı hukuk örneklerinden çıkan sonuca da koşturarak kanaatimizce devlet başkanına vekâlet edecek makamın meclisi feshedememesi gerekir.¹²⁶ Gerçekten 1982 Anayasası m. 116/2 hükmünde belirtildiği gibi cumhurbaşkanı seçimlerin yenilenmesi kararı verdiğinde meclis ve cumhurbaşkanlığı birlikte yeni seçime gitmektedir.¹²⁷

Bunun yanında 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın yemini m. 103 hükmünde düzenlenir. Cumhurbaşkanı yardımcılığı ise m. 81 hükmüne göre yemin ederler (m. 106/4). Anayasa'nın m. 81 hükmünde ise milletvekillerinin yemini yer almaktadır. Bu anlamda vekâlet sebepleri yerine geldiğinde cumhurbaşkanına vekâlet edecek olan cumhurbaşkanı yardımcısının vekâlet görevi öncesi ayrı bir yemin etmesi kanaatimizce anayasal düzenleme konusu olabilir.

SONUÇ

Devlet başkanlığı makamına vekâlet konusu bu çalışmada karşılaştırmalı hukuk açısından detaylı bir biçimde incelenmiştir. Öncelikle devlet başkanlığına vekâlet kavramı açıklanmıştır. Kavramın açıklanmasıyla beraber konu hakkında kullanılan terminoloji tespit edilmiştir. Monarşi ve cumhuriyetlerde devlet başkanlığına vekâlet kavramının farkına işaret edilmiş ve ayrıca farklı hükümet sistemlerinde devlet başkanlığına vekâlet kavramının ne anlam ifade edeceği üzerinde durulmuştur.

Bunlardan sonra ise karşılaştırmalı hukuk verilerinin analizi yapılmıştır. Bu anlamda öncelikle yöntem olarak tercih edilen usul açıklanarak çalışmanın sınırları gösterilmiştir. Economist'in bu çalışmanın kaleme alındığı tarih itibarıyla son yayınlanan raporunda belirlenen demokratik 74 ülke esas alınarak bu ülkeler üzerinde araştırma yapılmıştır. Öncelikle devlet başkanlığına vekâlet edecek makam konusunda ülke anayasalarında belirlemeler açıklanmıştır. Ülkelerin büyük çoğunluğunda bireysel vekâlet tercih edilmektedir. Sınırlı sayıda ülkede kurul hâlinde vekâlet ile hem bireysel hem kurul hâlinde vekâletin çeşitli olasılıklar dahilinde beraber kullanılmasına rastlanmaktadır. Bireysel vekâlet içerisinde meclis

¹²⁶ Cumhurbaşkanı yardımcısının vekâlet döneminde hangi yetkileri kullanamayacağına açıkça belirlenmesinin daha isabetli olabileceği literatürde belirtilmiştir. Bkz: EREN, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 905.

¹²⁷ Bu düzenleme 2017 sonrası sistemin eleştirilen özelliklerinden biridir. Bkz: GÖZLER, Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2017, s. 58.

başkanı, başkan yardımcısı, başbakan ve monarşilerde naiplik ile karşılaşılmaktadır. Pek çok ülkede vekâlet konusunda kademeli bir usul öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Vekâlet edecek makamın görev yapamaması durumunda kimin vekâlet görevini üstleneceği açıklanmaktadır.

Anayasalarda vekâlet sebepleri de yer almaktadır. Bu anlamda devlet başkanının bir engel ile karşılaşması sebebiyle görevini yapamaması durumu hakkında çoğunlukla hastalık, yurtdışında olma, izin/tatilde bulunma gibi çeşitli sebepler düzenlenmektedir. Bunun yanında devlet başkanlığı makamının boşalması, özellikle ölüm, istifa ve görevden alınma hâlleri de anayasal düzenlemelerde vekâlet sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet başkanının görev yapamayacak durumda olduğunun tespitinde yüksek yargı organlarına ya da meclislere yetki tanıyan anayasal örnekler bulunduğu görülmektedir. Devlet başkanlığına vekâlet edecek makamın kullanamayacağı çeşitli yetkiler anayasalarda yer alabilmektedir. Bu anlamda en sık karşılaşılan yasak alan meclisin feshi olarak görülmüştür. Yine anayasal düzenlemelerde vekilin yemini, vekilin asıl görevi ve vekilin hukuki durumu hakkında açıklamalar yapıldığı da gözlemlenmektedir.

Türk hukukunda 1924 Anayasası'ndan itibaren anayasal düzenlemelerde devlet başkanına vekâlet hususu düzenlenmektedir. 2017 anayasa değişikliklerine dek vekâlet makamı meclis başkanı iken 2017 değişiklikleri sonrasında bu cumhurbaşkanı yardımcısı olarak belirlenmiştir. Çalışmanın sonunda karşılaştırmalı hukuk özelinde yapılan incelemeden çıkan sonuçlar kısaca özetlendikten sonra Türk hukukundaki düzenleme hakkında çeşitli öneriler sunulmuştur.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar/ **SEZGİNER**, Murat/ **KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

ALBERT, Richard, "The Constitutional Politics of Presidential Succession", Hofstra Law Review, Vol. 39, Issue. 3, Article 2, ss. 497-576.

ALDER, John, General Principles of Constitutional and Administrative Law, 4. Edition, Palgrave Macmillan, 2002.

ALDIKAÇTI, Orhan, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

ALDIKAÇTI, Orhan, Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul, 1960.

ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.

ANAYURT, Ömer/ **EKİNCİ**, Ahmet, "Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı Ve 2017 Anayasa Değişikliği İle Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz", Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, ss. 441-500. (*Başkan Yardımcılığı*).

ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukuku’nun Umumî Esasları, C. 1, Ankara: Mars Matbaası, 1965.

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

AYBAY, Rona, Karşılaştırmalı 1961 Anayasası: Metin Kitabı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

BADURA, Peter, Staatsrecht, 7. Auflage, C.H. Beck, 2018.

BARNETT, Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, 10. Edition, Routledge, 2013.

BATUM, Süheyl/ **YILMAZ**, Didem/ **KÖYBAŞI**, Serkan, *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

BUTZER, Hermann, “Art 57 Vertretung”, Schmidt-Bleibtreu, Bruno/ Klein, Franz/ Hofmann, Hans/ Hans-Günter, Henneke (Hrsg.) *GG Kommentar zum Grundgesetz*, 15. Bası, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2022, ss. 1746-1755.

CAHILLANE, Laura/ **CONAILL**, Seán Ó, *Constitutional Law In Ireland*, 2. Edition, Wolters Kluwer, 2020.

DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 7. Bası, Aydın Kitabevi, Ankara, 1986.

DOĞAN, Bayram/ **ERDOĞAN**, Zahide, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), C. 4, S. 1, Yıl. 2021, ss. 1-27.

DÖNER, Ayhan, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.

EMILIANIDES, Achilles C., *Constitutional Law in Cyprus*, 2. Edition, Wolters Kluwer, 2019.

EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.

FEERICK, John D., *From Failing Hands: The Story of Presidential Succession*, Fordham University Press, New York, 1965.

FINK, Udo, “Art. 57”, v. Mangoldt, Hermann / Klein, Friedrich/ Starck, Christian/ Huber, Peter M./ Voßkuhle, Andreas (Hrsg.)

Grundgesetz Kommentar, Band: 2, 7. Auflage, München: CH Beck, 2018, ss. 1495-1502.

GIOVANNI, Biaggini, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich: Orell Füßli Verlag, 2017.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.

GÖZLER, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.

GÖZLER, Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2017.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, 2. Bası, S Yayınları, Ankara, 1989.

GRABENWARTER, Christoph/ **FRANK**, Stefan Leo, B-VG: Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte, MANZ Verlag, Wien, 2020.

HEUN, Werner, “Artikel 57”, Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band: II Artikel 20-82, Mohr Siebeck, 2015, ss. 1480-1485.

İZGİ, Ömer/ **GÖREN**, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. II: Madde 79-177, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 13. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KERSE, Ahmet, Türkiyede 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Doktora Tezi, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973.

KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul, 1965.

KUN, Roman, "Art. 57", Dürig, Günter/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 104. EL April 2024, Beck-Online Die Datenbank, <https://beck-online.beck.de/Home> (Erişim Tarihi: 05.12.2024),

LEIBHOLZ, Gerhard, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Baskı, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966.

MEIERTÖNS, Heiko, **EHRHARDT**, Felix C., "Der Präsident des Bundesrates als Vertreter des Bundespräsidenten", JURA, Band: 33, Heft 3, 2011, ss. 166-170.

NIERHAUS, Michael, "Art. 57", Sachs, Michael (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2011, ss. 1341-1343.

OCHODKOVÁ, Kateřina, "Article 66 of the Czech Constitution: A Tool to Protect a President, or a Means of Removing a Political Opponent?", Czech Republic Human Rights Review, Vol. 12, 2021, ss. 28-30.

ÖHLINGER, Theo/ **EBERHARD**, Harald, Verfassungsrecht, 13. Auflage, Facultas, Wien, 2022.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 17. Basım, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.

ÖZÇELİK, Selçuk, Anayasa Hukuku Dersleri, C. 2: Türkiye'nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

ÖZER, Yusuf Ziya, Mukayeseli Hukuku Esasiye Dersleri, Recep Uğurlu Matbaası, Ankara, 1939.

PITSCHAS, Rainer, “Die Vertretung des Bundespräsidenten durch den Präsidenten des Bundesrates”, *Der Staat*, Vol. 12, No. 2, 1973, ss. 183-206.

SEDLER, Robert A., *Constitutional Law in the United States*, 4. Edition, Wolters Kluwer, 2019.

SEZER, Abdullah, “‘Devlet İşlerinin Sürekliliği’ İlkesi Ekseninde 1982 Anayasal Kurumlarının Analizi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl. 2007, Sayı. 2, ss. 255-302.

SOUVERIJNS, Tim, “Chapter 2: Head of State, §1 Designation” Alen, André/ Haljan, David (Editors), Verrijdt, Willem (Co-editor) *Constitutional Law in Belgium*, Wolters Kluwer, 2020, ss. 78-80.

SPYROPOULOS, Philippos C., **FORTSAKİS**, Theodore P., *Constitutional Law in Greece*, Wolters Kluwer, 3. Edition, 2017.

Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, 5. Baskı, Kapı Yayınları, İstanbul, 2011.

TANÖR, Bülent/ **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.

TAŞ, Kenan Ziya, “Osmanlı Kamu Hukukunda Hükümdara Vekâlet”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2003, Sayı: 7, s. 68-77.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

TÜZEL, Sadık, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ege Üniversitesi Matbaası, İzmir, 1969.

VON ARNAULD, Andreas “Art. 57”, von Münch, Ingo/ Kunig, Philip (Hrsg.) *Grundgesetz Kommentar*, Band I, 6. Auflage, C.H. Beck, 2012, ss. 2623-2630.

WAHL, Rainer, Stellvertretung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

WIESER, Bernd, Einführung in das Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 2. aktualisierte Auflage, Verlag Österreich, 2014.

YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

ANAYASA METİNLERİ

1789 ABD Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/United_States_of_America_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1813 Norveç Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Norway_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1814 Hollanda Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1831 Belçika Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Belgium_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1853 Arjantin Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Argentina_1994 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1868 Lüksemburg Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1920 Avusturya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Austria_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1922 Letonya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Latvia_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1937 İrlanda Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Ireland_2019 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

- 1944 İzlanda Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Iceland_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1945 Endonezya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Indonesia_2002 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1946 Japon Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Japan_1946 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1947 İtalya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Italy_2020 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1947 Tayvan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Taiwan_2005 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1948 Güney Kore Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1949 Federal Almanya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1949 Hindistan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/India_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1949 Kosta Rika Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Costa_Rica_2020 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1957 Malezya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Malaysia_2007 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1958 Fransa Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/France_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1960 Güney Kıbrıs Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

- 1963 Singapur Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Singapore_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1964 Malta Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Malta_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1966 Botswana Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Botswana_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1966 Uruguay Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Uruguay_2004 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1968 Mauritius Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Mauritius_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1972 Panama Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Panama_2004 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1974 İsveç Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Sweden_2012 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1975 Yunanistan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Greece_2008 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1976 Portekiz Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Portugal_2005 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1976 Trinidad ve Tobago Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Trinidad_and_Tobago_2007 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1978 İspanya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Spain_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1978 Sri Lanka Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Sri_Lanka_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

- 1980 Cape Verde Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Cape_Verde_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1980 Guyana Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Guyana_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1980 Şili Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Chile_2021 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1987 Filipinler Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Philippines_1987 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1987 Suriname Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Suriname_1992 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1988 Brezilya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Brazil_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1990 Nambia Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Namibia_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1991 Bulgaristan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1991 Hırvatistan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Croatia_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1991 Kolombiya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Columbia_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1991 Kuzey Makedonya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Macedonia_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1991 Romanya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Romania_2003 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

- 1991 Slovenya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Slovenia_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Estonya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Estonia_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Gana Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Ghana_1996 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Litvanya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Lithuania_2019 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Moğolistan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Mongolia_2001 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Paraguay Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1992 Slovakya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Slovakia_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1993 Çek Cumhuriyeti Anayasası https://constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1993 Lesotho Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Lesotho_2018 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1994 Moldovya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Moldova_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1996 Güney Afrika Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/South_Africa_2012 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1997 Polonya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Poland_2009 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

- 1998 Arnavutluk Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Albania_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1999 Finlandiya Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Finland_2011 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1999 İsviçre Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2002 Timor-Leste Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/East_Timor_2002 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2006 Sırbistan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Serbia_2006 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2007 Montenegro Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Montenegro_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2011 Macaristan Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Hungary_2016 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2015 Dominik Cumhuriyeti Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 2017 Tayland Anayasası, https://constituteproject.org/constitution/Thailand_2017 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

TARİHİ ANAYASA METİNLERİ VE YASA METİNLERİ

- 1850 Prusya Anayasası, <https://www.verfassungen.de/preussen/preussen50-index.htm> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1889 Japonya Anayasası, https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1889 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).
- 1919 Weimar Anayasası <https://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

1964 İsrail Devlet Başkanlığı Temel Yasası https://constituteproject.org/constitution/Israel_2013 (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

Birleşik Krallık 1937 tarihli Naiplik Yasası, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw8and1Geo6/1/16/contents> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

Constitution of the Republic of Poland, Current History (1916-1940), Vol. 14, No. 2 (May, 1921), ss. 358-367.

Constitution of the Republic Peru, Çeviren: H.G. James, The Southwestern Political Science Quarterly, Vol. 2, No. 1 (June 1921), ss. 106-124.

Estonya 2001 tarihli Cumhurbaşkanının Görevlerini Düzenleyen Kurallar Hakkında Yasa, <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/512112013005/consolide/current> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

İsviçre 1997 tarihli Yönetim ve İdare Yasası, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1997/2022_2022_2022/de (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

Japonya 1949 Emperyal Hanedan Yasası <https://www.kunaicho.go.jp/e-kunaicho/hourei-01.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

DİĞER KAYNAKLAR

“Succession Clause for the Presidency” https://constitution.congress.gov/browse/essay/artII-S1-C6-1/ALDE_00013693/ (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 9, 141. Birleşim, 02.09.1982.

Economist’in 2023 yılı demokrasi indeksi, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2023/> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

<https://constituteproject.org/countries/Europe/Poland> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

<https://www.constituteproject.org/countries/Americas/Peru> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

<https://www.kongehuset.dk/en/news/hm-the-queen-will-be-able-to-be-installed-as-acting-regent> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

MBK Genel Kurul Toplantısı, C. 6, 84. Birleşim, 14.05.1961.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi, C. 7, 118. Birleşim, 18.10.1982.

TBMM Tutanak Dergisi, C. 5, 5. Birleşim, 28.03.1966.

TBMM, Zabıt Ceridesi, Devre: II, C: 8, 24. İçtima, 30 Mart 1924.

Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 4, 59. Birleşim, 03.05.1961.

The Official Website of Royal Family, Realms and Commonwealth,
<https://www.royal.uk/clarencehouse/features/realms-and-commonwealth> (Erişim Tarihi: 05.12.2024).

AFRİKA'DA İNSAN HAKLARI: AFRİKA'DA İNSAN HAKLARININ KORUNMASINA YÖNELİK SİYASİ MANZARA VE KURUMSAL YAPILAR

Amare Tesfaye CHEKOL*

Öz

Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik siyasi manzara ve kurumsal yapıları zaman içinde önemli ölçüde gelişmiştir. Afrika'daki insan hakları kavramı, evrensel ilkelerin ve yerli değerlerin bir karışımını kapsamaktadır. Afrika Birliği Örgütü başlangıçta insan haklarının korunması için zemin ha-zırlamış ve bu durum halefi Afrika Birliği tarafından daha da geliştirilmiştir. İnsan hakları, Afrika Ekonomik Topluluğu ve alt bölgesel kuruluşlar gibi Bölgesel Ekonomik Toplulukların görevlerinin de ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Bölgesel Ekonomik Topluluklar, daha geniş Afrika insan hakları sistemi içinde faaliyet göstermekte ve çeşitli mekanizmalar aracılığıyla hakları teşvik etmek-te ve korumaktadır. Afrika'nın Kalkınması için Yeni Ortaklık ve Afrika Akran Değerlendirme Mekanizması da bu mimaride çok önemli roller oynamakta ve insan haklarının korunmasının temel direkleri olarak yönetim ve sosyoekonomik kalkınmaya odaklanmaktadır. Toplu olarak, bu kurumlar ve çerçeveler, kıta genelinde insan haklarını ilerletmeyi amaçlayan kapsamlı bir sistem oluşturur.

* Doktora Öğrencisi Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | PhD Ankara Hacı Bayram University, Law Faculty, Department of Public Law, Ankara, Türkiye.

✉ amare.chekol@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-8374-0191.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** CHEKOL, Amare Tesfaye: “Afrika'da İnsan Hakları: Afrika'da İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Siyasi Manzara ve Kurumsal Yapılar”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 963-1012.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Afrika İnsan Hakları Mimarisi • Afrika'da İnsan Hakları • Ekonomik Topluluklar ve İnsan Hakları • İnsan Haklarının Evrimi • Siyasi Manzara

HUMAN RIGHTS IN AFRICA: POLITICAL LANDSCAPE AND INSTITUTIONAL ARCHITECTURE FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN AFRICA

Abstract

The political landscape and institutional architecture for the protection of human rights in Africa have evolved significantly over time. The notion of human rights in Africa encompasses a blend of universal principles and indigenous values. The Organization of African Unity initially laid the groundwork for human rights protection, which was further enhanced by its successor, the African Union. Human rights are also integral to the mandates of Regional Economic Communities, such as the African Economic Community and sub-regional entities. These Regional Economic Communities operate within the broader African human rights system, promoting and safeguarding rights through various mechanisms. The New Partnership for Africa's Development and the African Peer Review Mechanism also play crucial roles in this architecture, focusing on governance and socio-economic development as pillars for human rights protection. Collectively, these institutions and frameworks form a comprehensive system aimed at advancing human rights across the continent.

Keywords

• African Human Rights Architecture • Economic Communities and Human Rights • Evolution of Human Rights • Human Rights in Africa • Political Landscape

GİRİŞ

Sömürgecilik ve ırkçılık (apartheid) resmen sona ermiş olsa da Afrika'da insan hakları sorunları hâlâ çözülmemiştir. Dünyada olmuş ve olmakta olan en iğrenç vahşetler hâlâ Afrika'da yaşanmaktadır. Ruan-da'daki soykırım ve Çad, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Mısır, Etiyopya, Gine, Libya, Mali, Somali, Sudan ve Zimbabwe gibi birçok ülkede yaşanan çatışmalar ve askeri darbeler¹ nedeniyle meydana gelen sayısız cinayet ve insan hakları ihlalleri bunun güzel örnektir. Adaletsizlik, kötü

¹ SİEGLE, Joseph, Africa's Coups and the Role of External Actors, Africa Center for Strategic Studies, 17 Aralık 2021, s. 1, www.africacenter.org/spotlight/africas-coups-and-the-role-of-external-actors/ (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

liderlik ve insan hakları ihlalleri sömürge sonrası Afrika'da norm haline gelmiştir. Afrikalıların dünyadaki en az özgür insanlar arasında kaldıklarını gösteren bir başka gösterge de Afrikalıların çatışmalar, insan hakları ihlalleri, ekonomik zorluklar, kıtlık ve savaşlar sonucunda mülteci olarak Avrupa'ya akınının sürmesidir.²

Afrika'daki insan hakları tarihi, saygıdan çok ihlallerin ve sistematik bozulmaların tarihi olmuştur ve bu çok az kişinin katılmayacağı bir iddiadır.³ Afrika'daki bu insan hakları durumu, 1963'te Afrika Birliği Örgütü (ABÖ)'nün kurulmasından sonra bile zar zor düzelmiştir. ABÖ, müdahaleci olmayan kararlı duruşuyla vurgulanan, bireylerin haklarından ziyade Afrika'daki sömürgecilikten kurtulma sürecini ilerletmeye ve devletlerin toprak bütünlüğünü savunmaya kendini adanmış bir örgüttü. Ancak bu, ABÖ'nün hiçbir zaman insan haklarını dikkate almadığı anlamına gelmez. Aslında, Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen 1969 ABÖ Sözleşmesi⁴ de dahil olmak üzere ABÖ'nün himayesi altında geliştirilen bazı hukuki ve kurumsal çerçeveler varmaktadır. Ancak, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kabul edilmesiyle birlikte, ABÖ ancak 1980'lerin başında insan haklarının korunmasına açıkça katılma taahhüdünde bulunmuştur.⁵ Bu gelişme, 2002'de ABÖ'nün yerini AfB (Afrika Birliği)'nin alması ve müdahale etmeme kaygısından vazgeçip çatışmalar, anayasaya aykırı hükümet değişiklikleri ve insan hakları ihlalleri durumlarında daha müdahaleci olma taahhüdünde bulunmasından sonra daha belirgin hale gelmiştir.⁶

Bu makale, Afrika'da insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için mevcut siyasi ve kurumsal çerçeveleri tartışmakta, Afrika'daki insan

² **BENYERA**, Everisto/**FRANCIS**, Romain/**JAZBHAY**, Ahmed H., Challenging Discourse and Searching for Alternative Paths: Justice, Human Rights and Leadership in Africa, Benyera, Everisto (Editör), Reimagining Justice, Human Rights and Leadership in Africa: Challenging Discourse and Searching for Alternative Paths, Switzerland 2020, s. 3-4.

³ **AKOKPARI**, John, Introduction: Human Rights Actors and Institutions in Africa, Akokpari, John/Zimbler, Daniel S. (Editörler), Africa's Human Rights Architecture, South Africa 2008, s. 1.

⁴ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 10 Eylül 1969 tarihinde kabul edilmiş ve 20 Ocak 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/en/treaties/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁵ **AKOKPARI**, s. 2-3.

⁶ **AKOKPARI**, s. 6.

hakları kavramı ile ABÖ ve AfB içindeki konumunu ele almaktadır. Ayrıca, Afrika bölgesel ekonomik topluluklarının kıtanın insan hakları sistemi içindeki rolü ve koruma mekanizmaları, Afrika Akran Değerlendirmesi Mekanizması ile Yeni Ortaklık gibi girişimlerin katkıları incelenmektedir. Makale, yazarın doktora tezinden alınan bilgilerle hazırlanmıştır.

I. AFRİKA'DA İNSAN HAKLARI KAVRAMI

Doğan ve Özdemir'in haklı olarak söylediği gibi, Afrika'daki insan hakları tartışmalarına kıtanın dört ana ideolojik ve siyasi tarihi döneminden bakılmalıdır. Bu dönemler sömürge öncesi, sömürge dönemi, sömürge sonrası ve çağdaş dönemlerdir.⁷ Sömürge öncesi dönemde Afrika toplumları iki geniş kategoriden oluşuyordu. Birincisi, Güney Afrika'nın Zulu'su ve Botswana'nın Ngwato'su gibi merkezi otoriteye, idari mekanizmaya ve daimî yargı kurumlarına sahip toplumlardır. Diğerleri ise Güney Sudan'ın Nuer'i ve Kenya'nın Kikuyu'su gibi daha komünal ve merkezi otoriteden, idari mekanizmadan ve adli kurumlar oluşturan yoksun toplumlardır.⁸

Sömürge öncesi Afrika toplumlarında insan hakları kavramının varlığı konusunda görüş birliği yoktur. Bir kısım, insan hakları fikrinin tüm toplumlara yabancı olmadığını ve dolayısıyla Afrika'da da mevcut olduğunu savunurken, diğerleri bu kavramın varlığını reddetmektedir. İkinci grup, birinci grubu insan haklarını onur kavramıyla birleştirmekle suçlamıştır.⁹ Örneğin Howard, sömürge öncesi Afrika toplumlarında insan hakları kavramının olmadığını savunup geleneksel Afrika'nın, kişinin yalnızca insan olduğu için hak kazandığı bir insan hakları sisteminden ziyade, atfedilen statülere dayalı bir yükümlülük ve ayrıcalık sistemini

⁷ DOĞAN, İlyas/ÖZDEMİR, Omca, Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları, Doğan, İlyas (Editör), İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 349.

⁸ FORTES, Myer/EVANS-PRITCHARD, Edward (Editörler), African Political Systems, Oxford 1948, s. 5; MUTUA, Makau, Human Rights: A Political and Cultural Critique, Philadelphia 2002, s. 75.

⁹ MUTUA, Makau Wa: "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties", Virginia Journal of International Law, C. 35, 1995, s. 348.

koruduğu görüşündedir.¹⁰ Benzer şekilde M'Baye, sömürge öncesi Afrika'da yürürlükte olan bir haklar ve özgürlükler sistemi olduğu, ancak sistemin bugün olduğu gibi ne tanındığı ne de formüle edildiği görüşündedir.¹¹ Dolayısıyla, her bilim adamının seçtiği insan hakları tanımının, sömürge öncesi Afrika toplumunun insan hakları kavramına sahip olup olmadığı konusunda önemli bir etkisi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, bazıları insan haklarını devlete karşı bireysel talepler olarak görürken, diğerleri insan haklarının evrensel bir şekilde insan onurunu korumaya dayandığını savunmaktadır.¹²

Sömürgecilik öncesi Afrika toplumlarında insan hakları kavramının varlığı konusunda fikir birliği olmamasına rağmen, bu toplumlarda hakların bugünkü biçimiyle olmasa da var olduğunu gösteren örnekler olmuştur. Geleneksel Afrika'da görev ve hak kavramları ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlıdır. Bu kavramlar, “kategorik buyruk” gibi işlev gören, itaat gerektiren bir ritüel şeklini almaktadırlar.¹³

Sömürge döneminde, Afrikalılar sömürgeciliğe karşı mücadelelerini desteklemek için insan hakları standartlarını kullanmışlar. Afrikalılar, sömürgecilik nedeniyle yıllarca baskıya ve ciddi insan hakları ihlallerine maruz kaldılar. Bu yüzden mücadelelerini bu istismarları ifşa etmek ve kurtuluş için mücadele etmek için kullanmışlardır. Dolayısıyla, insan hakları kavramının sömürgeciliğe ve apartheid'a karşı mücadelede güçlü kökleri olduğu açıktır.¹⁴

Çoğu Afrika Ülkesinin tarihi, genellikle Avrupa kolonizasyonu, despotik sömürge sonrası devletler ve az gelişmiş sosyal, ekonomik ve

¹⁰ **HOWARD**, Rhoda, Group Versus Individual Identity in the African Debate on Human Rights, An-naim, Abdullahi A./Deng, Francis M. (Editörler), Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives, Washington 1990, s. 165.

¹¹ **M'BAYE**, Keba/**BIRAME**, Ndiaye, The Organization of African Unity (OAU), Vasak, Karel (Editör), The International Dimensions of Human Rights, Westport 1982, s. 588.

¹² **UWAZURUIKE**, Allwell, Human Rights under the African Charter, Switzerland 2020, s. 18.

¹³ **M'BAYE/BIRAME**, s. 589.

¹⁴ **GAWANAS**, Bience, The African Union: Concepts and Implementation Mechanisms Relating to Human Rights, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion, Windhoek 2009, s. 136.

sivil toplum sektörlerini içermeleri bakımından benzerdir.¹⁵ Sömürgecilik, insan hakları ve demokratik yönetimi reddetmiş ve otoriterlik ile eşitsizlik kültürünü pekiştirmiştir. Sömürgeci güçlerin, etkilenen halklarla danışmadan sınırlar belirlemesi, içsel çatışmalar, etnik ve milliyetçi gerilimler yaratmıştır. Ancak, sömürgecilik yalnızca köleler, tiranlar ve sömürücülerden oluşan bir toplum yaratmamıştır. Aynı zamanda sömürgecilğe ve apartheid'a karşı kurtuluş ve demokratik mücadelede tezahür eden bir direniş kültürü de üretmiştir. Bu direniş, Afrikalıların kendi kaderini tayin hakkını uluslararası alanda yasal olarak tanınmadan önce kazanmalarını sağlamış ve bu tür mücadeleler, ırkçılık ve kurtuluşa ilişkin çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinin de temelini oluşturmaktadır.¹⁶ Michael Haas'ın belirttiği gibi, 1960'ların ortalarında Afrika devletlerinin bağımsızlığı, halkların kendi kaderini tayin hakkının uygulanmasıyla insan haklarının tarihteki en büyük kolektif genişlemesini temsil etmiştir.¹⁷

Sömürge sonrası dönemin hemen sonrasında, Afrika devletlerinin bölgesel bir insan hakları sistemi geliştirmek yerine bölgesel egemenliklerini korumaya odaklanmışlardır. Bu, yalnızca halkların kendi kaderini tayin hakkından bahseden ve insan haklarını yalnızca AfB'i teşvik etme bağlamında tanıyan ABÖ Şartı'nda insan haklarına verilen vurgu düzeyinden görülebilir. ABÖ Şartı bazı insan hakları kavramlarına atıfta bulunup bu kavramları somutlaştırsa da örgütün ana çıkarlarının siyasi birlik, diğer devletlerin işlerine karışmama ve hâlâ sömürge yönetimi altında olan Afrika topraklarının kurtarılması olduğu tartışmasız bir gerçektir.¹⁸

Hukuki bir kavram olarak "insan hakları" Afrika'ya nispeten geç gelmiş olsa da insanlar yüzyıllardır özgürlük, haysiyet, eşitlik ve sosyal adalet için mücadele etmektedirler. İnsan haklarının temellerini Afrika'da bulması ve hem yerel hem de bölgesel düzeyde yaygın olarak tanınan ve

¹⁵ **MUTUA**, Makau Wa: "The Politics of Human Rights: Beyond the Abolitionist Paradigm in Africa", Michigan Journal of International Law, C. 17, S. 3, 1996, s. 590.

¹⁶ **GUTTO**, Shadrack B.O: "Human and Peoples' Rights in Africa: Myths, Realities and Prospects", Current African Issues, C. 12, 1991, s. 9-10.

¹⁷ **HAAS**, Michael, International Human Rights: A Comprehensive Introduction, 2. Baskı, Abingdon, 2014, s. 95.

¹⁸ **OKERE**, B. Obinna: "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", Human Rights Quarterly, C. 6, S. 2, 1984, s. 142.

kullanılan bir kavram haline gelmesi, insan varlığının bu temel değerlerini savunmak için verilen bu mücadeleyle birliktedir.¹⁹ Bu nedenle insan hakları, Afrika İnsan Hakları Sistemi'ne (Afrika Şartı) yalnızca insanın doğal niteliklerinin bir tasdiki olarak değil, aynı zamanda özgürlük ve onur mücadelesinin tarihsel deneyimlerini ve medeniyetlerini yansıtan bir ifade olarak dahil edilmiştir. Böylece Afrika Şartı'nda yer alan bazı haklar, Afrika halkının temel hak ve özgürlüklere tam olarak erişmesini engelleyen baskı ve koşulları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.²⁰

II. AFRIKA BİRLİĞİ ÖRGÜTÜ VE İNSAN HAKLARI

Afrika devletlerinin birliğini hedefleyen Pan-Afrika Hareketi, 19. yüzyıl sonlarında Afrika diasporasıyla başlamış, ancak bölgesel bir örgütlenme oluşturma süreci, 1960'larda bağımsız devletlerin ortaya çıkışıyla hız kazanmıştır.²¹ Bu, 25 Mayıs 1963'te ABÖ'nün kurulmasıyla sonuçlandırılmıştır.²²

Bu örgütün kurulması için Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları tarafından üç büyük konferans düzenlenmiştir. İlk konferans Mayıs 1961'de Liberya'nın Monrovia şehrinde yapılmış ve konferansa o dönemde bağımsızlıklarını güvence altına alan 27 devletten 22'si katılmışlardır.²³ Katılan devletler, üyeleri arasında ekonomik, kültürel, bilimsel ve teknik iş birliği ilkelerine dayanan, bağımsız Afrika devletlerinden oluşan gevşek bir birlik biçimi kurmayı amaçlanmışlar. Ayrıca, her bir devletin toprak bütünlüğüne ve siyasi bağımsızlığına saygı ilkesinin yanı sıra birbirinin iç işlerine karışmama ilkesine de vurgu yapmışlardır. Konferans, önerilen Afrika örgütüne üye devletlerin tüm amaçlarını ve özelemlerini

¹⁹ HEYNS, Christof: "The African Regional Human Rights System: The African Charter", Dickinson Law Review, C. 108, S. 3, 2004, s. 179-180.

²⁰ DERSSO, Solomon: "Forty Years of the African Charter and the Reform Issues Facing the Discourse and Practice of Human Rights", African Human Rights Law Journal, C. 21, S. 2, 2021, s. 652-653.

²¹ WELZ, Martine, Integrating Africa: Decolonization's Legacies, Sovereignty, and the African Union, New York 2013, s. 2.

²² ELIAS, T.O: "The Charter of the Organization of African Unity", The American Journal of International Law, C. 59, S. 2, 1965, s. 245.

²³ BOWEN, James S.: "Title Power and Authority in the African Context: Why Somalia did Not Have to Starve- The Organization of African Unity (OAU) as an Example of the Constitutive Process", National Black Law Journal, C. 14, S. 1, 1964, s. 95-96.

ortaya koyan temel bir sözleşme veya şart taslağı hazırlama kararıyla sona ermiştir.²⁴

Sekiz ay sonra, Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları'nın ikinci konferansı Nijerya'nın Legos şehrinde yapılmış ve burada yeni bir örgütün kurulmasına yönelik bir şart taslağı²⁵ değerlendirilip prensipte kabul edilmiştir. Aynı yerde Haziran 1962'de (bu kez Bakanlar Konseyi tarafından yapılan) başka bir toplantı yapıp taslak şart üzerinde devletler tarafından yapılan yorumlar uyumlaştırılıp birleştirilmiştir. Aralık 1962'de ikinci bir Bakanlar Konseyi toplantısı yapılmış ve katılan 22 ülkeden 17'si Afrika Devletleri Örgütü Şartı'nı imzalamışlar. Bu Şart bazen Lagos Şartı olarak anılmaktadır.²⁶

Afrika Devlet ve Hükümet Başkanları'nın üçüncü konferansı Mayıs 1963'te Etiyopya'nın Addis Ababa şehrinde yapılmıştır. Bu konferansa Kazablanka blok devletleri de ilk defa katılmıştır. Konferans yapılmadan önce Lagos Şartı, Kazablanka Şartı²⁷ ve Etiyopya Şartı²⁸ taslağından oluşan üç taslak belge Bakanlar Konseyi tarafından görüşülmüştür. ABÖ'yü kuran Şartı'nın kaynağı da bu üç belgedir.²⁹ ABÖ, Şartı'nın kabul edilmesiyle bu konferansta kurulmuştur.³⁰

Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik ilk somut adım ABÖ'nün kurulmasıdır. Aslında, ABÖ'yü kuran Şart insan haklarına pek

²⁴ ELIAS, s. 244.

²⁵ Taslak Şartı'nın bir önsözü ve 43 maddesi vardır. Bu noktada bkz. ELIAS, s. 244.

²⁶ ELIAS, s. 244.

²⁷ Gana, Gine, Mali ve Birleşik Arap Cumhuriyeti'ni içeren Kazablanka Grubu Devletleri, Fas'ın Kazablanka şehrinde düzenlenen bir konferansta 7 Ocak 1961'de Kazablanka Afrika Şartı'nı imzaladılar. Bu konuda bkz. **UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS**, African States of the Casablanca Charter (Casablanca Group), <https://uia.org/s/or/en/1100002995> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

²⁸ Etiyopya tarafından sunulan taslak, içerik olarak Lagos Şartı'na benziyordu. Bu konuda bkz. ELIAS, s. 245.

²⁹ ELIAS, s. 245.

³⁰ ABÖ Şartı 25 Mayıs 1963'te kabul edilmiş ve 13 Eylül 1963'te yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.usaid.gov/african-union/history#:~:text=On%20May%2025%201963%20in,the%20AU's%20creation%20in%202002> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

önem vermemiş; daha çok dekolonizasyonu sağlamaya, apartheid'i kınamaya ve yeni kazanılan devleti korumaya odaklanmıştır.³¹ İnsan haklarının Şartı'nda mütevazı bir şekilde yansıtılması, kuruluşun amaçlarına bağlanmaktadır. ABÖ Şartı'nın önsözünde ve 2. ve 3. maddelerinde belirtildiği gibi, ABÖ'nün ana hedefleri kıtayı sömürgecilik ve apartheid'in kalan kalıntılarından temizlemek, Afrika devletleri arasında birlik ve dayanışmayı teşvik etmek, kalkınma için iş birliğini koordine etmek ve yoğunlaştırmak, üye devletlerin egemenliğini ve toprak bütünlüğünü korumak ve Birleşmiş Milletler (BM) çerçevesinde uluslararası iş birliğini teşvik etmektir. Bu nedenle insan haklarından çok devletlerin iç işlerine karışmama ilkesi, devletlerin egemen eşitliği, yeni sömürgecilikle mücadele, kendi kaderini tayin ve anlaşmazlıkların barışçıl çözümü konularına yer vermektedir. Ancak Şart, insan haklarıyla ilgili bazı referanslar önsözünde içermektedir.³²

Afrika'da insan ve halkların haklarının geliştirilmesi ve korunmasına yönelik bölgesel mekanizma, Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin kabul edilmesinden bu yana otuz yıl sonra kurulmuş olmasına rağmen, uygulanmasından sorumlu bir organla bir insan hakları sözleşmesi taslağı hazırlama fikri, 1960'larda başlamıştır.³³ İlk öneri, bir taraf devletin yetkisi altındaki herhangi bir bireyin bir davayı başvurabileceği bir mahkeme ile insan haklarına ilişkin bir sözleşmeyi kabul etmektir.³⁴ Ancak bu öneri devletlerden hemen karşılık görmemiş ve 1963'te ABÖ'nün kurulması bu konuda herhangi bir değişiklik getirmemiştir. ABÖ'nün Afrika'da insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasına ilgi göstermesi kuruluşundan bu yana yaklaşık yirmi yıl almıştır. Aslında, 1969'da Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen ABÖ Sözleşmesi'nin kabul edilmesi bir istisnadır. ABÖ'nün mülteci yardımı alanındaki

³¹ **MURRAY**, Rachel, *Human Rights in Africa: From the Organization of African Unity to the African Union*, New York, 2004, s. 7; **SHIVJI**, Issa G., *The Concept of Human Rights in Africa*, London, 1989.

³² **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Örgütü Şartı, 1963, Önsöz, <https://au.int/en/treaties/oau-charter-addis-ababa-25-may-1963> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

³³ **BARICAGO**, Germain, *Introductory Preface: The African Charter and African Commission on Human and Peoples' Rights*, Evans, Malcolm/Murray, Rachel (Editörler), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986–2006*, 2. Baskı, New York 2008, s. 1.

³⁴ Bu öneri, 7 Ocak 1961'de Nijerya'nın Lagos şehrinde yapılan bir toplantıda kabul edilen Afrikalı Hukukçular Bildirgesi'nde (Lego Yasası) yer almıştır. Bkz. **BARICAGO**, s. 1.

bu çalışması, örgütün rolünün ulusal yargı yetkisini doğrudan etkileyen ve insan haklarının korunmasıyla doğrudan ilgili bir alana genişletilmesi açısından önemlidir.³⁵

ABÖ, sömürgeci-politik baskının ve apartheid baskısının tüm kıtada yasaklanması için çalışırken, kıtadaki en bariz insan hakları ihlallerine uzun süredir kulak tıkamaktadır. Devletlerin içişlerine karışmama ilkesine bağlı kalması bu konuda büyük katkı sağlamıştır. Ancak ABÖ'nün insan haklarına ilişkin kaygısı, Temmuz 1979'da Liberya'nın Monrovia şehrinde yapılan Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi'nin 16. Olağan Toplantısı'nda değişti. Üye devletlerde insan haklarının korunması konusunu resmi olarak ele almaya başladı. Hem kıtanın içinde hem de dışında bir dizi faktör, ABÖ'yü üye devletlerdeki insan haklarının korunması sorunlarına daha fazla dikkat etmeye sevk etmiştir. Darbe liderlerinin (yeni hükümetler) üst düzey yetkilileri öldürmeye devam etmesi iç faktörlerken, Batılı devletler, alıcı devlette insan haklarına uyulmasına ilişkin koşullu yardım, BM'nin 1960'ların ortalarından bu yana dünyanın farklı yerlerinde bölgesel insan hakları komisyonlarının kurulmasını teşvik etme çalışmaları ve 1970'lerin sonlarında insan hakları konusunun daha fazla öne çıkması dış faktörler arasında yer almaktadır.³⁶ Bu gelişme, ABÖ'nün Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi'nin Haziran 1981'de yapılan 18. Olağan Oturumunda onaylanan, 1979'dan 1981'e kadar Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın taslağının hazırlanmasına dahil olmasıyla sonuçlanmıştır.³⁷

Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik normatif çerçevenin bir parçasını oluşturan ve ABÖ'nün himayesinde kabul edilen başka belgeler de vardır. Bunlardan ilki, 10 Eylül 1969'da kabul edilen ve 20 Haziran 1974'te yürürlüğe giren Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönetimlerini Düzenleyen ABÖ Sözleşmesi'dir. AfB'nin 25 Ocak 2004'te kurulmasından sonra yürürlüğe girmesine rağmen, 10 Haziran 1998'de ABÖ'nün himayesinde Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına Dair Protokol kabul edilmiştir.³⁸ Dolayısıyla bu protokol, Afrika'da

³⁵ KANNYO, Edward, The OAU and Human Rights, El-Ayouty, Yassin/Zartman, I. William (Editörler), The OAU after Twenty Years, New York 1984, s. 164.

³⁶ KANNYO, s. 163-166.

³⁷ KANNYO, s. 166.

³⁸ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartına Ek Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Protokol, 1998, <https://au.int/treaties> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

insan haklarının korunması için ABÖ'nün himayesinde kabul edilen normatif çerçevenin bir parçasını oluşturmaktadır.

Diğeri ise 01 Temmuz 1990'da kabul edilen ve 29 Kasım 1999'da yürürlüğe giren Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı'dır.³⁹ Bu Şart, çocuk hakları için koruma sağlar ve uygulanmasını izlemek için Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Uzmanlar Komitesi'ni kurmuştur. Şartı'nın 32. ve 42. maddelerinde belirtildiği üzere, Komite, Şartı'na yer alan çocuğun haklarını ve refahını geliştirmek ve korumakla görevlidir. Bu amaçla, Komite, diğerlerinin yanı sıra, Taraf Devletlerin raporlarını alma ve inceleme yetkisine sahiptir. Afrika Çocuk Hakları ve Refahı Şartı'nın 43. maddesine göre, Taraf Devletlerin hem ilk hem de periyodik raporları sunmaları gerekmektedir. Bu raporlar, Şart hükümlerini yürürlüğe koymak için benimsedikleri önlemleri, tanınan hakların kullanılmasında kaydedilen ilerlemeyi ve varsa Şartı'nda yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesini etkileyen faktörleri ve zorlukları belirtmelidir. İlk raporun, Şartı'nın ilgili Taraf Devlet için yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde sunulması beklenirken, periyodik raporun bundan sonra her üç yılda bir sunulması gerekmektedir. Ayrıca Komiteye başvuruları değerlendirme yetkisi verilmiştir.⁴⁰ Dahası, Şartı'nın 45. maddesinde de belirtildiği üzere, Komite, Şartı'nın kapsadığı herhangi bir konuda her türlü uygun soruşturma yöntemine başvurma yetkisine sahiptir.

III. AFİRKA BİRLİĞİ VE İNSAN HAKLARI

ABÖ, Temmuz 2002'de AfB'ne dönüştürülmüştür. Bu dönüşüm, Soğuk Savaş'ın sona ermesini izleyen daha geniş küresel değişiklikler bağlamında Afrika'nın siyasi, barış ve güvenlik ile sosyoekonomik ihtiyaçlarındaki değişikliklere bağlanmaktadır. AfB'nin normatif ve kurumsal çerçevesini önemli ölçüde şekillendiren bu değişikliklerin önemli bir yönü, güvenlik kavramında hem bölgesel hem de küresel olarak geleneksel dar, devlet merkezli güvenlik kavramından geniş ve kapsamlı insan merkezli güvenlik kavramsallaştırmasına geçiştir.⁴¹ Egemenlik ve müdahale etmeme ilkelerine sıkı sıkıya bağlı kalan devletlerin gevşek bir ittifakı olan ABÖ'nün aksine, AfB nispeten güçlü bir Komisyon, istişari işlevlere sahip

³⁹ **AFİRKA BİRLİĞİ**, Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, 1990, <https://au.int/treaties> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁴⁰ Çocuk Hakları ve Refahına İlişkin Afrika Şartı, Madde 44(1).

⁴¹ **BAH**, Alhaji S./**CHOGE-NYANGORO**, Elizabeth/**DERSSO**, Solomon/**MOFYA**, Brenda/**MURITHI**, Tim, *The African Peace and Security Architecture: A Handbook*, Addis Ababa, 2014, s. 21.

bir Pan-Afrika Parlamentosu ve barış ve güvenliği teşvik etmek için çeşitli kurumlar dahil olmak üzere çeşitlendirilmiş yapıya sahip çok daha güçlü ve daha kurumsallaşmış bir kuruluştur.⁴²

AfB ile birlikte gelen en önemli değişikliklerden biri, ABÖ'nün katı devletlerin iç işlerine karışmama politikasının gevşetilmesi idi. Müdahale etmeme ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmaktan AfB'nin müdahale etme hakkına veya AfB'nin ilk Başkanı Alpha Oumar Konare gibi bazılarının kayıtsız kalmama olarak adlandırdığı şeye radikal bir geçiş olmuştur.⁴³ AfB Kurucu Yasası'nın 4(h) maddesinde belirtildiği üzere, AfB, savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlar gibi ağır durumlarla ilgili olarak Genel Kurul kararı uyarınca bir üye devlete müdahale etme hakkına sahiptir.⁴⁴

AfB Kurucu Yasası'nın 4(p) ve 30. maddeleri uyarınca, darbe yapan bir ülkenin AfB üyesi olmaya devam etmesini imkânsız kılan anayasaya aykırı hükümet değişikliğini de yasaklamıştır. İnsan haklarına ve demokrasiye verilen önem, AfB kapsamında yaşanan diğer değişikliklerdir. AfB Kurucu Yasası, amaç ve ilkelerinin yanı sıra giriş bölümünde insan haklarına ilişkin bir dizi hüküm içermektedir. Örneğin, önsözün 10. paragrafı, Afrikalı liderlerin insan ve halkların haklarını geliştirme ve koruma, demokratik kurumları ve kültürü pekiştirme ve iyi yönetim ve hukukun üstünlüğünü sağlama konusunda kararlı olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, AfB Kurucu Yasası'nın sırasıyla 3(e) ve 3(h) maddelerinde belirtildiği üzere, BM Şartı ve Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'ni dikkate alarak uluslararası iş birliğini teşvik etmek ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı ve diğer ilgili insan hakları belgeleri uyarınca insan ve halkların haklarını geliştirmek ve korumak, AfB'nin hedefleri arasında listelenmiştir. Dahası, toplumsal cinsiyet eşitliğinin teşvik edilmesi; demokratik ilkelere, insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve iyi yönetime saygı ve dengeli

⁴² WELZ, s. 1-2.

⁴³ MURITHI, Tim: "The African Union's Transition from Non-Intervention to Non-Indifference: An Ad Hoc Approach to the Responsibility to Protect?", *Internationale Politik und Gesellschaft*, S. 1, 2009, s. 94, http://library.fes.de/pdf-files/ipg/ipg-2009-1/08_a_murithi_us.pdf (Erişim Tarihi: 13.10.2024); BAH/CHOGE-NYANGORO/DERSSO/MOFYA/MURITHI, s. 28.

⁴⁴ AFRIKA BİRLİĞİ, Afrika Birliği'nin Kurucu Yasası, 11 Haziran 2000, Madde 4(h), <https://au.int/en/Treaties/1157> (Erişim Tarihi: 13.10.2024). Ayrıca bkz. MWITHIGA, Patricia M., *The Challenges of Regional Integration in the East Africa Community*, Elhiraika, Adam B./Mukungu, Allan C.K./Nyoike, Wanjiku (Editörler), *Regional Integration and Policy Challenges in Africa*, New York 2015, s. 97.

ekonomik kalkınmayı sağlamak için sosyal adaletin teşvik edilmesi; AfB'nin temel ilkeleri olarak insan yaşamının kutsallığına saygı, cezasızlığın ve siyasi suikastın, terör eylemlerinin ve yıkıcı faaliyetlerin kınanması ve reddedilmesinin dahil edilmesi, insan hakları konularını ele almakla ilgilidir.⁴⁵

İnsan hakları, AfB'nin faaliyetlerinin merkezi haline gelmektedir. Bu nedenle AfB organlarının kıtada insan haklarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunması doğaldır.⁴⁶ Örneğin, üye devletlerin Devlet ve Hükümet Başkanlarından ve birliğin en üst organından oluşan AfB Genel Kurulu, birliğin ortak politikalarını belirlemesi; diğer organlardan gelen rapor ve tavsiyeler hakkında karar alması; birliğin politikalarının ve kararlarının uygulanmasının izlenmesi ve tüm üye devletlerin uyumunun sağlanmaktan sorumludur.⁴⁷ Dışişleri bakanlarından oluşan Yürütme Konseyi, diğerlerinin yanı sıra, üye devletlerin ortak çıkarlarını ilgilendiren alanlarda politikaları koordine etmesi ve karar alması, kendisine havale edilen konuları değerlendirmesi ve Genel Kurul tarafından belirlenen politikaların uygulanmasını izlemekten sorumludur.⁴⁸ Ayrıca, amaçları arasında iyi yönetim kültürünü, demokratik ilkeleri ve kurumları, halk katılımını, insan hakları ve özgürlükleri, sosyal adaleti ile cinsiyet eşitliği kültürünü teşvik etmek, müdafaa etmek ve savunmak olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Konsey de dahil olmak üzere çeşitli danışma organlarına sahiptir.⁴⁹ Böylece insan haklarının, hukukun üstünlüğünün, iyi yönetişimin, demokratik ilkelerin, toplumsal cinsiyet eşitliğinin ve çocuk haklarının geliştirilmesine katkıda bulunma yetkisi vermiştir.⁵⁰ AfB Kurucu Yasası'nın 17. maddesinde belirtildiği gibi, Afrika halklarının kıtanın kalkınmasına ve ekonomik bütünleşmesine tam katılımını sağlamak için

⁴⁵ AfB Kurucu Yasası, Madde 4(1-o).

⁴⁶ **AYENI**, Victor O.: "The African Human Rights Architecture: Reflections on the Instruments and Mechanisms within the African Human Rights System", Beijing Law Review, C. 10, S. 2, 2019, s. 306.

⁴⁷ AfB Kurucu Yasası, Madde 6 ve 9.

⁴⁸ AfB Kurucu Yasası, Madde 10 ve 13.

⁴⁹ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Konseyi Tüzüğü, Temmuz 2004, Madde 2(5 ve 6), <https://ecosocc.au.int/en/about/statutes> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

⁵⁰ AfB Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Konseyi Tüzüğü, Madde 7(5).

AfB bünyesinde bir Pan-Afrika Parlamentosu kurulmuştur.⁵¹ Afrika Ekonomik Topluluğunu (AET) Kuran Antlaşmaya Ek Pan-Afrika Parlamentosuna İlişkin Protokol'ün 3(1). maddesinde belirtildiği gibi, Pan-Afrika Parlamentosu, AfB'nin politika ve hedeflerinin etkili bir şekilde uygulanmasını kolaylaştırma rolüne sahiptir. Ayrıca, AfB'nin hedeflerine ulaşılmasına katkıda bulunmayı amaçlayan tavsiyelerde bulunma ve Afrika'daki bütünleşme sürecinin karşılaştığı zorluklara ve bunlarla başa çıkma stratejilerine dikkat çekme yetkisi de verilmiştir.⁵²

Ocak 2003'te AfB bir protokolle Barış ve Güvenlik Konseyi'ni oluşturdu. Bu protokol bir insan hakları belgesi olmamakla birlikte önemli bir insan hakları dili içermektedir. Örneğin, bu protokol, güçlü demokratik kurumların ve kültürün geliştirilmesini, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne uyulmasını, çatışma sonrası iyileştirme programlarının ve sürdürülebilir kalkınma politikalarının uygulanmasını toplu güvenliğin, kalıcı barışın ve istikrarın teşvik edilmesinin yanı sıra çatışmaların önlenmesi için gerekli olarak kabul etmiştir.⁵³ Barış ve Güvenlik Konseyi'nin hedefler arasındaki çatışmaları önleme çabalarının bir parçası olarak demokratik uygulamaların, iyi yönetişimin, hukukun üstünlüğünün, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasının, insan yaşamının kutsallığına saygının ve uluslararası insancıl hukukun desteklenmesi ve teşvik edilmesini de içermektedir.⁵⁴ Ayrıca protokol, Barış ve Güvenlik Konseyi'nin AfB Kurucu Yasası, BM Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan ilkelerin rehberliğinde hareket etme yükümlülüğünün altını çizmektedir.⁵⁵

Henüz faaliyete geçmemiş olmasına rağmen Afrika Adalet Divanı ve İnsan ve Halkların Hakları AfB'nin himayesinde Afrika'da insan haklarının korunması için kurulmuş bir başka kurumsal çerçevedir. Afrika

⁵¹ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşmaya Ek Pan-Afrika Parlamentosuna İlişkin Protokol, 2 Mart 2001'de kabul edilmiş ve 14 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir, Madde 5(1) ve 4(2) <https://au.int/en/pap> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

⁵² AET Kuran Antlaşmaya Ek Pan-Afrika Parlamentosuna İlişkin Protokol, Madde 11(4).

⁵³ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Barış ve Güvenlik Konseyinin Kurulmasına İlişkin Protokol, 9 Temmuz 2002'de kabul edilmiş ve 26 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir, Önsöz 15, <https://au.int/en/treaties/1158> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

⁵⁴ AfB Barış ve Güvenlik Konseyinin Kurulmasına İlişkin Protokol, Madde 3(f).

⁵⁵ AfB Barış ve Güvenlik Konseyinin Kurulmasına İlişkin Protokol, Madde 4(c).

İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ile Afrika Adalet Divanı'nın 1 Temmuz 2008'de kabul edilen Afrika Adalet Divanı ve İnsan Hakları Tüzüğüne İlişkin Protokol ile birleştirilmesiyle kurulmuştur.⁵⁶ Bu mahkeme, AfB'nin ana yargı organı haline gelecek ve başlangıçta Genel İşler Bölümü ve İnsan Hakları Bölümü'nden oluşan iki bölümden oluşacaktır.⁵⁷ İlki, Afrika Adalet Divanı'nın yetkisi altında olan Afrika devletleri arasında ortaya çıkan genel ihtilafları (devletler arası meseleler) ve AfB çalışanlarını etkileyen çalışma meselelerini ele almakla görevliyken, ikincisi şu anda Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin yetkisi altında olan insan hakları meselelerinde yargı yetkisine sahiptir.⁵⁸ Haziran 2014'te yapılan protokol değişikliği ile Uluslararası Ceza Hukuku Bölümü olan üçüncü bir bölüm eklenmiştir. Birleştirilmiş Mahkeme'ye uluslararası ceza yargılama yetkisi⁵⁹ veren değişiklik protokolü henüz tek bir devlet tarafından onaylanmamıştır.

Afrika insan hakları sisteminde AfB'nin himayesinde kabul edilmiş insan hakları belgeleri de vardır. 11 Temmuz 2003'te kabul edilen ve 25 Kasım 2005'te yürürlüğe giren Afrika'da Kadınların Haklarına Dair İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'na Ek Protokol bunlardan biridir. Önsözünde belirtildiği gibi bu protokol, Afrika Şartı hükümlerini tamamlamak için kabul edilmiştir. Kadınların insan haklarına daha fazla önem vererek ve kadınlara yönelik her türlü ayrımcılığı ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti ortadan kaldırarak kadın haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçlamaktadır. AfB himayesi altında kabul edilen diğer insan hakları belgeleri, 30 Ocak 2007'de kabul edilen ve 15 Şubat 2012'de yürürlüğe giren Afrika Demokrasi, Seçimler ve Yönetişim Şartı ve 23 Ekim 2009'da kabul edilen ve 06 Aralık 2012'de yürürlüğe giren Afrika'da Yerinden Edilmiş Kişilerin Korunması ve Yardımına İlişkin AfB Sözleşmesidir. AfB'nin himayesinde kabul edilen ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan Afrika insan hakları sisteminin bir parçasını oluşturan insan hakları belgeleri de vardır. Örneğin, 01 Temmuz 2008'de kabul edilen Afrika Adalet Divanı ve İnsan Hakları Tüzüğüne İlişkin Protokol; 27 Ha-

⁵⁶ Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 1 Temmuz 2008'de kabul edilmiş, Madde 2.

⁵⁷ Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Madde 2(1) ve Madde 16.

⁵⁸ Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Madde 17.

⁵⁹ Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 27 Temmuz 2014'te kabul edilmiş, Madde 3(1) ve Madde 6.

ziran 2014'te kabul edilen Afrika Adalet Divanı ve İnsan Hakları Tüzüğüne İlişkin Protokolde Değişiklik Yapılmasına Dair Protokol; 31 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen Yaşlıların Haklarına İlişkin Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı Protokolü ve 29 Ocak 2018'de kabul edilen Afrika'da Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Afrika İnsan ve Halkların Haklarına İlişkin Şartı'na Ek Protokol, Afrika insan hakları sistemi içindeki insan hakları belgeleridir.⁶⁰

IV. AFRIKA'DAKİ İNSAN HAKLARI VE BÖLGESEL EKONOMİK TOPLULUKLAR

Sömürgecilikten sonra Afrika'nın siyasi ve ekonomik durumu kırılgan olmuştur. Siyasi ve ekonomik bölgesel bütünleşme, bu kırılganlığı gidermek için geçerli bir çözüm haline gelmiştir.⁶¹ Bu amaçla sömürgecilik sonrası Afrika'da bölgesel bütünleşme 1963'te ABÖ'nün kurulmasıyla başlamıştır. Bunu hem kıtasal hem de alt-bölgesel düzeyde bölgesel ekonomik bütünleşmelerin oluşumu izlemiştir. ABÖ'nün himayesinde kıtasal düzeydeki ekonomik topluluk, yani Afrika Ekonomik Topluluğu kurulurken, alt-bölgesel düzeydeki ekonomik topluluklar üye devletlerin kendileri tarafından kurulmuştur.⁶² Bu bölgesel ekonomik topluluklar, devletler arasında bir ticari ilişkiler ağı oluşturacakları ve karşılığında üye devletleri insan hakları ilkelerine uymaya zorlayacakları için insan haklarının uygulanmasında önemli bir etkiye sahip olacaktır.⁶³ Aşağıdaki iki alt bölüm, her iki ekonomik toplulukta da insan haklarının korunmasını ayrı ayrı ele almıştır.

⁶⁰ Bu paragrafta sıralanan insan hakları belgelerinin hakkında bkz. **AFRICAN UNION**, OAU/AU Treaties, Conventions, Protocols & Charters, <https://au.int/en/treaties> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁶¹ **THOKO**, Kaime: "SADC and Human Rights: Fitting Human Rights into the Trade Matrix", *African Security Review*, C. 13, S. 1, 2004, s. 110.

⁶² **MUSUNGU**, Sisule F.: "Economic Integration and Human Rights in Africa: A Comment on Conceptual Linkages", *African Human Rights Law Journal*, C. 3, S. 1, 2003, s. 91.

⁶³ **NGENDAHIMANA**, Jean-Bosco, Impact of Regional Integration on Human Rights Protection in Africa, Fanta, Emmanuel/Shaw, Timothy M./Tang, Vanessa T. (Editörler), *Comparative Regionalisms for Development in the 21st Century: Insights from the Global South*, London and New York 2013, s. 180.

A. Afrika Ekonomik Topluluğu ve İnsan Hakları

Bölgesel Ekonomik Topluluklar, ülke grupları tarafından kendi aralarında daha güçlü ekonomik bağ ve iş birliği geliştirmek için kurulan hükümetler arası kuruluşlardır. Afrika'da bölgesel ekonomik bütünleşme çabaları 1963'te ABÖ'nün ve 1964'te Orta Afrika Ekonomik ve Gümrük Birliği'nin kurulmasıyla 1960'larda ortaya çıkmaya başlasa da Lagos Eylem Planı ve Lagos Nihai Senedinin kabul edilmesiyle bölgesel ekonomik toplulukları güçlendirmek için somut adımlar ancak 1980'lerde atılmıştır.⁶⁴ Bu iki girişim, kıtanın ekonomik, sosyal ve kültürel bütünleşmeyi sağlamak amacıyla AET'nin kurulmasını öngörmüştür. Bu, AET'nin 1991'de genellikle Abuja antlaşması olarak adlandırılan bir antlaşma ile oluşturulmasıyla sonuçlanmıştır.⁶⁵

AET'nin kuruluşundan önce ABÖ tarafından atılan üç önemli adım olmuştur. İlki, Mayıs 1973'te ABÖ için ekonomik programın ana ilkelerini ve kalkınma için toplu eylem için öncelikli sektörleri belirten Afrika İş birliği, Kalkınma ve Bağımsızlık Beyannamesi'nin kabul edilmesiydi. İkincisi, AET'nin kurulmasına yönelik ilkeleri, hedefleri, stratejiyi ve aşamaları ilk kez belirleyen ve tanımlayan Aralık 1976 tarihli Kinşasa Beyannamesiydi. Üçüncüsü ise, Ekonomik ve Sosyal Kalkınmada Ulusal ve Kolektif Kendine Güven için Kılavuz İlkeler ve Tedbirlere İlişkin 1979 Monrovia Taahhüt Beyannamesi'dir. Bu Beyannamesi, diğerlerinin yanı sıra, bir AET'nin başlangıcı olarak bir Afrika Ortak Pazarı'nın oluşturulması çağrısında bulunmuş ve topluluğun kurulmasına yönelik yöntemleri belirtmiştir.⁶⁶

Abuja antlaşması, AET'nin yapı taşları olarak kabul edilen alt-bölgesel ekonomik toplulukların faaliyetlerinin koordinasyonunu, uyumlu hale getirilmesini ve ilerici bütünleşmeyi amaçlamaktadır. ABÖ'nün bu

⁶⁴ TAVARES, Rodrigo/TANG, Vanessa T., *Regional Economic Integration in Africa: Impediments to Progress?*, Fanta, Emmanuel/Shaw, Timothy M./Tang, Vanessa T. (Editörler), *Comparative Regionalisms for Development in the 21st Century: Insights from the Global South*, London and New York 2013, s. 215.

⁶⁵ TAVARES/TANG, s. 215.

⁶⁶ SENGHOR, Jeggan, *The Treaty Establishing the African Economic Community: An Introductory Essay*, Yusuf, A.A. (Editör), *African Yearbook of International Law*, C. 1, 1993, s. 183-184.

bağlamdaki temel amacı, AET aracılığıyla Afrika'nın ekonomik bütünleşmeyi kolaylaştırmaktadır.⁶⁷ Bu, diğerlerinin yanı sıra, kıtanın siyasi ve sosyoekonomik bütünleşmeyi hızlandırmayı ve birliğin hedeflerine kademeli olarak ulaşılması için mevcut ve gelecekteki bölgesel ekonomik topluluklar arasında politikaları koordine etmeyi ve uyumlu hale getirmeyi içeren AfB'nin hedefleri ile uyumludur.⁶⁸

AET antlaşması, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na uygun olarak insan ve halkların haklarının tanınmasını, geliştirilmesini ve korunmasını kurduğu ekonomik sistemin temel ilkesi haline getirmiştir.⁶⁹ Antlaşma, insan haklarının geliştirilmesini bölgesel bütünleşme sürecinde önemli bir araç olarak öngörmüştür. Afrika halklarının yaşam standardının yükseltilmesi de topluluğun amaçları arasında sıralanmıştır.⁷⁰ Ayrıca Abuja antlaşması, insanların serbest dolaşımı,⁷¹ oturma ve yerleşme hakkı,⁷² sağlıklı bir çevrenin geliştirilmesi ve korunması,⁷³ eğitim,⁷⁴ kültür,⁷⁵ sağlık⁷⁶ ve kadın haklarına⁷⁷ ilişkin hükümler içermektedir. Abuja antlaşmasının 5. maddesinde belirtildiği üzere, üye devletlerin hedeflere ulaşılması için uygun koşulları yaratmaları ve hedeflere ulaşılmasını tehdit edecek tek taraflı eylemlerden kaçınmaları gerekmektedir. Yani, antlaşma pratik olarak üye devletlerin topluluğun amaçlarına ulaşması için egemenliklerinden kısmen vazgeçmelerini gerektirmektedir.⁷⁸

⁶⁷ RUPPEL, Oliver C., Regional Economic Communities and Human Rights in East and Southern Africa, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion, Windhoek 2009, s. 280.

⁶⁸ AfB Kurucu Yasası, Madde 3(c) ve (l).

⁶⁹ **AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma, 3 Haziran 1991'de kabul edilmiş ve 12 Mayıs 1994'te yürürlüğe girmiştir, Madde 3(g), <https://au.int/en/treaties/treaty-establishing-african-economic-community> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁷⁰ AET Kuran Antlaşma, Madde 4(1c).

⁷¹ AET Kuran Antlaşma, Madde 43.

⁷² AET Kuran Antlaşma, Madde 43.

⁷³ AET Kuran Antlaşma, Madde 58.

⁷⁴ AET Kuran Antlaşma, Madde 68.

⁷⁵ AET Kuran Antlaşma, Madde 69.

⁷⁶ AET Kuran Antlaşma, Madde 73.

⁷⁷ AET Kuran Antlaşma, Madde 75.

⁷⁸ NGENDAHIMANA, s. 181.

AET kuruluş antlaşmasında insan hakları kavramının yer alması, bölgesel ekonomik topluluklara insan hakları ilkelerini ve hedeflerini uygulamaya geçirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu, adli veya yargı dışı insan hakları uygulama mekanizmaları veya her ikisi aracılığıyla gerçekleştirilebilir. Yargı dışı uygulama, bölgesel ekonomik toplulukların karar alma süreçlerinde insan hakları ilkelerinin yol gösterici bir ilke olarak dikkate alınmasıyla sağlanırken, yargısal uygulama, bölge topluluk mahkemeleri veya benzeri kurumların çalışmalarına dayanmaktadır.⁷⁹

Abuja antlaşması, antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka bağlılığı sağlamak ve ona sunulan ihtilafları karara bağlamakla yükümlü bir Adalet Divanı kurmuştur.⁸⁰ Abuja antlaşmasının 18(3a) maddesine göre, Adalet Divanı önündeki davalar bir üye devlet veya Genel Kurul tarafından açılabilir. Antlaşma, bireylerin Adalet Divanı önünde dava açmasına izin vermemektedir. Ayrıca, Adalet Divanı'nın yargı yetkisi Abuja antlaşmasının ihlalleriyle sınırlıdır. Abuja antlaşmasına insan haklarıyla ilgili hükümlerin dahil edilmesi, böylece Adalet Divanı'na insan hakları konularında yargı yetkisi verecektir. Adalet Divanı'nın kararı, Abuja antlaşmasının 19. maddesinde belirtildiği üzere hem üye devletler hem de topluluğun organları için bağlayıcıdır.

İnsan haklarının uygulanmasında alt-bölgesel ekonomik toplulukların en büyük sorunlarından biri, çeşitli topluluk mahkemelerinin aynı anda yargı yetkisi olasılığı olacaktır. Birçok Afrika devleti, çeşitli alt-bölgesel ekonomik toplulukların üyesidir.⁸¹ Üyeliklerin bu şekilde çakışması, çeşitli topluluk mahkemelerine aynı insan hakları meselelerinde yargı yetkisini üstlenme yetkisi verecektir. Bu da çelişkili kararların verilmesine yol açacak ve sonuç olarak bunların uygulanmasında zorluk yaratacaktır. Dolayısıyla AET, bu tür zorluklardan kaçınma potansiyeline sahiptir. Ancak Adalet Divanı'nın kâğıt üzerinde var olması ve henüz pratikte tesis edilememiş olması nedeniyle bu potansiyel kullanılmamıştır.

B. Alt-Bölgesel Ekonomik Topluluklarda İnsan Hakları

İnsan hakları, ekonomik kalkınmayı artırmak için daha derin bölgesel bütünleşmesinden oluşan alt-bölgesel ekonomik toplulukların ana hedeflerini gerçekleştirmenin önemli bir yolu haline gelmektedir.⁸² ABÖ

⁷⁹ RUPPEL, s. 281-282.

⁸⁰ AET Kuran Antlaşma, Madde 18(1&2).

⁸¹ RUPPEL, s. 283.

⁸² RUPPEL, s. 314.

(şimdiki AfB) tarafından tanınan sekiz alt bölgesel ekonomik topluluk vardır. Bunlar Doğu Afrika Topluluğu, Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu, Güney Afrika Kalkınma Topluluğu, Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı, Orta Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu, Doğu Afrika'da Kalkınmaya İlişkin Hükümetlerarası Otoritesi, Arap Mağrip Birliği ve Sahel-Sahra Devletleri Topluluğu'dur.⁸³

Bu ekonomik toplulukların temel amacı, üye devletlerin ekonomik kalkınma iş birliğini kolaylaştırmaktır. Başlangıçta, çoğu kuruluş belgesinde insan haklarının korunmasına dair hükümler bulunmamaktaydı. Ancak zamanla, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması, birçok bölgesel ekonomik topluluğun temel ilkeleri ve hedefleri arasında yer almıştır. Bu topluluklar, mahkemelerinin insan hakları davalarını belirleyerek, insan haklarının korunmasında önemli bir rol üstlenen mekanizmalar oluşturmuştur.⁸⁴ Alt-bölgesel mahkemeleri tarafından insan haklarına adli koruma sağlanmasına rağmen, bunlar yalnızca ekonomik bütünleşmenin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.⁸⁵

İnsan haklarının bölgesel ekonomik toplulukların görev alanına dahil edilmesinin birkaç nedeni vardır. İlk olarak, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kabul edilmesinden sonra, insan hakları kıtadaki devletler arası ilişkilerde ortak bir özellik haline gelmiştir.⁸⁶ İkincisi, güçlü insan hakları değerlerinin ve kurumlarının varlığı, yatırımcılara yatırım yapmaları için gerekli güveni vereceğinden, yatırım için çekici bir faktör haline gelmiştir.⁸⁷ Üçüncüsü, uluslararası insan hakları hukuku, yönetim ve kalkınmanın tüm alanlarında insan hakları yükümlülüklerinin önemi vurgular ve hükümetlerin ve bölgesel ekonomik topluluklar da da-

⁸³ **MURUNGI**, Lucyline N/**GALLINETTI**, Jacqui: "The Role of Sub-Regional Courts in the African Human Rights System", *SUR-International Journal of Human Rights*, C. 7, S. 13, 2010, s. 119; **WELZ**, s. 5.

⁸⁴ **MURUNGI/GALLINETTI**, s. 119; **RUPPEL**, s. 282.

⁸⁵ **EBOBRAH**, Solomon T.: "Human Rights Developments in Sub-Regional Courts in Africa in 2008", *Africa Human Rights Law Journal*, C. 9, S. 1, 2009, s. 334.

⁸⁶ **EBOBRAH**, Solomon T.: "Litigating Human Rights before Sub-Regional Courts in Africa: Prospects and Challenges", *African Journal of International and Comparative Law*, C. 17, S. 1, 2009, s. 80.

⁸⁷ **RUPPEL**, s. 279.

hil olmak üzere ekonomik politika forumlarının ulusal, bölgesel ve uluslararası ekonomik gündemler oluştururken insan hakları ilkelerini dikkate almalarını gerektirir.⁸⁸

Afrika'da saf bir alt-bölgesel insan hakları yargı kurumu bulunmakla birlikte, öncelikle üye devletler arasında ilerici ekonomik bütünleşmeyi teşvik etmek amacıyla kurulmuş olan Bölgesel Ekonomik Toplulukların yargı organları, insan hakları konularına ilişkin davaların karara bağlanmasına dahil olmuştur. Başka bir deyişle, insan hakları sorunları bölgesel ekonomik toplulukların konusu haline gelip mahkemelerinin yetki alanına girmiştir. Ancak her ekonomik topluluğun izlediği evrim ve yaklaşımlar farklı olduğu için aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

1. Doğu Afrika Topluluğu

Doğu Afrika Topluluğu (DAT) ilk olarak 1967'de Kenya, Tanzanya ve Uganda tarafından kurulmuştur. Temel amacı üye devletlerin endüstriyel, ticari ve diğer ilişkilerini güçlendirmek ve düzenlemek olmuştur. Ancak üye devletler arasındaki anlaşmazlıklar sonucunda 1977'de feshedilmiş ve Kasım 1999'da bir antlaşma (DAT antlaşması) ile yeniden oluşturulmuştur.⁸⁹ DAT antlaşmasının 5. maddesinde belirtildiği üzere temel amacı, üye devletler arasında siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel, araştırma ve teknoloji, savunma, güvenlik ve hukuki ve adli işler alanlarında karşılıklı yarar sağlayacak şekilde iş birliğini genişletmeyi ve derinleştirmeyi amaçlayan politika ve programlar geliştirmektir. Bu nedenle, DAT'ın birincil odak noktası ekonomik bütünleşme olmuştur.⁹⁰

DAT'ın birincil odak noktası ekonomik bütünleşme olsa da kuruluş antlaşmasında insan haklarının korunmasına ilişkin hükümler de yer almaktadır. Örneğin, evrensel olarak kabul edilebilir iyi yönetim, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan haklarına riayet ve sosyal adalet ilkelelerine bağlılığı topluluğa üye olmanın bir koşulu haline getirmiştir.⁹¹ İlave-ten, insan hakları, DAT antlaşmasının 7(1) maddesi kapsamında topluluğun amaçlarına pratikte ulaşılmasını yönetecek ayrı bir temel ilke olarak

⁸⁸ MURUNGI/GALLINETTI, s. 121.

⁸⁹ Doğu Afrika Topluluğunun (DAT) Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, 30 Kasım 1999'da kabul edilmiş ve 7 Temmuz 2000'de yürürlüğe girmiştir, <https://www.eac.int/documents/category/key-documents> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹⁰ DOĞU AFRIKA TOPLULUĞU, Resmî web sitesi, <https://www.eac.int/overview-of-eac> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

⁹¹ DAT Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, Madde 3(3b).

listelenmemiş olsa da Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı hükümleri uyarınca insan ve halkların haklarının tanınması, geliştirilmesi ve korunması iyi yönetim ilkesinin bileşenleri arasında yer almıştır. Ayrıca demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine bağlılığın iyi yönetim ilkesinin bileşenleri arasında yer alması insan haklarının korunması açısından da önemlidir.⁹² Dahası, DAT antlaşmasının 7(2) maddesi, üye devletlerin demokrasi, hukukun üstünlüğü, sosyal adalet ve evrensel olarak kabul edilmiş insan hakları standartlarının sürdürülmesi ilkelerine bağlılık da dahil olmak üzere iyi yönetim ilkelerine uyma yükümlülüğünü içermektedir.

DAT antlaşmasında cinsiyet eşitliği gibi belirli insan hakları konularına odaklanan çeşitli hükümler de bulunmaktadır. Örneğin, DAT Antlaşmasının 5(3e) maddesinde belirtildiği gibi, DAT'ın tüm çabalarında toplumsal cinsiyetin anaakımlaştırılmasını ve kadınların kültürel, sosyal, siyasi, ekonomik ve teknolojik gelişmedeki rolünün güçlendirilmesini sağlaması gerekmektedir. DAT antlaşmasının 6(d) maddesi kapsamında iyi yönetim ilkesinin içerikleri arasında toplumsal cinsiyet eşitliği de yer almıştır. Devletlere, kadınlara yönelik önyargıları ortadan kaldıracak ve toplumsal cinsiyet eşitliğini her konuda teşvik edecek yasal ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü getirilmesi, DAT antlaşmasının toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin yer alan bir diğer hükmüdür.⁹³

DAT, Doğu Afrika Adalet Divanını yargı organı olarak işlev görece organlarından biri olarak kurmuştur.⁹⁴ DAT antlaşmasının 23. maddesinde öngörüldüğü gibi, Mahkeme'nin DAT antlaşmasının yorumlanması ve uygulanması konusunda yargı yetkisine sahip bir ilk derece bölümü ve bir temyiz bölümü vardır. Davalar, tüzel ve gerçek kişiler, üye devletler ve DAT Genel Sekreteri tarafından Mahkemeye havale edilebilir.⁹⁵

DAT antlaşmasının 27(2) maddesi, DAT Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi ve üye devletler tarafından bu yönde bir protokol yapılması kaydıyla, Mahkeme'ye insan hakları konularında yargı yetkisi vermektedir. DAT Bakanlar Kurulu tarafından 2005'te Mahkeme'nin yargı

⁹² DAT Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, Madde 6(d).

⁹³ DAT Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, Madde 121.

⁹⁴ DAT Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, Madde 9(1e).

⁹⁵ DAT Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, Madde 28-30.

yetkisinin diğerlerinin yanı sıra insan haklarını da kapsayacak şekilde genişletilmesine yönelik bir protokol hazırlanmış olmasına rağmen, henüz kabul edilmemiştir.⁹⁶ DAT antlaşmasının 35. maddesine göre Mahkeme kararları uyuşmazlığın tarafları için bağlayıcıdır.

İnsan hakları meseleleri üzerinde doğrudan veya otomatik yargı yetkisinin olmaması, Mahkeme'nin uzun süre insan hakları davalarını yargılamaktan kaçınmasına neden olmuştur.⁹⁷ Ancak, Mahkeme'nin zımni yargı yetkisi temelinde insan haklarıyla ilgili davalarda yargı yetkisini üstlendiği durumlar olmuştur. Bu, *Katabazi ve diğer 21 kişi ile DAT Genel Sekreteri ve Uganda Cumhuriyeti Başsavcısı* davasında yapılmıştır.⁹⁸ Bu dava, DAT Genel Sekreteri ve Uganda Başsavcısı aleyhine on altı kişi tarafından Mahkemeye havale edilmiştir. Bu davada, diğerlerinin yanı sıra, DAT antlaşmasının 27(2) maddesi uyarınca gerekli koşulların bulunmaması nedeniyle Mahkeme'nin insan hakları konularını ele alma yetkisine itiraz edilmiştir. Mahkeme, Mahkeme'nin insan hakları davalarında karar verme yetkisini üstlenmeyeceğini, ancak yalnızca referansın insan hakları ihlali iddiasını içermesi nedeniyle 27(1) maddesi kapsamındaki yorumlama yetkisini kullanmaktan vazgeçmeyeceğini savunmuştur.⁹⁹

⁹⁶ **THE INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER**, East African Court of Justice, <https://ijrcenter.org/regional-communities/east-african-court-of-justice/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024); **THE EAST AFRICAN COURT OF JUSTICE**, Court Manual: A Practical Guide to the Law and Practice of the East African Court of Justice, November 2020. s. 66; **EBOBRAH**, Solomon T., Courts of Regional Economic Communities in Africa and Human Rights Law, Kadelbach, Stefan/Rensmann, Thilo/Rieter, Eva (Editörler), Judging International Human Rights: Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts, Switzerland 2019, s. 224.

⁹⁷ **RUPPEL**, s. 306-307.

⁹⁸ East African Court of Justice, *Katabazi and 21 others v. Secretary General of the East African Community and Another*, Ref. No. 1 of 2007, 1 November 2007, https://www.eacj.org/?page_id=4878&fwp_year=2007 (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

⁹⁹ East African Court of Justice, *Katabazi and 21 others v. Secretary General of the East African Community and Another*, para. 46; Ayrıca bkz. East African Court of Justice, *Patrick Ntege and Others v. The Attorney General of Uganda and Others*, Ref. No. 8 of 2013, (27 February 2015), para. 43.

2. Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu

Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (BADET), 28 Mayıs 1975'te on beş Batı Afrika ülkesi tarafından,¹⁰⁰ halkının yaşam standartlarını yükseltmek, ekonomik istikrarı artırmak ve sürdürmek, üyeleri arasında daha yakın ilişkileri teşvik etmek ve Afrika kıtasının ilerlemesi ve gelişmesi için katkıda bulunmak amacıyla bölgesel iş birliğini ve bütünleşmeyi teşvik etmek için bir antlaşma yoluyla kurulmuştur.¹⁰¹ Kurucu Antlaşma, insan haklarına herhangi bir atıfta bulunmamış ve insan hakları dilini kullanmaktan tamamen kaçınmıştır. Ancak, daha sonra kabul edilen protokollerde bazı insan hakları dillerine yer verilip belirli insan hakları belgelerine sınırlı atıfta bulunulmuştur.¹⁰²

1979 BADET Protokolü'nde topluluk vatandaşlarının üye devletlerin topraklarına girme, orada ikamet etme ve yerleşme hakkına yapılan atıf buna iyi bir örnektir.¹⁰³ Temel insan haklarının Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi açısından,¹⁰⁴ temel hakların göçmen işçiler ve Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri¹⁰⁵ açısından tanımı ve sonraki protokollerde de insan hakları dilinin BADET içinde daha sık kullanılmasındaki gelişmeler gösterilmektedir. BADET'in 1991 tarihli Siyasi İlkeler Bildirgesi'nde, insan haklarına ilişkin evrensel olarak tanınan uluslararası belgelere ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na yapılan atıflar da bulunmaktadır.¹⁰⁶

¹⁰⁰ BADET'in üyeleri hakkında bkz. <https://www.ecowas.int/member-states/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁰¹ ECOWAS, Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Antlaşması, 28 Mayıs 1975, Madde 2(1), <https://www.ecowas.int/publication/treaty/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁰² EBOBRAH, Solomon T.: "Critical Issues in the Human Rights Mandate of the ECOWAS Court of Justice", *Journal of African Law*, C. 54, S. 1, 2010, s. 3-4.

¹⁰³ Protocol A/P.1/5/79 Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment, 1979, Madde 2(1).

¹⁰⁴ Supplementary Protocol on the Code of Conduct for the Implementation of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of Residence and Establishment, 1985, Madde 1 ve 3, <https://www.refworld.org/legal/agreements/ecowas/1985/en/63791> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹⁰⁵ Supplementary Protocol on the Second Phase (Right of Residence) of the Protocol on Free Movement of the Persons, the Right of Residence and Establishment, 1986, Madde 1, <https://www.refworld.org/legal/agreements/ecowas/1986/en/63648> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹⁰⁶ Declaration A/DCL.1/7/91 of Political Principles of the Economic Community of West African States, 1991, Önsöz, para. 5.

BADET antlaşması 1993'te revize edildi. Orijinal antlaşmadan farklı olarak, revize edilen antlaşmanın önsözünde insan haklarına özel atıflar yer almaktadır.¹⁰⁷ Ayrıca Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı hükümlerine uygun olarak insan ve halkların haklarının tanınmasını, geliştirilmesini ve korunmasını BADET'in temel ilkelerinden biri haline getirmiştir.¹⁰⁸ Revize edilen antlaşmaya ek olarak kabul edilen müteakip protokoller de insan hakları belgelerine açık atıflar yapıp nispeten net haklar dili kullanmıştır.¹⁰⁹

BADET'in insan haklarına ilişkin yasal çerçevesindeki bu gelişmelere rağmen, 1991'de bir protokolle kurulan BADET Topluluk Adalet Divanı,¹¹⁰ 2005 yılına kadar insan hakları davalarına bakma yetkisine sahip değildir. İnsan haklarından ziyade devletler arası ekonomik anlaşmazlıkları yargılamak için yaratıldı.¹¹¹

Mahkeme, BADET yasal belgelerinin hükümlerinin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin davaları yargılama yetkisine sahiptir. Davalar BADET üyesi ülkeler arasında olabileceği gibi üye ülkeler ile BADET kurumları arasında da olabilir. Ayrıca, yalnızca BADET üyesi devletlerin ve BADET yetkililerin Mahkeme önüne dava açmasına izin verilmiştir.¹¹² Bireylerin Mahkeme önünde dava açmasına izin verilmemiştir. Bunun yerine, bir üye devlet, vatandaşının menfaatinin tehlikede olduğu durumlarda kendi vatandaşı adına dava açma yetkisine sahiptir. Ancak devletin öncelikle davalı devletle dostane bir çözüme varmaya çalışması gerekmektedir.¹¹³ Bu nedenle, Mahkeme nezdinde bireysel başvuru usulü bulunmamaktaydı ve bu da Mahkeme nezdindeki ilk insan hakları davası olan *Olaide Afolabi/Nijerya* davasının reddedilmesiyle sonuçlanmıştır.¹¹⁴

¹⁰⁷ BADET'in Gözden Geçirilmiş Antlaşması, 1993, Önsöz, para. 4.

¹⁰⁸ BADET'in Gözden Geçirilmiş Antlaşması, Madde 4(g).

¹⁰⁹ **EBOBRAH**, Critical Issues, s. 4.

¹¹⁰ **ALTER**, Karen J./**HELPER**, Laurence R./**MCALLISTER**, Jacqueline R.: "A New International Human Rights Court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice", The American Journal of International Law, C. 107, S. 4, 2013, s. 748.

¹¹¹ **EBOBRAH**, Critical Issues, s. 8; **ALTER/HELPER/MCALLISTER**, s. 748.

¹¹² Protocol A/P.1/7/91 on the Community Court of Justice, 1991, Madde 9.

¹¹³ Protocol A/P.1/7/91 on the Community Court of Justice, Madde 9(3).

¹¹⁴ Community Court of Justice of the ECOWAS, *Olaide Afolabi v Federal Republic of Nigeria*, Case No. ECW/CCJ/JUD/01/04, 27 April 2004, <https://caselaw.ihrrda.org/api/files/15228344624636mxh1bugkifpxygpr5wgm7qfr.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

Bu dava, Nijeryalı bir tüccar olan Afolabi tarafından 10 Ekim 2003 tarihinde Nijerya aleyhine Mahkeme önüne getirilmiştir. Benin'de mal satın almak için bir sözleşme imzalamıştır. Ancak Nijerya'nın tek taraflı kararıyla iki ülke arasındaki sınırın kapanması nedeniyle Afolabi işlemi tamamlayamamıştır. Bu nedenle, sınırın kapatılmasının kişilerin ve malların serbest dolaşımı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Nijerya aleyhine Mahkeme önünde dava açmıştır. Ancak dava, yargı yetkisi bulunmadığı için reddedilmiştir.¹¹⁵

1991 tarihli Mahkeme kuruluş protokolünü değiştiren 2005 Ek Mahkeme Protokolü'nün kabul edilmesi, Mahkeme'nin yetkilerinde değişiklik getirmiştir. Mahkemeye BADET üyesi ülkelerde meydana gelen insan hakları ihlalleri davalarında karar verme yetkisi verilmiştir.¹¹⁶ Ayrıca, Mahkeme, bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının ulusal mahkemeleri atlayarak doğrudan Mahkeme'ye dava açmasına izin veren geniş erişime ve daimî kurallara sahiptir. Bu, bireylere ve sivil toplum kuruluşlarına da insan hakları ihlalleri için iç hukuk yollarını tüketmeye gerek kalmadan çare aramak için Mahkeme'ye başvurma hakkının verildiğini göstermektedir.¹¹⁷ Ancak bir davanın kabul edilebilmesi için yerine getirilmesi gereken üç koşul vardır. Bunlar: başvuran insan hakları ihlallerinin mağduru olmalı; başvuranın kimliği gizli olmamalı ve başvuru başka bir uluslararası Mahkeme huzurunda yapılmamış olmalıdır.¹¹⁸ Bu koşullar BADET Topluluk Adalet Divanı tarafından *Rose Breivogel ve Anor./Nijerya Federal Cumhuriyeti* davasında da onaylanmıştır.¹¹⁹ Son iki koşul, bir insan hakları ihlali davasının kabul edilebilirliğinin iki kümülatif koşulu karşılması gerektiğine karar verdiği *Nazare Gomes De Pina/Gine Bissau Cumhuriyeti*

¹¹⁵ Bu davanın ayrıntıları için bkz. **ALTER/HELPER/MCALLISTER**, s. 749.

¹¹⁶ Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 Amending Protocol A/P.I/7/91 Relating to the Community Court of Justice, 2005, Madde 9(4), http://www.courtecawas.org/wp-content/uploads/2018/11/Supplementary_Protocol_ASP.10105_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹¹⁷ Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 Amending Protocol A/P.I/7/91, Madde 10 (c ve d).

¹¹⁸ Supplementary Protocol A/SP.1/01/05 Amending Protocol A/P.I/7/91, Madde 10 (d).

¹¹⁹ Community Court of Justice of the ECOWAS, *Ms. Rose Breivogel & Anor. v Federal Republic of Nigeria*, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/05/22, (21 March 2022), para. 34-41, <http://www.courtecawas.org/decisions-3/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

davasında da ileri sürülmüştür. Bu koşullar, söz konusu davanın ne isimsiz olması ne de yetkili başka bir uluslararası mahkeme önüne götürülmesi gerektiğidir.¹²⁰

Mahkemenin konu ve kişi bakımından yetkisi bu nedenle değişmiş ve Mahkeme tarafından ilki *Manneh davası* olmak üzere bir dizi insan hakları davasının değerlendirilmesine yol açmıştır.¹²¹ Ancak ne 2005 protokolünde ne de başka bir BADET yasal belgesinde Mahkeme önündeki davalar için geçerli insan hakları belgesine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Bu, Mahkeme'ye insan hakları davalarının belirlenmesinde çok çeşitli kaynakları değerlendirme fırsatı vermiştir.¹²²

3. Güney Afrika Kalkınma Topluluğu

Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (GAKT), 1980'de kurulan Güney Afrika Kalkınma Koordinasyon Konferansı'nın yerine 1992'de kurulmuştur. On altı üye Devleti vardır. Kalkınma, barış ve güvenlik ve ekonomik büyüme sağlamak, yoksulluğu azaltmak, Güney Afrika halklarının yaşam standardını ve kalitesini yükseltmek ve bölgesel bütünleşme yoluyla sosyal açıdan dezavantajlı olanları desteklemek, demokratik ilkelere ve adil ve sürdürülebilir kalkınma üzerine inşa edilmek amacıyla kurulmuştur.¹²³

GAKT ilkeleri arasında insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü yer almakta olup üye devletlerin bu ilkelere uygun hareket etmesi gerekmektedir.¹²⁴ Ayrıca GAKT antlaşmasında insan haklarının güvence altına alınmasına açıkça yer verilmemekle birlikte, 5. maddesinde insan haklarının korunmasına ilişkin farklı amaçlara yer verilmiştir. Örneğin, diğerlerin yanı sıra, topluluğun amaçları olarak, insanların yaşam

¹²⁰ Community Court of Justice of the ECOWAS, *Mrs. Nazare Gomes De Pina v. The Republic of Guinea Bissau*, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/15/18, (24 May 2018), para. 10, <http://www.courtecawas.org/decisions-3/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹²¹ ECOWAS Community Court of Justice, *Ebrimah Manneh v the Gambia*, Judgment No. ECW/CCJ/APP/04/07, (5 June 2008), https://www.worldcourts.com/ccj/eng/decisions/2005.10.26_Barbados_Rediffusion_v_Mirchandani.htm (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹²² ALTER/HELPER/MCALLISTER, s. 754-755.

¹²³ SADC, Resmi web sitesi, <http://www.sadc.int/member-states> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹²⁴ Declaration and Treaty of the Southern African Development Community, 17 Ağustos 1992, Madde 4(c), <https://www.sadc.int/document/declaration-treaty-sadc-1992-0> (Erişim Tarihi: 15.10.2024). Ayrıca bkz. THOKO, s. 110.

standardının ve kalitesinin iyileştirilmesini, demokrasinin, barışın, güvenliğin ve istikrarın ve topluluk sürecinde ana akım toplumsal cinsiyetin pekiştirilmesi, savunulması ve sürdürülmesini içermektedir. Üstelik, GAKT antlaşması, GAKT'ye ve üye devletlere cinsiyet, din, siyasi görüş, ırk, etnik köken, kültür veya engellilik nedeniyle hiç kimseye ayrımcılık yapmama yükümlülüğü getirmiştir.¹²⁵ GAKT, Antlaşmanın yanı sıra insan haklarıyla ilgili farklı protokoller de benimsemiştir. Sözleşmedeki bu insan hakları merkezli kalkınma anlayışına ve hedeflerinde insan haklarının merkezi olmasına rağmen, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasının GAKT'nin birinci önceliği olmadığı ileri sürülmektedir.¹²⁶

GAKT'nin kurumlarından biri olan GAKT Mahkemesi, Antlaşma ve ona bağlı belgelere uyulmasını ve doğru yorumlanmasını sağlamak amacıyla 1992'de kurulmuştur. Beşi asıl, beşi yedek olmak üzere en az on üyeden oluşmaktadır. Yedek üyeler, bir asıl üyenin geçici olarak bulunmadığı veya görevlerini yerine getiremeyeceği durumlarda Mahkemede oturacaktır.¹²⁷ Mahkeme Protokolü'nün 14. maddesine göre, GAKT'nin antlaşma, protokol ve yan belgelerinin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili tüm uyuşmazlıklarda ve kendisine atıfta bulunulan tüm başvurularda yargı yetkisine sahiptir. İlaveten, üye devletler arasındaki belirli antlaşmalardan doğan tüm konularda, söz konusu antlaşmanın Mahkemesi'ne yetki vermiş olması kaydıyla, yargı yetkisine de sahiptir. Bahsedilen bu tür uyuşmazlıklar, devletler arasında ve gerçek veya tüzel kişiler ile devletler arasında olabilir. Kişiler söz konusu olduğunda, bir devlete karşı Mahkeme önüne dava açılmadan önce mevcut iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir. Bununla birlikte, kişi ilgili devletin ulusal yargı yetkisi altında hareket edemiyorsa, bu gereklilikten vazgeçilebilir.¹²⁸ Mahkemenin kararları kesin ve bağlayıcıdır.¹²⁹

GAKT antlaşmasında veya Mahkeme Protokolü'nde insan hakları konularında açıkça yargı yetkisi veren bir hüküm yoktur. Bu nedenle, mahkemenin net bir insan hakları yetkisine sahip olmadığı ileri sürül-

¹²⁵ Declaration and Treaty of the SADC, Madde 6(2).

¹²⁶ **THOKO**, s. 110; **RUPPEL**, s. 291.

¹²⁷ Protocol on the Tribunal in SADC, 2000, Madde 3.

¹²⁸ Protocol on the Tribunal in SADC, Madde 15.

¹²⁹ Protocol on the Tribunal in SADC, Madde 24(3); Declaration and Treaty of the SADC, Madde 16 (5).

müştür. Aslında Mahkeme, insan haklarından ziyade daha yakın ekonomik ve siyasi birlikten kaynaklanan anlaşmazlıkları çözmek için kurulmuştur. Ancak buna rağmen, Mahkeme şimdiye kadar insan haklarına ilişkin meseleleri kabul etmiş ve karara bağlamıştır.¹³⁰

4. Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı

Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (DGAOP), Doğu ve Güney Afrika için Tercihli Ticaret Bölgesi'nin yerini almak üzere 1994'te kurulmuş ve şu anda 21 üye devlete sahiptir.¹³¹ Bölgedeki tüm insanların karşılıklı yararı için ticaret ve doğal ve beşerî kaynakların geliştirilmesi yoluyla bölgesel entegrasyonu teşvik etmeyi amaçlamaktadır.¹³²

İnsan haklarının korunması, DGAOP'un faaliyetlerinin özünde yer almasa da kuruluş antlaşmasında yer almıştır. Örneğin, DGAOP antlaşmasının 3(b) maddesi, DGAOP'un amaç ve hedeflerinden biri olarak halklarının yaşam standardını yükseltmeye yönelik politika ve programların kabul edilmesini içermiştir. Bununla birlikte, DGAOP antlaşması kapsamındaki insan haklarının korunmasına ilişkin en ilgili hüküm madde 6(e)'de bulunur. Bu madde, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı hükümlerine uygun olarak insan ve halkların haklarının tanınmasını, geliştirilmesini ve korunmasını, DGAOP'un amaç ve hedeflerin gerçekleştirilmesinde üye devletlerin uyması gereken ilkelerden biri olarak sıralamıştır. DGAOP antlaşmasının sırasıyla madde 6(g) ve madde 6(h)'sinde "hukukun üstünlüğünün tanınması ve gözetilmesi" ve "demokratik bir yönetim sisteminin teşvik edilmesi ve sürdürülmesi"nin DGAOP'un temel ilkeleri olarak dahil edilmesi, kuşkusuz, insan haklarının korunmasına da katkıda bulunmaktadır.

DGAOP antlaşmasının yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uygunluğu sağlamak amacıyla kurulan DGAOP organlarından biri de Adalet Divanı olmuştur.¹³³ DGAOP antlaşması madde 19(2) ve madde 20(1)'de belirtildiği gibi, Adalet Divanı yedi yargıçlı ilk derece bölümü ve beş yargıçlı temyiz bölümü olmak üzere iki bölüme sahiptir. Üye devletler, Genel Sekreter veya bir üye devlette ikamet eden herhangi bir gerçek

¹³⁰ VILJOEN, Frans, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford 2007, s. 503.

¹³¹ DGAOP üyeler hakkında bkz. <https://www.comesa.int/> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

¹³² COMESA, COMESA in Brief, September 2018, s. 1, COMESA-in-brief-FINAL-web.pdf (Erişim Tarihi: 12.10.2024); RUPPEL, s. 284.

¹³³ Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, 1994, Madde 7(c) ve Madde 19(1).

veya tüzel kişi tarafından kendisine havale edilebilecek tüm konularda karar verme yetkisine sahiptir. DGAOP antlaşmasının 26. maddesinde belirtildiği üzere, bireysel şikayetler söz konusu olduğunda, başvuranın öncelikle ilgili üye devletin iç hukuk yollarını tüketmesi gerekmektedir. Adalet Divanı'nın konu bakımından yetkisi, DGAOP antlaşmasının ihlalleriyle sınırlıdır.¹³⁴ Bu nedenle, DGAOP antlaşmasına insan haklarına ilişkin hükümlerin dahil edilmesi, Adalet Divanına insan hakları meselelerine ilişkin davaları karara bağlama yetkisi vermiştir. DGAOP antlaşmasının 31(1) maddesine göre, Adalet Divanı'nın kararları nihai ve kesindir ve bu nedenle temyize tabi değildir.

5. Orta Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu

Orta Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (OADET), ilk olarak 18 Ekim 1983'te Orta Afrika Devletleri Gümrük ve Ekonomik Birliği (Kamerun, Orta Afrika Cumhuriyeti, Çad, Kongo Cumhuriyeti, Ekvator Ginesi, Gabon) üyeleri ve Büyük Göller Devletleri Ekonomik Topluluğu (Burundi, Ruanda ve o zamanki Zaire) ile Sao Tomé ve Príncipe üyeleri tarafından kurulmuştur. Angola, 1999'da tam üye olana kadar gözlemciydi. Ancak OADET, mali kısıtlamalar, Büyük Göller bölgesindeki çatışmalar ve üye devletlerin farklı taraflarda savaştığı Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ndeki savaş nedeniyle 1992'de pasif hale gelmiştir. Bununla birlikte, 1999'da AfB tarafından sekiz ekonomik topluluktan biri olarak resmen tanımlanarak yeniden kurulmuş ve şu anda 11 üye devlete sahiptir.¹³⁵ OADET antlaşmasının önsözünün ilk paragrafında, bölge halkının yaşam standartlarının iyileştirilmesinin üye devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınmasının teşvik edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu amaçla OADET, ekonomik ve sosyal faaliyetin tüm alanlarında uyumlu iş birliğini ve dengeli ve kendi kendine yeten kalkınmayı teşvik etmeyi ve güçlendirmeyi amaçlamaktadır.¹³⁶

OADET antlaşması, insan haklarının korunmasına topluluğun bir amacı veya ilkesi olarak açıkça atıfta bulunmasa da insan haklarının ko-

¹³⁴ **Treaty** Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa, Maddde 23-26.

¹³⁵ OADET'in üyeleri hakkında bkz. **THE NEW TIMES**, Rwanda Re-admitted into EC-CAS, 27 May 2015, <https://www.newtimes.co.rw/section/read/189185> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹³⁶ Treaty Establishing the Economic Community of Central African States, 1999, Madde 4.

runmasına ilişkin hükümler içermektedir. Örneğin, OADET antlaşmasının 3. maddesi kapsamında uluslararası hukuka riayet ve hukukun üstünlüğüne saygının temel ilkeler olarak dahil edilmesi, insan haklarının ekonomik kalkınmadaki rolünün zımni olarak kabul edildiğini göstermektedir ki bu topluluğun temel amacıdır.¹³⁷ Ayrıca, diğerlerinin yanı sıra, üye devletler arasındaki iş birliğini geliştirmek ve güçlendirmek ve halkının yaşam standardını yükseltmek için bir araç olarak, kişilerin serbest dolaşımının önündeki engellerin kademeli olarak kaldırılmasının dahil edilmesi,¹³⁸ en azından hareket özgürlüğün teşvik edilmesi ve korunması açısından önemlidir. Üstelik, 2004 cinsiyet eşitliği bildirgesi gibi insan haklarıyla ilgili topluluk tarafından kabul edilen çeşitli protokoller ve bildirgesiler bulunmaktadır.

Adalet Divanı, OADET antlaşmasının 7(c) maddesi kapsamında yer alan ve 16. maddesi kapsamında kurulan kurumlardan biridir. Antlaşmanın yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka uyulmasını sağlama sorumluluğunu üstlenmiş ve sulh yoluyla çözümlenemeyen davalarda karar verme yetkisi vermiştir. OADET antlaşmasının 17. maddesinde öngörüldüğü üzere, Adalet Divanı'nın kararı üye devletler ve topluluğun kurumları için bağlayıcıdır. Ancak, Adalet Divanı henüz faaliyete geçmemiş ve kendisine insan hakları konularını ele alma yetkisi de verilmemiştir. Ek olarak, üye devletlere OADET antlaşmasının 3. maddesi uyarınca egemenlik ve devletlerin iç işlerine karışmama ilkeleri dahil olmak üzere devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen uluslararası hukuk ilkelerine uyma yükümlülüklerinin dahil edilmesi, Adalet Divanı'nın insan haklarının korunmasındaki rolünü etkileme potansiyeline sahip olacaktır.

6. Doğu Afrika'da Hükümetlerarası Kalkınma Otoritesi

Doğu Afrika'da Hükümetlerarası Kalkınma Otoritesi (DAHKO), 1986'da Etiyopya, Cibuti, Kenya, Somali, Sudan ve Uganda'dan oluşan altı Doğu Afrika Devleti tarafından kurulan Kuraklık ve Kalkınma Hükümetlerarası Otoritesinin yerine 1996'da kurulmuştur.¹³⁹

Bazı alt-bölgesel ekonomik topluluklar gibi, insan haklarının korunması DAHKO'nun faaliyetlerinin merkezinde yer almamaktadır. Ancak,

¹³⁷ RUPPEL, s. 309.

¹³⁸ Treaty Establishing the Economic Community of Central African States, Madde 4(2e).

¹³⁹ DAKHO'nun üyeleri hakkında bkz. IGAD, Resmî web sitesi, <https://igad.int/about/?tab=the-history> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

DAHKO'yu kuran anlaşma, insan haklarının korunmasıyla ilgili farklı hükümler içermektedir. Örneğin hem ABÖ hem de BM Şartları, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması da dahil olmak üzere belirli amaçların gerçekleştirilmesi için üye devletler arasındaki ekonomik iş birliği ve entegrasyonun önemini kabul etmektedir.¹⁴⁰ Ayrıca, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı hükümleri uyarınca insan ve halkların haklarının tanınması, geliştirilmesi ve korunması, DAHKO anlaşmasının 6A(f) maddesi kapsamında yer alan ilkelerden biridir. DAHKO anlaşmasının 7. maddesi kapsamında “insanların serbest dolaşımını teşvik etme” ve “alt bölgede barış ve istikrarı teşvik etme” hükümlerinin tanınması da insan haklarının korunmasıyla ilgili önemlidir. İlaveten, DAHKO organlarının insani faaliyetlerdeki rolü¹⁴¹ ve üye devletlerin alt bölge halkının temel haklarına ilişkin iş birliğini geliştirme ve artırma taahhüdü¹⁴² insan haklarına ilişkin diğer önemli hükümlerdir. Üstelik, DAKHO anlaşmasının 13A(s) maddesi, mültecilerin, geri dönenlerin ve yerinden edilmiş kişilerin ülkelerine geri gönderilmeleri ve yeniden entegrasyonları ile ilgili özel hükümler içermektedir.

DAHKO anlaşmasında insan haklarına ilişkin yukarıda belirtilen hükümler yer almasına rağmen, bu hükümleri ele almak ve uygulamak için ne yargısal ne de yarı yargısal bir organ oluşturulmuştur. Bu nedenle, bireysel insan hakları DAHKO'da yargısal olarak uygulanamaz. Ancak bu, DAHKO'nun diğer organlarının insan haklarının geliştirilmesine ve korunmasına katkıda bulunamayacağı anlamına gelmez. Örneğin, DAHKO'nun Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi, en üst düzey politika organı olarak insan haklarını etkileyen kararlar alabilir ve DAHKO Bakanlar Kurulu bu tür kararların uygulanmasını izleyebilir.¹⁴³

7. Arap Mağrip Birliği

Arap Mağrip Birliği (AMB) 1989'da Fas'ın Marakeş şehrinde kabul edilen kuruluş antlaşmasıyla kurulmuştur. Birliğin Cezayir, Fas, Libya,

¹⁴⁰ Agreement Establishing the Inter-Governmental Authority on Development (IGAD), 1996, Önsöz, para. 6.

¹⁴¹ Agreement Establishing the Inter-Governmental Authority on Development, Madde 10(2j) ve 12(2f).

¹⁴² Agreement Establishing the Inter-Governmental Authority on Development, Madde 13A(q).

¹⁴³ Agreement Establishing the Inter-Governmental Authority on Development, Madde 9(2a) ve Madde 10(2g).

Moritanya ve Tunus'tan oluşan beş üye ülkesi bulunmaktadır.¹⁴⁴ AMB Antlaşmasının 2. maddesinde belirtildiği üzere Birlik, üye devletler ve halkları arasındaki bağları güçlendirmeyi, toplumlarının ilerlemesini ve refahını sağlamak ve haklarını savunmayı, adalet ve hakkaniyete dayalı barışın korunmasına katkıda bulunmayı, farklı alanlarda ortak bir politika izlemeyi ve kademeli olarak kişilerin serbest dolaşımını ve bunlar arasında hizmet, mal ve sermaye transferini sağlamaya yönelik çalışmayı amaçlamaktadır. Hareket özgürlüğü dışında, AMB Antlaşması insan haklarına özel bir atıfta bulunmamaktadır.

Birlik, ilgili devlet tarafından altı yıllık bir süre için atanmak üzere her devlet için iki yargıçtan oluşan ve her üç yılda bir yarı yarıya yenilenen bir yargı organı oluşturmuştur. Antlaşma'nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin ihtilafları ve Birlik çerçevesinde akdedilen anlaşmaları inceleme yetkisi verilmiştir. Şikayetler, Başkanlık Konseyi¹⁴⁵ veya çatışmaya taraf olan herhangi bir devlet tarafından yargı organına havale edilecektir. Böylece kişilerin yargı organına doğrudan erişimi olmamaktadır.¹⁴⁶ Bu durum, yargı organının konu ve kişi bakımından sınırlı yetkiye sahip olduğunu göstermektedir. Yargı organının insan hakları konularını incelemesine izin veren açık bir hüküm de yoktur. Dolayısıyla, AMB'de insan haklarının korunmasının ancak antlaşma ve tali anlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin anlaşmazlıklar sırasında ortaya çıkması durumunda görülebileceği için dolaylı olabileceğini iddia etmek mümkündür.¹⁴⁷ AMB Antlaşmasının 13. maddesinde belirtildiği üzere yargı organının kararı bağlayıcı ve kesindir. Bu maddede öngörüldüğü gibi çekişmeli yargı yetkisinin yanı sıra, yargı organı, Başkanlık Konseyi tarafından kendisine havale edilen hukuki sorunlar üzerinde danışma yetkisine sahiptir.

¹⁴⁴ AMB resmî web sitesi <https://maghrebarabe.org/fr/les-pays-membres/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁴⁵ AMB Antlaşmasının 4. maddesine göre Başkanlık Konseyi, beş üye Devletin Devlet Başkanlarından oluşan Birliğin en yüksek otoritesidir.

¹⁴⁶ Treaty Establishing the Arab Maghreb Union, 17 Şubat 1989, Madde 13.

¹⁴⁷ **NWAUCHE**, Enyinna S., *Regional Economic Communities and Human Rights in West Africa and the African Arabic Countries*, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), *Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek 2009, s. 344.

8. Sahel-Sahra Devletleri Topluluğu

Sahel-Sahra Devletleri Topluluğu (SSDT) 4 Şubat 1998'de Libya'nın Trablus şehrinde kurulmuştur. İlk olarak altı devlet (Burkina Faso, Çad, Libya, Mali, Nijer ve Sudan) tarafından kurulmuş olmasına rağmen, şu anda 25 üye devlet ile Afrika'nın en büyük ekonomik topluluğudur.¹⁴⁸ Bu topluluğu kuran antlaşma, üye devletlerin ekonomik, kültürel, siyasi ve sosyal bütünleşme isteklerini tatmin etme kararlılığını göstermektedir. Buna göre, ekonomik, kültürel, siyasi ve sosyal bütünleşmeyi teşvik etmek için kapsamlı bir ekonomik birlik oluşturmaya ve üye devletlerin birliğini engelleyen tüm engelleri kaldırmaya odaklanmayı amaçlamaktadır.¹⁴⁹ Hedeflere ulaşılması toplulukta insan haklarının gerçekleştirilmesine katkı sağlayabilecek olsa da kuruluş antlaşması ne insan haklarına ilişkin açık hüküm içermekte ne de bir yargı organı oluşturmaktadır.

Ancak, kuruluş antlaşması 2013'te revize edilmiş ve 16 Şubat 2013 tarihinde Devlet Başkanları Konferansı tarafından Çad'ın N'Djamena şehrinde düzenlenen olağanüstü oturumunda kabul edilmiştir. İlk kuruluş antlaşmasından farklı olarak, revize edilmiş antlaşma, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasıyla ilgili hükümler içermektedir. Örneğin, revize edilmiş antlaşmanın önsözü üye devletlerin BM'nin ideallerine, ilkelere ve amaçlarına ve insan hakları, demokrasi, yönetim ve hukukun üstünlüğü ilke ve hedeflerine derin bağlılığını göstermektedir. Revize edilmiş antlaşmanın 3. maddesinde belirtildiği gibi, topluluğun temel odak noktası bölgesel güvenlik ve sürdürülebilir kalkındır. Bu hedeflere ulaşma yolunda, üye devletler, diğerlerinin yanı sıra, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı hükümlerine uygun olarak, insan ve halkların haklarının tanınması, geliştirilmesi ve korunması; hukukun üstünlüğünün tanınması ve saygı gösterilmesi ve her üye devlette demokratik bir hükümet sisteminin teşvik edilmesi ve sürdürülmesi ilkelerine bağlı kalmalıdır.¹⁵⁰ İnsan hakları açısından ilk antlaşmadan bu kadar gelişmeye rağmen, revize edilmiş antlaşma da selefi gibi ihtilafların çözümü için

¹⁴⁸ SSDT'nin üyeleri hakkında bkz. **EUROPEAN COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS**, Mapping African Regional Cooperation: The Community of Sahel-Saharan States-CEN-SAD, <https://ecfr.eu/special/african-cooperation/censad/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁴⁹ **TAHA**, Saeed A.: "Efforts of Integration in the African Regional Groupings (The Community of Sahel-Saharan)", *African Perspectives*, C. 13, S. 44, 2016, s. 17.

¹⁵⁰ Community of Sahel-Saharan States Revised Treaty, 16 Şubat 2013'te kabul edilmiş, Madde 4(e, g and h).

yargı organını içermemektedir. Dolayısıyla, SSDT'nin insan hakları açısından en zayıf koruma sistemini sağladığını söylemek mümkündür.

C. Afrika İnsan Hakları Sistemindeki Bölgesel Ekonomik Topluluklar

Bölgesel ekonomik topluluklar Afrika'da insan haklarının uygulanmasında önemli bir rol oynayabilse de Afrika insan hakları sistemi içindeki yerleri belirsizdir. Bölgesel ekonomik toplulukların yargı organları ile AfB insan hakları kurumları arasındaki ilişkiler için kurulmuş bir koordinasyon mekanizması yoktur. AfB, Bölgesel Ekonomik Topluluklar ve üye devletlerin Afrika insan hakları sistemini güçlendirmeyi amaçlayan toplu eylemleri için yol gösterici bir çerçeve olan AfB Komisyonu'nun Afrika için İnsan Hakları Stratejisinde belirtildiği gibi, Afrika insan hakları sisteminin kıtada insan haklarının etkili bir şekilde desteklenmesi ve korunmasına yönelik zorluklarından biri, AfB ve Bölgesel Ekonomik Topluluklar organları ve kurumları arasında yetersiz koordinasyon ve iş birliğidir.¹⁵¹ Bu nedenle, AfB ve Bölgesel Ekonomik Topluluklar organları ve kurumları arasında sinerji ve koordinasyon oluşturmak, çaba ve kaynakların mükerrerliğinin önlenmesi ve Afrika insan hakları sisteminin etkin bir şekilde işleminin sağlanması için elzemdir.

AfB ile Bölgesel Ekonomik Topluluklar arasındaki ilişkilere yön vermek amacıyla 2008'de bir protokol yayınlanmıştır.¹⁵² Aslında, ABÖ tarafından 1998'de kabul edilen ve esas olarak AET ile Bölgesel Ekonomik Topluluklar arasındaki etkileşime rehberlik eden başka bir protokol daha bulunmaktadır. Ancak bu ikinci protokol, AfB ile Bölgesel Ekonomik Topluluklar arasındaki ilişkileri yönetmek için de kullanılmıştır.¹⁵³ İlk protokol (yani 2008 protokolü), diğerlerinin yanı sıra, Afrika'da iyi yönetim, insan hakları, hukukun üstünlüğü, insani kaygılar ve demokratik bir kültürün teşvik edilmesinde AfB ile Bölgesel Ekonomik Topluluklar arasında bir iş birliği mekanizması kurma ihtiyacını göstermektedir.¹⁵⁴

¹⁵¹ **AFRICAN UNION**, Human Rights Strategy for Africa, 14 Aralık 2011, para. 23, <https://au.int/en/documents/20111214/human-rights-strategy-africa> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁵² Protocol on Relations between the African Union (AU) and the Regional Economic Communities (RECs), 27 Ocak 2008'de kabul edilmiş.

¹⁵³ Protocol on Relations between the African Economic Community and the Regional Economic Communities, 25 Şubat 1998'de kabul edilmiş.

¹⁵⁴ Protocol on Relations between the AU and the RECs, Önsöz, para. 9.

V. AFRİKA'NIN KALKINMASI İÇİN YENİ ORTAKLIKTA İNSAN HAKLARI

Afrika'nın Kalkınması için Yeni Ortaklık (AKYO), 23 Ekim 2001'de Nijerya'nın Abuja şehrinde kurulmuştur.¹⁵⁵ Kıtanın sosyoekonomik gelişimi için Pan-Afrika stratejik çerçevesidir. Afrika devletlerinin büyümesinin önündeki karmaşık zorlukları ele almak için tasarlanmış üç girişimden gelişmiştir: Eski Güney Afrika Devlet Başkanı Thabo Mbeki tarafından yönetilen Binyıl Afrika Kurtarma Planı, Senegal'in eski Cumhurbaşkanı Abdoulaye Wade tarafından geliştirilen Omega Planı ve ilk iki girişimi birleştiren Yeni Afrika Girişimi (YAG). Bu üç girişim, tüm Afrika devletleri için bir çerçeve sağlamak üzere yeniden çalışılıp genişletilmiş ve Temmuz 2001'de Zambiya'nın Lusaka şehrinde ABÖ tarafından AKYO'nun kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır. AKYO, 2002'de ilk olağan toplantısında AfB tarafından onaylanmıştır.¹⁵⁶

AKYO, nihai olarak Afrika'da yoksulluğu ortadan kaldırmayı ve sürdürülebilir büyüme ve kalkınmayı teşvik etmeyi amaçlamaktadır. Bu hedefe, Afrika devletleri arasında ekonomik iş birliği ve entegrasyon yoluyla ulaşılması amaçlanmaktadır.¹⁵⁷ AKYO Temel Belgesinde açıkça kabul edilmese de bu girişim Afrika'da insan haklarının geliştirilmesine ve korunmasına elverişli bir ortam sağlayacaktır. Kalkınma hakkının çeşitli stratejilerle geliştirilmesi, tüm insan haklarının evrensel, bölünmez, bağimsız ve birbirleriyle ilişkili olduğu ilkesi doğrultusunda Afrikalıların diğer insan hak ve özgürlüklerinden de yararlanmalarına katkı sağlayacaktır.¹⁵⁸

AKYO bir insan hakları programı olmamakla birlikte, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması ile ilgili inisiyatifler içermektedir. Diğer-

¹⁵⁵ KANBUR, Ravi: "The New Partnership for Africa's Development (NEPAD): An Initial Commentary", Politikon: South African Journal of Political Studies, C. 29, S. 1, 2002, s. 87.

¹⁵⁶ AFRICAN UNION, New Partnership for Africa's Development (NEPAD), <https://au.int/en/organs/nepad>, (Erişim Tarihi: 12.10.2024). Ayrıca bkz. AFRICAN UNION DEVELOPMENT AGENCY (AUDA-NEPAD), <https://www.nepad.org/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁵⁷ The New Partnership for Africa's Development (NEPAD) Document, Ekim 2001, para. 1. Ayrıca bkz. TAVARES/TANG, s. 217.

¹⁵⁸ GUMEDZE, Sabelo: "The NEPAD and Human Rights", South African Journal on Human Rights, C. 22, S. 1, 2006, s. 153.

lerinin yanı sıra, çoğunlukla insan hakları konularıyla ilgili olan, yoksulluğun azaltılması, eğitim, sağlık, çevre ve kültürden oluşan on sektörel öncelik belirlemektedir.¹⁵⁹ Ayrıca, AKYO Temel Belgesi'nin bir dizi hükmü, diğerlerinin yanı sıra, insan hakları, demokrasi, iyi yönetim ve hukukun üstünlüğünün Afrika'daki kalkınma süreci için temel unsurlar olduğunu göstermiştir. Dolayısıyla, nihai hedeflerine ulaşmada insan haklarına saygının rolünü göz ardı etmemiştir. Başka bir deyişle, Afrika'yı yoksulluktan kurtarma ve sürdürülebilir büyüme ve kalkınmayı ilerletme çabası yalnızca sağlam ekonomik politikalara değil, aynı zamanda demokrasi, iyi yönetim ve insan haklarına saygıya da bağlıdır. AKYO Temel Belgesi, gerçek demokrasi, insan haklarına saygı, barış ve iyi yönetim olmadan kalkınmanın mümkün olmadığını teyit etmiştir. Aslında AKYO, diğerlerinin yanı sıra demokrasi, iyi yönetim ve insan haklarını sürdürülebilir kalkınmanın koşulları olarak belirlemiştir.¹⁶⁰ İlâveten, AKYO Belgesi'nin 183. paragrafı, AKYO'nun temellerinden birinin demokratik sınırların genişletilmesi ve insan hakları kültürünün derinleştirilmesi olduğunu belirtmektedir. Üstelik, amaçlarına ulaşılmasında insan haklarının rolünü gösteren çeşitli hükümler içermektedir.¹⁶¹ Keza, AKYO'nun demokrasi ve siyasi yönetim girişimi, katılımcı ülkelerin siyasi ve idari çerçevesini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bunun demokrasi, şeffaflık, hesap verebilirlik, dürüstlük, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğünü geliştirme ilkeleri doğrultusunda yapılması öngörülmüştür.¹⁶² Bundan başka, AKYO Temel Belgesi kadın ve toplumsal cinsiyet konularına ilişkin hükümler içermektedir. Örneğin, 67. paragrafta kadınların tüm faaliyetlerdeki rolünün teşvik edilmesinin AKYO'nun uzun vadeli hedeflerinden biri olduğu belirtilmektedir.

AKYO Belgesi'nin yanı sıra, 8 Temmuz 2002'de Güney Afrika'nın Durban şehrinde düzenlenen AfB'nin ilk olağan toplantısında kabul edilen Demokrasi, Siyasi, Ekonomik ve Kurumsal Yönetişim Bildirgesi bulunmaktadır. AKYO ana belgelerinden biridir ve bir AfB Bildirgesi olarak birliğe üye tüm devletler için geçerlidir. Bu bildirgesinde, devletler demokrasinin ve onun temel değerlerinin geliştirilmesine olan bağlılıklarını

¹⁵⁹ THE INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS (FIDH), A Human Rights Approach to the New Partnership for Africa's Development (NEPAD) and the African Peer Review Mechanism (APRM), 2004, s. 34-36.

¹⁶⁰ NEPAD Document, para. 71 ve 79.

¹⁶¹ NEPAD Document, para. 49.

¹⁶² NEPAD Document, para. 80.

yeniden teyit etmektedirler. Özellikle, hukukun üstünlüğü; tüm vatan-daşların yasa önünde eşitliği ve bireyin özgürlüğü; anayasaya uygun ola-rak siyasi partiler ve sendikalar kurma ve bunlara üye olma hakkı da da-hil olmak üzere bireysel ve toplu özgürlükler; herkes için fırsat eşitliği; bireyin, belirli bir görev süresi için liderlerini periyodik olarak seçmeye özgür, güvenilir ve demokratik siyasi süreçler yoluyla katılma konusun-daki devredilemez hakkı ve yargı bağımsızlığının ve etkin parlamentola-rın korunması da dahil olmak üzere kuvvetler ayrılığına bağlılığı da içe-ren bir dizi insan hakları ilkesini uygulamak için yenilenmiş bir kararlı-lıkla çalışmayı taahhüt etmişlerdir.¹⁶³ Ayrıca demokrasi için insan hakla-rına saygının önemini vurgulamaktadır. “Bir demokrasinin kalitesinin, her bir vatandaşa ve savunmasız ve dezavantajlı gruplara sağladığı ko-ruma ile değerlendirildiğini” belirtmiştir.¹⁶⁴ İlaveten devletlerin, ulusal, alt-bölgesel ve bölgesel düzeylerde insan hakları kurumlarının güçlendi-rilmesi de dahil olmak üzere canlı sivil toplum kuruluşlarının gelişimini kolaylaştırarak; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nı, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu’nu ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi’ni destekleyerek; BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ile iş birliğini güçlendirerek ve basın özgürlüğü de dahil olmak üzere sorumlu ifade özgürlüğünü sağlayarak insan haklarının geliştirilmesini, korunma-sını ve gözetilmesini sağlama taahhüdünü göstermektedir.¹⁶⁵ Bildirgesi ayrıca her ülkenin siyasi ve sosyoekonomik kalkınmasında kadın hakla-rının ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin desteklenmesine ilişkin önemli ta-ahhütler içermektedir.¹⁶⁶

AKYO, bir sonraki alt bölümde ele alınan bir Afrika Akran Değer-lendirme Mekanizmasının geliştirilmesini de sağlamıştır. Ayrıca 2018’de 31. AfB zirvesi AfB Kalkınma Ajansı’nın kurulması sonucunu doğurmuş ve bu da Gündem 2063’ün uygulanmasını hızlandırma yolunda önemli

¹⁶³ NEPAD Declaration on Democracy, Political, Economic and Corporate Governance, AHG/235 (XXXVIII), 8 Temmuz 2002, Madde 7.

¹⁶⁴ NEPAD Declaration on Democracy, Political, Economic and Corporate Governance, Madde 10.

¹⁶⁵ NEPAD Declaration on Democracy, Political, Economic and Corporate Governance, Madde 15.

¹⁶⁶ NEPAD Declaration on Democracy, Political, Economic and Corporate Governance, Madde 4, 10, 11 ve 12.

bir adım olmuştur.¹⁶⁷ Tüm bunlar, insan haklarının geliştirilmesi ve korunmasının en önemli görevi olmamasına ve ne AKYO Belgesi ne de AKYO Demokrasi, Politik, Ekonomik ve Kurumsal Yönetim Bildirgesi'nin yasal olarak bağlayıcı olmasına rağmen, AKYO'nun güçlü bir insan hakları bileşenine sahip olduğunu göstermektedir. İnsan haklarına saygı, hem AKYO'nun büyüme ve sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşması için bir ön koşul hem de AKYO'nun uygulanmasının yer alması gereken bir çerçeve olarak görünmektedir.¹⁶⁸

VI. İNSAN HAKLARI VE AFİRİKA AKRAN DEĞERLENDİRME MEKANİZMASI

AfB tarafından 8 Temmuz 2002'de AKYO'nun uygulanması için çerçeve olarak kabul edilen Afrika Akran Değerlendirme Mekanizması (AADM), AfB'nin tüm üye ülkelere açık gönüllü bir kendi kendini değerlendirme mekanizmasıdır. Gönüllü bir değerlendirme süreci olarak, AfB üye devletin AKYO faaliyetlerine katılımı, ilgili ülkenin AADM sürecine katıldığı anlamına gelmez.¹⁶⁹

AADM, AfB ve AKYO himayesinde yürütülen bir süreçtir. Afrika devletlerinin ve belirlenmiş kurumların, AfB Demokrasi, Siyasi, Ekonomik ve Kurumsal Yönetim Bildirgesinde bulunan siyasi, ekonomik ve kurumsal yönetim değerlerine, kodlarına ve standartlarına bağlılıklarını tespit etmek için katılımcı devletlerin politikalarını ve uygulamalarını gözden geçirmesine ve değerlendirmesine olanak sağlayacaktır.¹⁷⁰ Bu değerlendirme sürecinde, incelenen devletin yönetim ve sosyoekonomik kalkınmanın tüm yönlerinde üstlendiği eylemleri incelemeye sunması gerekmektedir. Değerlendirme, incelenen devletin politikalarını geliştirmesine, başarılı ve en iyi uygulamaları benimsemesine ve üzerinde mutabık kalınan standart ve ilkelere uymasına yardımcı olma nihai amacı ile yürütülecektir. Dolayısıyla değerlendirme, eksikliklerin belirlenmesi ve kapasite geliştirme ihtiyaçlarının değerlendirilmesi de dahil olmak üzere deneyimlerin ve en iyi uygulamaların paylaşılması yoluyla siyasi istik-

¹⁶⁷ **AFRİCAN UNION DEVELOPMENT AGENCY (AUDA-NEPAD)**, Annual Report, 2021, s. 6.

¹⁶⁸ The International Federation for Human Rights, s. 51.

¹⁶⁹ African Peer Review Mechanism Base Document, Temmuz 2003'te kabul edilmiş, Madde 1 ve 5. AADM'nin üyeleri hakkında bkz. <https://au.int/en/organs/aprm> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁷⁰ African Peer Review Mechanism Base Document, Madde 2 ve 15.

rara, yüksek ekonomik büyümeye, sürdürülebilir kalkınmaya ve hızlandırılmış bölgesel ve kıtasal ekonomik bütünleşmesine yol açan politikaların, standartların ve uygulamaların benimsenmesini teşvik edecektir.¹⁷¹

AADM sisteminde genel olarak dört tür değerlendirme vardır. Bunlar: temel değerlendirme, periyodik değerlendirme, talep edilen değerlendirme ve başlatılan değerlendirmedir. Temel değerlendirme, bir ülkenin AADM'ye üye olmasından sonraki on sekiz ay içinde yapılırken, periyodik değerlendirme iki ila dört yılda bir yapılacaktır. Talep edilen değerlendirme, periyodik zorunlu değerlendirmeler dışında, üye ülkenin kendisinin talebi üzerine yapılacaktır. Başlatılan değerlendirme, katılan Devlet ve Hükümet Başkanları, ilgili hükümete yardım etmek amacıyla, yaklaşmakta olan siyasi veya ekonomik krizin erken belirtilerini gösteren bir devletle ilgili olarak değerlendirmenin yürütülmesi çağrısında bulunduğu yürütülecektir.¹⁷² Tematik alanlar açısından değerlendirme süreci, demokratik ve politik yönetim, ekonomik yönetim ve yönetim, sosyoekonomik yönetim ve kurumsal yönetime odaklanmaktadır.¹⁷³

Bu mekanizma, Afrika devletlerinin ve ekonomilerinin istikrarını, ekonomik büyümesini, sürdürülebilir kalkınmasını ve hızlandırılmış bütünleşmeyi sağlamak için tasarlanmış olsa da değerlendirme süreci, hesap verebilirlik, şeffaflık, demokrasi ve insan haklarına saygı gibi geleneksel olarak iyi yönetimi teşvik ettiği bilinenleri içermektedir.¹⁷⁴ Bu nedenle, üye devletlerin insan hakları uygulamalarında önemli bir role sahiptir ve Afrika'da insan haklarının geliştirilmesi ve korunması açısından tamamlayıcı bir rol sağlayabilir. Katılımcı devletlere insan haklarını uygulamalarındaki eksiklikleri gösterme potansiyeline sahiptir. Başlangıcından bu yana AADM sistemi altında yapılan farklı değerlendirmelerde durum böyle olmuştur.¹⁷⁵ Ayrıca AADM'nin tematik alanlarından biri de yukarıda belirtildiği gibi demokratik ve siyasi yönetimdir. AADM'nin bu alandaki genel amacı, sürdürülebilir kalkınma ile barışçıl ve istikrarlı

¹⁷¹ African Peer Review Mechanism Base Document, Madde 3.

¹⁷² African Peer Review Mechanism Base Document, Madde 14.

¹⁷³ Bu noktada bkz. <https://au.int/en/organs/aprm> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

¹⁷⁴ **AKOKPARI**, John: "Policing and Preventing Human Right Abuses in Africa: The OAU, the AU & the NEPAD Peer Review", International Journal of Legal Information, C. 32, S. 2, 2004, s. 467.

¹⁷⁵ **AFRICAN PEER REVIEW MECHANISM**, Country Review Report: Federal Democratic Republic of Ethiopia, APRM Country Review Report No.14, Ocak 2011, para. 103, 136, 163, 182, 202 ve 235.

bir toplum sağlamak için demokrasinin, insan haklarına saygının, hukukun üstünlüğünün, kuvvetler ayrılığının ve yargı bağımsızlığının gerçekleştirildiği anayasal bir siyasi düzeni güçlendirmektir.¹⁷⁶ İlâveten, Ocak 2017'de gerçekleştirilen 28. olağan oturumunda AfB Genel Kurulu, AADM'nin yetki alanını, kıtanın kilit yönetim girişimlerinin uygulanmasının izlenmesini ve denetlenmesini ve AfB Gündemi 2063 ve BM Sürdürülebilir Kalkınma Hedeflerinin uygulanmasının izlenmesini içerecek şekilde genişletmiştir.

AADM büyük ölçüde siyasidir ve bu nedenle potansiyel olarak daha güçlü bir etkiye sahip olabilir, ancak böyle bir siyasi yapının zayıfların insan haklarını bağımsız bir şekilde korumasının ne ölçüde beklenebileceği açık bir soru olarak kalmaktadır.¹⁷⁷ Ayrıca, bu mekanizmanın sorunlarından biri, tüm AfB üye devletlerinin AADM değerlendirme sürecine katılmaması ve müdahale etmeme ve egemenlik doktrinine bağlı kalmaları nedeniyle hepsinin insan haklarının, barışın ve güvenliğin teşvik edilmesi ve korunmasında yer almamasıdır.¹⁷⁸

SONUÇ

Afrika'da insan haklarının korunmasına yönelik siyasi yapı ve kurumsal mimari, dinamik ve çok yönlü bir çerçeve sunmaktadır. Bu çerçeve, evrensel ilkeler ile yerel değerlerin etkileşimini yansıtırken, uluslararası standartları temel almakta ve toplumsal sorumluluk, sosyal adalet ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önemine vurgulamaktadır. Bu yaklaşım, Afrika'daki insan hakları söylemini hem küresel düzeyde geçerli hem de yerel bağlama uygun kılmaktadır.

ABÖ, Afrika'da insan hakları normlarının oluşturulmasında öncü bir güçtü. İlk odak noktası dekolonizasyon ve apartheid ile mücadele olmasına rağmen, ABÖ bu hedeflere ulaşmada insan haklarının önemini kabul etmiştir. 1981'de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın kabul edilmesi, insan haklarını kıtanın hukuki ve kurumsal çerçevesine yerleştiren önemli bir ilerlemeye işaret etmiştir. Bu Şartı hem bireysel hem de kolektif hakları vurgulayan temel bir belge olmaya devam etmektedir.

¹⁷⁶ **AFRICAN PEER REVIEW MECHANISM**, The Objectives, Standards, Criteria and Indicators for the APRM, NEPAD/HSGIC/03-2003/APRM/Guideline/OSCI, 9 Mart 2003'te kabul edilmiştir, para. 2.2.

¹⁷⁷ **HEYNS**, s. 685.

¹⁷⁸ **WELZ**, s. 2.

2001'de ABÖ'nden AfB'ne geçiş, insan haklarına olan bağlılığın yenilenmiş bir göstergesiydi. AfB, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu gibi kurumlar kurarak insan hakları konularını ele almada daha proaktif olmuştur. Bu organlar, üye devletler arasında uyumun izlenmesinde, anlaşmazlıkların karara bağlanmasında ve insan hakları standartlarının teşvik edilmesinde çok önemlidir.

Bölgesel Ekonomik Topluluklar da Afrika insan hakları sisteminde hayati aktörler haline geldi. AET ve çeşitli alt bölgesel oluşumlar da dahil olmak üzere bu topluluklar, insan haklarının bölgesel kalkınma stratejilerine entegre edilmesinde çok önemli bir rol oynamaktadır. Bölgesel Ekonomik Toplulukların, belirli bölgesel zorlukları ve öncelikleri ele almak için uyarlanmış kendi insan hakları çerçeveleri ve mekanizmaları vardır. Onların katılımı, insan hakları hususlarının ekonomik ve siyasi entegrasyon süreçlerine dahil edilmesini, hesap verebilirliğin artırılmasını ve bölgesel dayanışmanın teşvik edilmesini sağlar.

Afrika'nın Kalkınması için Yeni Ortaklık, kıtanın insan hakları mimarisinin bir başka önemli boyutunu temsil etmektedir. AKYO'nun iyi yönetim, sürdürülebilir kalkınma ve yoksulluğun ortadan kaldırılmasına odaklanması, insan hakları ilkeleriyle yakından uyumludur. AKYO, kalkınma hedeflerini insan haklarıyla ilişkilendirerek, kalkınma ve insan haklarının birbirine bağımlılığının altını çizerek kapsayıcı, eşitlikçi ve katılımcı politikaları savunur. AADM, Afrika devletleri arasında karşılıklı hesap verebilirlik için bir platform sağlayarak bu çabaları daha da tamamlamaktadır. Bir öz değerlendirme ve akran öğrenimi kültürünü teşvik ederek devletlerin boşlukları belirlemesine, deneyimlerini paylaşmasına ve düzeltici önlemler uygulamasına olanak tanımaktadır.

Sonuç olarak, Afrika'da insan haklarının korunması, sağlam ve gelişen bir kurumsal mimari ile desteklenmektedir. ABÖ, AfB, AET, AKYO ve AADM'yı kapsayan bu mimari, insan haklarına kapsamlı ve çok katmanlı bir yaklaşımı yansıtmaktadır. İleriye dönük olarak, bu kurumları güçlendirmeye devam etmek, iş birliğini teşvik etmek ve insan haklarının Afrika'nın kalkınma gündeminin merkezinde kalmasını sağlamak çok önemlidir.

KAYNAKÇA

- AFRICAN PEER REVIEW MECHANISM**, Country Review Report: Federal Democratic Republic of Ethiopia, APRM Country Review Report No.14, Ocak 2011.
- AFRICAN PEER REVIEW MECHANISM**, The Objectives, Standards, Criteria and Indicators for the APRM, NEPAD/HSGIC/03-2003/APRM/Guideline/OSCI, 9 Mart 2003, <https://african-lit.org/authors/APRM/?page=3> (Erişim Tarihi: 18.02.2025).
- AFRICAN UNION DEVELOPMENT AGENCY (AUDA-NEPAD)**, Annual Report, 2021.
- AFRICAN UNION DEVELOPMENT AGENCY (AUDA-NEPAD)**, <https://www.nepad.org/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- AFRICAN UNION**, Human Rights Strategy for Africa, 14 Aralık 2011, <https://au.int/en/documents/20111214/human-rights-strategy-africa> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- AFRICAN UNION**, New Partnership for Africa's Development (NEPAD), <https://au.int/en/organs/nepad> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- AFRICAN UNION**, OAU/AU Treaties, Conventions, Protocols & Charters, <https://au.int/en/treaties> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Barış ve Güvenlik Konseyinin Kurulmasına İlişkin Protokol, 9 Temmuz 2002'de kabul edilmiş ve 26 Aralık 2003'te yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/en/treaties/1158> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Konseyi Tüzüğü, Temmuz 2004, <https://ecosoc.au.int/en/about/statutes> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği Örgütü Şartı, 1963, <https://au.int/en/treaties/oau-charter-addis-ababa-25-may-1963> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Birliği'nin Kurucu Yasası, 11 Haziran 2000, <https://au.int/en/Treaties/1157> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşma, 3 Haziran 1991'de kabul edilmiş ve 12 Mayıs 1994'te yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/en/treaties/treaty-establishing-african-economic-community> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika Ekonomik Topluluğunu Kuran Antlaşmaya Ek Pan-Afrika Parlamentosuna İlişkin Protokol, 2 Mart 2001 tarihinde kabul edilmiş ve 14 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/en/pap> (Erişim Tarihi: 14.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartına Ek Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Protokol, 10 Haziran 1998 tarihinde kabul edilmiş ve 25 Ocak 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/treaties> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 10 Eylül 1969 tarihinde kabul edilmiş ve 20 Ocak 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/en/treaties/oau-convention-governing-specific-aspects-refugee-problems-africa> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- AFRİKA BİRLİĞİ**, Çocuk Hakları ve Refahına Dair Afrika Şartı, 01 Temmuz 1990 tarihinde kabul edilmiş ve 29 Kasım 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <https://au.int/treaties> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- AKOKPARI**, John: "Policing and Preventing Human Right Abuses in Africa: The OAU, the AU & the NEPAD Peer Review", International Journal of Legal Information, C. 32, S. 2, 2004, s. 461-473.
- AKOKPARI**, John: Introduction: Human Rights Actors and Institutions in Africa, Akokpari, John/Zimbler, Daniel S. (Editörler), Africa's Human Rights Architecture, Fanele-Jacana Media (Pty) Ltd, South Africa 2008.
- ALTER**, Karen J./**HELPER**, Laurence R./**MCALLISTER**, Jacqueline R.: "A New International Human Rights Court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice", The American Journal of International Law, C. 107, S. 4, 2013, s. 737-779.
- ARAP MAĞRİP BİRLİĞİ**, Resmî web sitesi, <https://maghrebarabe.org/fr/les-pays-membres/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

- AYENI**, Victor O.: "The African Human Rights Architecture: Reflections on the Instruments and Mechanisms within the African Human Rights System", *Beijing Law Review*, C. 10, S. 2, 2019, s. 302-316.
- BAH**, Alhaji S./**CHOGE-NYANGORO**, Elizabeth/**DERSSO**, Solomon/**MOFYA**, Brenda/**MURITHI**, Tim: *The African Peace and Security Architecture: A Handbook*, Addis Ababa, 2014.
- BARICAGO**, Germain: *Introductory Preface: The African Charter and African Commission on Human and Peoples' Rights*, Evans, Malcolm/Murray, Rachel (Editörler), *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice 1986-2006*, 2. Baskı, Cambridge University Press, New York 2008.
- BENYERA**, Everisto/**FRANCIS**, Romain/**JAZBHAY**, Ahmed H.: *Challenging Discourse and Searching for Alternative Paths: Justice, Human Rights and Leadership in Africa*, Benyera, Everisto (Editör), *Reimagining Justice, Human Rights and Leadership in Africa: Challenging Discourse and Searching for Alternative Paths*, Springer, Switzerland 2020.
- BOWEN**, James S.: "Title Power and Authority in the African Context: Why Somalia did Not Have to Starve - The Organization of African Unity (OAU) as an Example of the Constitutive Process", *National Black Law Journal*, C. 14, S. 1, 1964, s. 93-125.
- COMESA**, COMESA in Brief, September 2018, COMESA-in-brief-FINAL_web.pdf (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- DERSSO**, Solomon: "Forty Years of the African Charter and the Reform Issues Facing the Discourse and Practice of Human Rights", *African Human Rights Law Journal*, C. 21, S. 2, 2021, s. 649-668.
- DOĞAN**, İlyas/**ÖZDEMİR**, Omca: *Afrika'da İnsan Haklarının Gelişimi ve Koruma Mekanizmaları*, Doğan, İlyas (Editör), *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Astana yayınları, Ankara 2019.
- DOĞU AFRIKA TOPLULUĞU**, Doğu Afrika Topluluğunun Kuruluşuna İlişkin Antlaşma, 30 Kasım 1999'da kabul edilmiş ve 7 Temmuz 2000'de yürürlüğe girmiştir, <https://www.eac.int/documents/category/key-documents> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- DOĞU AFRIKA TOPLULUĞU**, Resmî web sitesi, <https://www.eac.int/overview-of-eac> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

- EBOBRAH**, Solomon T.: "Critical Issues in the Human Rights Mandate of the ECOWAS Court of Justice", *Journal of African Law*, C. 54, S. 1, 2010, s. 1-25.
- EBOBRAH**, Solomon T.: "Human Rights Developments in Sub-Regional Courts in Africa in 2008", *Africa Human Rights Law Journal*, C. 9, S. 1, 2009, s. 312-335.
- EBOBRAH**, Solomon T.: "Litigating Human Rights before Sub-Regional Courts in Africa: Prospects and Challenges", *African Journal of International and Comparative Law*, C. 17, S. 1, 2009, s. 79-101.
- EBOBRAH**, Solomon T.: *Courts of Regional Economic Communities in Africa and Human Rights Law*, Kadelbach, Stefan/Rensmann, Thilo/Rieter, Eva (Editörler), *Judging International Human Rights: Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*, Springer, Switzerland 2019.
- ECOWAS**, Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Antlaşması, 28 Mayıs 1975, <https://www.ecowas.int/publication/treaty/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- ELIAS**, T.O.: "The Charter of the Organization of African Unity", *The American Journal of International Law*, C. 59, S. 2, 1965, s. 243-267.
- EUROPEAN COUNCIL ON FOREIGN RELATIONS**, *Mapping African Regional Cooperation: The Community of Sahel-Saharan States-CEN-SAD*, <https://ecfr.eu/special/african-cooperation/censad/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- FORTES**, Myer/**EVANS-PRITCHARD**, Edward (Editörler): *African Political Systems*, Oxford University Press, Oxford 1948.
- GAWANAS**, Bience: *The African Union: Concepts and Implementation Mechanisms Relating to Human Rights*, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), *Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, McMillan Education, Windhoek 2009.
- GUMEDZE**, Sabelo: "The NEPAD and Human Rights", *South African Journal on Human Rights*, C. 22, S. 1, 2006, s. 144-171.
- GUTTO**, Shadrack B.O.: "Human and Peoples' Rights in Africa: Myths, Realities and Prospects", *Current African Issues*, C. 12, 1991.

- HAAS**, Michael: *International Human Rights: A Comprehensive Introduction*, 2. Baskı, Routledge, Abingdon, 2014.
- HEYNS**, Christof: "The African Regional Human Rights System: The African Charter", *Dickinson Law Review*, C. 108, S. 3, 2004, s. 179-702.
- HOWARD**, Rhoda: *Group Versus Individual Identity in the African Debate on Human Rights*, An-naim, Abdullahi A./Deng, Francis M. (Editörler), *Human Rights in Africa: Cross-Cultural Perspectives*, The Brookings Institute, Washington 1990.
<https://au.int/en/organs/aprm> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
<https://www.usaid.gov/african-union/history#:~:text=On%20May%2025%201963%20in,the%20AU's%20creation%20in%202002> (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- IGAD**, Resmî web sitesi, <https://igad.int/about/?tab=the-history> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).
- KANBUR**, Ravi: "The New Partnership for Africa's Development (NEPAD): An Initial Commentary", *Politikon: South African Journal of Political Studies*, C. 29, S. 1, 2002, s. 87-100.
- KANNYO**, Edward: *The OAU and Human Rights*, El-Ayouty, Yassin/Zartman, I. William (Editörler), *The OAU after Twenty Years*, Praeger Publishers, New York 1984.
- M'BAYE**, Keba/**BIRAME**, Ndiaye: *The Organization of African Unity (OAU)*, Vasak, Karel (Editör), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, Westport 1982.
- MURITHI**, Tim: "The African Union's Transition from Non-Intervention to Non-Indifference: An Ad Hoc Approach to the Responsibility to Protect?", *Internationale Politik und Gesellschaft*, 2009, s. 90-106, http://library.fes.de/pdf-files/ipg/ipg-2009-1/08_a_murithi_us.pdf (Erişim Tarihi: 13.10.2024).
- MURRAY**, Rachel: *Human Rights in Africa: From the Organization of African Unity to the African Union*, Cambridge University Press, New York, 2004.
- MURUNGI**, Lucyline N/**GALLINETTI**, Jacqui: "The Role of Sub-Regional Courts in the African Human Rights System", *SUR-International Journal of Human Rights*, C. 7, S. 13, 2010, s. 119-143.

- MUSUNGU**, Sisule F.: "Economic Integration and Human Rights in Africa: A Comment on Conceptual Linkages", *African Human Rights Law Journal*, C. 3, S. 1, 2003, s. 88-96.
- MUTUA**, Makau Wa: "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties", *Virginia Journal of International Law*, C. 35, 1995, s. 339-380.
- MUTUA**, Makau Wa: "The Politics of Human Rights: Beyond the Abolitionist Paradigm in Africa", *Michigan Journal of International Law*, C. 17, S. 3, 1996, s. 591-613.
- MUTUA**, Makau: *Human Rights: A Political and Cultural Critique*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2002.
- MWITHIGA**, Patricia M.: *The Challenges of Regional Integration in the East Africa Community*, Elhiraika, Adam B./Mukungu, Allan C.K/Nyoiike, Wanjiku (Editörler), *Regional Integration and Policy Challenges in Africa*, Palgrave Macmillan, New York 2015.
- NGENDAHIMANA**, Jean-Bosco: *Impact of Regional Integration on Human Rights Protection in Africa*, Fanta, Emmanuel/Shaw, Timothy M./Tang, Vanessa T. (Editörler), *Comparative Regionalisms for Development in the 21st Century: Insights from the Global South*, Routledge, London and New York 2013.
- NWAUCHE**, Enyinna S.: *Regional Economic Communities and Human Rights in West Africa and the African Arabic Countries*, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), *Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, McMillan Education, Windhoek 2009.
- OKERE**, B. Obinna: "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples' Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", *Human Rights Quarterly*, C. 6, S. 2, 1984, s. 141-159.
- RUPPEL**, Oliver C.: *Regional Economic Communities and Human Rights in East and Southern Africa*, Bösl, Anton/Diescho, Joseph (Editörler), *Human Rights Law in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, McMillan Education, Windhoek 2009.
- SADC**, Resmî web sitesi, <http://www.sadc.int/member-states> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

SENGHOR, Jeggan: The Treaty Establishing the African Economic Community: An Introductory Essay, Yusuf, A.A. (Editör), African Yearbook of International Law, C. 1, 1993.

SHIVJI, Issa G., The Concept of Human Rights in Africa, CODESRIA Book Series, London, 1989.

SIEGLE, Joseph, Africa's Coups and the Role of External Actors, Africa Center for Strategic Studies, 17 Aralık 2021, www.africacenter.org/spotlight/africas-coups-and-the-role-of-external-actors/ (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

TAHA, Saeed A.: "Efforts of Integration in the African Regional Groupings (The Community of Sahel-Saharan)", African Perspectives, C. 13, S. 44, 2016, s. 17-29.

TAVARES, Rodrigo/**TANG**, Vanessa T.: Regional Economic Integration in Africa: Impediments to Progress?, Fanta, Emmanuel/Shaw, Timothy M./Tang, Vanessa T. (Editörler), Comparative Regionalisms for Development in the 21st Century: Insights from the Global South, Routledge, London and New York 2013.

THE EAST AFRICAN COURT OF JUSTICE, Court Manual: A Practical Guide to the Law and Practice of the East African Court of Justice, November 2020.

THE INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS (FIDH), A Human Rights Approach to the New Partnership for Africa's Development (NEPAD) and the African Peer Review Mechanism (APRM), 2004.

THE INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER, East African Court of Justice, <https://ijrcenter.org/regional-communities/east-african-court-of-justice/> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

THE NEW TIMES, Rwanda Re-admitted into ECCAS, 27 May 2015, <https://www.newtimes.co.rw/section/read/189185> (Erişim Tarihi: 12.10.2024).

THOKO, Kaime: "SADC and Human Rights: Fitting Human Rights into the Trade Matrix", African Security Review, C. 13, S. 1, 2004, s. 109-117.

UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS, African States of the Casablanca Charter (Casablanca Group), <https://uia.org/s/or/en/1100002995> (Erişim Tarihi: 13.10.2024).

UWAZURUIKE, Allwell: Human Rights under the African Charter, Palgrave Macmillan, Switzerland 2020.

VILJOEN, Frans: International Human Rights Law in Africa, Oxford University Press, Oxford 2007.

WELZ, Martine: Integrating Africa: Decolonization's Legacies, Sovereignty, and the African Union, Routledge, New York 2013.

TÜRK HUKUKUNDA EŞİN KATILMA ALACAĞININ TEREKEDEN ÖDENMESİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK*

Öz

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi, özellikle sağ kalan eşin mirasçı da olması durumunda aile hukuku ve miras hukuku kurallarının karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimiyle terekenin tasfiye süreçlerinin birbirine karışması, hukukî sorunları da beraberinde getirmektedir. Konuya dair Yargıtay kararlarındaki farklı çözümlerse uygulamada birtakım belirsizliklere yol açmaktadır. Bu çalışmada, sağ kalan eşin mirasçı ve katılma alacaklısı olduğu durumlarda tasfiye süreçlerinin nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine odaklanılmıştır. Bu kapsamda katılma alacağının terekeden ödenmesine ilişkin yargı uygulaması, konuya öğretinin de yaklaşımı gözetilerek değerlendirilmiştir. Son olarak mevcut durum Alman ve Avusturya hukukundaki düzenlemelerle kıyaslama yapılarak Türk hukukundaki eksiklikler tespit edilmiş ve bu eksiklikler için çözüm önerileri sunulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler

• Katılma Alacağı • Sağ Kalan Eş • Mal Rejimi Tasfiyesi • Miras Ortaklığı • Terekenin Paylaşılması

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Karşılaştırmalı Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye ✉ Asst. Prof., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Private Law, Comparative Law Department, İstanbul, Türkiye.

✉ eba@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0003-4856-9733.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** AKKANAT ÖZTÜRK, Elif Beyza: “Türk Hukukunda Eşin Katılma Alacağının Terekeden Ödenmesi Sorunu”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1013-1040.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

PAYMENT OF THE SPOUSE'S PARTICIPATION CLAIM FROM THE ESTATE IN TURKISH LAW

Abstract

The dissolution of the matrimonial property regime following the termination of marriage, particularly when the surviving spouse is also an heir, leads to a direct confrontation between family law and inheritance law principles. Under the Turkish Civil Code, the intertwining of the participation regime for acquired property with the liquidation processes of the estate brings forth specific legal challenges. Moreover, the diverging approaches adopted in the Court of Cassation's rulings contribute to uncertainties in practice. This study focuses on how liquidation processes should be conducted when the surviving spouse holds the dual status of heir and participation creditor. In this context, judicial practices concerning the payment of the participation claim from the estate are examined, considering doctrinal perspectives as well. Finally, a comparative analysis of German and Austrian legal systems is conducted to identify deficiencies in Turkish law and to propose possible solutions.

Keywords

• Participation Claim • Surviving (Heir) Spouse • Dissolution Of The Matrimonial-Acquired Property Regime • Community Of Heirs • Participation Of The Estate

GİRİŞ

Evlilik birliğinin sona ermesi durumunda eşler arasındaki mal paylaşımı kural olarak Türk Medeni Kanunu uyarınca yasal mal rejimi kabul edilmiş, edinilmiş mallara katılma rejimi esaslarına göre gerçekleştirilmektedir¹. Buna karşın evliliğin hem boşanma hem de ölümle sona ermesi halinde mal rejimi tasfiyesi bakımından aynı sonuçları doğurması, aile hukuku ve miras hukuku kurallarının âdeta iç içe geçmesine neden olmaktadır². Özellikle saklı paylı mirasçı eşin, katılma alacağının terekeden

¹ **SARI, Suat**, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007, s. 82 vd.; **ERTAŞ, Şeref**, “Edinilmiş Mal Rejimini Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 1365; **AKÇAAL, Mehmet**, “Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2020, s. 233.

² Nitekim **Ertas** bu durumu: “...Miras hukuku kuralları ile Aile hukuku kurallarının bir biriyle karşılaşması sonucu karşımıza bir hukuki çorba...” olarak nitelendirmektedir. Bkz. **ERTAŞ**, s. 1365.

ödenmesine dair tutarsız yargı uygulaması, sorunu âdeta içinden çıkılmaz kılmaktadır.

Bu çalışmanın amacı söz konusu karışıklığa dikkat çekmek ve özellikle saklı paylı mirasçı eşin, katılma alacağının terekeden ödenmesi konusunu yargı uygulamasını da gözeterek değerlendirmektir. Bu bağlamda, evliliğin ölümle sona ermesi halinde saklı paylı mirasçı olan eşin aynı zamanda mal rejimi tasfiyesi sonrası alacaklı yahut borçlu çıkmasının hukukî sonuçlarına odaklanılacaktır.

I.KATILMA ALACAĞININ TEREKEDEKİ DURUMU

Türk Medeni Kanunu'na hâkim ilkeler çerçevesinde mirasbırakanın, ölüm anında sahibi bulunduğu malvarlığı (terekesi), kural olarak onun mirasçılara geçer (TMK m. 599). Türk hukukunda bir hak sahibinin ölümle ortadan kalkması yüzünden ortaya çıkabilecek soru ve sorunlara dair öngörülen sistem, iki temel ilke üzerine inşa edilmiştir. Buna göre ölüm, ölen kişinin mirasının geçiş sebebidir. Ölen kişinin (mirasbırakanın) sahibi bulunduğu haklar ve borçlar, kural olarak bir bütün olarak ve kanun gereği (*ipso iure*) yeni hak sahiplerine geçmek suretiyle mevcudiyetlerini devam ettirirler³.

Mirasbırakanın ölümüyle mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümü mirasbırakanın terekisini oluşturur⁴. Ölümle birlikte bu malvarlığı mirasçılara intikal edeceğinden; tereke kural olarak malvarlığı ile

³ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul 1987, s. 42 vd.; AKKANAT, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 2 vd. ("Ölümün Etkisi"); ANTALYA, O. Gökhan/Sağlam, İpek, Miras Hukuku C. III, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2021, s. 91 vd.; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2023, N. 46 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet, Miras Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023, s. 275 vd. ("Miras"); SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2024, § 6, N. 2. Küllî halefiyet ilkesi Roma hukukuna dayanmakla birlikte kanun gereği kazanma ilkesi Cermen hukuku kaynaklıdır. İlkelerin içeriği ve birbiriyle ilişkileri yönünden ayrıca bkz. SCHUCAN, Max A., Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1943, s. 16 vd.; HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul, 1. Basıdan Tıpkı 2. Bası, İstanbul 2014, s. 5; AKKANAT, Ölümün Etkisi, s. 2; AKBIYIK, Cem, Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul 2003, s. 11 dn. 21.

⁴ KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 132; DURAL/ÖZ, N. 55; SEROZAN/ENGİN, § 1, 143.

eşdeğer bir kavramdır⁵. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nda bazı durumlarda tereke yerine malvarlığı terimine yer verilmiştir⁶. Bununla birlikte birtakım özel hukuk ilişkilerinin mirasçılara intikali, nitelikleri gereği mümkün olmadığından bu değerler, mirasbırakanın malvarlığında yer almalarına rağmen terekede yer almazlar. Bununla birlikte birtakım maddi değeri olan haklar ve borçlar ile bazı "kişivarlığı hakları"⁷ mirasbırakanın malvarlığında yer almamalarına karşın terekede bulunacaklardır. Konu itibarıyla bu hak ve borçlardan önem arz edeni ise yasal mal rejimi olan "edinilmiş mallara katılma" rejiminin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşe karşı TMK m. 236 uyarınca doğan artık değere katılma alacağıdır⁸.

Buna mukabil sağ kalan eşin mirasbırakana karşı sahip olduğu artık değere katılma alacağı, tereke borcu niteliğinde ölüm sonrası yine terekede yer alan ve fakat sağlığında ölenin malvarlığına dâhil olmayan bir değerdir⁹. Ayrıca sağ kalan eşin katılma alacağı, kural olarak mirasçılık sıfatından bağımsızdır. Zira öyle bazı haklar vardır ki bunlar, önce mirasbırakana ait olup sonra mirasçılara miras yoluyla geçmez; bilakis bu haklar mirasbırakanın ölümünün bir sonucu olarak doğrudan doğruya mirasçılık sıfatından bağımsız olarak yakınlarının malvarlığında doğar¹⁰.

⁵ DURAL/ÖZ, N. 56; ayrıca bkz. ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537-640), Dritte Auflage, bearbeitet von Arnold Escher, Zürich 1960, Art. 538, N. 5.

⁶ Bkz. TMK m. 576.

⁷ Örneğin TMK m. 301/2 uyarınca: "babalık davası, babanın ölmüş olması halinde mirasçılarına karşı açılabilir".

⁸ DURAL/ÖZ, N. 66.

⁹ SARI, s. 85; KARAMERCAN, Fatih, Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 471; AKÇAAL, s. 235. "...Sağ eşin, mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkı terekeye ait borç olup..." [Y. 8. HD, 10.07.2012, E. 2012/5463, K. 2012/6949; aynı yönde bkz. Y. 8. HD, 11.03.2013, E. 2012/7283, K. 2013/3188; Y. 8. HD, 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882; Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919; Y. 8. HD, 30.03.2016, E. 2014/27588, K. 2016/5782, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025); Y. 8. HD, 11.03.2011, E. 2011/1293, K. 2011/1521; Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289; Y. 8. HD, 30.03.2016, E. 2014/27588, K. 2016/5782; Y. 8. HD, 31.05.2016, E. 2016/8527, K. 2016/9582; Y. 8. HD, 05.12.2016, E. 2015/7964, K. 2016/16467; Y. 2. HD, 19.09.2024, E. 2023/5069, K. 2024/6100, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

¹⁰ DURAL/ÖZ, N. 70. Bu kapsamda TBK m. 53'teki destekten yoksun kalma tazminatı, TBK m. 56 uyarınca öngörülmüş ölüm sebebiyle yakınların manevi tazminat talebi örnek kabilinden sayılabilecektir. Ayrıca bkz. ŞENER, Esat: Miras Hak ve Payları (Feraiz ve İntikal Hükümleri Dahil), Ankara 1996, s. 202; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019,

Örneğin mirası reddetmiş olsalar dahi mirasbırakan ile yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin geçim giderleri, bir tereke borcu olarak bu kişilere ödenir¹¹. Konu itibarıyla yargı kararlarında da vurgulandığı üzere katılma alacağı, terekenin borcu olmasının yanında öncelikle ve peşin olarak ödenmesi gereken borçlar arasındadır¹².

Sağ kalan eşin katılma alacağı da onun mirasçılık sıfatından bağımsız olarak eş vasfı dolayısıyla sahip olduğu bir değerdir¹³. İlgili değer bir

s. 510; **SEROZAN/ENGİN**, § 3, N. 20. Ayrıca bkz. Y. 8. HD, 26.09.2014, E. 2013/17364, K. 2014/17274; Y. 14. HD, 24.03.2016, E. 2015/12232, K. 2016/3640; Y. HGK, 11.04.2018, E. 2017/3-438, K. 2018/770, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Bu ödeme onların mirasçılık sıfatlarına bağlı olmadığı gibi mirasçı olmaları halinde miras paylarından mahsup edilmez. Bkz. Y. 2. HD, 10.04.2006, E. 2005/20077, K. 2006/5071; Y. 1. HD, 29.03.2012, E. 2012/701, K. 2012/3648, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

¹¹ **SEROZAN/ENGİN**, § 3, N. 20. Bu ödeme onların mirasçılık sıfatlarına bağlı olmadığı gibi mirasçı olmaları halinde miras paylarından mahsup edilmez. Bkz. Y. 2. HD, 10.04.2006, E. 2005/20077, K. 2006/5071; Y. 1. HD, 29.03.2012, E. 2012/701, K. 2012/3648, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Mirasçıların mirası reddeden sağ kalan eşe karşı müteselsil sorumlu olduğu yönünde bkz. Yarg. 8. HD, 10.07.2012, E. 2012/ 5463, K. 2012/6949 (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi 23.04.2025); ayrıca bkz. **ŞİPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça**, Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2017, s. 484 vd.

¹² “...Katılma alacağı terekenin öncelikle ve peşin ödenmesi gereken borçları arasında yer almaktadır.” Bkz. Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233; ayrıca bkz. Y. 8. HD, 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882; Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919; Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Mal rejimi tasfiyesinden doğan alacak bakımından TBK m. 146 (BK m. 125) gereği 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağı yönünde bkz. Y. 8. HD, 11.04.2011, E. 2010/4114, K. 2011/2038; Y. HGK, 12.06.2013, E. 2013/8-1013, K. 2013/816, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Bu çalışmanın konu bakımından kapsamını aşmakla birlikte katılma alacağı'nın tâbi olduğu zamanaşımı süresinin yargı uygulaması ve öğretilde tartışmalı olduğuna temas edilmelidir. Ayrıca bkz. **SARI**, s. 85; **GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 393; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.** Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011, s. 136 vd. (“Katılma Alacağı”); **AKINCI, Şahin**, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri”, Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFAD, Özel Sayı, 22(3), 2016, s. 186 vd.

¹³ **AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya**, Medeni Hukuk, 28. Bası, İstanbul 2024, s. 173; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, İstanbul 2002, s. 69 (“Mal Rejimi”); **AKÇAAL**, s. 236.

tereke borcu olduğundan sağ kalan eşe terekeden ödenir¹⁴. Bir diğer ifadeyle net terekenin (paylaşmaya esas tereke) hesap edilebilmesi için öncelikle katılma alacağının ödenmesi gerekir¹⁵. Diğer taraftan edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi ihtimali için sağ kalan eşe tanınan hakların gereği gibi kullanım imkânı da yine miras paylaşımından önce mal rejiminin tasfiye edilmesini zorunlu kılmaktadır¹⁶.

Katılma alacaklısı ve mirasçı sağ kalan eşin, katılma alacağının nasıl ödeneceği ve mirasçılık sıfatının özellikle yoksunluk veya mirastan cezaî çıkarma dolayısıyla sona ermiş olmasının katılma alacağına etkisi sorusu aşağıda ayrıntısıyla değerlendirilecektir. Bunun öncesindeyse öğretilde iki statü “karışıklığı”¹⁷ olarak nitelendirilen yasal mal rejiminin ölümle sona ermesi esaslarına kısaca temas edilecektir

¹⁴ **SARI**, s. 85. Katılma alacağı, mirasbırakanın borçları kapsamında değerlendirilmekte ve serbest tasarruf oranına esas alınacak farazi terekenin belirlenmesinde “çıkarılacak değerler” grubuna dâhil edilmektedir. Bkz. **ACAR, Faruk**, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Bası, İstanbul 2021, s. 376. Mirasbırakanın farazi terekesinin hesabı için ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 376.

¹⁵ **SARI**, s. 85; **ACAR**, s. 377.

¹⁶ **SARI**, s. 85. Bu haklar için ayrıca bkz. TMK m. 225, 240.

¹⁷ **ERTAŞ**, s. 1365.

II. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN ÖLÜMLE SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

A. Katılma Alacağının Hesaplanması

01.01.2002 itibarıyla yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş edinilmiş mallara katılma rejimi¹⁸ uyarınca edinilmiş mal, “karşılığı verilerek elde edilen” malvarlığı değerlerini ifade eder¹⁹. Aksi ispat edilene kadar eşlerin tüm malları edinilmiş maldır (TMK m. 222/3)²⁰.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde aynı paylaşım ilkesi benimsenmemiş; mal rejiminin tasfiyesinin sonunda eşlere “katılma alacağı” adı verilen bir alacak hakkı tanımıştır²¹. Katılma alacağı, mal rejiminin sona ermesiyle ortaya çıkan artık değerın yarısı üzerinde eşlerin sahip olduğu alacak hakkıdır²². Katılma alacağının hesaplanmasında temel kavram ise

¹⁸ 4721 sayılı Kanun ile önceki Kanun’dan farklı olarak mal ayrılığı rejimi değil de edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi kabul edilmesinin gerekçesi mal ayrılığı rejiminin meydana getirdiği adaletsizliklerle açıklanmaktadır. Buna göre TMK m. 202’nin madde gerekçesine bakıldığında; önceki düzenlemede yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı benimsendiği ancak bu sistemin evlilik birliği sona erdiğinde eşler arasında adaletsiz sonuçlar doğurduğu ifade edilmiştir. Mal ayrılığı rejiminin ekonomik açıdan daha güçlü olan eş (çoğu zaman erkek) lehine işlediği ve diğer eşin emeğini dikkate almadığı yönünde eleştirilere cevaben edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bkz. 4721 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri, TMK m. 202, Lexpera-Mevzuat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Bununla birlikte eşler farklı ekonomik, sosyal yahut ailevi ihtiyaçları dolayısıyla kendilerine uygun olduğunu düşündükleri, “mal ortaklığı, paylaşımlı mal ortaklığı yahut mal ayrılığı” rejimlerinden birini de mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle tercih etmekte özgürdür. Ayrıca bkz. ZEYTİN, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Bası, Ankara 2008, s. 35; KILIÇOĞLU, Mal Rejimi, s. 15 vd.

¹⁹ ÖZER DENİZ, Miray, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016, s. 116; Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Bununla birlikte edinilmiş malın “emek karşılığı edinilen mallarda hak sahipliği ilkesi” uyarınca eşlerin emek gerektiren kazanımlarını kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, Mal Rejimi, s. 22. Ayrıca bkz. Y. 8. HD, 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

²⁰ Ülkemizde ne evlilik öncesi ne de evlilik süresince eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi yapma alışkanlığından söz edilemeyeceğinden yasal mal rejiminin neredeyse bütün evliliklerin tâbi olacağı rejim olduğu yönünde bkz. MOROĞLU, Nazan, Medeni Kanun’da Mal Rejimleri, 14 Soru-14 Cevap, İstanbul 2002, s. 14. Türk aile hukuku uygulamasının bu yönü gözetildiğinde yasal mal rejiminin öneminin daha da arttığı yönünde bkz. ZEYTİN, s. 35.

²¹ KILIÇOĞLU, Mal Rejimi, s. 23; AKÇAAL, s. 233.

²² KILIÇOĞLU, Mal Rejimi, s. 23-24.

“artık değer”dir (TMK m. 231/1)²³. Artık değer, her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar düşüldükten sonra kalan miktarı ifade etmektedir²⁴. Ayrıca edinilmiş malların toplam değerinin belirlenmesinde ekleme ve denkleştirme yoluyla elde edilen tutarlar da dikkate alınmaktadır²⁵.

Katılma alacağı, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda belirlenir ve eşlerin birbirlerinden olan alacak ve borçları takas edilir²⁶. Katılma alacaklısı tarafın belirlenmesine yönelik olan tasfiye süreci ise; öncelikle edinilmiş malların belirlenmesi, varsa eklenecek değerlerin ve denkleştirmenin yapılması, borçların düşülmesi ve artık değerın hesaplanması aşamalarını içermektedir²⁷.

Tasfiye sürecinin başlayacağı bir diğer ifadeyle sona ereceği hallerse TMK m. 225’te düzenlenmiştir. Buna göre: *“eşler farklı bir mal rejimi kabul ettiğinde, mahkeme evliliğin iptaline, boşanmaya veya mal ayrılığına geçilmesine karar verdiğinde ya da eşlerden biri öldüğünde”* mal rejimi sona erecektir. Şu hâlde eşlerden birinin ölümüyle de mal rejimi sona ermekte ve akabinde mal rejiminin tasfiyesi sürecine geçilmektedir.

Ölüm sebebiyle mal rejimi tasfiyesinin başlayacağı ihtimaldeyse terekenin tasfiyesinin bir parçası da öncelikle mal rejiminin tasfiyesidir. Niteliği gereği terekenin tasfiyesinin gerçekleştirilebilmesiye öncelikle mal rejimi tasfiyesinin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bir diğer ifadeyle (talep halinde) öncelikle mal rejimi tasfiye edilmek durumundadır²⁸. Zira sağ kalan eş mirasbırakandan alacaklı ise bu tereke borcu olarak değerlendirilecek ve mirasın paylaşımında bir borç kalemi olarak dikkate alınacaktır. Ters ihtimalde ise sağ kalan eşe karşı mirasbırakan eşin sahip olduğu

²³ Öğretide artık değer, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından “omurga kavram” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku C. III-Aile Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2025, N. 1222; **BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet**, Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku, Ankara 2025, s. 253 vd.

²⁴ TMK m. 231; Ayrıca bkz. **ZEYİN**, s. 198 vd.; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 1222 vd.

²⁵ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 1221 vd.

²⁶ **ZEYİN**, s. 219 vd.; **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, N. 1227.

²⁷ **SARI**, s. 229 vd.; **ŞEKER, Muzaffer**, “Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejiminden Kaynaklanan Hakları (MK m. 240, 652)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2007, s. 435; **ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan**, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, İstanbul 2018, s. 137 vd.

²⁸ **ÇAKIR**, s. 138; **ACAR**, s. 207.

katılma alacağı terekenin kapsamının belirlenmesinde bir alacak kalemi olarak hesaplamaya dâhil edilecektir²⁹. Bu itibarla yargı kararlarında “mal rejiminin tasfiyesinin”, terekenin paylaşımının bir ön koşulu olduğu dahi ifade edilmektedir³⁰. Bu tasfiye sürecinin gerçekleştirilmesinde eşin aynı zamanda saklı paylı mirasçı olması, miras ve aile hukuku kurallarının iç içe geçmesine sebep olmaktadır. Bu sorun aşağıda farklı ülkelerde her iki tasfiye sürecinin gerçekleştirilmesine dair esaslara da temas edilerek değerlendirilecektir.

B. Katılma Alacağı'nın “Miras Hakkı” Karşısındaki Durumu

Bu değerlendirmeye geçilmeden önce “miras hakkı” ile eşin katılma alacağı arasındaki karşılaştırmada ezbere zikredilen iki noktaya temas edilmelidir. Bunlardan ilki katılma alacağı ile mirasçılık sıfatı dolayısıyla sahip olunan hakkın niteliklerine yönelik karşılaştırmadır. İkinci mesele ise mirasçılık sıfatının katılma alacağını talep etme imkânına etkisine dairidir. Her bir sorun aşağıda ayrı başlıklar altında değerlendirilecektir.

²⁹ Bu ihtimalde hükmün amacına aykırı olarak meydana getirebileceği “eşitsizliklere” örnekler için ayrıca bkz. **ERTAŞ**, s. 1366 vd.

³⁰ “...Katılma alacağı ve terekeden kaynaklanan haklar arasındaki farklılıklar kabaca şöyle sıralanabilir; katılma alacağı bakımından; 1-Katılma alacağı şahsi hak niteliğinde bir nisbi alacak hakkıdır. 2-Katılma alacağı kanundan kaynaklanmaktadır. 3-Ölümle sona eren edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ölen eşin terekesinin paylaşılmasının bir ön koşulu olarak ortaya çıkmaktadır.” Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233, (Lexpera-İçtihat); ayrıca bkz. Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025); Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Ayrıca bkz. Bkz. **ÇAKIR**, s. 138; **ACAR**, s. 207. İsviçre hukuku bakımından da öncelikle mal rejiminin tasfiye edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Jungo-CHK**, ZGB Art. 204, N. 5.

1. Katılma alacağının şahsi niteliği karşısında “miras hakkının aynî niteliği”

Öğretide yargı kararlarının da etkisiyle katılma alacağı şahsi³¹ bir hak iken (alacak hakkı) “miras hakkı” aynî bir hak olarak nitelendirilmektedir³². Bu gerekçeyle söz konusu “miras hakkının” herkese karşı ileri sürülmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir³³. Bu kapsamda sağ kalan eşin, yasal mirasçı sıfatıyla tereke üzerinde aynî hak iddiasında bulunabileceği ve bu hakkın aynî nitelikte olması sebebiyle kendiliğinden mirasçıya (eşe) intikal edeceği belirtilmiştir³⁴.

Öncelikle bu bağlamda ilgili görüş kapsamında miras hakkı kavramının tereke üzerinde mirasçıların sahip olduğu hakkı ifade ettiği düşünülmektedir. Ancak mirasçılık, ölümün bir hukukî sonucu olarak ortaya çıkan yeni hak sahipliği statüsünü ifade eder³⁵. Bu statünün terekede yer alan malvarlığı değerlerinin niteliğiyle bir ilgisi yoktur. Mirasbırakanın malvarlığında yer alan değerler kural olarak niteliklerini ve tabi oldukları

³¹ “...Katılma alacağı, TMK’nun 202 ve devamı maddeleri gereğince kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan ve kanundan doğan şahsi nitelikte bir alacak hakkıdır. Gerek katılma alacağı ve gerekse katkı payı alacağı için aynı hakkın (mülkiyetin) istenemeyeceği konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. (Y. İBBGK, 07.10.1953, E. 1953/8, K. 1953/7)” [Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233; aynı yönde ayrıca bkz. Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025); Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025)].

³² KILIÇOĞLU, s. 81-82; ÖZER DENİZ, s. 117; AKÇAAL, s. 238-239. Çakır miras hakkının sağ kalan eşe “aynî bir talep yetkisi tanıdığını” ifade etmiştir. Bkz. ÇAKIR, s. 151.

³³ KILIÇOĞLU, s. 82; ÇAKIR, s. 151; AKÇAAL, s. 239.

³⁴ AKÇAAL, s. 239. Yargıtay tarafından da bu nitelendirmenin “aynî paylaşım” kavramıyla birlikte kullanıldığı görülmektedir [örnek olarak bkz. Y. 8. HD, 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882; Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233; Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919, (Lexpera-İçtihat); Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Burada mal rejimi tasfiyesine konu değer üzerinde bir aynî hak sahibi olunmadığının ifade edilmek istendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz. Y. İBBGK, 07.10.1953, E. 1953/8, K. 1953/7, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025)].

³⁵ OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, s. 314; SARI FİDAN, Özlem, Miras Ortaklığı, Ankara 2016, s. 6; ÇABRİ, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) C. III, 2. Bası, İstanbul 2023, N. 3; DURAL/ÖZ, N. 1864; WOLF-BK-ZGB, Vorbemerkungen zu Art. 602–619 ZGB, N. 6; LÖHNIG-Staudinger, Vorbemerkung zu §§ 2032-2057a, N. 1; GERGEN-MüKo, BGB § 2032, N. 1; Bayer-Erman BGB, BGB § 2032, N. 1.

koşulları muhafaza ederek yeni hak sahibi/sahipleri olan mirasçıya/mirasçılara intikal edecektir³⁶. İlgili görüş kapsamında mirasçının terekeden payını talep etmesiyle kastedilenin ise mirasın paylaşılmasının talep edilmesi olduğu düşünülmektedir³⁷. Zira birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarla sınırlı olmak üzere terekedeki değerler üzerinde elbirliğiyle hak sahipliği esaslarına tabi yeni bir hak özneliği söz konusu olacaktır (miras ortaklığı)³⁸. Bu durumda meydana gelen miras ortaklığının bir üyesi olacak olan sağ kalan eşin “miras payı” da ancak kısmen yahut tamamen ortaklığın tasfiye edilmesi (mirasın paylaşılması) söz konusu olduğunda bir anlam ifade edecektir.

Terekede yer alan değer, hakkın ileri sürülebileceği çevre bakımından nasıl sınıflandırılacaksa miras yoluyla intikal ettiğinde de bu niteliğini muhafaza edecektir³⁹. Örneğin terekede yer alan bir alacak hakkı, mirasın bir parçası olması dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilir bir hak olarak nitelendirilemez. Bu yönüyle esasında herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olan “miras hakkının” kendisi değil; mirasçılık sıfatı dolayısıyla terekede yer alan mutlak hak konusu değer yahut değerler üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliğidir. Bu itibarla terekede yer alan değer bir alacak hakkıysa bu hakkın, miras yoluyla intikali halinde herkese karşı

³⁶ Ayrıca bkz. **AKKANAT**, Ölümün Etkisi, s. 53 vd. Hakların ileri sürülebileceği çevre bakımından sınıflandırılması hakkında bkz. **DURAL, Mustafa/SARI, Suat**, Türk Özel Hukuku C. I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanun’un Başlangıç Hükümleri, 19. Bası, İstanbul 2024, N. 937 vd.; **NOMER, Halûk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi**, Medeni Hukuka Giriş, 11. Bası, İstanbul 2024, N. 217 vd.

³⁷ Zira bir tasfiye ortaklığı olarak kabul edilen miras ortaklığı, mirasın paylaşımının yanında elbirliği mülkiyetin paylı mülkiyete çevrilmesi, tereke borçlarının ödenmesinden sonra terekenin aktifinde bir değer kalmaması yahut mirasın açılmasından sonra mirasçılığın tek mirasçıda toplanması hallerinde de sona erer. Ayrıca bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 69; **OĞUZMAN**, s. 314; **SARI FİDAN**, s. 109 vd.; **GERGEN-MüKo**, BGB § 2032, N. 5 vd.

³⁸ **SARI FİDAN**, s. 1 vd.; **KARLI, İbrahim**, "Paylaşmaya Kadar Miras Ortaklığının Hukuki Durumu", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2016, s. 1 vd.; **YAZICI, Ayşe Nur Merve**, Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Ankara 2018, s. 1 vd.; **OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. Bası, İstanbul 2020, N. 1369; **KORKMAZ, Abdullah Furkan**, Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, İstanbul 2021, s. 42; **İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan**, Miras Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2022, s. 429.

³⁹ Ayrıca bkz. **AKKANAT**, Ölümün Etkisi, s. 53 vd.

ileri sürülebilmesi mümkün olmayacak; ilgili alacağın yeni alacaklısı kural olarak mirasçılar olacaktır. Alacak hakkıysa nisbi niteliğini muhafaza edecektir⁴⁰.

Bu itibarla mirasçılık sıfatının kazanılmasıyla kazanılan hakkın niteliği arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle aynî hakların kazanılmasının bir şartı yahut sonucu kendiliğinden iktisap olmadığı gibi bilakis kendiliğinden (kanun gereği) intikal Türk kanun koyucusunun miras hukuku sistemi bakımından benimsediği istisnai bir haldir⁴¹. Sonuç olarak katılma alacağı ve mirasçılık statüsü bu yönüyle birbirleriyle kıyaslanabilir nitelikte talepler değildir.

2. Sağ kalan eşin mirastan çıkarılmasının yahut yoksunluğunun katılma alacağı talebine etkisi

Sağ kalan eş, mirastan çıkarma ve yoksunluk dolayısıyla mirasçılık sıfatını kaybetmiş olabilir. Buna rağmen öğretide sağ kalan eşin katılma alacağını mirasçılardan talep edebileceği ifade edilmektedir⁴².

TMK m. 578’de düzenlenmiş olan mirastan yoksunluk, “kimse kendi kusurundan yararlanamaz (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)” ilkesinin bir görünümüdür. Nitekim TMK m. 578’in madde gerekçesinde yer aldığı üzere: “...mirasbırakana ya da onun ölüme bağlı tasarruflarına yönelik ağır davranışlarda bulunanlar, **mirasçı olmak ya da ölüme bağlı herhangi bir hak**” edinmek bakımından ehil kabul edilmemiştir⁴³. TMK m. 578 ile de bu nitelikte davranışların bir hukukî sonucu olarak bu kişilerin mirastan ve ölüme bağlı diğer haklardan yoksun kalınması temin edilmektedir⁴⁴.

Saklı paylı mirasçıların dahi mirastan uzaklaştırılmasına imkân tanıyan mirasçılıktan çıkarma ise cezaî çıkarma nev’iyle birtakım yasal mi-

⁴⁰ Şüphesiz mirasçılar, mirasbırakanın miras yoluyla intikali mümkün hak ve borçlarının “sahibi” olacaklardır. Ayrıca bkz. **MAROTZKE-Staudinger**, BGB § 1967 N. 8; **AKKANAT**, Ölümün Etkisi, s. 53 vd.

⁴¹ Küllî intikalin anlamı için bkz. **MAROTZKE-Staudinger**, BGB § 1922 N. 41.

⁴² **AKÇAAL**, s. 239. Öğretide *Acar* ise yoksunluk ve cezaî çıkarma söz konusu olduğunda ancak boşanma davası açıldığı durumlarda katılma alacağının TMK m. 236/2 uyarınca hâkim tarafından kaldırılabilceği görüşündedir. Bkz. **ACAR**, s. 399 vd. özl. 401.

⁴³ TMK m. 578 Madde Gerekçesi (Lexpera-Mevzuat, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁴⁴ TMK m. 578/b. 4’te yer alan “öldürmeye teşebbüs” ile TMK m. 236/2’de yer alan “hayata kast” ifadelerinin eş anlamlı değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **ACAR**, s. 400.

rasçılar arasındaki yakın ve kopmaz kabul edilen aile bağlarının korunmaya layık olmadığı durumlarda mirasbırakanın iradesine üstünlük tanınmasını temin etmek için öngörülmüştür⁴⁵.

Mirasbırakanla arasındaki ilişkinin zedelenmesine kendi kusurlu hareketleriyle sebep olan sağ kalan eşin mirastan çıkarılmış ve hatta mirastan yoksun olmasına rağmen katılma alacağını talep edebileceğinin ileri sürülmesiyle gerek TMK m. 510 gerekse TMK m. 578'in amacına aykırıdır. Nitekim TMK m. 236/2'de: "*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar*" verebileceği düzenlenmiştir⁴⁶. Bu durumun bir sonucu olarak yoksunluk ve çıkarma sebeplerinin içeriği, somut olayın şartları ve özellikle TMK m. 578'in gerekçesinde yoksunluğun "*ölüme bağlı herhangi bir hak edinmeye ehil*" olmamak olarak tanımlandığı dikkate alındığında işin niteliğine de uygun olarak katılma alacağına yönelik talebe hâkimin TMK m. 236/2'yi dayanak göstererek müdahale etmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁴⁷. Netice itibarıyla sağ kalan eşin mirastan yoksunluğu yahut cezaî çıkarılması söz konusu olduğunda katılma alacağına yönelik talepler de bu durum gözetilerek değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır⁴⁸.

⁴⁵ DURAL/ÖZ, N. 918.

⁴⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almayan bu hüküm, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Türk Medeni Kanunu tasarısında da bulunmamaktadır. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, "Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan II. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1731 vd. İlgili hüküm Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir. Hüküm eleştirisi için ayrıca bkz. **ŞİPKA, Şükran**, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar 2. Bası, İstanbul 2011, s. 271 vd.; **ÜNAL, Akın**, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 4, 2019, s. 131 vd.; **ERSÖZ, Oğuz**, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2022, s. 198 vd.

⁴⁷ Nitekim *Acar* da TMK m. 510 ve 236/2 arasındaki ilişkiye dikkat çekmektedir. *Acar* TMK m. 236/2'de yer alan zina ve hayata kast fiillerinin aynı zamanda TMK m. 510 uyarınca öngörülmüş aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali ve ağır suç kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Bkz. **ACAR**, s. 399. Bununla birlikte *Acar* bir çıkarma tasarrufunun var olduğu ihtimalde mal rejiminin ölümle sona ermişse; katılma alacağı'nın bu çıkarma iradesine rağmen talep edilebileceği kanaatindedir. Bkz. **ACAR**, s. 400.

⁴⁸ Bu noktada yoksunluğun sebebi şayet TMK m. 538/b. 4 uyarınca: "*Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmak veya bozmak*" ise bu yoksunluk sebebinin özellikle mirasbırakan öldükten ve mal rejimi sona erdikten sonra gerçekleşmiş olması eşin

Bu noktada esasında mal rejiminin ölümle de sona ermesi durumunda eşin her durumda katılma alacaklısı olabileceği yönündeki hükmün, amacı karşısında geniş lafzının esasında bir örtülü boşluk teşkil ettiği ifade edilebilecek durumdadır. Zira eşin ölüm halinde dahi katılma alacaklısı olarak kabul edilmesindeki amaç, eşler arasındaki evlilik bağına kanun koyucunun atfettiği önem olarak ifade edilebilecektir. Buna karşın en hafif haliyle ailevi yükümlülüklerinin ihlali sonucu mirastan kanun hükmü yahut mirasbırakanın iradesiyle uzaklaştırılmış eşin, katılma alacaklısı olarak kabul edilmesi, rejimin varlık amacıyla çelişecektir. Şu hâlde hükmün amacının tespiti, uygulama alanının belirlenmesi bakımından da önem arz etmedir.

Nitekim bir hükmün amacıyla bağdaşmayan sonuçların varlığı hükmün örtülü boşluk içerdiği anlamına gelmekte ve bu durumda hükmün amacı karşısında geniş kalan lafzının amacına göre sınırlandırılması gerekmektedir (teleolojik redüksiyon)⁴⁹. Bir hükmün lafzı itibarıyla somut olaya uygun olması, somut olaya uygulanmasının AY m. 10 eşitliğe aykırılık teşkil etmeyeceği anlamına gelmez⁵⁰. Bu sebeple hâkimin bir eşitlik düşüncesi olarak tanımlanan ve hukukun amacı (idesi) olduğuna işaret edilen adaletin somut olayda yerini bulması için hükme istisna getirmesi bir zorunluluktur⁵¹.

Sonuç olarak her ne kadar TMK m. 225/1 uyarınca mal rejiminin ölümle de sona ermesi ihtimali düzenlenmiş ve tasfiye suretiyle sağ kalan eşin de ölüm halinde katılma alacaklısı olmasına imkân tanınmışsa da hükmün amacı karşısında bu geniş lafzı, örtülü boşluk içermektedir. Bu durumda söz konusu örtülü boşluğun hükmün amacı gözetilerek amacına uygun şekilde sınırlandırılması icap eder. Böylece somut olayın özellikleri gözetilerek sağ kalan eşin mirastan çıkarılmış yahut yoksun ise katılma alacaklısı olarak nitelendirilmesinin önüne geçilebilecektir. Nitekim öğretide TMK m. 225 için değilse de TMK m. 236/2'nin amacı gözetilerek

katılma alacağı talebinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıysa da bu ihtimalde talebin tümüyle reddedilmesinin ölçülü bir çözüm olmayacağı da ifade edilebilecektir.

⁴⁹ NÖMER/AKBULUT, N. 167 vd.; AKKANAT, Halil, Medeni Hukukun Uygulanmasında Yöntem, İstanbul 2024, N. 378 ("Yöntem").

⁵⁰ Eşit olmayanları aynı hükme tâbi tutmanın Anayasa'ya aykırı olacağı yönünde ayrıca bkz. AKKANAT, Yöntem, N. 380.

⁵¹ Ayrıca bkz. İŞİKTAÇ, Yasemin, Hukuk Başlangıcı, 5. Bası, İstanbul 2021, s. 1, 4 vd.

uygulama alanının belirlenmesi gerektiği ve hükmün esasında açık ve gerçek bir boşluk örneği olduğu ifade edilmektedir⁵².

Bir hükmün TMK m. 1 gereği amacına göre uygulanması gerekliliği açıksa da kanaatimizce TMK m. 236/2 açık boşluk içeren bir düzenleme değildir. Zira öğretice gerçek boşluğun varlığına işaret edilen hal olan kasten öldürmede uygulanan hüküm öncelikle TMK m. 236/2 değil TMK m. 225'tir. Bu itibarla somut olaya uygulanacak bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün uygulanması varlık amacıyla çelişir sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Buna ek olarak TMK m. 236/2'nin amacı karşısındaki dar lafzı da yine bir düzenleme eksikliğine değil; örtülü boşluğun varlığına işaret etmektedir⁵³. Bir diğer ifadeyle herhangi bir kanunda (yahut hukukî düzenlemede) yer alan hükmün sınırlandırılmamış yahut gerekli istisnaların öngörülmemiş olması örtülü boşluk olarak nitelendirilmektedir⁵⁴. Kaldı ki hayata kast olgusu, öldürme neticesinin gerçekleşmiş olması ihtimalinde de mevcut olacağı için esasında hükmün doğrudan uygulanmasıyla da aynı sonuç elde edilmiş olacaktır⁵⁵. Bu itibarla gerçek bir boşluğun varlığından bahsedilmesi kanaatimizce isabetli değildir. Şüphesiz TMK m. 236'nın sağ kalan eşin mirasçılık statüsündeki aksaklıklar gözetilerek tekrar kaleme alınması, olması gereken hukuk bakımından kanaatimizce de dikkate değer bir öneri niteliğindedir⁵⁶.

⁵² **AYDIN, Gülşah Sinem**, "Türk Medeni Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kastan Öldürmesi Halinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 165-166, 2018, s. 13 vd. *Aydın*, TMK m. 236/2'nin açık boşluk içerdiği ve bu itibarla eşin diğer eş tarafından kasten öldürülmesi durumunda da uygulanması gerektiği kanaatindedir. Bkz. **AYDIN**, s. 24 vd. Bu ihtimalde (sağ kalan eşin diğerini öldürmesi halinde) bir kanun boşluğu olduğu yönünde ayrıca bkz. **ŞİPKA/ÖZDOĞAN**, s. 485, dn. 274.

⁵³ Ayrıca bkz. **NOMER/AKBULUT**, N. 167 vd.; **AKKANAT**, Yöntem, s. 182-183.

⁵⁴ **NOMER/AKBULUT**, N. 167 vd.; **AKKANAT**, Yöntem, s. 182-183.

⁵⁵ Bir diğer ifadeyle hayata kast, kasten öldürme halinde suçun bir unsuru olarak hali hazırda gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca bkz. **ACAR**, s. 400.

⁵⁶ Ayrıca bkz. **AYDIN**, s. 35 vd.

C. Eşin Saklı Paylı Mirasçı Olmasının Tasfiye Süreçlerine Etkisi

Ölüm, dâhil olunan hukukî ilişkilerin⁵⁷, ölüm anındaki durumuyla kesilmesinin sebebidir (TMK m. 28). Miras hukuku kuralları da söz konusu hukukî ilişkilerin tasfiyesi esaslarının tümünü ifade eder. Türk (ve İsviçre)⁵⁸ hukukunda kabul edilen mirasın intikaline dair esaslar uyarınca da eş yasal ve saklı paylı mirasçıdır. Ancak mirasçılar aynı zamanda tereke borçlarından müteselsilen de sorumludur⁵⁹. Şu hâlde sağ kalan eş hem katılma alacaklısı hem de yasal (saklı paylı) mirasçı sıfatıyla bu tasfiye sürecinde âdeta çifte statüdedir. Bu durum alelade müteselsil sorumluluk esaslarından ayrıışan bir sorumluluk yapısıyla karşı karşıya olunması anlamına gelmektedir⁶⁰.

Bu ikiliğin meydana getirebileceği sorunlar gözetilerek Alman hukukunda “kazanç ortaklığı⁶¹” mal rejiminin ölümle sona ermesi ihtimalinde tasfiyenin miras hukuku kuralları uyarınca gerçekleştirilmesi öngörülmüştür⁶². Aynı doğrultuda Avusturya hukukunda da örneğin kazanç paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, sağ kalan eşin sadece yasal mirasçı olarak kabul edilmesi söz konusudur⁶³. İsviçre ve Türk hukukunda ise mal

⁵⁷ Öğretide *Akkanat* tarafından da işaret edildiği üzere ölüm, bir hak süjesinin sona ermesi anlamına gelmektedir. Bu durum, kişinin özel hukuk ve kamu hukuku alanındaki hak, borç ve hukuki statülerinin artık ona ait olamamasına neden olur. Ayrıca bkz. **AKKANAT**, Ölümün Etkisi, s. 1.

⁵⁸ Bkz. ZGB 204; İsviçre hukukunda katılma alacağı ile mirasçılıktan ileri gelen hak sahipliğinin ayrı değerlendirileceği yönünde ayrıca bkz. **Jungo-CHK**, ZGB Art. 204, N. 5.

⁵⁹ Mirasçı olan sağ kalan eş de tereke borçlarından müteselsilen sorumludur. Bkz. **ACAR**, s. 377.

⁶⁰ Alacaklılık ve borçluluk durumları eş zamanlı gerçekleştiğinden, bu yapının teselsülün doğmasına olanak tanımadığı yönünde ayrıca bkz. **ACAR**, s. 377.

⁶¹ Öğretide *Kılıçoğlu* “*Zugewinnngemeinschaft*” kavramını kazanç ortaklığı olarak çevirmişse de kanaatimizce bu kavramın edinim ve hatta edinilmiş mal ortaklığı şeklinde çevrilmesi mümkündür. Ayrıca bkz. **KILIÇOĞLU**, Mal Rejimi, s. 2 vd.

⁶² Buna göre kazanç/edinilmiş mal ortaklığı rejimi eşlerden birinin ölümüyle sona erdiğinde, sağ kalan eşin yasal miras payı, mal rejiminin tasfiye edilmesi yerine, dörtte bir oranda artırılacaktır. Bununla birlikte eşin mirası reddi halinde mal rejimi tasfiyesi uyarınca alacaklı çıkarsa sahip olduğu bu alacak kendisine ödenecektir. Bkz. BGB § 1371. Ayrıca bkz. **GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN, Dagmar**, Familienrecht, 7. Auflage, München 2020, § 31, N. 26; **Koch-MüKo**, BGB § 1371, N. 35-36.

⁶³ ABGB § 757 vd. Sağ kalan eş ABGB § 757/2 uyarınca, diğer mirasçılardan herhangi birinin talebi üzerine, mirasbırakanın ölümünden sonra evlilik sözleşmeleri (ölüm halinde mal ortaklığı - *Gütergemeinschaft auf den Todesfall*) veya bir miras sözleşmesi

rejiminin ölümle sona ermesine özellikli bir hukukî sonuç bağlanmamıştır. Bununla birlikte Türk yargısında aynı zamanda mirasçı olan eşin katılma alacağının hesaplanmasına yönelik iki farklı çözümün benimsendiği görülmektedir. Aşağıda bu çözümler ayrı ayrı değerlendirmeye tâbi tutulacaktır.

D. Yargıtay'ın Soruna Yaklaşımı

1. Kararların Tasnifi: İki Farklı Çözüm

Yargı kararları incelendiğinde sağ kalan eşin bu çifte statüsüne dair sorunun birbiriyle uyumsuz şekilde çözüme kavuşturulduğu ifade edilebilecek durumdadır. Bununla birlikte bu farklı uygulamaların çıkış noktası ortaktır. Buna göre sağ kalan eş, hem katılma alacağı nedeniyle tereke alacaklısı, hem de mirasçı sıfatıyla tereke borçlusu olduğundan miras payı oranında alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleştiği kabul edilmektedir⁶⁴. Bu doğrultuda eşin mirasçılık sıfatının (mirastaki payının) katılma alacağının hesaplanmasına etki edeceği kabul edilmektedir. Nitekim öğretide de eşin miras payı oranında katılma alacağının borçlusu olduğunun gözetilmesi ve bu paya karşılık gelen kısmı talep edememesi gerektiğine işaret edilmektedir⁶⁵.

Yargıtay kararlarında katılma alacağı ve miras payı arasındaki ilişkinin belirlenmesindeki fark ise miras payının katılma alacağına etkisinin hangi tasfiye sürecinde dikkate alınması gerektiği noktasındadır. Bir diğer ifadeyle soru hem aile hem de miras hukuku esaslarına göre ayrı yürütülmesi gerekli tasfiye süreçlerinin ortak özneleri bakımından nasıl gerçekleştirileceğidir. Yargıtay kararlarındaki öğretide de yukarıda işaret

kapsamında mirasbırakanın malvarlığından aldığı payı, yasal miras payının hesabında dikkate alınmak zorundadır (§ 2: “Sağ kalan eşin miras payı hesaplanırken, evlilik sözleşmesi (Ehepakt) veya miras sözleşmesi (Erbvertrag) yoluyla mirasbırakanın malvarlığından elde ettiği her şey (eşin miras payının hesaplanmasına) dahil edilmelidir”). Bu düzenlemenin, mirasbırakan tarafından öngörülmemiş çifte mali güvenceyi önlemek amacıyla getirildiği ifade edilmektedir. Bkz. **APATHY-Kurzkommentar**, ABGB § 757, N. 4.

⁶⁴ Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233; Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025); Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289; Y. 8. HD, 30.03.2016, E. 2014/27588, K. 2016/5782; Y. 8. HD, 05.12.2016, E. 2015/7964, K. 2016/16467, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁶⁵ **ACABEY, Beşir M.**, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020, s. 143; **AKÇAAL**, s. 237; **ACAR**, s. 377-378. *Acar*, bu görüşü öğretinin hâkim görüşü olarak nitelendirmektedir. Bkz. **ACAR**, s. 318, dn. 1173.

edildiği üzere kabul görmüş ilk çözüm, sağ kalan eşin katılma alacağının miras payı oranında indirimine gidilmesidir. Buna göre:

“... Ancak, davacı sağ kalan eş olduğundan sağ eşin mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkı, terekeye ait borç olup, davacının 1/4 oranında miras payı bulunmaktadır. Bu durumda, davalı, belirlenen katılma alacağının tamamından sorumlu tutulamaz. ...katılma alacağına karar verilirken, sağ kalan eş davacının 1/4 oranında mirasçı olduğu dikkate alınarak terekeden davacıya düşen pay mahsup edilmeli ve bu şekilde elde edilecek miktara katılma alacağı olarak karar verilmesi gerekir”⁶⁶.

Şu hâlde Yargıtay’ın ilk çözümü; sağ kalan eşin katılma alacağı aynı zamanda bir tereke borcu da olduğundan bu alacaktan eşin miras payı mahsup edilerek sağ kalan eşe ödenecek bedelin belirlenmesidir. Bu borcun ödenmesi bakımından mirasçılar arasında bir teselsül ilişkinin bulunup bulunmadığı ise (öğretide) tartışmalıdır⁶⁷.

Yargıtay kararlarındaki ikinci çözümü ise ilk çözüme dair eleştirilerle temellendirilmiştir. Buna göre ilk çözüm esas alındığında esasında

⁶⁶ Y. 8. HD, E. 2013/1927, K. 2013/5882, T. 18.04.2013 (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025); aynı yönde bkz. “...Evlilik ve mal rejimi ölüm sebebiyle sona ermiştir. Katkı payı borcu ölen eşin terekesinin borcudur. Davacı da davalılarla birlikte ölen eşin 1/2 payı oranında yasal mirasçısı olarak tereke borcundan yasal miras payı oranında sorumludur. Bir başka anlatımla hesaplanan katkı payı alacağının 1/2 oranındaki bölümü için davacı aynı zamanda borçludur. Davacıda bir bölüm alacak için alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmiştir. Terekenin aktifinin alacak taleplerine konu edilen malvarlığı unsurlarından oluştuğu, pasifinin ise sadece davaya konu katkı payı alacağı olduğu ve terekenin başka borcu iddia ve ispat edilmediğine göre tereke borcundan davacının yasal miras payına isabet eden bölümün düşümü suretiyle alacağa hükmedilmesi gerekirken katkı payı alacağının tamamına hükmedilmesi doğru değildir” [Y. 8. HD, 31.05.2016, E. 2016/8527, K. 2016/9582. Aynı yönde bkz. Y. 8. HD, 14.10.2015, [Y. 8. HD, 31.05.2016, E. 2016/8527, K. 2016/9582. Aynı yönde bkz. Y. 8. HD, 14.10.2015, E. 2015/16951, K. 2015/18335; (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 20.04.2025)]; ayrıca bkz. Y. 8. HD, 11.03.2011, E. 2011/1293, K. 2011/1521; Y. 8. HD, 29.09.2015, E. 2015/6737, K. 2015/16974; Y. 8. HD, 30.03.2016, E. 2014/27588, K. 2016/5782; Y. 8. HD, 05.12.2016, E. 2015/7964, K. 2016/16467; Y. 8. HD, 21.05.2019, E. 2018/14507, K. 2019/5344, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Bu çözümün/görüşün güncel içtihat olduğu yönünde bkz. ŞİPKA/ÖZDOĞAN, s. 489 vd.; ÜNAL, s. 130.

⁶⁷ Tereke borcunun alacaklısının aynı zamanda mirasçı olduğu hallerde bu borçtan sorumluluk için müteselsil sorumluluğun öngörüldüğü TMK m. 641’in uygulanmaya çağı yönünde bkz. İMRE/ERMAN, s. 435; DURAL/ÖZ, N. 1897 vd.; aksi yönde ESCHER, Art. 603, N. 1a. Katılma alacağı yönünde bu görüşte ACAR, s. 377; aksi yönde AKÇAAL, s. 236 vd.

hem miras hem de aile hukuku kurallarına hâkim ilkelere aykırıdır⁶⁸. Bu sebeple Yargıtay, katılma alacaklısı sağ kalan eşin katılma alacağının ödenmesinden aynı zamanda miras payı oranında sorumlu olduğu için sağ kalan eşin miras payından katılma alacağından, kendisine düşen borcun düşülmesi suretiyle mirasın paylaşılması gerektiği yönünde karar vermektedir. Buna göre:

“...Davacı sağ eş, hem katılma alacağı nedeniyle tereke alacaklısı ve hem de tereke borcundan dolayı mirasçı sıfatıyla tereke borçlusudur. Bu nedenle alacaklı ve borçlu sıfatı davacı sağ eşte birleşmiş durumdadır. ...Belirtildiği gibi açıklanan farklılıklar nedeniyle katılma rejiminin tasfiyesi ile terekenin tasfiyesi birlikte yapılamaz. Farklı tasfiye kurallarına bağlı bulunan her iki hakkın aynı anda ve birlikte tasfiyesi halinde ileride beklenmeyecek ve kestirilemeyecek sorunlarla veya sonuçlarla karşılaşılması mümkün olabilir. Bu konuda isteğin olup olmaması da sonuca etkili değildir. Katılma alacağının, terekenin borcu olduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Ancak bu alacak hakkı terekeden öncelikle ödenmesi gereken bir alacak hakkıdır. Davacı, terekeden alacaklı olduğu gibi, aynı zamanda az önce açıklanan TMK’nun 641. maddesi uyarınca da terekenin borçlusu durumdadır. Yani somut olayda, alacaklı ve borçlu sıfatı davacıda birleşmiş durumdadır. Tüm bunlar gözönünde bulundurulduğunda, katılma alacağı ile terekenin birlikte tasfiyeye tâbi tutulmasının doğuracağı sakıncaların ve ortaya çıkabilecek çözümsüzlüklerin şimdiden kestirilmesi oldukça güçtür. Bu bakımdan istek olsun ya da olmasın sağ kalan davacı eşe ait miras payının katılma alacağından düşürülmesi; katılma alacağına hakim olan ilkeler ile miras hukukuna hakim olan ilkelere aykırı düşer. Şu halde öncelikle davacının katılma alacağının terekenin öncelikli borcu olarak terekeden ödenmesi, ondan sonra mirasçıların kalan net terekeyi aralarında miras payları oranında paylaşmaları gerekecektir. Davacının terekeye olan borcu ancak, terekenin tasfiyesi sırasında gözönünde bulundurulmalı ve terekeye olan borcu miras payından düşürüldükten sonra kalan miras payı varsa kendisine ödenmelidir”⁶⁹.

⁶⁸ Y. 8. HD, 17.12.2013, E. 2013/17871, K. 2013/19233, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁶⁹ Y. 8. HD, 10.06.2014, E. 2014/2640, K. 2014/11919, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Nitekim 8. HD, 18.04.2013, E. 2013/1927, K. 2013/5882, künye bilgili kararın karşı oyunda da şu ifadelerle yer verilerek aynı yönde görüş beyan edilmiştir: *“...Tüm bunlar gözönünde bulundurulduğunda, katılma alacağı ile terekenin birlikte tasfiyeye tâbi tutulmasının doğuracağı sakıncaların ve ortaya çıkabilecek çözümsüzlüklerin şimdiden kestirilmesi oldukça güçtür. Bu bakımdan istek olsun ya da olmasın sağ kalan davacı eşe ait miras payının katılma alacağından düşürülmesi katılma alacağına hakim olan ilkeler*

2. Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Tereke borcu niteliğindeki katılma alacağı esasında terekenin net miktarının belirlenmesinde önem arz etmektedir⁷⁰. Zira mirasın paylaşılmasından önce bir “ön koşul” olarak sağ kalan eşin katılma alacağı terekeden çıkarılacak ve kalan miktar üzerinden miras paylaşımı gerçekleştirilecektir. Bunun bir sonucu olarak Yargıtay (ilk çözümünde), miras paylaşımına yönelik bir talep söz konusu olmamasına rağmen katılma alacağından miras payının re’sen düşürülebileceği kabul etmekte ve bu çözüm öğretide de benimsenmektedir.

Ancak bu pratik çözüm, Yargıtay tarafından da işaret edildiği üzere hem mal rejimi tasfiyesinin hem de miras hukukunun ilkelerine aykırı sonuçlar meydana getirebilecektir. Zira katılma alacağının talep edilmesine yönelik davanın miras ortaklığındaki paylaşım bakımından da sonuç doğurması uygun düşmez. Buna ek olarak mirasçılar TMK m. 641 uyarınca tereke borçlarından müteselsilen sorumlu olduklarından sağ kalan eş, esasında her bir mirasçıdan borcun ödenmesini talep edebilecekken miras paylaşımının ve dolayısıyla terekedeki hak sahipliklerinin bu davanın sonuçlarından etkilenecek olması durumunda davanın tüm mirasçılara karşı açılması gerekecektir. Nitekim Yargıtay da aşağıda yer verilen gerekçelerle katılma alacağının tüm mirasçılara karşı yönetilmesi gerekli bir talep olduğu yönünde karar vermiştir. Buna göre:

*“...davacı mirasçı sağ eşin mal rejiminin tasfiyesi sebebiyle talep ettiği ve terekeye ait borç sayılan alacak miktarından, davanın mirasçılar arasında görülmesi nedeniyle, davacı da **dahil bütün mirasçılar miras payları oranında sorumludurlar**. Buna göre, hüküm altına alınan tereke borcundan davacının da miras payı oranı gözönünde bulundurularak davalıların sorumlu olduğu mikta-*

ile miras hukukuna hakim olan ilkelere aykırı düştüğü kanısındayım. O halde, öncelikle davacının katılma alacağının terekenin öncelikli borcu olarak terekeden ödenmeli, ondan sonra mirasçılar kalan net terekeyi aralarında miras payları oranında paylaşmaları gerekecektir. Davacının terekeye olan borucu ancak terekenin tasfiyesi sırasında göz önünde bulundurulmalı ve terekeye olan borcu miras payından düşürüldükten sonra kalan miras payı varsa kendisine ödenmelidir.” (Karşı Oy, Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025). Aynı yönde ayrıca bkz. Y. 8. HD, 24.06.2014, E. 2014/5192, K. 2014/13289, (Lexpera-İçtihat, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁷⁰ Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona ermesi halinde mal rejimi tasfiyesi gerçekleştirilip katılma alacaklısı eş belirlenmeden miras ortaklığının paylaşımına sona erdirilmesi, işin niteliği gereği mümkün değildir. Ayrıca bkz. SARI, s. 85; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1244.

rın, talep miktarı da dikkate alınmak suretiyle hüküm fıkrasında açıkça gösterilmesi gerekirken, terekeye ait borcun tamamının davalı mirasçılardan tahsiline karar verilmesi doğru olmamıştır”⁷¹.

Şayet alacaklının (sağ kalan eş) aynı zamanda terekedeki hak sahipliği dolayısıyla borçlu olduğu gerekçesiyle TMK m. 641 uyarınca müteselsil sorumluluk esaslarının uygulanmayacağına benimsenmesi de sorunu çözmemektedir⁷². Zira mirasçılardan müteselsil sorumluluğunun kabul edilmemesinin hemen akabinde borcun ödenmesinin mirasın paylaşılması aşamasına bırakılması söz konusu olacaktır⁷³. Bir diğer ifadeyle tereke alacaklısı olan mirasçının alacağı, miras paylaşımı esnasında dikkate alınarak miras payı belirlenecektir. Bu durum mirasın paylaşılmasına yönelik olmayan ve bu konuda görevli olmayan bir mahkeme nezdinde mirasın kısmen paylaşılması sonucu doğuran bir karar verilmesi anlamına gelmektedir. Böyle bir kararın verilmesiye usul hukuku kuralları gözetilmediğinde mümkün olmamak gerekir⁷⁴.

Netice itibarıyla yargı kararında da görüleceği böyle bir yaklaşım esasında; mirasçılardan ortaklık üyesi olmaları dolayısıyla paylaşım esaslarıyla (iç ilişki), tereke borçlarından sorumluluk esaslarının (dış ilişki) birbiriyle iç içe geçmesine sebep olmaktadır⁷⁵. Bu durum âdeti mal rejiminin tasfiyesiyle miras paylaşımının birlikte yapılması hukukî sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir davanın aynı mahkeme nezdinde görülmesiye işaret edildiği üzere yürürlükteki usul hukuku kuralları itibarıyla da mümkün değildir⁷⁶.

⁷¹ Y. 8. HD, 05.12.2016, E. 2015/7964, K. 2016/16467, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁷² Aksi yönde bkz. **ACAR**, s. 378-379.

⁷³ **DURAL/ÖZ**, N. 1897.

⁷⁴ Kaldı ki müteselsil sorumluluğun mevcut olmadığına kabul edildiği ve fakat bu durumun mirasın paylaşımı aşamasında dikkate alınmayacağı ve doğrudan katılma alacağının belirlenmesi sürecinde bu durumun gözetileceğinin savunulmasının akabinde bu borç için hangi sorumluluk esasının geçerli olduğu belirtilmemektedir. Bkz. **ACAR**, s. 378. Bunun aksine tereke borçları açısından “elbirliği halinde sorumluluk” esasının benimsenmesi ihtimalindeyse bu sonuca varılmasının mümkün olmayacağı tespit edilmektedir. Bkz. **ACAR**, s. 379. Bu durumda esasında paylaşımında dikkate alınmayacağı ifade edilen katılma alacağından sorumluluk bakımından müteselsil sorumluluk da dışlanınca elbirliği esası dışında başka bir seçeneğin kalmadığına da dikkat çekilmelidir.

⁷⁵ Ayrıca bkz. **AKÇAAL**, s. 236 vd.

⁷⁶ Nitekim mal rejimi tasfiyesi Aile Mahkemelerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık iken miras paylaşımı Sulh Hukuk Mahkemeleri nezdinde gerçekleştirilecektir. Bkz.

Yargıtay tarafından benimsenen ikinci çözüm kanaatimizce mevcut hukuk düzeniyle uyum itibarıyla daha isabetlidir. Bir diğer ifadeyle katılma alacağının sağ kalan eş tarafından tahsil edilmesinin akabinde (ve bu ilişki neticelendirildikten sonra), mirasçılık sıfatı dolayısıyla yasal miras payının hesabında bu ödemenin dikkate alınması uygun düşecektir⁷⁷. Böylece kanaatimizce mal rejimi tasfiyesi ile miras paylaşımı ayrı ayrı gerçekleştirilmiş olacak ve ortaya çıkabilecek “karmaşa” önlenebilecektir. Buna ek olarak esasında bu çözüm, mal rejimi tasfiyesinin bir ön koşul olarak gerçekleştirilmesi şartının da yerine getirilmesini temin etmektedir. Zira gerek yargı uygulaması gerekse öğretide isabetle işaret edildiği üzere mal rejimi tasfiyesi gerçekleştirilmeksizin miras paylaşımına geçilmesi mümkün olmayacaktır. Öncelikle mal rejimi tasfiye edilerek sağ kalan eşin katılma alacaklısı yahut borçlusu (ve dolayısıyla terekenin borcunun yahut alacağının kapsamı) belirlenmek durumundadır⁷⁸. Nitekim katılma alacağının ödenmesine yönelik öğretinin yaklaşımı da Yargıtay’ın öncelikle sağ kalan eşe katılma alacağının ödenmesi gerektiği yönündeki kararlarıyla da uyumludur⁷⁹.

4787 Sayılı Kanun (Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun) m. 4/1., HMK m. 4. Nitekim öğretide Ünal tarafından da tasfiye rejimlerinin birbirine karışmasının hem maddi hukuk hem de usul hukuku yönünden tutarsız sonuçlara sebep olduğu işaret edilmiştir. Bkz. ÜNAL, s. 129-130. İki davanın birbiriyle ilişkisi hakkında ayrıca bkz. ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 492 vd.

⁷⁷ Bu noktada esasında edinilmiş mallara katılma rejiminin değiştirilmeksizin evliliğin sürdürülmesine denkleştirme kuralları uyarınca bir hukukî sonuç bağlanması da düşünülebilecektir. Nitekim böyle bir yaklaşım esasında Apathy tarafından da ifade edildiği üzere mirasbırakan tarafından öngörülmemiş çifte mali güvencenin önlenmesi itibarıyla (APATHY-Kurzkomentar, ABGB § 757, N. 4) dikkate alınabilecek niteliktedir. Bu kapsamda TMK m. 669/1 uyarınca mal rejimi tasfiyesi sonucu elde edilen katılma alacağının denkleştirmeye tâbi bir alacak olarak kabul edilip sadece sağ kalan eşin yasal miras payı oranında değil gerçekleştirilen ödemenin tamamının mirastan kendisine düşecek tasfiye bakiyesinin belirlenmesinde dikkate alınması da bir çözüm olabilecektir.

⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1244.

⁷⁹ Nitekim Akçaal tarafından açıkça ifade edildiği üzere: “...Kendisine ifa talebi yöneltilen mirasçı, borcun yalnızca miras payı oranında kendisini bağladığını ileri sürememelidir. Ancak, payından fazla ödeme yapan mirasçı, yalnızca kendi payı oranında diğer mirasçılara rücu edebilmelidir (TBK m. 167/II)”. Bunun akabinde Akçaal, Yargıtay’ın mirasçılarının mecburi dava arkadaşı olarak değerlendirildiği kararı [Y. 8. HD, 24.12.2015, E. 2014/143124, K. 2015/23133, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 23.02.2025)] eleştirmekte ve mirasçılarının ihtiyari dava arkadaşı oldukları ifade etmektedir (AKÇAAL, s. 236). Ayrıca bkz. BERKİ, Şakir, Miras Hukuku, Ankara 1975, s. 110-111; ÖZER DENİZ, s. 117; DURAL/ÖZ, N. 1894.

Bununla birlikte işaret edildiği üzere esasında sorun, ölümle birlikte sağ kalan eş bakımından iki statünün ve iki farklı hukuk alanı kurallarının devreye girmesinin önüne geçil(e)memiş olmasıdır. Ölümün mal rejimi tasfiyesine etkisine dair hukukî düzenleme eksikliklerine, Yargıtay kararlarındaki çeşitliliğin eklenmesiyle de sorun daha karmaşık hale gelmiştir.

Eşlerin mal rejiminin tasfiyesi süreçleriyle elde edecekleri haklar ile miras hukuku uyarınca sahip olduğu hak ve kazanımlarının birbirinden ayrılması gerektiği açıktır. Bu noktada mal rejiminin ölümle sona ermesinin tek bir rejiminin olması arzu edilir⁸⁰. Sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı, evlilik bağına kanun koyucunun verdiği önemden ileri gelmektedir. Eşler, hayat ortaklıklarının bir neticesi olarak diğer eşin malvarlığı üzerinde de her durumda (hangi zümreyle mirasçı olduğu fark etmeksizin) hak sahibi kılınmıştır. Eşin bu mirasçılık sıfatına ek ayrıca mal rejimi tasfiyesi talebinin de hukuken himaye görmesi eleştiriye açıktır. Bu durum esasında sistemin bütünüyle de uyumsuzluk arz etmektedir⁸¹.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında aşağıda yer verilmiş olan sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona erdiği hallerde mal rejimi tasfiyesiyle miras hukuku esasları âdeta karşı karşıya gelmektedir. Özellikle saklı paylı mirasçı eşin katılma alacaklısı olduğu durumlarda bu alacağın terekeden ödenmesi birtakım hukukî sorunları beraberinde getirmektedir.
2. Yasal düzenlemelerdeki eksiklikler ve Yargıtay kararlarındaki farklı yaklaşımlar, katılma alacağının tereke borcu olarak değer-

⁸⁰ Nitekim öğretide de kanaatimizce de isabetli olarak kanun değişikliğiyle ölüm haline özgü tek bir tasfiye esasının benimsenmesi önerilmektedir. Bkz. ŞİPKA, s. 75; ULUÇ, Yusuf, Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014, s. 1584; ÜNAL, s. 130.

⁸¹ Türk hukukunda kanunî mirasçılık, kan bağı esasına dayanmaktadır. Bu esasa rağmen sağ kalan eş, evlilik bağı dolayısıyla kanunî mirasçısı olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi zikredildiği üzere kanun koyucunun evlilik birliğine verdiği önemdir. Bu itibarla ölüm halinde sağ kalan eşin evlilik gerekçesiyle kanunî mirasçılığına ek katılma alacaklısı kabul edilmesi, sistem bütünlüğü açısından da isabetli olmamıştır. Ayrıca bkz. AKKANAT, Halil, "Boşanma Hukuku'nda Ne Değişti?", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) S. 1, 2004, s. 52 vd. Önerimiz sağ kalan eşe "mirasbırakan taraftan öngörülmemiş çifte mali güvence" tanınması sonucunu doğuran bu düzenlemenin değiştirilmesi ve dahi en azından tek bir tasfiye usulünün benimsendiği bir değişiklik yapılması yönündedir.

lendirilip değerlendirilmeyeceği ve miras payıyla nasıl ilişkilendirileceği konusunda uygulamada çelişkilere sebep olmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce ölüm sebebiyle mal rejimi tasfiyesi, miras hukuku esasları da gözetilerek (eşin saklı paylı mirasçı olması) açıkça düzenlenmelidir.

3. Zikredilen düzenleme(ler) için yol gösterici olması bakımından Alman ve Avusturya hukukunun mevcut durumu dikkate alınabilecek niteliktedir. Her iki hukuk düzeni de sağ kalan eşin haklarını koruma noktasında daha sistematik çözümler sunmaktadır. Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım benimsenerek sağ kalan eşin hem katılma alacaklısı hem de saklı paylı yasal mirasçı olarak çifte statüsü sona erdirilmelidir.
4. Yasal mal rejiminin ölüme sona ermesi halinde sağ kalan eşin miras payının artırılması yahut miras hukuku kuralları uyarınca katılma alacağının da tasfiye edilmesi önerilmektedir.
5. Böylece aile ve miras hukuku kurallarının hukuk düzeni içerisinde bir çelişki meydana getirmeksizin bir bütün olarak uyum arz etmesi de temin edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir M.:** Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Ankara 2020.
- ACAR, Faruk:** Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 6. Bası, İstanbul 2021.
- AKBIYIK, Cem:** Miras Sebebiyle İstihkak Davası, İstanbul, Der Yayınları, 2003.
- AKÇAAL, Mehmet:** "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2020, s. 233-260.
- AKINCI, Şahin:** "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri", Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFAD., Özel Sayı, 22(3), 2016, s. 165-190.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya:** Medeni Hukuk, 28. Bası, İstanbul 2024.
- AKKANAT, Halil:** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2004 ("Ölümün Etkisi").
- AKKANAT, Halil:** "Boşanma Hukuku'nda Ne Değişti?", Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD) S. 1, 2004, s. 52-57.
- AKKANAT, Halil:** Medeni Hukukun Uygulanmasında Yöntem, İstanbul 2024 ("Yöntem").
- ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek:** Miras Hukuku C. III, Genişletilmiş 5. Bası, İstanbul 2021.
- AYDIN, Gülşah Sinem:** "Türk Medeni Kanunu'nun 236. Maddesinin İkinci Fıkrasının Eşlerden Birinin Diğerini Kasten Öldürmesi Halinde Uygulanıp Uygulanmayacağı Sorunu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 165-166, 2018, s. 9-42.
- BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet:** Medeni Hukuk Dersleri-II Aile Hukuku, Ankara 2025.
- BERKİ, Şakir:** Miras Hukuku, Ankara 1975.
- ÇABRİ, Sezer:** Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) C. III, 2. Bası, İstanbul 2023.
- ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun:** Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ:** Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. III-Aile Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2025.

- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut:** Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2023.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku C. I-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 19. Bası, İstanbul 2024.
- ERSÖZ, Oğuz:** Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2022.
- ERTAŞ, Şeref:** “Edinilmiş Mal Rejimini Tasfiyesi, Mirasın Paylaşılması, Tenkis Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 1365-1390.
- ESCHER, Arnold:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, III. Band, Das Erbrecht, Zweite Abteilung, Der Erbgang (Art. 537-640), Dritte Auflage, bearbeitet von Arnold Escher, 1960.
- GERNHUBER, Joachim/COESTER-WALTJEN:** Dagmar, Familienrecht, 7. Auflage, München 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- HELVACI, İlhan:** Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul, 1. Basıdan Tıpkı 2. Bası, 2014.
- IŞIKTAÇ, Yasemin:** Hukuk Başlangıcı, 5. Bası, İstanbul 2021.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan:** Miras Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2022.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan:** Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- KARAMERCAN, Fatih:** Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 6. Baskı, Ankara 2020.
- KARLI, İbrahim:** “Paylaşmaya Kadar Miras Ortaklığının Hukuki Durumu”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2. Bası, İstanbul 2002 (“Mal Rejimi”).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Katkı-Katılma Alacağı, Ankara 2011 (“Katılma Alacağı”).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan II. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 1716-1757.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 13. Bası, Ankara 2023 (“Miras”).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1987.

KORKMAZ, Abdullah Furkan: Elbirliği Mülkiyetinde Eşyanın Kullanılması ve Korunması, İstanbul 2021.

MOROĞLU, Nazan: Medeni Kanun’da Mal Rejimleri-14 Soru-14 Cevap, İstanbul 2002.

NOMER, Halûk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi: Medeni Hukuka Giriş, 11. Bası, İstanbul 2024.

OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. Bası, İstanbul 2020.

ÖZER DENİZ, Miray: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Sona Ermesi ve Tasfiyesi, İstanbul 2016.

SARI FİDAN, Özlem: Miras Ortaklığı, Ankara 2016.

SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

SCHUCAN, Max A.: Die Erbschaftsklage des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1943.

SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2024.

ŞEKER, Muzaffer: “Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejiminden Kaynaklanan Hakları (MK m. 240, 652)”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2007, s. 435-450.

ŞENER, Esat: Miras Hak ve Payları (Feraiz ve İntikal Hükümleri Dahil), Ankara 1996.

ŞIPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar 2. Bası, İstanbul 2011.

ŞIPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, İstanbul 2017.

ULUÇ, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Ankara 2014.

- ÜNAL, Akın:** “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2019, s. 121-140.
- YAZAR SOYİSMİ-BK:** Berner Kommentar, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2014 (Swisslex, Erişim Tarihi: 12.01.2025).
- YAZAR SOYİSMİ-CHK:** CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht-Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB-Partnerschaftsgesetz, 4. Auflage, Zürich 2023 (Swisslex, Erişim Tarihi: 28.02.2025).
- YAZAR SOYİSMİ-MüKo:** Münchener Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht I, §§ 1297-1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, München 2022.
- YAZAR SOYİSMİ-Staudinger:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 5: Erbrecht: §§ 1967-2063 (Rechtsstellung des Erben), Berlin 2020.
- YAZICI, Ayşe Nur Merve:** Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu, Ankara 2018.
- ZEYTİN, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Bası, Ankara 2008.

RECOGNITION OF THE TALIBAN'S GOVERNMENT FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

Dr. Öğr. Üyesi Kayser (Qaisar) NASRAT*

Abstract

Despite American-mediated efforts, the prolonged Taliban-Afghan government-U.S. negotiations in Doha failed. Shortly afterward, on August 15, 2021, the Taliban seized control of Kabul, marking the beginning of its second controversial term in power. The Taliban's connections to international terrorism, human rights violations, and its rise to power through illegitimate means—by force and violence—raise numerous questions under international law. The critical question now is: "Should the Taliban government, which came to power under these conditions, be recognized by the international community?" This study examines the potential dangers and risks that recognizing the Taliban could pose for Afghanistan and the global community. In particular, it addresses the Taliban's stance on human rights and its approach to counterterrorism. The findings indicate that, although the Taliban exercises effective control over Afghanistan, it will not be recognized by the international community until it adheres to principles such as human rights protection, countering international terrorism, and establishing an inclusive government.

* Dr. Öğr.Üyesi, İbn Haldun Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Uluslararası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst.Prof, Ibn Haldun University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, İstanbul, Türkiye.

✉ qaisar.nasrat@ihu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4676-8122.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: NASRAT, Kayser: "Recognition of the Taliban's Government From the Perspective of International Law", SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1041-1058.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Keywords

• International Law • Islamic Emirate of Afghanistan • Legitimacy • Recognition of Government • Taliban

TALİBAN HÜKÜMETİNİN TANINMASI: ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Öz

Amerikan arabuluculuğunda yapılan çabalara rağmen, Doha'da gerçekleştirilen uzun süreli Taliban-Afgan hükümeti-ABD müzakereleri başarısızlıkla sonuçlandı. Bu gelişmenin hemen ardından, 15 Ağustos 2021'de Taliban, Kabil'in kontrolünü ele geçirerek iktidardaki ikinci tartışmalı dönemine başladı. Taliban'ın uluslararası terörizmle bağlantıları, insan hakları ihlalleri ve güç ve şiddet yoluyla meşru olmayan yöntemlerle iktidara gelmesi, uluslararası hukuk bağlamında pek çok soruyu gündeme getirmektedir. Şu anda kritik soru şudur: "Bu koşullar altında iktidara gelen Taliban hükümeti, uluslararası toplum tarafından tanınmalı mı?" Bu çalışma, Taliban'ın tanınmasının Afganistan ve küresel toplum için yaratabileceği potansiyel tehlike ve riskleri incelemektedir. Özellikle Taliban'ın insan haklarına yaklaşımı ve terörle mücadele konusundaki tutumuna odaklanmaktadır. Bulgular, Taliban'ın Afganistan üzerinde etkin bir kontrol sağlamakla birlikte, insan haklarının korunması, uluslararası terörizmle mücadele ve kapsayıcı bir hükümet kurma gibi ilkelere uymadıkça uluslararası toplum tarafından tanınmayacağını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

• Afganistan İslam Emirliği • Hükümetin Tanınması • Meşruiyet • Uluslararası Hukuk • Taliban

INTRODUCTION

Recognition of governments has two dimensions: political and legal. Whether the Taliban government should be recognized by the international community is also evaluated within these two dimensions. In the context of Afghan history, no government—regardless of how undemocratically it came to power—has generated as much controversy as the Taliban government. Two key reasons stand out: first, the Taliban's widespread use of violence, and second, its connections to terrorist organizations.

On August 15, 2021, the Taliban seized control of Kabul, prompting the elected president, Ashraf Ghani, to flee the country. After establishing control over Afghanistan, the Taliban announced a new government and cabinet. However, no country has yet officially recognized this Taliban government, although some states, like China and Russia, continue discussions on the matter. While certain states have openly declared they will not recognize the Taliban, others are adopting a “wait and see” approach. The main reasons for non-recognition include the Taliban's human rights violations, concerns over its post-recognition approach, and its stance on international terrorism. The Taliban was listed as a terrorist group by the UN Security Council from 2001 to 2011. Although removed from this list in 2011, many high-ranking Taliban officials remain on the UN Security Council's Consolidated Sanctions List. Notably, the interim cabinet the Taliban formed on September 7, 2021, includes individuals on the sanctions list, including the acting Interior Minister, Serajuddin Haqqani.

The international community has repeatedly stated that they will not recognize the Taliban government unless it meets certain conditions. But what are these conditions for recognition by the international community? Additionally, what does recognition mean under international law, and how does it differ from state recognition?

This study explores the concept of recognition in international law in general and examines the specific case of recognizing the Taliban administration. It begins with a brief overview of the Taliban's place and role in Afghan political history, followed by a discussion of the recognition of states and governments and the differences between the two. Finally, the paper addresses the recognition of the current Taliban administration.

I. THE ROLE OF THE TALIBAN IN AFGHAN POLITICS

Since its emergence in the early 1990s, the Taliban has played a central and controversial role in Afghan politics, occupying the agenda of Afghanistan and the world with its ideological, political, and military aspects.

This section examines the ideological foundations of the Taliban organization, its role in Afghan politics, and its two periods of government (1996–2001 and 2021).

A. Taliban in Afghan Political History

The word “Taliban” is the plural of Talib in Pashto, meaning “student.” The Taliban was originally established in the early 1990s by young Afghan men who were educated in Islamic religious schools (Madrasas) in Pakistan. Ideologically, this movement is based on a strict conservative interpretation of Sunni Islam, which can be said to lean towards Wahhabism. It is relevant to note that this Wahhabism ideology was influenced by Saudi Arabian teachings in the Pakistani madrasas where they studied.

The Taliban emerged in response to the civil war, chaos, and lawlessness that followed the Soviet withdrawal from Afghanistan in 1989, promising to end the civil war, eliminate corruption, and establish an Islamic justice system. The Taliban gained control of southern Afghanistan in 1994 and captured the capital, Kabul, in 1996, establishing the Islamic Emirate of Afghanistan.

From 1996 to 2001, the Islamic Emirate of Afghanistan controlled most of the country, enforcing an extremely conservative and strict version of Islamic law that left a profound impact on Afghan politics:

- **Serious Human Rights Violations:** This included denying women the right to education, enforcing severe punishments for crimes like theft (amputation of limbs) and adultery (stoning), and banning news media such as television.

- **Exclusion of Ethnic Groups:** The Taliban centralized power and pushed other ethnic groups out of the political sphere, implementing strict discrimination and repression against Hazaras, a group primarily affiliated with Shia Islam.

- **Lack of International Recognition:** No state formally recognized the Taliban government except Pakistan, Saudi Arabia, and the UAE. The lack of recognition weakened the Taliban diplomatically and led the country into economic crisis. Furthermore, hosting terrorist organizations like al-Qaeda eventually led to the government’s downfall.

• **Destruction of Cultural Heritage:** The Taliban caused significant damage to the country's historical assets, most notably destroying the Bamiyan Buddhas in 2001.

After the September 11 attacks, the Taliban refused to hand over Osama bin Laden to the U.S. In response, a coalition led by the U.S. invaded Afghanistan, toppling the Taliban regime. After being overthrown, the Taliban retreated to rural areas, where they launched terror attacks and established shadow governments in defiance of the newly formed Afghan government. Although the Taliban began peace negotiations with the Afghan government in 2010, these efforts were unsuccessful. Eventually, in 2020, the U.S.-Taliban peace agreement led to the U.S. withdrawal from Afghanistan.

B. The New Taliban Government (Return to Power, 2021-Present)

The U.S. withdrawal from Afghanistan in August 2021, combined with Afghan President Ashraf Ghani's reluctance to combat the Taliban and the weakening of the Afghan National Security Forces, enabled the Taliban to seize Kabul and reestablish dominance over the country. However, the Taliban government has not been officially recognized by any state.

The return of the Taliban to power has raised national and international concerns and issues. Although the Taliban claims to be more moderate than during its first period of rule, in practice, they continue to adopt strict policies regarding human rights and former security personnel.

II. RECOGNITION OF GOVERNMENTS AND ITS CONSEQUENCES IN INTERNATIONAL LAW

In terms of international law, "recognition of state" and "recognition of government" are different concepts.

A. The Recognition of States

State recognition has been the subject of extensive theoretical debate by academics and jurists¹. Consequently, there are many different definitions of state recognition. One of these is the recognition by existing states of the emergence of a new or existing entity with international legal personality². However, there is no universally accepted principle governing the concept of “statehood³” in international law. For example, Article 1 of the Montevideo Convention on the Rights and Duties of States (1933) stipulates four qualifications for an entity to become a state with international legal personality: (1) a permanent population; (2) a defined territory; (3) an established government; and (4) the capacity to establish relations with other states⁴.

B. The Recognition of Governments

Government recognition, on the other hand, refers to the transition of power or government within a recognized and continuing state or country. By recognizing the new government, other states accept that it has the capacity and authority to represent the country internationally and to enter into diplomatic relations with foreign states. Changes in government do not change the essence of a state, and “the state does not cease to be an international legal person because its government is overthrown”. The difference, according to Malcolm Shaw, is that “recognition of a state will affect its legal personality, whether by creating or acknowledging it, while recognition of a government affects the status of the administrative authority, not the state”⁵.

¹ **KELSEN**, Hans, “Recognition in International Law: Theoretical Observations”, *American Journal of International Law*, V. 35, No. 4, 1941, p. 605, 605–617; **LAUTERPACHT**, Hersch, “Recognition of States in International Law”, *Yale Law Journal*, V. 53, No. 3, 1944, p. 385, 385–458.

² **SHAW**, Malcolm, *International Law*, 9th Edition, 2021, p. 387.

³ MENDES, Errol, *Statehood and Palestine for the Purposes of Article 12 (3) of the ICC Statute: A Contrary Perspective*, https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres_/D3C77FA6-9DEE-45B1-ACC0-B41706BB41E5/281876/OTPErrolMendes-NewSTATEHOODANDPALESTINEFORTHEPURPOS.pdf (last visited: Mar. 21, 2023).

⁴ Convention on the Rights and Duties of States as adopted in the Seventh International Conference of American States, art. 1, Dec. 12, 1933, CLXV L.N.T.S. 3801–3824.

⁵ **SHAW**, p. 387.

In the absence of a clear set of principles and established practice in international law, recognition of government is a more controversial, enigmatic, contextual, discretionary and unresolved issue than recognition of states among states. When changes in government are often routine and ordinary, recognition of the status of the new government is easy and rarely requires serious efforts. In this case, usually, interactions between governments continue to imply that the new government has the appropriate qualifications. However, the problem of recognition only arises when changes in government are not routine or ordinary. For example, the issue of which group or party is entitled to represent the state in the event of a forcible overthrow of a government or a civil war raises the question of which group or party has the right to represent the state⁶.

Historically, states have considered various criteria when recognizing a government, such as effective control or legitimacy. One of the most influential criteria that guides states in their decision to recognize governments has been "effective control"⁷. The effective control doctrine holds that recognition should be granted if the government seeking recognition exercises foreseeable, continuous total or significant control over all or a large part of the territory and population of a state⁸. The second most important criterion for states to recognize governments is "legitimacy"⁹. States consider two types of legitimacy when assessing whether a government is legitimate: constitutional legitimacy and democratic legitimacy. According to the constitutional legitimacy doctrine, governments that seize power through extra-constitutional actions such as by force or coup d'état should not be recognized by other states. The democratic legitimacy doctrine, on the other hand, ties the recognition of governments to democratic processes such as elections and compliance with

⁶ **RAHIMI**, Haroun/ **HAZIM**, Mahir, "International Law and the Taliban's Legal Status: Emerging Recognition Criteria?", *Washington International Law Journal*, V. 32, 2023.

⁷ **SHAW**, p. 388.

⁸ **MACCHESNEY**, Brunson, "Recognition of States and Governments in International Law Studies", *International Law Studies*, V. 62, 1980, p. 693.

⁹ **SHAW**, p. 388.

human rights norms¹⁰. In practice, states are not obliged to comply with these criteria.

However, a treaty or a binding resolution of the UN Security Council may impose an obligation on states not to recognize a government¹¹.

Finally, government recognition is two types: explicit or implied. When the recognizing state clearly declares and officially communicates its decision to recognize by publishing a declaration or by establishing diplomatic channels, recognition is said to be “explicit.” However, if the recognizing state takes some action, such as establishing diplomatic or consular relations, but does not expressly declare its intention to formally recognize the other state, this recognition is “implied”¹² (B’nicco 2021: 15).

III. RECOGNITION OF THE TALIBAN UNDER INTERNATIONAL LAW

The Taliban’s takeover of Afghanistan in August 2021 has raised numerous legal, political, and ethical issues for the international community regarding its recognition as a government. The most critical question is whether the Taliban government is considered legitimate under international law.

As of now, no state has officially recognized the Taliban government. However, some countries, such as Uzbekistan, Russia, and China, continue individual negotiations while maintaining embassy operations. In this regard, countries like Pakistan, Uzbekistan, China, and Russia were the first to transfer their Afghan embassies and consulates to Taliban

¹⁰ B’NICCO, Liselotte Kasse: Recognition of Governments in International Law: A Case Study of the Venezuelan Presidential Crisis, Masters dissertation, 2021, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/003/007/761/RUG01-003007761_2021_0001_AC.pdf (last visited Mar. 25, 2024).

¹¹ Recognition of States and Governments in International Law, Karabakh, <https://karabakh.org/articles/recognition-of-states-and-governments-in-international-law/> (last visited Mar. 25, 2023).

¹² B’NICCO, p. 15.

representatives¹³. Iran¹⁴, Turkey¹⁵, and the United Arab Emirates¹⁶ also handed over Afghanistan's embassies and consulates to the Taliban administration between February and May 2023. Taliban spokesperson Zabihullah Mujahid has claimed that Taliban diplomats are currently operating in 14 countries as of March 24, 2023¹⁷ (Binesh 2023). However, these 14 countries, which have transferred their embassies and consulates to Taliban officials, have repeatedly emphasized that these actions do not imply formal recognition of the Taliban regime. For example, after Iran transferred Afghanistan's embassies and consulates to Taliban representatives, the country's Foreign Minister clarified that they do not recognize the Taliban government but only established relations focused on trade and common challenges faced by both countries¹⁸.

Meanwhile, most Western countries, except the United States, continue their relations with Afghan embassies and consulates that represent the former Afghan government. In March 2022, the United States closed

¹³ **RAHIMI/HAZIM**, p. 236.

¹⁴ **GUL**, Ayaz, Iran Hands Over Afghan Embassy in Tehran to Taliban, VOA, 2023, <https://www.voanews.com/a/iran-hands-over-afghan-embassy-in-tehran-to-taliban-/6980784.html> (last visited: August 25, 2024).

¹⁵ Taliban Announce Taking Over of Afghan Consulate General in Istanbul, Afghanistan International, 2023, <https://www.afintl.com/en/202302275594> (last visited: August 25, 2024).

¹⁶ Taliban Opens Consulate in UAE, The Balochistan Post, 2023, <https://thebalochistanpost.net/2023/03/taliban-opens-consulate-in-uae/> (last visited: August 25, 2024).

¹⁷ **BINESH**, Banafsha, Islamic Emirate Has Diplomates in 14 World Countries: Mujahid, Tolonews, 2023, <https://tolonews.com/afghanistan-182651> (last visited: August 25, 2024).

¹⁸ Wazir Khareja Iran: Hanoz Hukumat Taliban Ra Ba Rasmeyat Nameshnasaim [Iran's Foreign Minister: We Have Not Recognized the Taliban Government Yet], Tolqun News, 2023, <https://tolqun-news.com/fa/2023/01/14/%D9%88%D8%B2%DB%8C%D8%B1-%D8%AE%D8%A7%D8%B1%D8%AC%D9%87%D8%A7%DB%8C%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%87%D9%86%D9%88%D8%B2%D8%AD%DA%A9%D9%88%D9%85%D8%AA%D8%B7%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D9%86%D8%B1%D8%A7%D8%A8/> (last visited: August 25, 2024).

Afghanistan's embassies and consulates within its borders and assumed control of these diplomatic buildings¹⁹.

Finally, Arab countries, including Saudi Arabia and Qatar, have adopted a "wait and see" policy, indicating they are waiting for recognition by Western countries, particularly the United States.

The United Nations, meanwhile, has yet to recognize Taliban diplomatic representatives, and it continues its relations with representatives from Afghanistan's previous government.

This section will discuss the criteria for Taliban recognition worldwide and explore potential options for the international community based on the above explanations.

A. Criteria for the Recognition of the Taliban Government

As noted above, no state has yet formally recognized the Taliban government, citing multiple reasons that also form the criteria for its recognition. These criteria include legitimacy and respect for human rights.

1. Adherence to International Obligations

Throughout its history, Afghanistan has been party to numerous agreements and has certain obligations to the international community. The Taliban's reluctance to comply with these obligations, particularly those related to human rights and counter-terrorism, significantly affects its chances of being recognized. The Taliban's continued sheltering of terrorist groups like Al-Qaeda in Afghanistan demonstrates its failure to meet these obligations.

2. Effective Control and Inclusive Government

This criterion can be divided into two components: effective control and inclusive governance.

- **Effective Control:** The government must exercise actual control over the territory it governs, including enforcing laws and maintaining public order. The Taliban has achieved control over most regions of

¹⁹ LEE, Matthew, US Takes Control of Afghan Embassy, Consulates in NY, CA, Associated Press, 2022, <https://apnews.com/article/afghanistan-government-and-politics-united-states-taliban-d27a667b6b8c763eb33cb3a133f5ec45>(last visited: August 25, 2024).

Afghanistan and has been relatively successful in maintaining public order.

- **Inclusive Government:** A government must be inclusive to reflect the diversity of Afghanistan, a country with nearly 30 ethnic groups, various religious sects, and numerous social and political factions. However, approximately 95% of Taliban members are from a single ethnic group, the Pashtuns²⁰, and do not represent the full spectrum of Pashtun viewpoints, as many Pashtuns do not align with the Taliban's strict ideological interpretation of Islam²¹. Thus, the lack of inclusivity remains a significant barrier to the Taliban's recognition by other nations.

3. Legitimacy

In order for a government to come to power, it must have followed constitutional means. However, since the Taliban seized power by force, it constituted an unconstitutional act.

During the Doha peace talks, many countries, especially the UN and the United States, warned the Taliban that they would not be recognized as a legitimate government if they did not seize power by force²². However, despite the ongoing Doha talks, the Taliban continued to intensify their attack on the Afghan government and thus ignored the warnings²³. The Taliban ignored the peace talks and returned to power by force in August 2021²⁴.

Another reason to describe the Taliban as illegitimate is that the will of the Afghan people is ignored. Since the Taliban did not come to power through democratic methods and elections, they are considered illegitimate by world countries by ignoring the Afghans' right to self-determination.

²⁰ GIUSTOZZI, Antonio, *The Taliban Beyond the Pashtuns*, CIGI, 2010, https://www.files.ethz.ch/isn/121069/Afghanistan_Paper_5.pdf (last visited: August 25, 2024).

²¹ RAHIMI/HAZIM, p. 244.

²² Security Council Presidential Statement, 2021/14596, Aug. 6, 2021 (last visited: August 25, 2024).

²³ NOORZAI, Roshan/HAMDARD, Bezhan, *Afghans 'Disappointed' One Year into US-Taliban Deal*, VOA, 2021, https://www.voanews.com/a/extremism-watch_afghans-disappointed-one-year-us-taliban-deal/6202621.html (last visited: September 15, 2024).

²⁴ RAHIMI/HAZIM, p. 239-240.

4. Respect for Human Rights

Under today's international norms, commitment to human rights is a foundation of legitimacy. The Taliban's previous rule from 1996 to 2001, which severely restricted the rights of women and minorities, imposed harsh punishments, and ignored basic human rights norms, poses a significant obstacle to recognition. As of 2021, the Taliban has continued to raise serious concerns over restricting women's education and some acts of murder. In addition, the Taliban has violated human rights norms by suppressing dissent, restricting the media, and perpetrating widespread repression of ethnic minorities in the country.

5. Ties with International Terrorism

The Taliban's alliance and partnership with international terrorism from its emergence until today has significantly hindered its recognition by world states²⁵. The Taliban continues to shelter Al Qaeda and other international terrorists in Afghanistan today, just as it did during its first term in power²⁶. The most important evidence for this is the killing of Al Qaeda leader Ayman al-Zawahiri in a US drone strike in Kabul in May 2022, which revealed the Taliban's continuing relationship with international terrorists²⁷. According to some reports there are at least twenty active terrorist organizations in Afghanistan²⁸.

In light of the above evidence, the UN and a number of states have imposed numerous sanctions on the Taliban government. For example, UN Security Council (UNSC) Resolution 1267 (1999) imposed comprehensive and strict sanctions on individuals, organizations, groups and enterprises associated with the Taliban. In that resolution, the UNSC cited

²⁵ **RUBIN**, Barnett, Leveraging the Taliban's Quest for International Recognition, USIP, 2021, p. 2–6, https://www.usip.org/sites/default/files/Afghanistan-Peace-Process_Talibans-Quest-for-International-Recognition.pdf(last visited: September 15, 2024).

²⁶ **DAWI**, Akmal, Taliban Counterterrorism Commitments Face Growing Doubts, VOA, 2023, <https://www.voanews.com/a/taliban-counterterrorism-commitments-face-growing-doubts-/7004663.html>(last visited: September 05, 2024).

²⁷ **PLUMMER**, Robert / **MURPHY**, Matt, Ayman Al-Zawahiri: Al-Qaeda Leader Killed in US Drone Strike, BBC, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-62387167>(last visited: September 01, 2024).

²⁸ **DAWI**.

the Taliban's human rights violations, mistreatment of religious and ethnic minorities, failure to protect UN personnel, attack on the Iranian Consulate in Mazar-i-Sharif and continued support for Al-Qaeda. In its Resolution 1333 (2010), the UNSC reiterated the above points and also referred to the Taliban's links to drugs trade²⁹.

If the sanctions were to continue after the Taliban regained power in Afghanistan in 2021 and took control of all institutions of the Afghan state, this could have serious negative effects on Afghanistan, which is heavily dependent on international aid. In order to prevent such negative effects, the UN Security Council resolution 2615 (2021) decided that "that humanitarian assistance and other activities that support basic human needs in Afghanistan are not a violation of paragraph 1 (a) of resolution 2255 (2015), and that the processing and payment of funds, other financial assets or economic resources, and the provision of goods and services necessary to ensure the timely delivery of such assistance or to support such activities are permitted"³⁰. In addition, in the said resolution, the UNSC "strongly encourages providers relying on this paragraph to use reasonable efforts to minimize the accrual of any benefits, whether as a result of direct provision or diversion, to individuals or entities designated on the 1988 Sanctions List, and further decides to review the implementation of this provision after one year"³¹.

B. Options for States

Recognizing the Taliban government would have several legal and political implications. Legally and politically, it would allow Afghanistan to access its frozen assets, establish commercial relations, and engage with national and international institutions. It would also grant legitimacy to an otherwise illegitimate government.

In practice, no state has yet officially recognized the Taliban government, and there is no consensus within the international community on this matter. However, countries such as China, Russia, Pakistan, and

²⁹ RAHIMI/HAZIM, p. 242-243.

³⁰ United Nations Security Council Resolution 2021/2615.

³¹ United Nations Security Council Resolution 2021/2615.

Uzbekistan have established de facto relations through diplomatic discussions.

On the other hand, the United States and European Union countries have refrained from recognizing the Taliban, citing concerns over human rights, terrorism, and the Taliban's discriminatory approach. Some states have adopted a "wait and see" approach.

As observed, especially Western countries are keeping the recognition of the Taliban government off their agendas. This stance is primarily due to the fact that many high-ranking Taliban officials remain on the UN Security Council's sanctions list. Furthermore, the Taliban's poor human rights record, ties to terrorism, and lack of an inclusive and democratic approach remain significant barriers to its recognition.

CONCLUSION

Recognition is a concept that varies from country to country, and states typically make such decisions based on their own interests. However, regarding the recognition of the Taliban administration, global states are paying attention to certain criteria. The primary criteria include effective control, legitimacy, ties to international terrorism, and respect for human rights.

Although the Taliban exercises effective control over Afghanistan, this alone is insufficient for international recognition. In a country as diverse as Afghanistan, a government's lack of inclusivity undermines the principle of effective control. While Afghanistan is home to more than 30 ethnic groups, the fact that approximately 95% of the government consists of Pashtuns is neither just nor equitable. The Taliban's discriminatory stance on ethnicity and gender is a significant barrier to its recognition by the global community. Similarly, generals who come to power through military coups may exercise control, but they lack legitimacy. The Taliban is also expected to establish an inclusive government that represents all ethnic and sectarian groups within the country. Therefore, inclusivity and democratic legitimacy are prerequisites for the Taliban's recognition.

Another essential condition for the international community's recognition of the Taliban government is that the Taliban must sever all ties

with terrorist organizations such as Al-Qaeda and ISIS, cease harboring them in Afghanistan, and actively combat these groups. Afghanistan's territory must not be used in ways that endanger global peace and security. In addition to its connections to other terrorist organizations, the fact that many senior Taliban officials remain on the UN Security Council's sanctions list presents a significant barrier. The Taliban government does not meet most of the criteria set by the international community for recognition.

Consequently, states are in no hurry to recognize the Taliban government. They are instead expected to monitor the Taliban administration, adopting a "wait and see" approach to observe whether it meets the above conditions before making a decision.

REFERENCES

- B'NICCO**, Liselotte Kasse: Recognition of Governments in International Law: A Case Study of the Venezuelan Presidential Crisis, Masters dissertation, 2021, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/003/007/761/RUG01-003007761_2021_0001_AC.pdf (last visited Mar. 25, 2024).
- BINESH**, Banafsha: Islamic Emirate Has Diplomates in 14 World Countries: Mujahid, Tolonews, 2023, <https://tolonews.com/afghanistan-182651>(last visited: August 25, 2024).
- DAWI**, Akmal: Taliban Counterterrorism Commitments Face Growing Doubts, VOA, 2023, <https://www.voanews.com/a/taliban-counterterrorism-commitments-face-growing-doubts-/7004663.html>(last visited: September 05, 2024).
- GIUSTOZZI**, Antonio: The Taliban Beyond the Pashtuns, CIGI, 2010, https://www.files.ethz.ch/isn/121069/Afghanistan_Paper_5.pdf (last visited: August 25, 2024).
- GUL**, Ayaz: Iran Hands Over Afghan Embassy in Tehran to Taliban, VOA, 2023, <https://www.voanews.com/a/iran-hands-over-afghan-embassy-in-tehran-to-taliban-/6980784.html> (last visited: August 25, 2024).
- KELSEN**, Hans: "Recognition in International Law: Theoretical Observations", American Journal of International Law, V. 35, No. 4, 1941, p. 605, 605–617.
- LAUTERPACHT**, Hersch: "Recognition of States in International Law", Yale Law Journal, V. 53, No. 3, 1944, p. 385, 385–458.
- LEE**, Matthew: US Takes Control of Afghan Embassy, Consulates in NY, CA, Associated Press, 2022, <https://apnews.com/article/afghanistan-government-and-politics-united-states-taliband27a667b6b8c763eb33cb3a133f5ec45>(last visited: August 25, 2024).
- MACCHESNEY**, Brunson: "Recognition of States and Governments in International Law Studies", International Law Studies, V. 62, 1980, p. 693.
- MENDES**, Errol: Statehood and Palestine for the Purposes of Article 12 (3) of the ICC Statute: A Contrary Perspective, <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/D3C77FA6-9DEE-45B1->

ACC0-B41706BB41E5/281876/OTPErrolMendesNewSTATEHODANDPALESTINEFORTHEPURPOS.pdf (last visited: Mar. 21, 2023).

NOORZAI, Roshan/**HAMDARD**, Bezhan: Afghans 'Disappointed' One Year into US-Taliban Deal, VOA, 2021, https://www.voa-news.com/a/extremism-watch_afghans-disappointed-one-year-us-taliban-deal/6202621.html(last visited: September 15, 2024).

PLUMMER, Robert / **MURPHY**, Matt: Ayman Al-Zawahiri: Al-Qaeda Leader Killed in US Drone Strike, BBC, 2022, <https://www.bbc.com/news/world-asia-62387167>(last visited: September 01, 2024).

RAHIMI, Haroun/ **HAZIM**, Mahir: "International Law and the Taliban's Legal Status: Emerging Recognition Criteria?", Washington International Law Journal, V. 32, 2023.

RUBIN, Barnett: Leveraging the Taliban's Quest for International Recognition, USIP, 2021, p. 2–6, https://www.usip.org/sites/default/files/Afghanistan-Peace-Process_Talibans-Quest-for-International-Recognition.pdf(last visited: September 15, 2024).

SHAW, Malcolm: International Law, 9th Edition, 2021.

Convention on the Rights and Duties of States as adopted in the Seventh International Conference of American States, art. 1, Dec. 12, 1933, CLXV L.N.T.S. 3801–3824.

Recognition of States and Governments in International Law, Karabakh, <https://karabakh.org/articles/recognition-of-states-and-governments-in-international-law/> (last visited Mar. 25, 2023).

Security Council Presidential Statement, 2021/14596, Aug. 6, 2021(last visited: August 25, 2024).

Taliban Announce Taking Over of Afghan Consulate General in Istanbul, Afghanistan International, 2023, <https://www.afintl.com/en/202302275594> (last visited: August 25, 2024).

Taliban Opens Consulate in UAE, The Balochistan Post, 2023, <https://the-balochistanpost.net/2023/03/taliban-opens-consulate-in-uae/>(last visited: August 25, 2024).

United Nations Security Council Resolution 2021/2615.

Wazir Khareja Iran: Hanoz Hukumat Taliban Ra Ba Rasmeyat Namesh-nasaim [Iran's Foreign Minister: We Have Not Recognized the Taliban Government Yet], Tolqun News, 2023, <https://tolqun-news.com/fa/2023/01/14/%D9%88%D8%B2%DB%8C%D8%B1-%D8%AE%D8%A7%D8%B1%D8%AC%D9%87%D8%A7%DB%8C%D8%B1%D8%A7%D9%86%D9%87%D9%86%D9%88%D8%B2%D8%AD%DA%A9%D9%88%D9%85%D8%AA%D8%B7%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D9%86%D8%B1%D8%A7%D8%A8/>(last visited: August 25, 2024).

OLAN ve OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKINA DAİR BAZI DÜŞÜNCELER

Arş. Gör. Dr. Arif Kalkan *

Öz

Tüketici sözleşmesini akdeden taraflar, eşit konumda yer almazlar. Bu sözleşmenin akdedilmesi sırasında, tüketici zayıf; girişimci (satıcı/sağlayıcı) güçlü konumdadır. Taraflar arasında ortaya çıkan söz konusu güç dengesizliği, sözleşme adaletinin sağlanamamasına neden olur. İşte tüketici ile girişimci arasında, sözleşme adaletinin sağlanması için getirilen çözümlerden biri de cayma hakkıdır. Cayma hakkının kanuni dayanağını Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun oluşturur. Kanun koyucu cayma hakkını genel bir madde ile düzenlemek yerine bazı belirli tüketici sözleşmelerinde ayrı ayrı düzenler. Bu tüketici sözleşmelerinin ilgili yönetmeliğinde de cayma hakkı detaylı bir şekilde ele alınır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinin genel gerekçelerinden biri de Avrupa Birliği Direktifleri ile tam uyum sağlanmasıdır. Konumuz bakımından 2011/83/AB sayılı Tüketici Hakları Direktifi önem arz eder. Çünkü bu Direktifte tüketicinin cayma hakkına ilişkin detaylı bilgiler yer alır. İşte bu çalışmada, mevcut düzenlemeler dikkate alınarak tüketicinin cayma hakkı üzerine olan ve olması gereken hukuk bakımından bazı düşünceler incelenir.

* Arş. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Kayseri, Türkiye | Asst. Prof. Dr., University of Erciyes, Faculty of Law, Department of Civil Law, Kayseri, Türkiye.

✉ arifkalkan@erciyes.edu.tr • ORCID 0000-0001-7003-751X.

- ✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** KALKAN, Arif, “Olan ve Olması Gereken Hukuk Bakımından Tüketicinin Cayma Hakkına Dair Düşünceler”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1059-1097.
- ✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Cayma hakkı • Taksitle satış sözleşmesi • İş yeri dışında kurulan sözleşme • Mesafeli sözleşme • Abonelik sözleşmesi

SOME REFLECTIONS ON THE CONSUMER'S RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE LIGHT OF THE LAW AS IT STANDS AND THE LAW AS IT SHOULD BE SUMMARY**Abstract**

The parties to the Consumer Contract are not in a position of equality. At the time of the conclusion of this contract, the consumer is weak; the trader (seller/service provider) is in a strong position. This imbalance of power between the parties means that contractual fairness cannot be achieved. The right of withdrawal is one of the solutions introduced to achieve contractual fairness between the consumer and the trader. The legal basis for the right of withdrawal is the Consumer Protection Act. Instead of regulating the right of withdrawal in a general article, the legislator regulates it separately in certain consumer contracts. The right of withdrawal is also dealt with in detail in the relevant regulation for these consumer contracts. One of the general justifications for the adoption of the Consumer Protection Act is full harmonization with European Union directives. Directive 2011/83/EU on consumer rights is important for our topic. This is because this directive contains detailed information on the consumer's right of withdrawal. In this study, some considerations on the consumer's right of withdrawal are dealt with with regard to the current law and the right it should be, taking into account the existing regulations.

Keywords

• Right of withdrawal • Installment contract • Off-premises contract • Distance contract • Subscription contract

GİRİŞ

Türk hukukunda cayma hakkı ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, sadece tüketici hukukuna özgü bir hukuki kurum olmadığı görülür. Türk Borçlar Kanunu (TBK), Türk Ticaret Kanunu (TTK), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) gibi kanunlarda da cayma hakkına ilişkin düzenlemeler vardır. Örneğin TBK m. 269'da ön ödemeli taksitle satış sözleşmesinde alıcının cayma hakkı; TTK m. 1430'da sigorta ettirenin cayma hakkı, FSEK m. 58'de eser sahibinin cayma hakkı düzenlenir. Bu çalışmada tüketicinin

cayma hakkı incelendiği için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) dışındaki cayma hakkına ilişkin düzenlemeler çalışma dışında kalır.

Türk hukukunda cayma hakkı ile ilgili en çok düzenlemenin yer aldığı kanunlardan biri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundur¹. Kanun koyucu, söz konusu Kanunda, cayma hakkını genel olarak düzenlemek yerine belirli bazı tüketici sözleşmeleri için ayrı ayrı düzenlemeyi tercih eder. Bu tüketici sözleşmeleri, taksitle satış sözleşmesi (TKHK m. 18), tüketici kredi sözleşmesi (TKHK m. 24, 30-31), ön ödemeli konut satışı sözleşmesi (TKHK m. 43, 46), iş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47), mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 48), finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler (TKHK m. 49) ile devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmesidir (TKHK m. 50). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan diğer tüketici sözleşmelerine (konut finansmanı

¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesinin önemli gerekçelerinden biri Avrupa Birliği (AB) mevzuatı ile tam uyum sağlamadır. Bu durum, söz konusu Kanunun genel gerekçesinde açıkça yer alır. Çalışma konusunu cayma hakkı oluşturduğu için bu konuda özellikle Avrupa Birliğinin Tüketici Hakları Direktifinin (2011/83/AB) dikkate alınması gerekir. Çünkü bu Direktifin üçüncü bölümünde, cayma hakkı kapsamlı bir şekilde düzenlenir. İlgili düzenlemelerde, caymanın süresi, cayma hakkında tüketicinin bilgilendirilmemesi durumunda doğan sonuçlar, cayma hakkının kullanımı ile hukuki etkileri ve cayma hakkının istisnaları yer alır.

sözleşmesi², abonelik sözleşmesi³ ve paket tur sözleşmesi⁴) ilişkin düzenlemelerde ise tüketiciye açıkça tanınan bir cayma hakkı yoktur. Fakat tüketiciyi koruyan bu tür düzenlemeler, nispi emredici niteliğe sahip olduğu için girişimci⁵ tarafından söz konusu sözleşmeler için de tüketiciye cayma hakkının tanınması mümkündür⁶.

- ² Konut finansman sözleşmesinde cayma hakkının tanınmamasını, kanun koyucunun iradesi olarak yorumlamak doğru olur. **ATAMER**, Yeşim M., Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016, s. 97; **KÖKSAL**, Mehmet, “Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkı ve Hukuki Niteliği”, Legal Hukuk Dergisi, C. 19, S. 217, İstanbul 2021, s. 33. Burada bir konuya da dikkat çekmekte fayda vardır. Konut finansman sözleşmesi, yazılı olmak şartı ile iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir (TKHK m. 32/2). Böyle bir durumda, söz konusu sözleşmenin iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulması sebebi ile tüketicinin cayma hakkının olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Bu sorunun cevabını, İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (İYDKSY) ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) verir. İYDKSY m. 2/2-a ve MSY m. 2/2-a gereği söz konusu yönetmelikler finansal hizmetlere uygulanmaz. Bu sebeple, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan konut finansman sözleşmesi için de tüketici cayma hakkına sahip değildir.
- ³ Kanun koyucu abonelik sözleşmesi için ayrıca bir cayma hakkı tanımaz. Bununla birlikte, bu tür bir sözleşme, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulabilir. Böyle bir durumda, abonelik sözleşmesi mesafeli ya da iş yeri dışında kurulduğu için abonman tüketici cayma hakkına sahip olur. Fakat İYDKSY m. 2/2-ı bendi gereği iş yeri dışında kurulan elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelik sözleşmeleri için tüketicinin cayma hakkı yoktur. **ERDOĞAN**, Kemal, “Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, Konya 2018, s. 295-296, 299. Uygulamada, abonelik sözleşmesinin taksitle bir şekilde kurulmasına genellikle rastlanılmaz. Fakat böyle bir sözleşme akdedilirse tüketici TKHK m. 18/1 gereği de cayma hakkına sahip olur.
- ⁴ Paket tur sözleşmelerinde cayma hakkı, konut finansman ve abonelik sözleşmelerine göre daha da farklıdır. Taksitle olarak yapılan bir paket tur sözleşmesi için tüketici cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 18/1). Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelikte (TSSHY’de) paket tur sözleşmelerini kapsam dışına çıkaran bir düzenleme yoktur. Fakat iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan paket tur sözleşmelerinde tüketici cayma hakkına sahip değildir. Çünkü İYDKSY m. 2/2-ç ve MSY m. 2/2-f gereği iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan sözleşmelere ilişkin düzenlemeler, paket tur sözleşmesine uygulanmaz.
- ⁵ Bu çalışmada, girişimci kavramı, satıcı ve sağlayıcıyı kapsayan üst bir kavram olarak kullanılır.
- ⁶ **SİRMEN**, Lale, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Ö, İstanbul 2013, s. 2468; **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma

I. CAYMA HAKKINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A. Tanım

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda cayma hakkının tanımı yapılmaz. Bu durum cayma hakkının amacını, kapsamını ve hukuki niteliğini belirleme noktasında güçlük oluşturur. Doktrinde de cayma hakkı ile ilgili farklı tanımların yapılmasına sebep olur⁷.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda cayma hakkına ilişkin düzenlemeler söz konusu hakkın tanımının yapılmasını güçleştirir. Çünkü farklı hukuki niteliğe sahip tüketici sözleşmeleri için ayrı ayrı cayma hakkına ilişkin düzenlemeler vardır. Bu durum cayma hakkının kullanım süresi başta olmak üzere doğurduğu hüküm ve sonuçların farklılaşmasına sebep olur. Farklı hüküm ve sonuç doğuran bir hakkın tanımını yapmak da kolay değildir. Bununla birlikte, doktrin ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında, cayma hakkının genel olarak bir tanımının yapılması mümkündür. Buna

Alanı)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 70, 87.

- ⁷ Baysal'a göre cayma hakkı "*Hak sahibinin belirli bir süre içerisinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırabilmesi*" hakkıdır. **BAYSAL**, Başak, "*Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, İstanbul 2017, s. 275. Cayma hakkını geri alma hakkı olarak nitelendiren **Özel**, bu hakkı "*Varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılan çok işlevli bir yenilik doğuran hak*" şeklinde tarif eder. **ÖZEL**, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998, s. 74. **Oğuz**'a göre cayma hakkı, "*Tüketicinin, tek taraflı beyanıyla karşı tarafın hukuk alanında değişiklik yaratan, o istemese de sözleşme ilişkisini sona erdiren bir haktır*". **OĞUZ**, Cemal, "*Kapıdan Satışlarda Tüketiciiye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları*", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Ankara 2004, s. 35. **Haidmayer** cayma hakkını "*Genel olarak sözleşme hukukunda olduğu gibi bir sebep göstermek ya da özel gereklilikleri yerine getirmek zorunda kalmaksızın, tüketici lehine akdedilen sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi tanıyan özel bir koruyucu araç*" şeklinde tarif eder. **HAİDMAYER**, Barbara, "*Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel*", Schweizerische Juriste-Zeitung, Zürich 2016, C. 1, s. 6. **Donauer / Barbara**'ya göre cayma hakkı, "*Tüketiciiye mevcut bir sözleşmeyi belirli bir süre içinde ve tek taraflı olarak sona erdirmeye yetkisi veren haktır*". **DONAUER**, Daniel / **MÖRİ**, Barbara A., "*Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen*", Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle Zeitschrift, C. 2, Zürich 2015, s. 341. İsviçre Federal mahkemesi cayma hakkını, "*Zaman sırasına bağlı olarak öneri veya kabul beyanının geri alınmasına ve böylece ortadan kalkmasına sebep olan yenilik doğuran bir hak*" olarak tarif eder. **BGE** 137 III 243.

göre cayma hakkı, *tüketiciye belirli süre içinde herhangi bir gerekçe göstermesizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı geriye etkili olarak sonlandırma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır*⁸.

B. Hukuki Nitelik

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki maddeler incelendiğinde, cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili bir düzenleme yoktur⁹. Bu durum, cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili doktrinde farklı tartışmalara yol açar. Cayma hakkının, farklı niteliklere sahip tüketici sözleşmeleri için ayrı ayrı düzenlenmesi ve söz konusu sözleşmelere etkisi tartışmayı daha da belirginleştirir. Örneğin hazırlar arasında yapılan mesafeli bir sözleşmenin kurulması ile sözleşme kural olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁰. İş yeri dışında kurulan sözleşmelerde ise tüketici bakımından -tartışmalı olmakla birlikte- sözleşme cayma süresi içinde hüküm ve

⁸ Doktrinde, cayma hakkının sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdireceğine ilişkin görüş, baskın görüştür. **DONAUER / MÖRİ**, s. 341; **PROBST**, Thomas, "Konsumenschutz durch Information und Vertragsentbindung / III. – IV", Grundfragen des Konsumentenrechts, Editör: Helmut, Heiss / Leander, D. Loacker, Zürich 2020, s. 182; **BARNİKOL**, Michael, Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Bern 2014, s. 106; **YILDIRIM**, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 251. Bununla birlikte, cayma hakkının sözleşmeyi geleceğe etkili olarak sona erdireceğine dair görüş de vardır. **SCHNEGG**, Antoine, "Allgemeine Anforderungen an Verbraucherverträge-VIII. Widerrufsrecht", Verbraucher-vertragsrecht der Europäischen Union, Editör: Baumgartner, Tobias / Brunner, Alexander / Trüben, Dirk Thomas, Österreich 2017, s. 173; **DEMİR**, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2002, s. 328-329.

⁹ Cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun hükümleri incelendiğinde bir düzenleme olmasa da, söz konusu Kanunun genel gerekçesinde kanun koyucunun bir yorumu vardır. Bu yoruma göre cayma hakkı, irade beyanının geri alınmasıdır. Başka bir deyişle, tüketicinin cayma hakkı, geri alma hakkı kapsamında yer alır.

¹⁰ Mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması ile sözleşme hüküm ve sonuçlarını her iki taraf için doğurur. **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 225; **DEMİR**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 53 vd. Hazırlar arasında yapılan mesafeli bir sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması kuraldır. Taraflar dilerlerse böyle bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurma anını ileri bir tarihe bırakabilirler. **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 123. Hazır olmayanlar arasında yapılan mesafeli bir sözleşme, kabul beyanının öne-ride bulunan kişiye vardığı anda kurulur. **GEZDER**, Ümit, Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 142. Böyle bir sözleşme hüküm ve sonuçlarını, geriye etkili olarak kabul beyanının gönderilme anı itibari ile doğurur (TBK m. 11/1).

sonuçlarını doğurmaz¹¹. Hüküm ve sonuçlarını doğuran (mesafeli) bir sözleşme ile hüküm ve sonuçlarını doğurmayan (iş yeri dışında kurulan) bir sözleşme üzerinde cayma hakkının etkisi aynı olmaz. Çünkü cayma hakkı, askıda hüküm doğuran mesafeli sözleşmeyi ortadan kaldırır; askıda hükümsüz olan iş yeri dışında kurulan sözleşmeyi kesin hükümsüz haline getirir.

Mevcut düzenlemeler karşısında cayma hakkının hak türleri içindeki yerinin ortaya koyulması önem arz eder. Doktrine göre cayma hakkı, yenilik doğuran bir haktır ve baskın görüş burada bozucu bir yenilik doğuran bir hak olduğunu savunur¹². Kanaatimizce de cayma hakkı bozucu

¹¹ Cayma hakkı süresi içinde, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler askıda geçersiz olup, hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. **AYDOĞDU**, Murat, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar, İzmir 1998, s. 194; **KURT**, Leyla Müjde, “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2011, s. 54 vd.; **KABAŞ**, Esen, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Ankara 20015, s. 81. TKHK m. 47/5 c. 3’e göre “Cayma süresi içinde satıcı veya sağlayıcı sözleşmeye konu mal veya hizmet karşılığında tüketiciden herhangi bir isim altında ödeme yapmasını veya tüketiciyi borç altına sokan herhangi bir belge vermesini isteyemez”. İlgili bent gereği iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması sözleşme tüketicisi bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Böyle bir sözleşme askıda hükümsüz niteliğine sahiptir. **DEMİR**, Kapıdan Satış, s. 259, 327. Dolayısıyla mesafeli bir sözleşme için kullanılan cayma hakkı ile iş yeri dışında kurulan sözleşmeler için kullanılan cayma hakkı aynı hüküm ve sonucu doğuramaz. Bu durum da cayma hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesini güçleştirir. **Aksi düşüncede**: Tüketici tarafından cayma hakkı kullanılıncaya kadar, iş yeri dışında kurulan sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. **ÇABRİ**, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 852.

¹² **SCHNEGG**, s. 169; **KUT**, Ahmet / **BAUER**, Christoph, “OR Art. 40g”, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2023, N. 55; **FİSCHER**, Damian A., UWGKom, UWG Art. 4 / IV. – VII, N. 110; **PROBST**, s. 187; **BARNİKOL**, s. 89 vd; **KUHN**, Hans, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2023, s. 122; **HAİDMA-YER**, s. 6; **OĞUZ**, s. 35; **Yıldırım**, Mesafeli Sözleşme, s. 224 vd.; **AYDOĞDU**, Kapıdan Satışlar, s. 186. **İŞINTAN**, Pelin, “Türk Hukukunda İnternet Ortamında Mal Satışına Yönelik Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, İstanbul 2022, s. 252. Doktrinde cayma hakkının değiştirici yenilik doğuran hak olduğuna dair görüş de vardır. Bu görüşe göre cayma hakkının kullanılması ile tüketici sözleşmesi olası bir tasfiyeye, çözülme amaçlı bir borç ilişkisine dönüşür. **DEMİR**, Mehmet, “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, Ankara 2003, s. 84.

yenilik doğuran bir haktır. Çünkü tüketicinin tek taraflı hukuki işlemi ile mevcut tüketici sözleşmesi geriye etkili olarak sona erer¹³. Yargıtay da bozucu yenilik doğuran bir hak olduğu kanaatindedir¹⁴.

Cayma hakkının yenilik doğuran bir hak olması, onun birtakım özelliklere sahip olmasına sebep olur. Tek taraflı irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran haklar, şarta bağlanamaz, kullanıldıktan sonra geri alınamaz ve karşı tarafa ulaşması zorunlu haklardır¹⁵. Yenilik doğuran bir hak olan cayma hakkı da dolayısıyla söz konusu özellikleri bünyesinde taşır.

Doktrinde cayma hakkının hukuki niteliği ile ilgili yoğun bir tartışmanın olduğu konu da bir geri alma hakkı olup olmadığıdır. Bu tartışma, Türk hukukunda tüketicileri koruyan ilk kanuni düzenlemenin 1995 yılında yapıldığı dikkate alındığında, yaklaşık otuz yıldır devam eder. Doktrindeki baskın görüşe göre cayma hakkı, bir geri alma hakkıdır¹⁶. Bu

¹³ **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 225-226.

¹⁴ “Cayma hakkı, hakların bir türü olan bozucu yenilik doğuran haktır. Bu hak da diğer yenilik doğuran haklarda olduğu gibi, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır, karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşır ulaşmaz hüküm ve sonuçlarını doğurur”. **YHGK**, T. 25.01.2022, E. 2019/58, K. 2022/40 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). İsviçre Federal mahkemesi de cayma hakkını, yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirir. **BGE** 137 III 243.

¹⁵ **GÖKSU**, Tarkan, “Vorb. Art. 1–40f”, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), Editör: Gauch, Peter / Stöckli, Hubert, Zürich 2012, s. 23 vd.; **BARNİKOL**, s. 89 vd.; **BGE** 128 III 70/75 E. 2; **BUZ**, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 57 vd.; **Demirbaş**, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 74 vd. Yukarıda belirtilen nitelikler, yenilik doğuran işlemler için geçerlidir. Yenilik doğuran davalar için söz konusu özelliklerin bir bütün olarak bulunduğu söylene-
mez. Örneğin yenilik doğuran bir davadan feragat edilebilir.

¹⁶ **SEROZAN**, Rona, “Tüketiciji Koruma Kanununun Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, Yasa Hukuk Dergisi, C. 15, S. 173/4, İstanbul 1996, s. 583; **AKİPEK**, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999, s. 321; **KURT**, s. 46, 53 vd.; **OĞUZ**, s. 35; **ÖZEL**, s. 1 vd.; **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 210-211; **DEMİR**, Mesafeli Sözleşme, s. 46; **ALTINER-YOLCU**, Fatma Zeynep, “İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin BGE 137 III 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi / Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, İstanbul 2019, s. 555-556.

görüşü savunan yazarlar genel olarak kanun koyucunun geri alma anlamındaki “*Widerrufsrecht*” terimini, cayma hakkı olarak hatalı bir şekilde çevirdiğini belirtirler¹⁷.

Kanaatimizce cayma hakkının bir geri alma hakkı olup olmadığı tartışmasının sona ermesi pek mümkün değildir. Çünkü Türk hukukunda geri alma ile cayma hakkına ilişkin kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, bir karmaşanın olduğu görülür. Bu düzenlemelerde, geri alma ile cayma hakkının konusu ve amacı açık bir şekilde anlaşılmaz. Geri alma ile cayma hakkının -kendi içinde dahi- kullanılma şartları başta olmak üzere doğurduğu hüküm ve sonuçların farklı olduğu görülür. Türk Borçlar Kanununda yer alan bazı düzenlemeler uyarınca geri alma hakkı herhangi bir gerekçe olmaksızın kullanılabilir. Örneğin öneri ve kabulün geri alınması (TBK m. 10), temsil yetkisinin geri alınması (TBK m. 42/1), taksitle satış sözleşmesinde alıcının geri alma hakkını kullanması (TBK m. 255/1) için herhangi bir gerekçe göstermesine ihtiyaç yoktur. Fakat bağış-lamanın geri alınabilmesi için TBK m. 295’te belirtilen gerekçelerden birine dayanılabilmesi gerekir. Cayma hakkı için de aynı durum geçerlidir. Örneğin tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için herhangi bir gerekçeye ihtiyacı yoktur. Fakat yayım sözleşmesinde, yayımlananın sözleşmeden cayabilmesi için bir gerekçeye dayanması gerekir¹⁸. Geri alma ve cayma hakkı farklı hüküm ve sonuç da doğurur. Örneğin temsil yetkisinin geri alınması ileriye etkili; tüketicinin cayma hakkı geriye etkili sonuçlar doğurur. Böyle bir durumda, cayma hakkını olan hukuk bakımından doğrudan geri alma hakkı olarak nitelendirmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Burada öncelikle geri alma ile cayma hakkının birbirinden

¹⁷ OĞUZ, s. 35; ÖZEL, s. 73 vd.; YILDIRIM, Mesafeli Sözleşme, s. 211; KURT, s. 46; ALTINER-YOLCU, s. 544; İKİZLER, Metin, “4822 Sayılı Kanun’la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun İşığında / Kapıdan Satışların Unsurları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, İzmir 2003, s. 85. Baysal, *Widerruf* terimini cayma; *Rücknahme* terimini ise geri alma olarak Türkçeye çevirir. Bu yazara göre sözleşmeyle bağlılığın olduğu yerde cayma; böyle bir bağlılığın olmadığı yerde ise geri almadan bahsetmek daha doğru olur. BAYSAL, s. 274. Aydoğdu da *Widerruf* terimini cayma olarak Türkçe’ye çevirir. AYDOĞDU, *Kapıdan Satışlar*, s. 186. Köksal, *Widerrufsrecht* terimini dönme hakkı; *Rückrufsrecht* terimini ise cayma hakkı olarak Türkçe’ye çevirir. KÖKSAL, s. 35-36.

¹⁸ Bu gerekçe, TBK m. 491/3’te belirtildiği üzere yayımcının verilen süre içinde basımı gerçekleştirmemesidir.

farklı hukuki kurumlar olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce söz konusu haklar konu ve amaç bakımından birbirinden farklıdır. Fakat bu farklılığı mevcut düzenlemeler karşısında kesin olarak ifade etmek mümkün değildir. Çünkü kanun koyucu geri alma ve cayma terimlerini kanuni düzenlemelerde gerekli itinaı göstermeden kullanır.

Teknik anlamda geri alma hakkı, bir irade beyanı etkisizleştirir ve böylece onun hukuki hüküm ve sonuç doğurmasını engeller¹⁹. Örneğin öneri ya da kabule ilişkin irade beyanı geri alınabilir²⁰. İrade beyanının geri alınması ise söz konusu taraflar arasında sözleşmenin kurulmamasını sebep olur²¹. Oysa cayma hakkı, kurulmuş bir sözleşmeyi sona erdiren bir haktır²². Bu hak, bir irade beyanı etkisizleştirmez, doğrudan sözleşmeden caymayı sağlar²³. Her iki hukuki kurum arasındaki ayırım ahde vefa (sözleşmeye bağlılık) ilkesi bakımından da yapılabilir. Ahde vefa ilkesinin uygulama alanı bulduğunda cayma, böyle bir vefa yoksa geri alma hakkından söz edilir²⁴. Örneğin geçerli bir şekilde kurulan taksitle satış sözleşmesi TBK m. 255/1’de belirtildiği gibi geri alma hakkına değil,

¹⁹ Doktrinde dar (teknik) ve geniş anlamda geri alma hakkının tanımı yapılır. **DEMİR**, Kapıdan Satış, s. 264; **ÖZEL**, s. 74-75; **VARDAR - HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, “İfa Edilmiş Bağışlama Sözleşmesinde Geri Alma Hakkının Hukuki Niteliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2019, S. 2, 258. Doktrinde, geri alma hakkının dar ve geniş anlamda incelemek zorunda kalması, mevcut düzenlemelerden kaynaklanır.

²⁰ Burada temsil yetkisinin geri alınması bir başka örnek olarak verilebilir. Temsilci, temsil yetkisini kullanmaya başlasa dahi temsil olunan, hukuki işlemde doğan temsil yetkisine ilişkin irade beyanını her zaman geri alabilir (TBK m. 42/1). Çünkü burada bir sözleşme olmadığı için ahde vefa ilkesinin uygulama alanı bulması beklenebilir. Sözleşmeye bağlılığın söz konusu olmadığı durumlarda ise cayma hakkından değil, geri alma hakkından söz edilmesi daha doğru olur. **BAYSAL**, s. 274.

²¹ **BAYSAL**, s. 274.

²² **ALTIN - ŞAHİN**, s. 234.

²³ Burada bir konuya dikkat çekmekte fayda vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun gerekçesinde kanun koyucu, cayma hakkını, irade beyanının geri alınması şeklinde yorumlar. Oysa cayma hakkında, irade beyanının geri almasından söz edilemez. Bu hakkın kullanılabilmesi için irade beyanları yapılmış ve sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Burada söz konusu olan sözleşmeden caymadır. **BAYSAL**, s. 274.

²⁴ **AYDOĞDU / KAHVECİ**, s. 392-393; **BAYSAL**, s. 274.

cayma hakkına konu olması gerekir. Çünkü sözleşme kurulduğu için tarafların ahde vefa ilkesine uygun olarak sözleşmeye sadık kalmaları gerekir. Açıklanan gerekçelerle yukarıda belirttiğimiz tartışmanın olan hukuk bakımından sona ermesi dolayısıyla pek mümkün görünmez. Olması gereken hukuk bakımından ise kanun koyucunun teknik terimlere dikkat ederek gerekli düzenlemeleri yapması gerekir. Ancak böyle düzenlemeler, geri alma ile cayma hakkı arasında tam bir ayırım yapılmasını sağlar.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda yer alan cayma hakkına ilişkin düzenlemeler, nispi emredici nitelikte hükümlerdir²⁵. Başka bir deyişle, cayma hakkına ilişkin düzenlemelerden taraf olarak güçsüz olan tüketici aleyhine sapılması mümkün değildir²⁶. Örneğin TKHK m. 48/4'e (MSY m. 9/2'e) göre hizmeti konu edinen bir mesafeli sözleşme için tüketici sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört gün içinde cayma hakkına sahiptir. Bu örnekte cayma hakkına ilişkin on dört günlük süre, tüketici aleyhine kısaltılamaz, ama tüketici lehine uzatılabilir²⁷. Online alışveriş sitelerinde genel olarak otuz günlük cayma hakkının tanındığı görülür. Tüketici lehine yapılan bu tür sözleşmeler geçerlidir. Fakat bazı online alışveriş siteleri tüketicinin cayma hakkını, yedi gün veya on gün gibi bir süre ile sınırlar. Bu tür sınırlamalar, TKHK m. 48/4'ün nispi emredici niteliği gereği (tüketici aleyhine olduğu için) geçersizdir²⁸. Böyle bir sözleşme akdedilse dahi tüketici on dört gün içinde cayma hakkını kullanabilir.

C. Ahde Vefa İlkesini Tamamlaması

Cayma hakkı, tüketiciye belirli süre içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı geriye etkili

²⁵ ALTIN - ŞAHİN, Hayrunnisa, "İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları", Bilişim Hukuku Dergisi, S. 2, Ankara 2023, s. 234. Doktrinde mesafeli sözleşme için cayma hakkının süresinin uzatılamayacağına dair görüş de vardır. Bkz., MERİÇ, Nedim, "Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması İle Cayma Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4077 Sayılı Kanunun Hükümlerinin TBK ve HMK Bakımından Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, İstanbul 2013, s. 118-119.

²⁶ ALTIN - ŞAHİN, s. 234.

²⁷ SİRMEN, Lale, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Özel, İstanbul 2013, s. 2468.

²⁸ SİRMEN, s. 2468.

olarak sonlandırma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır . Sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdiren bu hakkın ahde vefa ilkesinin bir istisnası olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır . Bir görüşe göre cayma hakkı ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturur . Diğer bir görüş ise cayma hakkının ahde vefa ilkesini tamamlayan bir hak olduğunu savunur .

Kanaatimizce ikinci görüşe katılmak doğru olur. Çünkü ahde ve-fa ilkesi, sözleşmede eşit konumda bulunan taraflar arasında uygulama alanı bulur . Bu ilke, sözleşme adaletinin sağlanmasına hizmet eder . Dolayısıyla sözleşme adaletinin olmadığı durumlarda, ahde vefa ilkesi uygulanamaz . Ahde vefa ilkesinin uygulanması için sözleşme adaletini sağlayacak bir çözüm üretilmesi gerekir. Bu çözümlerden biri de, tüketiciye tanınan cayma hakkıdır . Tüketici sözleşmesinin akdedilmesi sırasında, taraflar eşit konuma sahip olmadığı için tüketici aleyhine sözleşme dengesi bozulur. Tüketici aleyhine bozulan denge, söz konusu hukuki işlemde, sözleşme adaletinin olmadığını gösterir. İşte burada tüketici lehine cayma hakkı tanınarak sözleşmenin taraflarının eşit konumu yeniden tesis edilir ve sözleşme adaleti sağlanır . Sözleşme adaletinin sağlanması ise tarafların akdettikleri sözleşmede ahde vefa ilkesinin uygulamasına neden olur. Başka bir deyişle, cayma hakkı, ahde vefa ilkesinin istisnası değil, onu tamamlayan bir haktır .

D. Amaç

Girişimciler, günümüz tüketim toplum modelinde, mallara talebi artırma amacı ile farklı satış stratejileri geliştirirler. Bu bağlamda, reklamlar, eğitilmiş satış elemanları, malların satışını cazip haline getiren ambalajlar gibi diğer birçok etken, tüketicinin iradesinin oluşumunu etkileyebilir²⁹. Sözü edilen etkenler, sözleşme akdetme yönünde iradesi olmayan bir tüketicinin dahi sözleşme yapmasına sebep olabilir. Başka bir deyişle, tüketici, girişimci ile sözleşmeyi akdettiği sırada, rasyonel düşünme imkânına sahip olmayabilir. Böyle bir durumda, sözleşme dengesi tüketici aleyhine bozulduğu için söz konusu dengenin tekrar sağlanması için tüketici lehine cayma hakkı tanınır³⁰.

²⁹ KÜÇÜKAYDIN, s. 59 vd.

³⁰ BAYSAL, s. 273 vd.

Cayma hakkı, tüketiciye rasyonel düşünme imkânını sağlamayı amaçlar³¹. Burada rasyonel düşünme ile tüketicinin girişimci ile akdettiği sözleşmeye bağlı kalıp kalmayacağını ve sözleşmenin hüküm ile sonuçlarını tekrar düşünmesi kast edilir³². Tüketici cayma hakkının kullanılabilirdiği süre içinde, düşünme süresine sahiptir³³. Bu sürede, tüketicinin etkilenen iradesi olgunlaşır ve böylece kuruluş sırasında bozulan sözleşme dengesi yeniden sağlanmış olur³⁴.

Kanun koyucu, Tüketicinin Koruması Hakkında Kanunun genel gerekçesinde, tüketiciye cayma hakkı tanınmasının temel sebebini belirtir. Bu sebep, tüketicinin akdettiği sözleşmeyi belirli etkenlerin etkisi ile fazla düşünmeden imzalamasıdır. Fakat kanun koyucu söz konusu Kanunda, tüketicinin akdettiği bütün sözleşmeler için cayma hakkı tanımaz. Cayma hakkının tanındığı bazı sözleşmelerin gerekçelerine bakıldığında, cayma hakkının tanınmasının özel bir sebebe de dayandığı görülür. Örneğin tüketici kredisi sözleşmesinde, tüketicinin ödeme gücünü aşan ağır bir ekonomik yük altına girme; ön ödemeli konut satışı sözleşmesinde, yoğun reklamlar ile cazibesi artırılan ve maket üzerinden proje aşamasındaki konutlara ilişkin sözleşmeyi tüketicinin fazla düşünmeden akdetmesi³⁵; iş yeri dışında kurulan sözleşmelerde, tüketicinin hiç beklemediği

³¹ **BAYSAL**, s. 273 vd. Tüketiciler cayma hakkı sayesinde düşünmeden veya baskı altında yaptıkları sözleşmelerden kurtulma imkânına sahip olur. **AKİPEK-ÖCAL**, Şebnem / **KARA**, İlhan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 112. “Cayma hakkının amacı, deneyimsiz bir sözleşme tarafı olarak tüketiciyi, gafil avlanmanın veya dürüst olmayan yollarla sözleşmenin akdedilmesinin bir sonucu olarak dezavantajlı sözleşme sonuçlarından korumaktır. Tüketicinin özgür iradesini oluşturmaya ve dikkatli bir değerlendirmeden sonra tüm koşulları tam olarak bilerek bir sözleşme yapmasına izin verilmesi amaçlanmaktadır”. Bkz., **BGE** 137 III 243.

³² **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 211. Cayma hakkı, düşünmeden acele bir şekilde karar veren tüketicinin daha sağlıklı karar verebilmesi için kanun koyucunun tüketiciye verdiği son düşünme süresidir. **AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 390.

³³ **KÜÇÜKAYDIN**, s. 59-60. Düşünme süresinin nisbi emredici niteliği gereği sürenin kısaltılmasına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüzdür. **ZEVLİLİLER**, Aydın / **ÖZEL**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 219.

³⁴ **KÜÇÜKAYDIN**, s. 59-60.

³⁵ Ön ödemeli konut satış sözleşmesinde tüketici ödemeyi taksitle de yapabilir. Taksitle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapan tüketici, imzaladığı sözleşmeyi okuduktan

anda sözleşme yapma ihtimali, ilgili sözleşmeler için cayma hakkının tanınmasının özel sebeplerini oluşturur. Cayma hakkının tanındığı diğer tüketici sözleşmelerinin gerekçelerinde ise özel bir sebep gösterilmez. Fakat söz konusu sözleşmeler için de cayma hakkının tanınmasının özel bir sebebe dayandığı doktrinde belirtilir³⁶. Örneğin taksitle satış sözleşmesinde, tüketicinin borç altına girdiği ekonomik yükü öngörememe; mesafeli sözleşmede, mesafenin oluşturduğu kendine özgü tehlikelerin doğma; devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmesinde, taraflar arasında adil olmayan bir dengenin ortaya çıkma ihtimali, ilgili sözleşmeler için cayma hakkının tanınmasının özel sebeplerini oluşturur³⁷.

Kanaatimizce tüketiciye cayma hakkının tanınması için özel bir sebebin aranmaması gerekir. Çünkü cayma hakkının tanınmasının temel sebebi, tüketicinin sözleşmeyi akdettiği sırada, rasyonel düşünme imkânına sahip ol(a)mamasıdır³⁸. Başka bir deyişle, tüketicinin sözleşmeyi belirli etkenlerin etkisi ile fazla düşünmeden imzalamasıdır. Bu durum, yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu tarafından söz konusu Kanunun genel gerekçesinde açıkça belirtilir.

Cayma hakkının tanınmasının özel bir sebebe dayandırılmaya çalışılması haklı bir gerekçeye dayandırılmaz. Örneğin iş yerinde kurulan

ve uzun bir süre ödeme yapacağını algıladıktan sonra sözleşmeden kurtulmak isteyebilir. İşte TKHK m. 43'ün gerekçesinde, bu durum da, tüketiciye cayma hakkının tanınmasının özel sebeplerinden biri olarak gösterilir. Bu özel sebep sadece taksitle ön ödemeli konut satış sözleşmesi için bir sebep teşkil edebilir. Peşin ön ödemeli konut satış sözleşmesi için bir sebep oluşturmaz. Çünkü gerekçede de açıkça belirtildiği üzere söz konusu özel sebebin oluşması için tüketicinin *uzun süre ödeme yapması* gerekir.

³⁶ **AYDOĞDU / KAHVECİ**, s. 597; **DEMİR**, Mesafeli Sözleşme, s. 51; **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 183; **YÜCEDAĞ - GÖZTEPE**, Nafiye, “*Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 27, Ankara 2016, s. 668; **BUDAK**, Muhammed Alpaslan / **ŞENGÜL**, Mehmet, Devre Mülk ve Devre Tatil Sözleşmesi, Ankara 2024, s. 95; **KANDEMİR**, Burcu, Taksitle Satış Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Ankara 2021, s. 116; **ÖKSÜZ**, Ayşe Gül, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara 2016, s. 137.

³⁷ **YÜCEDAĞ - GÖZTEPE**, s. 668; **ÖKSÜZ**, s. 137; **AYDOĞDU / KAHVECİ**, s. 597; **KANDEMİR**, s. 116; **DEMİR**, Mesafeli Sözleşme, s. 51; **YILDIRIM**, Mesafeli Sözleşme, s. 183; **BUDAK / ŞENGÜL**, s. 95 **KANDEMİR**, s. 116; **ÖKSÜZ**, s. 137.

³⁸ **BAYSAL**, s. 273 vd.

peşin mal satışında tüketicinin cayma hakkı yoktur. Fakat taksitle satış sözleşmesinde tüketici cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 18). Bu sözleşmede, cayma hakkının tanınmasının –gerekçede belirtilmese de– özel sebebi, tüketicinin borç altına girdiği ekonomik yükü öngörememe ihtimalidir³⁹. İşyerinde yapılan peşin mal satışında da tüketicinin belirli etkenlerin etkisi ile fazla düşünmeden ekonomik bir yük altına girmesi mümkündür. Hatta iş yerinde kurulan peşin mal satışlarında tüketicinin daha çok korunmaya da ihtiyacı olabilir. Örneğin arkadaşı ile alışveriş merkezinde gezen tüketicinin, satış elemanının etkisi ile hiç düşüncesi olmamasına rağmen arkadaşından borç para alarak 120.000TL’ye cep telefonu satın aldığını düşünelim. Birkaç saat sonra cep telefonunu satın alan tüketici ağır ekonomik bir yük altına girdiğini anlayıp, sözleşmeden kurtulmak isteyebilir. Fakat olan hukuk bakımından tüketici böyle bir örnekte cayma hakkına sahip değildir. Buna karşın mağazadan 1.000TL’ye taksitle gömlek alan tüketici, cayma hakkına sahiptir. Örnekler dikkate alındığında, hangi tüketici daha ağır bir ekonomik yük altına girmektedir? Hangi tüketicinin daha çok korunmaya ihtiyacı vardır? Bu soruların cevaplanması halinde, iş yerinde kurulan peşin satışta tüketiciye cayma hakkının tanınmamasının haklı bir gerekçeye dayandırılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Cayma hakkının tanınmasının özel bir sebebe dayandırılmaya çalışılması çelişkilere de neden olur. Örneğin TKHK m. 43’ün gerekçesine göre fazla düşünmeden taksitle ön ödemeli konut satış sözleşmesi yapan tüketici, imzaladığı sözleşmeyi okuduktan ve uzun bir süre ödeme yapacağını algıladıktan sonra sözleşmeden kurtulmak isteyebilir. Başka bir deyişle, tüketicinin sözleşme şartlarını ve uzun ödeme dönemini algılayabilmesi için cayma hakkı tanınır. Bu durum, taksitle ön ödemeli konut satış sözleşmesinde cayma hakkının tanınmasında özel bir sebep olarak görülür. Buna karşın birçok sayfadan oluşan sözleşme şartları ve uzun ödeme dönemine rağmen abonelik sözleşmesinde tüketiciye cayma hakkı tanınmaz. Kanun koyucu cayma hakkının tanınması için genel sebebin yanı sıra özel bir sebep de arıyorsa genel ve özel sebebin varlığına rağmen

³⁹ ÖKSÜZ, s. 137; KANDEMİR, s. 116.

abonelik sözleşmesinde tüketiciye cayma hakkının tanınmaması bir çelişkiye neden olmaz mı? Abonelik sözleşmesinde tüketicinin feshi hakkına sahip olduğu, bu sebeple ayrıca cayma hakkının tanınmadığı gerekçesi ise haklı bir gerekçe olamaz⁴⁰. Çünkü fesih ile cayma hakkı birbirinden farklı iki hukuki kurumdur.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile sözleşmenin akdedildiği sırada, rasyonel düşünme imkânına sahip olmayan –istisnai haller hariç⁴¹- her tüketicinin cayma hakkına sahip olması gerekir. Aksi takdirde tüketici sözleşme türlerine göre ayırım yapılması bazı sakıncaları da beraberinde getirir. Burada önemli olan hususun, tüketicinin cayma hakkının elinden alınması değil, cayma hakkına konu malın kullanımı bakımından gerekli kısıtlamaların öngörülmesi gerektiği kanaatindeyiz.

II. CAYMA HAKKININ UYGULAMA ALANININ GENİŞLETİLMESİ İHTİYACI

Amaç başlığı altında da belirtildiği üzere, tüketicinin akdettiği sözleşme türü fark etmeksizin –istisnai haller hariç- cayma hakkına sahip olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, söz konusu görüşümüzün daha iyi anlaşılabilmesi için bu başlık altında cayma hakkının tanınmadığı bazı sözleşmelere ilişkin durumlar daha detaylı incelenir.

A. Peşin Satış Sözleşmesinde Genel Bir Cayma Hakkı İhtiyacı

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, taksitle satış sözleşmesi için cayma hakkı özel olarak düzenlenir. Fakat bu Kanunda sözleşmenin bedelinin ya da ücretinin peşin olarak ödendiği haller için doğrudan tüketiciyi koruyan cayma hakkına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu-

⁴⁰ Aynı zamanda abonelik sözleşmesinde feshin kapsamı alanı daha dardır. Belirsiz ya da bir yıldan uzun süreli olmayan abonelik sözleşmesinde, tüketici, fesih hakkına sahip değildir. Örneğin tüketicinin, dokuz aylık bir abonelik sözleşmesini feshetme hakkı yoktur.

⁴¹ Kuşkusuz olan hukukta olduğu gibi malların nitelikleri, piyasa durumu vb. gerekçelerle cayma hakkının konusunu oluşturan mallar bakımından istisnalar getirilebilir. Örneğin çabuk bozulabilen, iadesi sağlık ve hijyen bakımından uygun olmayan, fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen mallar, cayma hakkının kapsamından çıkarılabilir.

rada öncelikle bir konuya dikkat çekmekte fayda vardır. Tüketicinin bedelini ya da ücretini peşin ödediği her tüketici işleminde, cayma hakkı olmadığı sonucuna ulaşılmaması gerekir. Örneğin tüketici iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan bir sözleşme ile malın/hizmetin bedelini ya da ücretini peşin ödeyebilir. Bu örnekte tüketici, sözleşmenin iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulması sebebi ile cayma hakkına sahip olur ve on dört gün içinde cayma hakkını kullanabilir⁴². Fakat iş yerinde kurulan ve bedeli veya ücreti peşin olarak ödenen tüketici sözleşmeleri için tüketici cayma hakkına sahip değildir.

Taksitle satış sözleşmesinde tüketici yedi gün içinde cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 18/1). Bu tür bir sözleşme örneğin iş yeri dışında veya mesafeli olarak da yapılabilir. Daha önce de belirtildiği üzere, tüketici, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan sözleşmelerde, on dört gün içinde cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 47/5-48/4). Bu bağlamda, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan bir taksitle satış sözleşmesi için tüketici daha lehine olan on dört gün içinde cayma hakkını kullanabilir⁴³. TKHK m. 18/1’de tüketici için öngörülen yedi günlük cayma hakkı esasen

⁴² On dört günlük süre “...hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir” (MSY m. 9/2, İYDKSY m.8/2).

⁴³ “Davacı eldeki davası ile internet üzerinden yaptığı tatil paketi satın alınmasına ilişkin sözleşmenin feshi ile ödediği bedelin iadesi isteminde bulunmuştur. Davalı, süresinde cayma hakkının kullanılmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece cayma hakkının hizmetten yaralanma ile başlayacağı kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir. Sözleşmenin mesafeli satış sözleşmesi olduğu hususunda esasen taraflar arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk cayma hakkının ne zaman kullanılabileceği noktasında toplanmaktadır. 6502 sayılı Tüketici Yasasının 48. maddesinde mesafeli satış sözleşmeleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin 4 fıkrasında “Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir”. Y. 13. HD. T. 25.01.2018, E. 2018/25017, K. 2018/556 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

iş yerinde kurulan taksitle satış sözleşmelerinde uygulanır. Böyle bir sözleşme için -genel sebepler dışında⁴⁴- cayma hakkı tanınması, tüketiciye altına girdiği ekonomik yükü (bedeli veya ücreti taksitlerle ödeyecek olmasının) tam olarak kavrayabilme imkânı verilmesi gerekliliğinin bir sonucudur⁴⁵.

Kanaatimizce amaç başlığı altında da belirtildiği üzere iş yerinde kurulan ve bedeli ya da ücreti peşin ödenen tüketici sözleşmeleri için de cayma hakkının tanınması doğru olur. Çünkü tüketiciye cayma hakkının verilmesinin temel sebebi rasyonel düşünme imkânına sahip ol(a)mamasıdır. Cayma hakkı, tüketiciye yaptığı sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını yeniden düşünme ve düşüncesini değiştirme imkânı verir⁴⁶. Tüketici, satış stratejileri gereği iş yerinde kurulan sözleşmelerde de rasyonel düşünme imkânına sahip olmayabilir ve satın almak istemediği bir malı ya da hizmeti satın alabilir. Örneğin iş yeri çalışanlarının davranışları veya satışa sunulan malın görsel cazibesi ile tüketicinin iradesinin etkilenmesi mümkündür. Tüketicinin böyle bir sözleşmeyi akdetmesi, onu ağır bir ekonomik yük altında sokabilir. Nitekim taksitle satış sözleşmesinde cayma hakkının tanınmasının özel sebebi tüketicinin yeterli düşünmeden

⁴⁴ Tüketici sözleşmesi akdedilirken tüketici bulunduğu konum itibarı ile zayıf taraftır. Bu zayıf tarafın iradesi, sözleşmeyi akdederken genellikle etkilenir. Böyle bir durumda, iradesi etkilenen kişinin gerçek iradesini ortaya koyup koyamadığını yeniden gözden geçirebilmesi gerekir. Çünkü tüketici sözleşmesinin kuruluş aşamasında taraflar arasında bir eşitsizlik vardır. Bu eşitsizlik de girişimci tarafından kötüye kullanılabilir. **KÜÇÜKAYDIN**, s. 59 vd. İşte kanun koyucu tüketiciye cayma hakkını, yaptığı sözleşmeyi yeniden düşünme ve fikrini değiştirme imkânı vermek için tanır. **BAYSAL**, s. 275; **KUT / BAUER**, CHK, OR Art. 40g, N. 5. Cayma hakkı, tüketiciyi koruyan araçlardan biridir. Girişimci ile yaptığı sözleşme öncesinde yeterli düşünme zamanına sahip olmayan tüketici, cayma hakkının (geri alma hakkının) tanınması yoluyla korunur. **ÖZEL**, s. 70 vd.

⁴⁵ Taksitle satış sözleşmesinin tarafını tüketiciler oluşturabilir. Böyle bir durumda, tüketiciler çeşitli satış stratejilerinden etkilenebilir ve sözleşmenin kendilerine getireceği yükü hesaba katmadan hareket edebilirler. Bu tür bir sözleşmeyi yeterli düşünme imkânına sahip olmadan yapan tüketiciler, ekonomik olarak kendilerine ağır bir yük getiren taksitleri ödeme yükümlüğü altına girebilirler. **ÖKSÜZ**, s. 137; **ÇAĞLAYAN-AYGÜN**, Gözde, “Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmelerinde Alıcıyı Koruyan Geri Alma Hakkı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, Ankara 2023, s. 377; **ÜNLÜTEPE**, Mustafa, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2014, s. 333.

⁴⁶ **KÜÇÜKAYDIN**, s. 59-60.

ekonomik yük altına girme ihtimalidir. Bu ihtimal peşin iş yeri satışlarında da ortaya çıkabilir. Tüketicinin mal ve/veya hizmet için peşin ödeme yapması, onun mutlak olarak sözleşmenin yapılması sırasında yeterli düşünme süresi olduğu ve ağır bir ekonomik yük altına girmediği anlamına gelmez. Dolayısıyla iş yerinde kurulan peşin ödemeli satış sözleşmesinde cayma hakkının tanınmaması başta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amaçları ile bağdaşmaz. İş yerinde yapılan peşin ödemeli satışta, sözleşme dengesinin sağlanması için tüketicinin korunma ihtiyacı göz ardı edilmiş olur. Bu kapsamda, iş yerinde kurulan peşin satışlar için de -taksitle satış sözleşmelerinde belirlenen süreden kısa da olsa- cayma hakkının tanınması doğru olur.

B. Abonelik Sözleşmesinde Genel Bir Cayma Hakkı İhtiyacı

Kanun koyucu, TKHK m. 52/4'te tüketiciye belirsiz süreli veya süresi bir yıldan daha uzun olan belirli süreli abonelik sözleşmesi için *herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin* sözleşmeyi feshetme hakkı tanır. Fakat *herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin* tamlamasının yer aldığı diğer sözleşmelerde tüketicinin sahip olduğu hak, cayma hakkıdır. Diğer tüketici sözleşmelerinde cayma terimi kullanılırken TKHK m. 52/4'te neden fesih teriminin tercih edildiği önem arz eder.

Doktrinde TKHK m. 52/4'te kullanılan feshin teknik anlamda olması da bir cayma hakkı olduğuna dair görüş vardır⁴⁷. Bu görüşe göre kanun koyucu uzun süreli abonelik sözleşmeleri için tüketiciye sözleşmeyi her zaman sona erdirmeye yetkisi tanır⁴⁸. Başka bir görüş, abonelik sözleşmesinde tüketiciye tanınan doğrudan bir cayma hakkı olmadığını

⁴⁷ TKHK m. 52/3-4'teki cayma, teknik anlamda cayma olarak nitelendirilmese de, cayma amacını sağlamaya yönelik tüketiciyi koruyan bir önlemdir. KÖKSAL, s. 35-36.

⁴⁸ KÖKSAL, s. 35-36.

savunur⁴⁹. Bu görüşe göre TKHK m. 52/4'te tüketiciye tanınan hak, sürekli borç ilişkisi doğuran abonelik sözleşmesinin feshi hakkıdır⁵⁰.

Kanaatimizce kanun koyucu abonelik sözleşmesinde kasıtlı olarak fesih terimi kullanır. Çünkü sürekli borç doğuran sözleşmeleri geleceğe etkili bir şekilde sona erdiren hak, fesih hakkıdır⁵¹. Abonelik sözleşmesi, sürekli veya dönemli edimli olarak tüketiciye mal ve/veya hizmet sunar. Bu durum, TKHK m. 52/1'de, belirli bir mal veya hizmetin sürekli veya düzenli aralıklarla edinilmesi şeklinde açıkça ifade edilir. Sürekli bir borç ilişkisinden söz edebilmek için sözleşmenin asli edimlerinden en az birinin sürekli veya dönemli olması gerekir⁵². Abonelik sözleşmesi, tüketiciye mal ve/veya hizmeti sürekli veya dönemli olarak sunduğu için sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir⁵³. Sürekli borç ilişkisi doğuran söz konusu sözleşmede fesih hakkı tanınmasının temel sebebi ise tüketici aleyhine sözleşme dengesinin bozulmasının istenmemesidir⁵⁴. TKHK m. 52'nin gerekçesinde de, abonelik sözleşmelerinde otomatik uzatmaya ilişkin düzenlemelerin bulunması veya bu tür sözleşmelerin çok uzun süreli

⁴⁹ **ÖKTEM - ÇEVİK**, Seda, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmelerinin Şekline ve Feshine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 206, İstanbul 2022, s. 27; **ERDOĞAN**, s. 295; **KARA**, Gülşah, “Abonelik Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları”, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 17, Kocaeli 2018, s. 140.

⁵⁰ **ÖKTEM - ÇEVİK**, s. 28 vd.; **KARA**, s. 140 vd.

⁵¹ **SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 115; **İNAL**, Tamer, Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, Ankara 2014, 4. Bası, s. 55.

⁵² **ALTINOK - ORMANCI**, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 21; **ASLAN**, Mehmet, “Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Eskişehir 2020, s. 162; **BAL**, Yakup, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, Ankara 2020, s. 43.

⁵³ **BAL**, s. 42 vd.; **ÖZ**, Muhammed Emir, Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesi, Ankara 2021, s. 37.

⁵⁴ **SERT - SÜTÇÜ**, Selin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükmüne Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara, 2016, s.85.

akdedilmeleri sebebi ile tüketiciye her zaman sözleşmeyi feshetme yetkisinin tanındığı açıkça belirtilir⁵⁵. Ayrıca cayma hakkı, diğer tüketici sözleşmeleri dikkate alındığında, sözleşmenin kurulmasından kısa bir süre sonra sona erer⁵⁶. Çünkü cayma hakkının kullanımı için öngörülen sürenin, sözleşmenin akdedilmesinden sonra tüketicinin rasyonel düşünmesine imkân sağlayacak bir süre olması gerekir. Tüketicinin rasyonel düşünmesi, yaptığı sözleşmeyle bağlı kalıp kalmayacağı ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını tekrar düşünebilmesi anlamına gelir. Bu düşünme süresinin kısalığı genellikle uzun süreli akdedilen abonelik sözleşmesinde, tüketicinin başka bir kurum ile korunması gerekliliğini ortaya çıkarır. Dolayısıyla kanun koyucu herhangi bir süre sınırı öngörmeksizin belirsiz veya bir yıldan uzun süreli abonelik sözleşmeleri için tüketiciye fesih hakkı tanır.

Tüketici, taksitle, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan bir abonelik sözleşmesinde, kural olarak cayma hakkına sahiptir (TKHK m. 18/1, 47/5, 48/4). Bu kapsamda kurulmayan bir abonelik sözleşmesi için ise tüketicinin cayma hakkı yoktur. Yukarıda amaç başlığı altında da belirtildiği üzere kanun koyucunun abonelik sözleşmeleri için tüketiciye neden doğrudan cayma hakkı tanımadığı haklı bir gerekçe ile açıklanamaz. Tüketici, diğer sözleşmelerde olduğu gibi abonelik sözleşmesini akdederken de rasyonel düşünme imkânına sahip olmayabilir. Cayma hakkının tüketicinin rasyonel düşünme imkânının olmadığı durumlarda tanındığı dikkate alındığında, abonelik sözleşmesinde cayma hakkının tanınmaması bir eksiklik olarak karşımıza çıkar⁵⁷. Tüketicilerin günümüzde yoğun bir şekilde yaptığı bu sözleşmede, girişimci tarafın satış stratejilerinden tüketicinin etkilenmemesi neredeyse mümkün değildir. Girişimcinin temsilcileri aracılığı ile tüketiciyi araması, mesaj çekmesi, mail gönder-

⁵⁵ <https://legalbank.net/belge/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-gerekceler/1467028/>

⁵⁶ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, satıcı veya sağlayıcı cayma hakkı konusunda tüketiciyi gerektiği gibi bilgilendirirse tüketicinin en uzun cayma hakkı süresi on dört (14) gündür.

⁵⁷ Abonelik sözleşmesinde doğrudan cayma hakkının olmamasının neden olabileceği olumsuz durumlar için bkz., II, C.

mesi, fiziki ortamda etkilemesi ya da reklamlar vasıtasıyla tüketicinin rasyonel düşünme imkânının kısmen de olsa ortadan kalkması mümkündür. Dolayısıyla kanun koyucunun girişimcinin iş yerine gidip iradesi etkilenmiş bir tüketicinin yaptığı abonelik sözleşmesi için de cayma hakkını tanıması doğru olur⁵⁸.

Abonelik sözleşmesi başlığı altında son olarak bir konuya dikkat çekmekte fayda vardır. İYDKSY m. 2/1 gereği elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelikler için iş yeri dışında kurulan sözleşmeye ilişkin hükümler uygulanmaz. Doktrinde bu tür hizmetlere ilişkin sözleşmelerin girişimci tarafın iş yerinde yapılacağı için İYDKSY m. 2/1 düzenlemesinin isabetli olduğuna dair görüş vardır⁵⁹. Kanaatimizce kapsam dışı bırakılan aboneliklerin İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliğinde yer alması gerekir. Çünkü cayma hakkının istisnalarının belli bir sistematik bütünlük içinde düzenlenmesi gerekir. Mevcut düzenlemeler karşısında, örneğin mesafeli sözleşme ile akdedilen su aboneliği sözleşmesinde, tüketicinin cayma hakkı vardır. Buna karşın su aboneliği sözleşmesi iş yeri dışında akdedilirse tüketicinin cayma hakkı yoktur. İlgili örnekte de görüldüğü üzere sözleşme türüne göre tüketicinin cayma hakkının olup olmaması, birçok tutarsızlıklara neden olur. Daha önce belirttiğimiz söz konusu tutarsızlıklara bağlı eleştiriler burada da geçerlidir. Nitekim 2011/83/AB Sayılı Tüketici Hakları Direktifi m. 3/1’de elektrik, su

⁵⁸ Diğer gerekçeler için bkz., I, D.

⁵⁹ Doktrinde elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin sözleşmelerin sadece girişimcinin iş yerinde yapılması sebebi ile iş yeri dışında kurulan sözleşme hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin düzenlemenin isabetli olduğu belirtilir. **ERTEM**, Göktuğ, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, , Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2023, s. 103; **KABAŞ**, Esen, “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s. 46. Kanaatimizce gelişen teknoloji dikkate alındığında, söz konusu hizmetlere ilişkin abonelik sözleşmesinin iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulması mümkündür. Nitekim günümüzde de bu tür abonelik başvuruları e-Devlet üzerinden yapılabilir.

ve doğal gaz hizmetlerine ilişkin abonelik sözleşmeleri kapsam dışı bırakılmaz⁶⁰. Yukarıda belirtildiği üzere tüketiciye abonelik sözleşmesinde yapılacak bir düzenleme ile doğrudan cayma hakkı verilmesi, bu tür tartışmaların da sona ermesini sağlar.

C. Cayma Hakkına Getirilen İstisnaların Yeniden Gözden Geçirilmesi İhtiyacı

Tüketici akdettiği taksitle satış sözleşmesi, iş yeri dışında kurulan sözleşme, mesafeli sözleşme ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme için kural olarak cayma hakkına sahiptir⁶¹. Fakat bu kural, tüketici tarafından akdedilen bütün taksitle satış sözleşmesi, iş yeri dışında kurulan sözleşme, mesafeli sözleşme ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme için mutlak olarak uygulanmaz. Çünkü bu sözleşmeleri konu edinen yönetmeliklerde, tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı bazı haller düzenlenir⁶². Cayma hakkının istisnalarını oluşturan söz konusu haller ise malların veya hizmetlerin niteliklerine göre belirlenir.

23/08/2022 tarihli ve 31932 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Bu eklemelerden biri de MSY m. 15'e yapılmıştır ve tüketicinin cayma hakkına getirilen istisnalar genişletilmiştir⁶³. Fakat mesa-

⁶⁰ ENGİN, Baki İlkey / YILMAZ, Elif Merve, "İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler", Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu, Editör: Kaya, Arslan, İstanbul 2020, s. 899.

⁶¹ Burada belirtilen sözleşmelere ilişkin cayma hakkının düzenlendiği kurallar sırası ile TKHK m. 18, 47, 48 ve 49'dur.

⁶² Bu istisnai durumlar, TSSHY m. 7/5-6, İYDKSY m. 14, MSY m. 15, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (FHİMSY) m. 13'te yer alır.

⁶³ MSY m. 15'e yapılan eklemeler ile tüketicinin mesafeli olarak akdettiği sözleşmelerde, cayma hakkına getirilen istisnalar şu "ı) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşımlar ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler. i) Tüketicie teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlar ile ilişkin sözleşmeler. j) Canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler. k) Tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler" şekilde sıralanabilir.

feli sözleşmelerde tüketicinin cayma hakkına getirilen istisnaların yürürlüğü 01/01/2026 tarihine kadar ertelenmiştir⁶⁴. Bu başlık altında yapılan eleştirilerin ve önerilerin daha anlaşılabilir olması adına cayma hakkına getirilen söz konusu istisnalar dikkate alınır. Bununla birlikte, yapılan eleştiri ve öneriler, taksitle satış sözleşmesinde, iş yeri dışında kurulan sözleşmede ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmede yer alan cayma hakkı istisnalarını da kapsar.

Tüketicinin mesafeli olarak akdettiği sözleşmeler için cayma hakkının kullanılamayacağı istisnai halleri genişletmek başta Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amacı ile bağdaşmaz. Tüketici MSY m. 15'te öngörülen bir mal veya hizmet için mesafeli olarak akdettiği sözleşmelerde, cayma hakkına sahip olamazken aynı mal veya hizmeti başka bir sözleşme ile yaparsa cayma hakkına sahip olabilir. Örneğin 2022 yılında MSY m.15'e getirilen istisnalardan biri, *cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlara* ilişkin sözleşmelerdir. Değişiklik olmazsa 01/01/2026 tarihinden sonra tüketici, mesafeli olarak satın aldığı cep telefonu, akıllı saat, tablet veya bilgisayar için cayma hakkına sahip olamayacaktır⁶⁵. Bu malları taksitle satış sözleşmesi veya iş yeri dışında kurulan sözleşme ile satın

⁶⁴ MSY m. 15'e yapılan eklemeler ile cayma hakkına getirilen istisnaların yürürlüğü, ilk olarak 23/08/2022 tarihli ve 31932 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik; ikinci olarak 14/09/2022 tarihli ve 31953 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik; üçüncü olarak 04/10/2023 tarihli ve 32359 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik ve son olarak da 10/08/2024 tarihli ve 32628 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yönetmelik ile ertelenmiştir.

⁶⁵ MSY m. 15'e yapılan eklemeler, değişiklik olmadığı durumda, 01/01/2026 tarihinde yürürlüğe gireceği için söz konusu örnekte belirtilen haller için tüketici şu an cayma hakkına sahiptir. "*Dava, İnternet sitesi üzerinden mesafeli satış ile alınan cep telefonun 14 günlük cayma hakkı süresinde iade edilmesi nedeniyle bedel iadesine dair verilen tüketici hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkindir. Somut olayda davalının mesafeli satış sözleşmesi nedeniyle 14 günlük cayma hakkının olduğu, bu süre içinde malı iade ederek cayma hakkını kullandığı, ancak mesafeli satış sözleşmesinin konusunu oluşturan cep telefonuna davalı tarafından sim kartı takılıp, uygulamalar indirilerek cayma hakkı süresi içerisinde 6 gün boyunca kullandığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, davalının mesafeli satış sözleşmesinden cayma hakkını kullanması nedeniyle cayma hakkı süresi içerisinde söz konusu cep telefonunu 6 gün boyunca kullanmasının mutlak kullanımı aşan kullanım olup olmadığı, mutlak kullanımı aşan kullanım söz konusu ise davacı satıcının uğradığı zarardan davalı tüketicinin sorumlu olacağı gözetilerek konusunda uzman bilirkişiden taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor aldırılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekir". Yarg. 3. HD. T. 7.11.2022, E. 2022/6784, K. 2022/8533 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).*

alan tüketici ise cayma hakkına sahip olur. Kısacası aynı mal veya hizmet için sözleşmenin türüne göre cayma hakkının tanınması ya da tanınmaması tüketicilerin korunması bakımından eşitsizliğe sebep olur. Cayma hakkı, rasyonel düşünme imkânı olmayan tüketiciye tanınıyorsa söz konusu mesafeli sözleşmelerde de tüketicinin rasyonel düşünme imkânı olmayabilir. Böyle bir durumda tüketicinin cayma hakkının elinden alınması hakkaniyete aykırı sonuçlara da yol açar.

Kanaatimizce tüketicinin mesafeli olarak akdettiği sözleşmelerde, cayma hakkının istisnalarını genişletmek yerine farklı kısıtlamalara başvurmak daha doğru olur⁶⁶. Bu konu detaylı bir şekilde ayrı bir başlık altında incelenir. Dolayısıyla burada tekrar olmaması için o konu başlığı altındaki gerekçelerimize atıf yapmakla yetiniyoruz⁶⁷.

Tüketicinin cayma hakkının istisnalarının yukarıdaki açıklamalar ışığında, güç dengesizliği⁶⁸ başta olmak üzere eşitlik ilkesini zedelediği ve

⁶⁶ Burada bir konuya dikkat çekmekte fayda vardır. Tüketicinin cayma hakkına istisnalar getirilebilir. Fakat bu istisnalar öngörülmeden önce cayma süresi içinde tüketiciye verilen malın olağan kullanımını hakkının kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü tüketicinin malı olağan kullanım hakkının elinden alınması, birçok istisnai halin düzenlenmesi ihtiyacını da ortadan kaldırır. İşte bu aşamadan sonra gerekli olan istisnai hallerin öngörülmesi daha doğru olur.

Mesafeli sözleşmenin konusunu hizmet de oluşturabilir. Fakat MSY m. 15/1-h gereği mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlerde, cayma hakkı yoktur. Bu düzenleme, tüketici ile sağlayıcı arasındaki sözleşme dengesini koruduğu için konusu hizmet olan mesafeli sözleşmede tüketicinin cayma hakkına ayrıca istisnalar öngörülmesine ihtiyaç kalmaz. MSY m. 15/1-a ile 8 bendinde, tüketicinin cayma hakkına getirilen istisnaların konusunu hizmet oluştursa da, bu bentler esasen MSY m. 15/1-h'nin kapsamında yer alır. Doktrinde de, her ne kadar MSY m. 15/1-ğ'de belirtilmese de, sağlayıcının tüketicinin onayı ile hizmeti ifa etmesi gerektiği belirtilir. Bkz., **YILDIRIM**, *Mesafeli Sözleşme*, s. 249; **BAŞ-SÜZEL**, Ece, “*Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, İstanbul 2018, s. 287; **ALTIN - ŞAHİN**, s. 261. Tüketicinin onayı ile hizmetin ifasının başlanması ise MSY m. 15/1-h kapsamında cayma hakkına getirilen bir istisnai haldir. Dolayısıyla yukarıda sadece konusu mal olan mesafeli sözleşmelerdeki cayma hakkına getirilen istisnai haller incelenir

⁶⁷ Bkz., III.

⁶⁸ Güç dengesizliği ile tüketici sözleşmelerinde tarafların konumları itibarıyla bir dengesizliğin bulunmaları ifade edilir. Bu sözleşmelerde, tüketici girişimci karşısında zayıf; girişimci tüketici karşısında güçlü bir konumda bulunur. **DEMİR**, AB, s. 68 vd.

sözleşmenin hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu aşikârdır. Bu sebeple söz konusu istisnaların yeniden gözden geçirilip düzenlenmesi bir zorunluluktur. Yeni düzenlemenin açık, anlaşılır olması ve sistematik bir bütünlük içinde ele alınması gerekir. Böyle bir düzenleme yapılırken özellikle cayma hakkının istisnalarının öngörüldüğü diğer tüketici sözleşmelerinin de dikkate alınması icap eder.

III. MALIN KULLANIMINA DAİR BAZI KISITLAMALAR ÖNGÖRME İHTİYACI

Taksitle satış sözleşmesinde, tüketici, söz konusu malı TKHK m. 18/3 gereği olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir. İlgili fıkranın lafzı dikkate alındığında, tüketici, olağan gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde malı kullanma hakkına sahiptir⁶⁹. Kanaatimizce burada tüketicinin malı kullanma hakkından söz edilmesi doğru değildir⁷⁰. Çünkü malın kullanımı, tüketiciye cayma hakkının tanınmasının amacını aşar. Tüketici, cayma hakkı süresince malın kullanma hakkına değil, rasyonel düşünme imkânına sahip olur.

Malın kullanılıp cayma hakkı ile iadesi durumunda, diğer tüketicilerin zarar görmesi mümkündür. Örneğin bir mal bir kez bile kullanılsa ikinci el konumuna düşer. Cayma hakkının kullanımı ile iade edilen mal, satıcı tarafından tekrar sıfır fiyatına diğer tüketicilerin alımına sunulabilir. Bu durumdan bilgisi olmayan tüketici, malı satın alması halinde, sıfır mal yerine ikinci el bir mal satın almış olur⁷¹. Makul bir tüketici, ikinci el konumundaki (kullanılıp iade edilen) bir malı sıfır fiyatına almak istemez. Malın cayma hakkının kullanımı sonrasında iade edilip edilmediğini denetleyen bir mekanizmanın oluşturulması da oldukça zordur. Böyle bir mekanizma, ek bir maliyet gerektireceği için alınan malın değerini yükseltir. Görüldüğü üzere cayma hakkında tüketiciye malı kullanma hakkı vermek, diğer tüketicilerin zarar görmesine sebep olur. Bu sebeple *tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için mağazadan satın alınan*

⁶⁹ ÜNLÜTEPE, s. 336; ÇAĞLAYAN-AYGÜN, s. 378.

⁷⁰ Aynı düşüncede: Çabri, taksitle satış sözleşmesi yapan tüketicinin cayma hakkı süresi içinde olağan gözden geçirmenin verdiği ölçüde olsa da malı kullanmaması gerektiğini savunur. Yazar, taksitle satılan bir bilgisayarın paketinin açılıp kullanılması ile söz konusu bilgisayarın diğer tüketiciler açısından paketi açılmış ve kullanılmış hale geleceğini, böyle bir malın da başka bir tüketici tarafından alınmak istenmeyeceğini örnek olarak verir. ÇABRİ, s. 453.

⁷¹ ÇABRİ, s. 453.

bir mal için tüketicinin sahip olduğu inceleme ve deneme sınırının aşılmaması gerekir⁷². Örneğin tüketici, taksitle satın aldığı bir ayakkabıyı veya kıyafeti mağazada incelenip, deneyebilir⁷³. Fakat bu ayakkabı veya kıyafetle dışarı çıkması veya bir düğüne ya da herhangi bir merasime katılması sınırın aşılması anlamına gelir. Görüşümüz çerçevesinde, tüketicinin inceleme ve deneme hakkı, mağazadan satın alınan bir mal için sahip olunan inceleme ve deneme hakkı ile sınırlıdır⁷⁴. Dolayısıyla tüketici her mal için deneme hakkına sahip olmaz. Örneğin hayatın olağan akışı içerisinde, tüketici, taksitle satın aldığı bir teflon tava ile deneme amaçlı olarak mağazada yemek yapmaz. Tüketicinin söz konusu tava ile evde yemek yapması ise malın kullanımı anlamına gelmesi ve böylece cayma hakkının sona ermesi gerekir.

Cayma hakkına konu bazı mallar için malın olağan kullanımının kaldırılması yeterli olmaz, bu mallar için başka kısıtlamalar da getirilebilir⁷⁵. Örneğin *cep telefonu, tablet ve bilgisayarlar* ile ilişkin mesafeli sözleşmelerde malın ambalajı gibi koruyucu unsurların açılması halinde cayma

⁷² Burada öncelikle iş yerinde kurulan ve iş yeri dışında yapılan tüketici sözleşmeleri şeklinde bir ayırım yapılması gerekir.

⁷³ Malın olağan kullanımı halinde, tüketici cayma hakkını kullanamaz. **KÜÇÜKAYDIN**, s. 72.

⁷⁴ TSSHY m. 7/5'te de tüketicinin cayma hakkına konu malı *olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği* düzenlenir. Fakat ilgili fıkra, olağan gözden geçirmenin malın ilk incelemesi ile sınırlı olduğu ve malın olağan kullanımı halinde ise tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı belirtilir. Bu düzenleme, mevzuat hazırlama tekniği bakımından sakıncalıdır. Çünkü TSSHY m. 7/5'e göre tüketici malı olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilme hakkına sahiptir. İlgili fıkranın bu ilk cümlesi, TKHK m. 18/3'e uygun bir düzenlemedir. Fakat TSSHY m. 7/5'in ikinci ve üçüncü cümlesinde, tüketicinin olağan da olsa malı kullanma hakkına sahip olmadığı belirtilir. Yönetmelikler, kanunların uygulamasını gösteren genel düzenleyici işlemler olduğu için kanunların tanıdığı bir hakkın kapsamını daraltması gerekir. Bu bağlamda, TKHK m. 18/3'te tüketiciye olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde malı kullanma hakkının, TSSHY m. 7/5'teki düzenleme ile inceleme hakkı şeklinde daraltılması, alt normun üst norma aykırı olmasına neden olur.

Burada bir hususa da dikkat çekilebilir. TSSHY m. 7/5'teki düzenleme, mevzuat hazırlama tekniğine uygun bir düzenleme olmasa da, görüşümüzü kısmen de olsa destekler niteliktedir. Çünkü ilgili fıkra, malın olağan bir şekilde kullanılması halinde, tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı açıkça belirtilir. Fakat TSSHY m. 7/5'te, inceleme hakkının ölçütü belirlenmez ve bu fıkra bütün malları kapsar şekilde düzenlenir.

⁷⁵ Aynı düşüncede: **ALTIN - ŞAHİN**, s. 267.

hakkı sona erdirilebilir. Böyle bir düzenleme, hem tüketicinin hem de satıcının menfaatini korur⁷⁶. Malın ambalajı veya diğer koruyucu unsurları açması ile tüketicinin cayma hakkını kaybetmesi, onun menfaatini de zedelemes⁷⁷. Burada tüketici modeli ölçütü olarak ortalama ve makul bir tüketici dikkate alınır⁷⁸. Ortalama ve makul bir tüketici de, söz konusu mallar hakkında belirli bir bilgi sahibi olur. Başka bir deyişle, tüketici malın ambalajı gibi koruyucu unsurların açmadan da nasıl bir mal ile karşılaşacağı hakkında bilgi sahibidir.

Doktrinde cayma hakkına konu malın olağan kullanım imkânının kaldırılmasının, cayma hakkının tanınma amacı ile bağdaşmayacağı ileri sürülebilir. Hatta cayma hakkının kapsamının genişletilmesine dair görü-

⁷⁶ Burada rasyonel düşünme imkânı olmadan mesafeli sözleşmeyi yapan tüketici, malın ambalajı veya diğer koruyucu unsurlarını açmadan cayma hakkını kullanabilir. Tüketici malın kendisine teslimine kadar yaptığı sözleşme ile bağlı kalıp kalmayacağını ve sözleşmenin hüküm ile sonuçlarını düşünür. Böylece cayma hakkı tüketicinin elinden alınmamış olur. Tüketicinin malın ambalajını veya diğer koruyucu unsurlarını açması ise artık mesafeli sözleşme ile bağlı kalmak istediğini gösterir. Bu durumda, tüketicinin cayma hakkı sona erer. Ambalajı veya diğer koruyucu unsurları açılmış bir mal için cayma hakkı kullanılamayacağı için burada satıcı menfaati de korunmuş olur. Tüketicinin ambalajını veya diğer koruyucu unsurlarını açmadan cayma hakkını kullanması halinde de satıcının menfaati korunur. Çünkü satıcı konu mal sıfır niteliğini kaybetmez ve söz konusu mal satıcı tarafından yeniden satışa sunulabilir.

⁷⁷ Tüketicinin malın ambalajı gibi koruyucu unsurlarını açması, sözleşmeyle bağlı kalmak istediğini ortaya koymuş olur. Bu aşamadan sonra artık tüketiciyi koruyan diğer hükümlerin uygulanması gerekir. Örneğin tüketici malın niteliklerinde bir eksiklik varsa ayıplı maldan doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilir.

⁷⁸ Doktrinde tüketicinin görmediği bir mal için cayma hakkını kaybetmesinin bir çelişkiye neden olabileceği ileri sürülebilir. Çünkü görüşümüz ışığında, belirli mallar için tüketicinin cayma hakkı malı görmeden sona ermiş olur. Örneğin mesafeli bir satış ile cep telefonu satın alan tüketicinin, cep telefonunun ambalajını açtığı anda, cayma hakkı söz konusu malı görmeden sona ermiş olur. Çünkü burada bireysel tüketici menfaati ile kamu menfaatinin çatışmasından söz edilir ki, kamu menfaatinin daha üstün tutulması gerekir. Cep telefonunun ambalajının açılması ve kullanılmasından sonra cep telefonu, iki el statüsüne kavuşur. Cayma hakkının kullanılması ile cep telefonunun satıcıya iadesi durumunda, satıcı cep telefonunu sıfır olarak tekrar satışa sunabilir. Bu durumda, diğer tüketiciler sıfır fiyatına ikinci el bir mal satın alma tehlikesi ortaya çıkar. Yine satıcı ikinci el statüsü kazanan cep telefonunu, çok uygun fiyata satmak zorunda kalabilir ya da malın kullanılmasına bağlı olarak imha etmesi de gerekebilir. İşte söz konusu gerekçeler dikkate alındığında belirli mallar için tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi malın ambalajı gibi koruyucu unsurların açılmaması şartına bağlanabilir.

şümüz ile caymaya konu malın olağan kullanım imkânının kaldırılmasına ilişkin görüşümüzün bir çelişkiye sebep olduğu da belirtilebilir. Tüketicinin cayma hakkına sahip olmaması ile malı olağan bir şekilde kullanması sonucunda cayma hakkını kaybetmesi aynı şey değildir. Burada öncelikle iki durumunun birbirinden ayrılması gerekir. Örneğin satıcının satış stratejileri etkisi ile tüketicinin mesafeli bir sözleşme ile kahve makinası satın aldığını düşünelim. Bu örnekte tüketici sözleşmeyi akdettiği sırada rasyonel düşünme imkânına sahip olmadığı için cayma hakkına sahip olmalıdır. Kahve makinası için bir istisna getirilir ve böylece tüketicinin cayma hakkı elinden alınırsa bozulan sözleşme dengesinin tekrar sağlayacak hukuki bir araç kalmaz. Tüketici, satıcıya karşı korunamamış olur. Burada cayma hakkı, kahve makinasının tesliminden itibaren belirli süreye kadar tüketiciye rasyonel düşünme imkânı tanır.

Tüketici kahve makinasının teslim aldıktan sonra onu olağan bile olsa kullanırsa artık tüketicinin cayma hakkının sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir⁷⁹. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere burada dikkate alacağımız tüketici modeli ortalama ve makul tüketicidir. Ortalama ve makul bir tüketici de, satın aldığı bir kahve makinası hakkında onu kullanmadan önce de belirli bir bilgi sahibidir. Özellikle günümüzde teknolojik imkânlar sayesinde tüketiciler satın alacağı bir mal hakkında detaylı bilgilere sahip olabilmektedirler. Böyle bir durumda, tüketicinin (olağan da olsa) malı kullanması, onun rasyonel düşünmesi etkileyen bir husus olarak karşımıza çıkmaz. Rasyonel düşünme, tüketiciye sözleşme ile bağlı kalıp kalmama ile sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını yeniden gözden geçirmesi için bir süre tanır. Bu süre, kahve makinasının kullanımı ile sona erer. Çünkü tüketicinin söz konusu malı kullanımı, artık cayma hakkından feragat ettiği anlamına gelir⁸⁰. Kuşkusuz kahve makinasında bir nitelik eksikliği söz konusu ise tüketici ayıplı maldan doğan sorumluk hükümlerine başvurabilir (TKHK m. 8)⁸¹.

⁷⁹ Tüketicinin korunması amacı ile cayma hakkında tüketiciye olağan kullanım hakkının verilmesi, ona aynı zamanda hakkın kötüye kullanımı fırsatı verildiği anlamına gelir.

⁸⁰ Burada mağazadan satın alınan bir mal için tüketicinin sahip olduğu inceleme ve deneme sınırına dair görüşümüz saklıdır. Bkz., III.

⁸¹ Örneğin kahve makinası sözleşmedeki örnek modele göre daha gürültülü çalışıyorsa tüketici söz konusu maldaki nitelik eksikliği sebebi ile seçimlik haklarını kullanabilir (TKHK m. 11). Fakat kahve makinası sözleşmedeki örnek modele uygun bir ses çıkarıyorsa tüketici artık ne ayıp sebebi ile seçimlik haklarını ne de cayma hakkını kulla-

Tüketiciye malın kullanım hakkının verilmesi sadece diğer tüketicilere değil satıcılara da zarar verebilir. Örneğin olağan kullanımına bağlı olarak malda gelen değişiklikler malın değerinin düşmesine ve satışının zor olmasına neden olabilir⁸². Başka bir deyişle, tüketiciye olağan da olsa kullanım hakkı verilmesi girişimci aleyhine sözleşmedeki menfaat dengesinin bozulduğu anlamına gelir⁸³.

Malın olağan kullanımı, çevreye de zarar verebilir. Çünkü tüketicinin malı olağan bir şekilde kullanıp iade etmesi halinde, girişimcinin malı kontrol etmesi, temizlemesi, onarması vb. sebeplerle bir harcama yapması gerekir. Bu harcama, malın getireceği kar marjını aşarsa onun imha edilmesi girişimci için daha karlı olur. Örneğin Almanya'da yapılan bir çalışmada, bir yılda, cayma hakkı sebebi ile iade edilen malların en az on yedi milyonunun imha edildiği sonucuna ulaşılmıştır⁸⁴. Dünyada sadece bir ülkede, bir yılda, bu kadar malın imhası dikkate alındığında, söz konusu imhanın çevreye zarar vereceği kuşku götürmez bir gerçektir.

Olması gereken hukuk bakımından yukarıda izah edilen gerekçeler dikkate alınarak tüketiciye olağan da olsa malı kullanma hakkı tanımak gerekir. Bu sebeple TMK m. 18/3'te malı kullanma hakkı tanımak yerine belirtilen sınırlar içinde bir değişiklik yapılması daha doğru olur.

Kanun koyucu taksitle satış sözleşmesinde olduğu gibi iş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmelerde de tüketiciye cayma hakkı süresi

nabilir. Çünkü tüketicinin ayıplı maldan doğan sorumluluğa başvurusu için bir nitelik eksikliği söz konusu değildir. Cayma hakkı bakımından ise burada artık ortalama ve makul bir tüketici dikkate alınacağı için kahve makinasının söz konusu ses ile çalıştığını tüketicinin bildiği kabul edilir. Burada rasyonel düşünmeyi etkileyen bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu hakkı, beğenme yolu ile satışla bağdaştıracak şekilde genişletmemek gerekir.

⁸² Malın olağan gözden geçirilmenin gerektirdiği ölçüde kullanılması, satıcının zarara uğramasına neden olur. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelikte satıcının zararının tazmin edilmesinde dair bir düzenleme de yoktur. **ÇABRİ**, s. 453.

⁸³ Zayıf tarafı koruma ilkesi sadece bozulan dengenin yeniden tesisini sağlama amacı taşır. Bu sebeple sözleşmenin dengesinin zayıf konumda bulunan taraf lehine, karşı taraf aleyhine bozulması düşünülemez. **BAYSAL**, s. 288.

⁸⁴ **KITZIG**, Florian, "Der Verbraucherwiderruf – ein umweltschädliches Recht?", Institut für Nachhaltigkeit, Unternehmensrecht und Reporting der Universität zu Köln, <https://blog.uni-koeln.de/inur-blog/der-verbraucherwiderruf-ein-umweltschadliches-recht/> (20.03.2025).

içinde malı olağan kullanma hakkı tanır⁸⁵. Gerçekten de TKHK m. 47/5 ve TKHK m. 48/4'e göre *"Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir"*. İlgili fıkralarda malın mutata (olağan) kullanımının ne anlama geldiği ile ilgili bir düzenleme yoktur. Fakat TKHK m. 47'in gerekçesinde malın olağan kullanımına bazı örnekler verilir. Bu örnekler, tencere seti ile yemek pişirilmesini, fotoğraf makinası ile fotoğraf çekilmesi ve tansiyon aleti ile tansiyon ölçülmesidir⁸⁶. Kanaatimizce iş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı süresi içinde tüketiciye malın olağan kullanım hakkı tanınması doğru değildir⁸⁷. Taksitle satış sözleşmesinde tüketicinin malı kullanımına ilişkin yukarıdaki eleştirilerimiz burada da geçerlidir⁸⁸.

SONUÇ

Çalışmada, Türk hukukunda tüketicinin cayma hakkı üzerine olan ve olması gereken hukuka dair bazı düşünceler incelenmiştir. Bu genel düşünceler, özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve bu Kanunun uygulamasını gösteren yönetmelikler dikkate alınarak ifade edilmiştir.

⁸⁵ Türk hukukunda, iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan sözleşmelerde, tüketici malı olağan bir şekilde kullanabilir. Tüketici cayma hakkını kullanması durumunda da, herhangi bir kullanım tazminatı ödemek zorunda değildir. Fakat Avrupa Birliği Direktiflerine göre iş yeri dışında veya mesafeli olarak kurulan sözleşmelerde, tüketicinin malı kullanımı oldukça sınırlıdır. Bu sınırı aşması halinde ise tüketici kullanım tazminatı ödemek zorunda kalır. İNCEOĞLU, Mehmet Murat, *"Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz"*, Recht der Internationalen Wirtschaft 2016, S.9, s. 576-577.

⁸⁶ Yargıtay cayma hakkının geç kullanılmasını da hakkın kötüye kullanımı şeklinde kabul eder. *"Belirtilmelidir ki, uyuşmazlığa konu olayda davacının tatil hakkını kullanmamış olduğu açık ise de davacının sözleşmenin imzalandığı tarihten yaklaşık üç yıl sonra dava açarak cayma hakkını kullandığını belirtmesi karşısında bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olup bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Yukarıda da belirtildiği üzere davalı şirket bu süre içerisinde hizmeti ifaya hazır olduğu halde davacı tüketici bu hakkını kullanmama yolunu seçmiştir. Bu nedenledir ki davacı tarafından sözleşmenin benimsendiği ve cayma hakkını süresinde kullanmadığı kabul edilmelidir"*. YHGK T. 4.10.2018, E. 2018/544, K. 2018/1421(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁷ Aynı düşüncede: ÇABRİ, s. 861; AYDOĞDU / KAHVECİ, s. 583.

⁸⁸ İş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmelerde, cayma süresi içinde sadece mağazadan satın alınan bir mal için tüketicinin sahip olduğu inceleme ve deneme sınırını aşmaması gerekir. Taksitle satış sözleşmesinde belirttiğimiz örnekler iş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmeler için de geçerlidir.

1) Cayma hakkı, *tüketiciye belirli süre içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı geriye etkili olarak sonlandırma yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır.*

2) Kanun koyucu cayma hakkını genel bir madde ile düzenlemek yerine belirli bazı tüketici sözleşmeleri için ayrı ayrı düzenler. Bu düzenleme şekli, söz konusu hakkın sistematik bir bütünlük içinde ele alınmasını zorlaştırır. Mevcut düzenlemeler karşında, konusunu aynı mal ve/veya hizmet oluştursa da, sözleşme türüne göre tüketicinin cayma hakkı olmayabilir. Oysa –istisnai haller hariç- rasyonel düşünme imkânı olmayan her tüketicinin cayma hakkına sahip olması gerekir. Tüketici sözleşmesinin türüne göre cayma hakkının tanınup tanınmaması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur.

3) Cayma hakkı, ahde vefa ilkesinin istisnası değil, onu tamamlayan bir haktır.

4) Cayma hakkının tanınma amacı, tüketicinin fazla düşünmeden belirli etkenlerin etkisi ile –rasyonel düşünmeden- sözleşme akdetmesidir. Bu genel sebep tüketici sözleşmelerinde cayma hakkının tanınması için yeterli olmalıdır. Dolayısıyla tüketici sözleşme türlerine göre cayma hakkının tanınması doğru olmaz.

5) Belirsiz süreli ya da süresi bir yıldan uzun belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, tüketici herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Bu fesih hakkı, tüketici lehine tanınan cayma hakkı ile elde edilmek istenen korumayı sağlayamaz. Dolayısıyla abonelik sözleşmesinde de tüketiciye doğrudan cayma hakkı tanınması doğru olur.

6) Taksitle satış sözleşmesinde, iş yeri dışında kurulan sözleşmede ve mesafeli sözleşmede tüketici cayma süresi içinde malı olağan (mutat) kullanma hakkına sahiptir. Malın olağan kullanımı, cayma hakkının amacı ile bağdaşmaz. Olması gereken hukuk bakımından malı kullanan tüketicinin cayma hakkının sona ermesi gerekir. Burada tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için alınması gereken ölçüt ise mağazadan satın alınan bir mal için tüketicinin sahip olduğu inceleme ve deneme sınırının aşılması olmalıdır.

7) Tüketicinin cayma hakkının istisnalarını genişletmek yerine farklı kısıtlamalara başvurmak daha doğru olur. Öncelikle bir önceki bentte de belirttiğimiz üzere malın olağan da olsa kullanımına izin verilmemesi gerekir. Bazı mallar için malın kullanımına izin verilmemesi ye-

terli olmayabilir. Bu tür mallar için başka kısıtlamalar da getirilebilir. Örneğin malın ambalajı gibi koruyucu unsurları açılması halinde cayma hakkı sona erdirilebilir.

8) Cayma hakkının başka hukuki kurumların alanına müdahale edilmesine izin verilmemesi gerekir. Özellikle cayma hakkının olağan kullanımına izin verilmesi, beğenme yolu ile satış kurumundan farkının ortaya koyulmasını zorlaştırır. Malın olağan kullanımından sonra çıkan ayıplar için cayma hakkının kullanımı da ayıplı maldan doğan kurumun hukuki alanına müdahale anlamı taşır.

9) Türk hukukunda tüketicinin cayma hakkına ilişkin düzenlemelerin yeniden gözden geçirilip düzenlenmesi bir zorunluluktur. Yeni düzenlemenin açık, anlaşılır ve sistematik bir bütünlük içinde ele alınması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara 1999.
- AKİPEK-ÖCAL**, Şebnem / **KARA**, İlhan, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- ALTIN - ŞAHİN**, Hayrunnisa: “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”, Bilişim Hukuku Dergisi, S. 2, Ankara 2023, s. 225-280.
- ALTINER-YOLCU**, Fatma Zeynep: “İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin BGE 137 III 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi / Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, C. 25, S. 2, İstanbul 2019, s. 541-564.
- ALTINOK - ORMANCI**, Pınar: Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- ASLAN**, Mehmet: “Tüketicilerle Yapılan Abonelik Sözleşmelerinin Sözleşme Özgürlüğü İlkesi Bakımından İncelenmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Eskişehir 2020, s. 159-182.
- ATAMER**, Yeşim M.: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016.
- AYDOĞDU**, Murat / **KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- AYDOĞDU**, Murat: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar, İzmir 1998.
- BAL**, Yakup: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, Ankara 2020.

- BARNIKOL**, Michael: Die Schutzinstrumente des schweizerischen Konsumkreditrechts, Bern 2014.
- BAŞ-SÜZEL**, Ece: “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, İstanbul 2018, s. 257-307.
- BAYSAL**, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 1, İstanbul 2017, s. 273-292.
- BUDAK**, Muhammed Alpaslan / **ŞENGÜL**, Mehmet, Devre Mülk ve Devre Tatil Sözleşmesi, Ankara 2024.
- BUZ**, Vedat: Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- ÇABRİ**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÇAĞLAYAN-AYGÜN**: Gözde, “Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmelerinde Alıcıyı Koruyan Geri Alma Hakkı”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, Ankara 2023, s. 359-385.
- DEMİR**, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, Ankara 2003, s. 61-90. (AB)
- DEMİR**, Mehmet: Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2002. (Kapıdan Satış)
- DEMİR**, Mehmet: Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004 (Mesafeli Sözleşme).
- DEMİRBAŞ**, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- DONAUER**, Daniel / **MÖRİ**, Barbara A.: “Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen”, Aktuelle Juristische Praxis / Pratique Juridique Actuelle Zeitschrift, C. 2, Zürich 2015, s. 339-350.
- ENGİN**, Baki İlkay / **YILMAZ**, Elif Merve: “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler”, Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uymu, Editör: Arslan Kaya, İstanbul 2020, s. 885-904.
- ERDOĞAN**, Kemal: “Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3, Konya 2018, s. 271-330.

- ERTEM**, Göktuğ: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2023.
- FISCHER**, Damian A.: UWGKom, UWG Art. 4 / IV. – VII.
- GEZDER**, Ümit: Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006.
- GÖKSU**, Tarkan: “Vorb. Art. 1–40f”, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), Editör: Gauch, Peter / Stöckli, Hubert, Zürich 2012.
- HAİDMAYER**, Barbara: “Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel”, Schweizrische Juriste-Zeitung, C. 1, Zürich 2016, s. 1-9.
- HEİSS**, Helmut / LOACKER, Leander D.: “2 Konsumentenschutz – eine Typologie, II. Der rechtliche Schutz von Konsumenten”, Grundfragen des Konsumentenrechts, Zürich 2020.
- HONSELL**, Heinrich / **MAYER-MALY**, Theo: Rechtswissenschaft, 7. Auflage, Bern 2017.
- İŞINTAN**, Pelin: “Türk Hukukunda İnternet Ortamında Mal Satışına Yönelik Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması”, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, İstanbul 2022, s. 239-275.
- İKİZLER**, Metin, “4822 Sayılı Kanun’la Değişik Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Işığında / Kapıdan Satışların Unsurları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, İzmir 2003, s. 77-108.
- İNAL**, Tamer: Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, 4. Bası, Ankara 2014.
- İNCEOĞLU**, Mehmet Murat: “Das neue türkische Verbraucherschutzgesetz”, Recht der Internationalen Wirtschaft 2016, S. 9, s. 572-577.
- KABAŞ**, Esen: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Ankara 20015, s. 73-100.
- KABAŞ**, Esen: “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015.
- KANDEMİR**, Burcu, Taksitle Satış Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Ankara 2021.

- KARA**, Gülşah: *"Abonelik Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları"*, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 17, Kocaeli 2018, s. 137-156.
- KITZIG**, Florian, *"Der Verbraucherwiderruf - ein umweltschädliches Recht?"*, Institut für Nachhaltigkeit, Unternehmensrecht und Reporting der Universität zu Köln, <https://blog.uni-koeln.de/inur-blog/der-verbraucherwiderruf-einumweltschadliches-recht/>.
- KÖKSAL**, Mehmet: *"Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkı ve Hukuki Niteliği"*, Legal Hukuk Dergisi, C. 19, S. 217, İstanbul 2021, s. 33-52.
- KUHN**, Hans: *Schweizerisches Kreditsicherungsrecht*, Bern 2023.
- KURT**, Leyla Müjde: *"TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketicuyu Korumaya Geri Alma Hakkı"*, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2011, s. 44-68.
- KUT**, Ahmet / **BAUER**, Christoph: *"OR Art. 40g"*, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2023.
- KÜÇÜKAYDIN**, Emine Aslı: *Tüketicuyu Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı*, İstanbul 2018.
- LOACKER**, Leander D.: *"Pacta non semper servanda sunt: Überlegungen zu gesetzlichen Widerrufsrechten am Beispiel des Versicherungsvertrages"*, Festschrift für Wolfgang Portmann, Editör: Roland, A. Müller, Zürich 2020.
- MERİÇ**, Nedim: *"Mesafeli Sözleşmelerin Kurulması İle Cayma Hakkının Kullanılmasına İlişkin 4077 Sayılı Kanunun Hükmünün TBK ve HMK Bakımından Değerlendirilmesi"*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, İstanbul 2013, s. 103-104.
- OĞUZ**, Cemal: *"Kapıdan Satışlarda Tüketicilere Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları"*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, Ankara 2004, s. 33-48.
- OZANOĞLU**, Hasan Seçkin: *"Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)"*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 55-90.
- ÖKSÜZ**, Ayşe Gül: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara 2016.

- ÖKTEM - ÇEVİK**, Seda: “Elektronik Haberleşme Sektöründe Abonelik Sözleşmelerinin Şekline ve Feshine İlişkin Sorunların Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 206, İstanbul 2022, s. 9-38.
- ÖZ**, Muhammed Emir: Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesi, Ankara 2021.
- ÖZEL**, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998.
- ÖZEN**, Burak: Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması. 4. Tüketici Hukuku Kongresi, İstanbul 2014.
- PROBST**, Thomas: “Konsumentenschutz durch Information und Vertragsentbindung / III. – IV”, Grundfragen des Konsumentenrechts, Editör: Helmut, Heiss / Leander, D. Loacker, Zürich 2020.
- SCHNEGG**, Antoine: “Allgemeine Anforderungen an Verbraucherverträge-VIII. Widerrufsrecht”, Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union, Editör: Tobias Baumgartner / Alexander Brunner / Dirk Thomas Trüten, Österreich 2017.
- SEROZAN**, Rona: “Tüketiciyi Koruma Kanununun Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi”, Yasa Hukuk Dergisi, C. 15, S. 173/4, İstanbul 1996, s. 579-598.
- SEROZAN**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007. (Dönme)
- SERT - SÜTÇÜ**, Selin: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara, 2016.
- SİRMEN**, Lale: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Ö, İstanbul 2013, s. 2465-2476.
- ÜNALDI**, Rabia: Cayma Hakkı ve Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkının Kullanılması, Ankara 2020.
- ÜNLÜTEPE**, Mustafa: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Ankara 2014, s. 293-358.
- VARDAR - HAMAMCIOĞLU**, Gülşah, “İfa Edilmiş Bağışlama Sözleşmesinde Geri Alma Hakkının Hukukî Niteliği”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2019, S. 2, s. 257 – 273.
- YILDIRIM**, Abdülkerim: Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009.

YÜCEDAĞ - GÖZTEPE, Nafiye, “*Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 27, Ankara 2016, s. 667 – 690.

ZEVKLİLER, Aydın / **ÖZEL**, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

SOSYAL MEDYA ADLARININ ŞİRKETE SERMAYE OLARAK KONULMASI

Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin EKİCİ*

Öz

Sosyal medya günümüzün önemli fenomenlerinden biridir. Günümüzde 16-64 yaş arası kişilerin %60'tan fazlası sosyal medya kullanıcısı olup bu oran her geçen gün artmaktadır. Kullanıcı sayısının artmasıyla birlikte sosyal medya hesaplarının hem sosyal ağ sağlayıcıdan ve hem de kendilerine reklam verenlerden elde ettikleri gelirler de önemli seviyelere ulaşmıştır. Bu nedenle sosyal medya adları kendi başına bir değer ifade eder hale gelmiştir. Türkiye'de TTK'ya göre nakdi ve aynı sermayenin yanında elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin de şirketlere sermaye olarak konulması mümkündür. Ancak bunlar haklı olarak kullanılan, devredilebilir, üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan, değerlendirilebilir nitelikte olmak zorundadır. Şirkete sermaye olarak konulması taahhüt edilen sosyal medya adlarının mülkiyeti, şirket tüzel kişiliğinin kurulduğu anda şirkete geçecektir. Ancak bunlar üzerindeki fiili hakiyetin sağlanması için kullanıcı adı ve şifrelerinin teslim edilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

• Sosyal medya adları • Şirket • Sermaye • Değerleme • Alan adları

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Özel Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst.Prof. İstanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Private Law, İstanbul, Türkiye.

✉ serafettin.ekici@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0001-9940-9997

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: EKİCİ, Şerafettin, "Sosyal Medya Adlarının Şirkete Sermaye Olarak Konulması", SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s.1099-1135.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

THE CONTRIBUTION OF SOCIAL MEDIA NAMES AS CAPITAL TO THE COMPANY

Abstract

Social media is one of the most significant phenomena of our time. Today, more than 60% of individuals between the ages of 16 and 64 are social media users, and this percentage continues to grow steadily. As the number of users increases, the revenues generated by social media accounts—both from social network providers and from advertisers—have reached substantial levels. Consequently, social media names have come to represent independent economic value. According to the Turkish Commercial Code (TCC), in addition to cash and in-kind capital contributions, values such as electronic platforms, domains, names, and signs may also be contributed as capital to companies. However, such contributions must be legitimately used, transferable, free of any limited real rights, attachments, or precautionary measures, and must be capable of valuation. The ownership of social media names pledged as capital will be transferred to the company at the moment the legal entity is established. However, to ensure effective control over these assets, the relevant usernames and passwords must also be delivered to the company.

Keywords

• Social media names • Company • Capital • Valuation • Domain names

GİRİŞ

Hızla gelişmekte olan bilim ve teknoloji her geçen gün yeni kavram ve tanımları karşımıza çıkarmaktadır. Özellikle bilgisayarın icadından sonra bu gelişim daha da hızlanmış, internet, sosyal medya, yapay zeka, dijital varlıklar gibi birçok yeni teknolojik ürünü ve kavramı hayatımıza dahil etmiştir.

Yaklaşık son yirmi yılda hayatımıza giren sosyal medya platformları hızla yayılarak sosyal bir fenomen haline gelmiştir. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre¹ ülkemizde; 16-74 yaş arası bireylerin %86,2'si WhatsApp, %71,3'ü, YouTube ve %65,4'ü ise Instagram kullanmaktadır.

¹ TÜİK Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması, (27 Ağustos 2024), [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanim-Arastirmasi-2024-53492](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanim-Arastirmasi-2024-53492) (Erişim Tarihi: 17.12.2024).

Küresel planda ise, We Are Social platformu tarafından yayınlanan Dijital 2025 raporuna göre²;

- Dünya üzerindeki 5,56 milyar kişi (dünya nüfusunun %67,9'u) artık internet kullanıcısı durumundadır. 2024 yılına göre sayı 136 milyon kişi (%2,5) artmıştır.
- Aynı dönem itibariyle aktif sosyal medya kullanıcı kimliği 5,24 milyar olmuş (%63,9) ve 2024 yılına göre kullanıcı sayısı 206 milyon kişi (%4,1) artmıştır (Bir önceki yıl bu artış 266 milyon kişi (%5,6) olarak gerçekleşmişti).
- Aynı araştırmaya göre Türkiye'de nüfusun %66,7'si sosyal medya kullanıcısı durumundadır. Dünyada kişiler sosyal medyada günde ortalama 2 saat 21 dakika vakit geçirmekte iken, ülkemizde sosyal medyaya harcanan ortalama süre ise 2 saat 43 dakikadır.
- Dünyada sosyal medya kullanımının toplam çevrimiçi zamana oranı %35,3 iken, ülkemizde bu oran %37,7 düzeyindedir.
- Cep telefonu kullanıcısı 5,61 milyar kişi olup, dünya nüfusunun %69,4'ü tekil cep telefonu kullanıcısı durumundadır. Bunların %97,6'sı akıllı telefondur.
- Cep telefonu kullanıcılarının %96,3'ü cep telefonundan internet kullanmakta (Türkiye'de %96,9) ve doğal olarak sosyal medyaya da en çok cep telefonu üzerinden bağlantı sağlanılmaktadır.
- Dünyada sosyal medya kullanıcılarının ortalama %50'si markaları ve ürünlerini takip etmek için sosyal medya kullanmaktadır. Bu oran ülkemizde %55,7 düzeyindedir.
- Sosyal medya kullanıcılarının %46,1'i sosyal medyayı iş ile ilgili aktiviteler için kullanmaktadır. Ülkemizde ise bu oran %48,7 düzeyindedir.

Dünyanın çok büyük bir kesiminde yaygın şekilde kullanılmakta olan sosyal medyanın, yerelde yahut küresel ölçekte şirketlerin tanıtım ve pazarlama aracı olarak kullanılması yahut doğrudan satış aracı olarak

² We are Social, Digital 2025 Raporu, (1 Şubat 2025), <https://wearesocial.com/uk/blog/2025/02/digital-2025> (Erişim Tarihi: 01.03.2025)

kullanılması mümkündür. Nitekim genel ticarete oranı her geçen gün artmakta olan e-ticaretin³ bir kısmı sosyal medya üzerinden gerçekleşmekte ve “S-ticaret” olarak adlandırılmaktadır.

Kullanıcı sayısı ve kullanım oranı açısından günlük hayatımızın yaygın bir aracı olduğu istatistiklerden açıkça anlaşılan sosyal medya platformları üzerinden para kazanabilmek, diğer bir deyişle oluşturulan içeriği gelire dönüştürmek de mümkündür. Örneğin, yaklaşık 640 milyon takipçisi olan Cristiano Ronaldo’nun 2024 yılında Instagram üzerinden “cristiano” isimli hesabından yaptığı her bir sponsorlu paylaşım için ortalama 3.4 milyon dolar kazanmakta olduğu, onu takip eden Lionel Messi’nin ise her bir gönderiden 2.7 milyon ABD doları gelir elde ettiği açıklanmıştır⁴. Instagram⁵ ve Facebook⁶ başta olmak üzere birçok sosyal medya platformu bu konuda teşvik edici ve kullanıcıyı aydınlatıcı rehberler yayınlamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, yüksek miktarlarda gelir kaynağı olabilecek olan sosyal medya adlarının (hesaplarının) başlı başına bir değer ifade edeceği şüphesizdir. Bu kapsamda hem gelir aracı olan hem de kendisi bir değer ifade eden sosyal medya hesaplarının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağının ortaya konulması, eğer sermaye olarak konulabilecek ise sermaye unsuru olarak değerlemesinin nasıl yapılacağı, sermaye unsuru olarak sosyal medya hesaplarının şirkete devrinin nasıl ve hangi anda gerçekleşeceği konuları bu makalemizde açıklanmıştır.

I. SOSYAL MEDYA ADLARININ TANIMLANMASI

A. Sosyal Medyanın Kısa Tarihi

ARPANET’in ABD’de ordu ve üniversiteler tarafından geniş şekilde kullanılmasının ortaya çıkardığı iletişim problemlerini çözmek için

³ TC. Ticaret Bakanlığı, 2023 E-Ticaretin Görünümü Raporu, (27 Mayıs 2024), <https://ticaret.gov.tr/duyurular/turkiyede-e-ticaretin-gorunumu-raporu-yayimlandi> (Erişim Tarihi: 05.12.2024)

⁴ Influencer Marketing Hub., Benchmark report (12 Aralık 2024). Bağlantı: <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report> (Erişim Tarihi: 12.01.2025)

⁵ Instagram Para Kazanma, Bağlantı: https://creators.instagram.com/earn-money?locale=tr_TR. (Erişim Tarihi: 12.01.2025)

⁶ Facebook Para Kazanma, Bağlantı: <https://facebook.com/business/goals/monetize-content>. (Erişim Tarihi: 12.01.2025)

yapılan çalışmalar sonucu ilk defa 1974 yılında duyurulmuş⁷ olan Transmission Control Protocol (TCP – Yayın Kontrol Protokolü) ve Internet Protocol (IP – İnternet Protokolü) 1983 yılından itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Böylece bilgisayarlar arasında kimlik doğrulaması yaparak veri bütünlüğü sağlanmış ve doğru adresle kayıpsız olarak iletişim sağlanması başarılmıştır. Veri paketinin kaynaktan hedefe iletilirken izleyeceği yolu ve ulaşacağı hedefi belirleyen protokol IP protokolüdür. İnternete bağlanan her bilgisayar (ya da cihaz), IP kurallarına göre belirlenmiş (0 – 255 arasında olan dört sayı grubunun birleşmesi ile oluşan) bir numara alır. IP numarası ya da adresi olarak tanımlanan bu numara, bilgisayar internete bağlı olduğu sürece bilgisayarın adresi niteliğindedir. Tıpkı cihazlar gibi web sitelerinin de bir IP adresi bulunmaktadır. Bu IP adresi ilgili alan adına tahsis edilmiş durumdadır. DNS (Domain Name System – alan adı sistemi) adı verilen bu sistemde, web tarayıcısına ilgili alan adı yazıldığında, aslında bu alan adına tahsis edilmiş olan IP adresi yazılmış olmaktadır. Bu açıdan web tarayıcısına IP adresi yazmakla doğrudan alan adını yazmak arasında fark yoktur.

Günümüzde kullandığımız şekliyle internetin temellerinden birini oluşturan, kısaca “web” şeklinde de kullandığımız World Wide Web’in (www) 1989 yılında ortaya çıkışı ile birlikte ARPANET internete doğru evrilirken önü alınamayacak bir değişimin de önemli adımlarından biri atılmıştır. Web’in ilk versiyonu olan 1.0 sürümü (The hypertext web – Hiper metin ağı dönemi) 2004 yılına kadar sürmüştür. Bu dönemde bir kitap sayfasının dijital ortama aktarılması şeklinde görünmekte olan web sayfaları interaktif iletişime izin vermemekteydi. Web 1.0’ın yerini 2004 yılından itibaren Web 2.0 (The social web – sosyal ağ dönemi) almış ve bu dönemde bireyler de internet ortamında yayın yapabilir, içerik üretebilir ve paylaşabilir hale gelmişlerdir. Böylece bireyler sadece kullanıcı olmaktan çıkıp, aynı zamanda içerik üretici ve geliştirici hale gelmişlerdir. Sosyal paylaşım siteleri, bloglar, alışveriş siteleri bu dönemde doğmuş ve gelişmiştir. Günümüzde en çok kullanılan sosyal ağlardan olan⁸ LinkedIn 2003, Facebook 2004, Youtube 2005, X (Twitter) 2006, Instagram ve WhatsApp 2010, Wechat 2011 ve Tiktok 2015 yılında kurulmuştur.

⁷ CERF, Vint/KAHN, Robert Evelyn: “A Protocol for Packet Network Intercommunication”, IEEE Transactions on Communications (IEEE) C. 22, S. 5, 1974, s. 637-648.

⁸ We are Social, Digital 2024.

2016 yılından itibaren ise Web 3.0 (Semantic web – anlamsal ağ dönemi) kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde internette yapay zeka kullanılmaya başlanmış ve kullanıcıların kişisel bilgilerini, kullanım alışkanlıklarını, yaşam tarzlarını ve diğer bir çok bilgiyi tanıyan, toplayan, işleyen, yeniden üreten, sonuçlar çıkaran ve bu sonuçları kullanan yapay zeka yazılımları kullanılmaya başlanmış, böylece bilgisayarlar, tabletler ve cep telefonlarının kullanıcıları tanıyarak ve kullanıcılara daha kişiselleştirilmiş bir içerik üretmesi, kullanıcının zamanını daha verimli ve etkin kullanması sağlanmıştır⁹.

B. Sosyal Medya Kavramı

Sosyal medya kavramının tanımına ilişkin öğretide bir birlik bulunmamaktadır. Sosyal medyanın bir kısım özelliklerini ön plana çıkaran birçok tanım yapılmıştır¹⁰. Sosyal medyanın iletişim, teknoloji, medya ve pazarlama gibi yönlerine değinen Akkurt tarafından yapılan tanımına göre; *“Sosyal medya; İnternet Altyapısı ve Web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin, kullanıcı sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, bilgilerini, kişisel hal ve durumlarını, siyasî eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerleri ile kimi kişisel verilerini, gerek diğer münferit kişiler gerekse belirli bir topluluk yahut kamuyla paylaşma olanağı buldukları, karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk ve öz içerik oluşturulmasına interaktif olarak izin veren dijital platformların genel olarak tümüdür”*¹¹.

Kaplan ve Haenlein’e göre sosyal medya; *“Web 2.0 üzerinde ideolojik ve teknolojik içeriklerin, yapılanmaların kullanıcı merkezli bir şekilde üretilmesine ve geliştirilmesine izin veren İnternet tabanlı uygulamaların bütününe sosyal medya denilmektedir”*¹².

⁹ CHOUDHURY, Nupur: “World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0.”, International Journal Of Computer Science and Information Technologies, C. 5, S. 6, 2014, s. 8096-8100.

¹⁰ Sosyal medya kavramı için yapılan muhtelif tanımlar için Bkz. EKİCİ, Şerafettin: Bilişim ve Teknoloji Hukuku, Ankara, 2024, s. 99-100.

¹¹ AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2019, s. 85.

¹² KAPLAN, Andreas M./HAENLEIN, Michael: “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, Business Horizons, C. 53, S. 1, Ocak 2010, s. 59-68.

Kanımızca sosyal medya; kullanıcıların internet tabanlı ortamlarda birbiri ile kapalı yahut herkese açık şekilde, veri alışverişinde, iletişim ve etkileşimde bulunmasına, topluluk oluşturma ve içerik oluşturmaya imkân sağlayan ortam ve araçlardır¹³. Sosyal medya ifadesi yerine zaman zaman sosyal ağ ifadesi de kullanılmaktadır.

5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yolla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da (Kısaca 5651 Sayılı Kanun) sosyal medya kavramı tanımlanmamıştır. Bunun yerine "sosyal ağ sağlayıcı" kavramına yer verilmiştir. 5651 Sayılı Kanun'a göre; sosyal ağ sağlayıcı; "*sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri, ifade etmektedir*" şeklinde tanımlanmıştır (m.2/1-s)¹⁴. Tanımdan açıkça görüleceği üzere, sosyal ağ sağlayıcıları ile kastedilen sosyal medya platformlarının gerçek veya tüzel kişi sahipleridir. Bu nedenle sosyal ağ sağlayıcı kavramı sosyal medya kavramından farklı bir kavramdır.

C. Sosyal Medya Adlarının Hukuki Niteliği

Sosyal medya kullanıcıları, kullanıcı sözleşmesine istinaden sosyal medya platformu tarafından kendilerine tahsis edilmiş olan alan üzerinden kapalı devre ya da herkese açık şekilde paylaşımlarını yapabilmekte, diğer kullanıcılarla iletişime ve etkileşime geçebilmekte, diğer kullanıcıların oluşturdukları içerikleri görüntüleyebilmekte ve onlarla etkileşim oluşturabilmektedir. Kullanıcı kavramı, 5651 Sayılı Kanun'da (m.2/1-f) "içerik sağlayıcı" olarak adlandırılmış; "*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri, ... ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Sosyal medya açısından içerik sağlayıcı, sosyal medya hesapları üzerinden içerik üreten, paylaşan, değiştiren gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. İçerik sağlayıcı

¹³ EKİCİ, s. 101.

¹⁴ 5651 sayılı Kanun'da yapılan bu tanımın iptali için somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine (AYM) başvuru yapılmıştır. AYM 11.10.2023 tarihli ve E.: 2020/76; K.: 2023/172 sayılı kararında, sosyal ağ sağlayıcının tanımında yer alan "sosyal etkileşim", "oluşturma", "görüntüleme" ve "paylaşma" ibarelerinin genel kavram niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu kavramların belirsiz ve öngörülemez nitelikte kavramlar olduğunu kabul etmemiş, tanımdaki kuralın, kamu yararı amacı güttüğünü kabul etmiştir. Bu nedenle, 5651 sayılı Kanun'da yer alan sosyal ağ sağlayıcı tanımının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.

olarak kabul edilmek için mutlaka sosyal medya hesabının sahibi olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hesabın sahibi olmasa dahi bir hesabı kullanarak içerik üreten, değiştiren ve paylaşan kişiler içerik sağlayıcı olarak kabul edilir. Bu kapsamda sosyal medya hesaplarının sahipleri, başkasına ait sosyal medya hesaplarını yönetenler ve çok kullanıcıli bir sosyal medya hesabını birlikte yönetenler bu anlamda içerik sağlayıcı durumdadır¹⁵.

Sosyal medya hesapları bir yönüyle internet alan adlarına benzetilmekte ise de internet alan adlarından farklı bir kavramdır. Sosyal medya hesapları, sosyal medya platformu ile kullanıcı / içerik sağlayıcı arasında yapılan kullanıcı sözleşmesi uyarınca kullanıcılara tahsis edilen, kullanıcı tarafından yönetilen ve sorumluluğu kullanıcıya ait olan web alanlarıdır. İnternet alan adı kavramı Elektronik Haberleşme Kanununda (EHK) (m. 3/1-v) ve İnternet Alan Adları Yönetmeliğinde (İAAY) (m. 3/1-d); “İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları ... ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır. Alan adları küreselden yerele ICANN (Internet Corporation For Assigned Names And Numbers), IANA (Internet Assigned Numbers Authority), RIR (Regional Internet Registry) ve LAR (Local Internet Registry) ile ülkesel sunucuların işbirliği ile tahsis edilmektedir. ICANN temel DNS sunucularını yönetmekte, bu sistemi dünya çapında koordine etmekte ve İnternet’in “adlarının ve numaralarının” nasıl çalışması gerektiğine ilişkin politikaları da tanımlamaktadır¹⁶. IANA, IP adreslerinin küresel ölçekte koordinasyonunu ve bölgesel internet tescil kuruluşlarına ihtiyaçlar doğrultusunda dağıtımını düzenlemektedir (Pelikanova, 2013: 312)¹⁷. IANA tarafından bölgeye tahsis edilen IP ve AS numaraları, RIR’lar tarafından bölgelerde bulunan LAR’lara ve LAR’lar tarafından da İSS ve nihayet kullanıcılara tahsis edilir. Bu şekilde IP numaraları küresel ölçekte bir düzen içerisinde olarak dağıtılmaktadır. Ülkemizde, “Numaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans tahsisi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek” EHK’da (m.5/1-a); Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görevi olarak sayılmıştır. Ancak İAAY’ne göre (m.14/1-a); “.tr” uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veri tabanının

¹⁵ EKİCİ, s. 125.

¹⁶ ICANN, Bağlantı: <https://www.icann.org> (Erişim Tarihi: 28 Ocak 2025).

¹⁷ PELIKANOVA, Radka MacGregor: “European Integration And. Top Level Domain In 2013”, The Lawyer Quarterly, C. 3, S. 4, 2013, s. 312.

işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren bir sistem olarak “.TR Ağ Bilgi Sistemi” (TRABİS), BTK tarafından kurulacak ve işletilecek veya üçüncü tarafça kurulup işletilmesine ilişkin usul ve esaslar yine BTK tarafından belirlenecektir. TRABİS’in kurulup devreye alınması ile birlikte 1991 yılından itibaren ODTÜ (nic.TR) bünyesinde sürdürülmekte olan “.tr” uzantılı alan adı tahsis işlemleri, TRABİS’e devredilmiştir. Son olarak İAAY’ye göre (m.14/1-ç); *“Tahsise açılacak veya kullanımına son verilecek alt alan adlarını (alan adı uzantılarını) belirlemek”* yetkisi BTK’ya aittir.

Diğer taraftan, tahsisi ve kullanım şekli açısından sosyal medya adları internet alan adları ile benzerlik göstermektedir. İnternet alan adları yukarıda özetlendiği şekilde küreselden yerele bir sistem içinde belirli bir kullanıcıya tahsis edilirken, sosyal medya hesapları sosyal ağ sağlayıcı tarafından nihai kullanıcıya tahsis edilmektedir. Böylece tıpkı alan adlarında olduğu gibi kullanıcı tarafından kendi sorumluluğunda yönetilen bir alt alan oluşturmaktadır. Bu yönüyle internet alan adları ile aynı hukuki nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle internet alan adlarının hukuki niteliğine dair öğretide yapılmış olan tartışmalar ve ileri sürülen görüşler sosyal medya hesapları için de geçerli olacaktır.

Mevzuatta ve öğretide alan adlarının ve alan adları üzerindeki hakların niteliğine dair bir uzlaşma bulunmamakta, farklı görüşler ileri sürülmektedir¹⁸. Bir görüşe göre alan adlarının hukuki niteliği *isimdir* ve alan adları üzerindeki haklar isimlerle benzer haklardan oluşmaktadır. İsim, gerçek ve tüzel kişilerin diğer kişilerden ayrılmasını sağlayan, onu betimleyen ve diğer kişiler karşısında tanınır olmasını sağlayan, anlamlı ya da anlamsız kelimelerdir. İsimlerin temel fonksiyonu, isim sahibini diğer isim sahiplerinden ayırt etmektir. İnternet alan adları adeta ilgili gerçek ya da tüzel kişinin internet ortamında vücut bulmuş isimleridir. Bu nedenle internet alan adları da Türk Medeni Kanunu (TMK) anlamında ismin korunması kapsamında değerlendirilmeli ve korunmalıdır¹⁹. Bu görüş kapsamında sosyal medya hesaplarının isim niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

¹⁸ KARAMAN, Zeliha: İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları Ve Çözüm Yolları, Karşılaştırmalı Bir Analiz, Ankara, 2017, s. 47.

¹⁹ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Türk Ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak Ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 563; ÇAKIROĞLU, Buğra Kaan: “Sosyal Medya Adları Ve Türk Medenî Kanunu m.26

Diğer görüşe göre internet alan adları bir isimden çok bir *adres* niteliğindedir. Adres bir kişinin hayat faaliyetlerinin ve ilişkilerinin merkezi olan yer olarak tanımlanmaktadır²⁰. Temelde gerçek hayatta ve fizikî adreslerde sunulan içerikle bir benzerlik kurmakta olan bu görüşe göre, alan adı sahibine ulaşmak isteyen kullanıcılar, bu adres sayesinde alan adı sahibine ulaşabilmekte, onun bu adreste sunduğu içerik ve hizmetlerden faydalanabilmektedir. Alan adı marka olarak tescil edilmiş olmasa dahi tıpkı firmaların mağazalarının koruma altında olması gibi alan adları ve bu alan adlarının altında sunulan ürün ve hizmetler de koruma altındadır. Alan adları marka olarak kaydedilmişse, ayrıca markalara özgü koruma yollarından da faydalanabilecektir²¹. ABD Temyiz Mahkemesi verdiği bir kararında; *“Her web sayfasının, bir telefon numarasına veya sokak adresine benzeyen kendi adresi olan kendi web sitesi vardır. İnternetteki her web sitesinin “alan adı” adı verilen bir tanımlayıcısı vardır. Alan adı genellikle bir kişinin adından veya bir şirketin adından veya ticari markasından oluşur. Örneğin, Pepsi, şirket adı, Pepsi ve .com, “üst düzey” alan adı: Pepsi.com.”* şeklinde açıklama yaparak web sitelerini fiziksel adreslere benzetmiştir²². Bu görüş kapsamında sosyal medya hesapları da kişilerin sosyal medyadaki adresleri olarak değerlendirilebilecektir.

Diğer bir görüşe göre alan adları sui generis marka niteliğindedir. Sınai Mülkiyet Kanununda (SMK) marka; *“bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettir”* şeklinde tanımlanmıştır (m.4). Öğretide ve içtihatlarda

Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2020, s. 193; OĞUZ, Sefer: “İnternet Alan Adı Hakkının Hukukî Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2021, s. 14; OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015, s. 106.

²⁰ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, Kişiler Hukuku, s. 131.

²¹ MEMİŞ, Tekin, “İnternette Alan Adı Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s.517.

²² ABD Temyiz Mahkemesi, Panavision/Toeppen, 17.04.1998, E. 97-55467, (<https://case-law.findlaw.com/court/us-9th-circuit/1286135.html>, Erişim Tarihi: 10.03.2025)

alan adlarının marka olarak tescil edilebileceği konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Marka olarak tescil edilmiş olan alan adı, alan adlarına ilişkin korumanın yanında markalara ilişkin korumadan da faydalanabilecektir²³. Marka olarak tescil edilmemiş olan alan adları ise, markalara ilişkin düzenlemelerden yararlanamayacaktır. Ancak internet alan adları da markalara benzer ayırt edici bir işlev görmektedir²⁴. Markalar zaman zaman başka markalara benzer olsalar da internet alan adları benzersizdir. Virginia Yüksek Mahkemesi de verdiği bir kararında; alan adları her ne kadar adreslerle, telefon numaralarıyla ve markalarla karşılaştırılsa dahi, markalardan farklı olarak tıpkı telefon numaraları gibi benzersiz olduğunu vurgulamıştır²⁵. Bu nedenle marka olarak kaydedilmemiş olsa dahi, alan adlarının sui generis bir marka çeşidi olarak kabul edilmesi gerekmekte ve tescilsiz markalara ilişkin hukukî rejime tabi olması gerekmektedir. Bu görüşe göre sosyal medya hesaplarını da sui generis bir marka olarak kabul etmek mümkündür.

Son olarak tarafımızca da benimsenen görüşe göre alan adları üzerindeki hakların *sui generis bir hak* olduğu kabul edilmelidir. Kanımızca yeni kavramları eskiden beri var olan klasik hukukî kavramlara dahil etme ve yeni kavramları eski kavramlarla açıklama çabası yersizdir. Zira bilim ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan yeni kavramların, yeni hukukî kavramları beraberinde getirmesi de kaçınılmazdır. İnternet alan adları ve sosyal medya hesapları da son yüzyılda ortaya çıkmış olan yeni bir kavramdır. Alan adları ve sosyal medya hesaplarının, klasik hukuki kavramlarla açıklanamayacak kendine has özellikleri bulunmaktadır. Alan adları ve sosyal medya hesaplarının tek başına bir isim ya da adres olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacağı gibi, marka benzeri

²³ **KAPLAN**, Yavuz: “İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü”, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 701-704; **NOMER**, Fusun: “İnternet Alan Adının Hukukî Niteliği Ve Marka Ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad Ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 401.

²⁴ **BULAT**, Nataliia: “A Domain Name And Trademark: A Comparison And Relationship According To Ukrainian Legislation”, The Lawyer Quarterly, C. 10, S. 3, 2020, s. 325.

²⁵ Virginia Yüksek Mahkemesi, Network Solutions/ Umbro, 11.04.2000, E.991168, (<https://caselaw.findlaw.com/court/va-supreme-court/1462313.html>, Erişim Tarihi: 10.03.2025)

ya da ayırt edici işaret olarak kabul edilebilmesi de mümkün değildir²⁶. Zira her ne kadar bu kavramlarla bazı ortak noktaları söz konusu olsa da nitelik ve kullanım açısından bu kavramlardan birçok farklılığı da söz konusudur. Bu temel farklılıklar göz önüne alınmaksızın anılan kavramlardan biri olarak kabul etmek, internet alan adlarının hem kullanım alanını hem de korunmasını önemli ölçüde değişikliğe uğratacaktır. Bu nedenlerle internet alan adları ve sosyal medya adlarının kendine özgü bir hak niteliği taşımakta olduğu düşüncesindeyiz²⁷.

D. Sosyal Medya Adlarının Şirketler Açısından Önemi

Sosyal medya hesapları, günümüz iş dünyasında yalnızca birer dijital adres olmaktan öteye geçerek, marka kimliğinden iletişim stratejilerine kadar birçok alanda önemli bir rol oynamakta, şirketler için bir dizi önemli fayda sağlamaktadır. Bu faydalar arasında ön plana çıkan unsur marka kimliği ve tanıtımıdır. Birer dijital varlık olarak sosyal medya hesapları, şirketin ve markanın dijital alanda var olmasında, şirketin bu alanlarda tanıtımında önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle kısa ve kolay hatırlanabilir alan adları, potansiyel müşterilerin markayı bulmasını ve hatırlamasını kolaylaştırmaktadır.

Sosyal medya hesapları firmalara rekabet avantajı da sunmaktadır. Özellikle belirli bir sektörde yahut özel rekabet alanlarında, iyi yönetilen bir sosyal medya hesabı önemli rekabet avantajı sağlamaktadır. Arama motoru optimizasyonlarının yapılması (SEO), bu avantajı daha da artırmaktadır.

Sosyal medya hesapları sayesinde firmalar müşterileri ile kolayla iletişim kurabilmekte ve etkileşime girebilmektedir. Sosyal medya hesabı üzerinden doğrudan geri bildirim alınabilmekte ve gerekli müdahaleler yapılabilmektedir. Ayrıca sosyal medya hesapları üzerinden topluluklar oluşturulabilmekte ve müşteri sadakati artırılabilir. Bunun yanında firma isminin ve markanın kötüye kullanımının önlenmesinde ve itibarın korunmasında önemli bir araç durumundadır. Güçlü bir sosyal medya hesabı, firmanın profesyonel bir imaj sergilemesine ve daha çok müşteriye ulaşmasına yardımcı olmaktadır.

Sosyal medya hesapları, kullanıcı etkileşimlerini takip etme ve analiz etme imkanı sunmaktadır. Bu analizler sayesinde firmalar pazarlama

²⁶ ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı, İstanbul, 2021, s. 153.

²⁷ EKİCİ, s. 422.

stratejilerini etkin şekilde belirleyebilmekte, hedef müşteri kitlesini anlama ve onlara özel içerik sunmada avantaj elde etmektedir.

Sosyal medya hesapları, zamanla oluşacak sadık takipçi kitlesi ile zamanla değer kazanacakları için şirketler açısından bir yatırım aracı olarak değerlendirilebilir. Takipçi ve etkileşim sayısı fazla olan sosyal medya hesapları başka bir şirkete satılabilir ya da yeni iş modeli geliştirmede kullanılabilir.

Tescili yapılmış olan bir sosyal medya hesabı, şirketin fikri mülkiyet haklarının korunmasına, şirketlerin taklitlerinden korunmasına ve hukuki sorunlardan kaçınmasına yardımcı olacaktır.

2020 yılında yayınlanan bir araştırmada²⁸, sosyal medya araçlarının oluşturulma amaçları ne olursa olsun son yıllarda işletmeler tarafından düşük bütçeli bir iletişim aracına dönüşmüş olduğu, işletmelerin sosyal medya araçlarını kullanarak müşterileriyle, potansiyel müşterileriyle, tedarikçileriyle, ortaklarıyla ve yatırımcılarıyla diledikleri zaman ve diledikleri yerden iletişim kurma yeteneğine kavuşmuş olduğu belirtilmiştir. Araştırmada her ne kadar BİST Holding ve Yatırım Endeksinde yer alan şirketlerin sosyal medyanın iş yaşamında ulaştığı düzeyi yeterince yorumlayamadıkları ve kullanma niyetlerinin oldukça düşük olduğu ortaya konulmuş ise de sosyal medya araçlarından Facebook ve Twitter kullanım düzeyi ile piyasa değeri ve satış veya gelirleri arasında pozitif bir ilişki saptandığı belirtilmiştir.

II. TÜRK HUKUKUNDA ŞİRKETE SERMAYE KOYMA BORCU

A. Sermaye Kavramı

Şirketlerde sermaye, şirketin finansal gücünü ve sürdürülebilirliğini etkileyen önemli bir unsurdur. Sermaye, bir şirketin faaliyetlerini sürdürebilmesi, yatırım yapabilmesi ve büyüebilmesi için gerekli olan finansal kaynaklardır. Bu finansal kaynakların içine para ve paraya çevrilebilir kaynakların tamamı dahildir²⁹.

Sermaye, şirketlerin zorunlu unsurlarındandır. Bu nedenle sermaye konulmadan (taahhüt edilmeden) şirket kurulması mümkün değildir.

²⁸ ÖZDEMİR, Ali, /TEMİZEL, Fatih: "Holding Şirketlerinde Sosyal Medya Kullanımı", Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, s. 38-47.

²⁹ AKINCI ALBAYRAK, Özlem: Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, İstanbul, 2022, s.13.

Kuruluş esnasında taahhüt edilen sermaye, şirketin ilk malvarlığını oluşturacaktır³⁰. Esas sermaye, şirketin kuruluş sözleşmesinde rakam olarak belirtilmiş olan, ödeneceği ortaklar tarafından taahhüt edilmiş olan nakit değerdir³¹. Esas sermaye artırılıp eksiltilmediği müddetçe sabittir. Ancak şirketin genel kurulu tarafından esas sözleşme değişikliği yapılmak suretiyle değiştirilebilir.

Anonim şirketlerde, şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları (TTK, m.339/1-c) ile paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar devralınıyorsa bunların değerleri, bunlara karşılık verilecek payların miktarı, şirketin kurulması için kurucular tarafından şirket hesabına satın alınan malların ve hakların bedelleri ana sözleşmede yer almak zorundadır (TTK, m.339/1-e). Limited şirketlerde ise, esas sermayenin itibari tutarı, esas sermaye paylarının sayısı, itibari değerleri, varsa imtiyazlar, esas sermaye paylarının grupları ana sözleşmede yer almak zorundadır (TTK, m.576/1-c). Ayrıca limited şirketlerde aynı sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır (TTK, m. 578/1).

TTK'da bir taraftan ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümler arasında sermaye unsuru düzenlenirken (TTK m. 127-132) diğer taraftan her şirket tipine ilişkin olarak özel düzenlemelere de yer verilmiştir³². Ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek değerler bakımından birbirine paralel hükümler mevcuttur. Buna karşılık anonim ve limited şirketlerin kuruluşu için asgari bir sermaye miktarı taahhüdü zorunlu zorunlu tutulmuş (TTK m. 332, 580) olmasına rağmen, diğer ticaret şirketlerinde asgari sermaye zorunluluğu getirilmemiştir.

B. Sermaye Olarak Konulabilecek Değerler

Ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecek değerler, TTK'da ticaret şirketleri ile ilgili genel hükümler kısmında sayılmıştır (m.127). Buna göre kanunda aksine hüküm olmadıkça; a) Para, alacak, kıymetli

³⁰ KARAMAN COŞGUN, Özlem: "Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 342.

³¹ TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020, s. 81; MO-ROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2018, s. 1.

³² TTK m. 213/e, 246, 305/2, 307, 323, 332, 342-347, 456-475, 480-483, 550- 552, 562, 564, 576, 578, 580, 583, 590-592.

evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, b) Fikri mülkiyet hakları, c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz, d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, e) Kişisel emek, f) Ticari itibar, g) Ticari işletmeler, h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer ticaret şirketlerine sermaye olarak konulabilecektir. Burada belirtilen unsurlar sınırlı sayıda değildir³³.

Ekonomik değer taşıyan her şey kural olarak şirkete sermaye olarak konulabilir. Ancak getirilen sermaye tutarının nakit olarak ifade edilmesi, tamamen taahhüt edilmesi, ortaklığın kuruluşu sırasında esas sözleşmede yazan belirli ve sabit bir rakam olması ve paylara bölünmüş olması zorunludur³⁴.

Anonim ve limited şirketlerle ilgili hükümlerde, üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabileceği hususu ayrıca belirtilmiştir (TTK m. 342 ve 581).

C. Sosyal Medya Adlarının Sermaye Olarak Konulabilmesi

TTK'da yer alan düzenlemeye göre, elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin sermaye olarak konulabilmesi için, haklı olarak kullanılıyor ve devredilebilir olmaları gerekir (m. 127/h). Kanımızca bu maddede yer alan "elektronik" kelimesi, kendisinden sonra gelen "ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler" ifadelerinin tamamı için kullanılmıştır. Diğer bir deyişle maddeyi "elektronik ortamlar, elektronik alanlar, elektronik adlar ve elektronik işaretler" şeklinde anlamak gerekmektedir. Bu kapsamda, sosyal medya adlarını da maddede düzenlenen adlardan kabul etmek gerekmektedir.

Diğer taraftan anonim şirketler ve TTK m.578'in³⁵ yollamasıyla aynı zamanda limited şirketler açısından yapılan düzenlemede; "Üzerlerinde

³³ KARAMAN COŞGUN, s.343; ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, Ankara, 2017, s.1410.

³⁴ BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2022, s.97-99; AKINCI ALBAYRAK, s. 14.

³⁵ TTK m.578; "Aynı sermaye, ayınların veya işletmelerin devralınması ve özel menfaatler hakkında anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır".

sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar da dahil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir” (m.342) hükmüne yer verilmiştir. Anonim şirketlerin esas sözleşmeleri açısından getirilen düzenlemeler emredici nitelikte (TTK m.340) olup, aksini kararlaştırabilmek mümkün değildir.

Böylece TTK’nın 127/h, 342 ve 578 inci maddeleri bir arada değerlendirildiğinde, elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretlerin sermaye olarak konulabilmesi; i) Haklı olarak kullanılıyor olma, ii) Devredilebilir olma, iii) Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmama, iv) Değerlenebilir olma, şartlarının bir arada bulunmasına bağlıdır³⁶.

1. Haklı Olarak Kullanılıyor Olma

İnternet alan adlarının küresel yapısı hiyerarşik bir özellik taşımaktadır. Alan adları üst seviye alan adları (Top Level Domains – TLDs) ve ikinci seviye alan adları (Second Level Domain Names – SLDs) olmak üzere iki kısımdan oluşur. Örneğin; “medeniyet.edu.tr” alan adında “edu.tr” üst seviye alan adı iken “medeniyet” ikinci seviye alan adı niteliğindedir³⁷. Üst seviye alan adları ise genel (jenerik) alan adları ve ülke kodlu alan adları olmak üzere ikiye ayrılır. Örneğin; “.com” jenerik alan adı iken “com.tr” ülke kodlu alan adıdır.

Alan adı sistemi küresel ölçekte ICANN tarafından yönetilmektedir. Genel üst seviye alan adları ICANN tarafından yetkilendirilmiş olan tescil kuruluşları tarafından tescil edilir. Buna karşılık ülke kodlu alan adları ise ulusal olarak yetkilendirilmiş tescil kuruluşları tarafından tescil edilmektedir³⁸. Ülkemizde ulusal yetkili kuruluş Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’dur (BTK).

Genel üst seviye alan adlarının tahsisinde “ilk gelen alır” kuralı geçerlidir. Ancak tescil edilen alan adının başka kişilerin haklarına zarar vermeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle genel üst seviye bir alan adının tescili talep edilirken başkalarının haklarına zarar verme-

³⁶ ÇELİK, s.153.

³⁷ KARAMAN, s.27.

³⁸ KARAMAN, s.33.

diğinin ve uyumsuzluk durumunda ICANN tahkim kurallarına uyulacağına kabul edilmesi gerekmektedir³⁹. Ülkemizde ise, İnternet Alan Adları Yönetmeliğine (İAAY) göre (m.8); Alan adı tahsisleri belgeli veya belgesiz olarak iki yöntemle yapılır. Belgesiz alan adı tahsisi "ilk gelen ilk alır" kuralının geçerli olduğu tahsislerdir. İlk gelenin tespitinde, alan adı başvurusunun TRABİS'e⁴⁰ ulaştığı zaman kaydı esas alınır. Belgeli alan adı tahsisi, ilgili bilgi ve/veya belgelerin başvuru sahibi tarafından kayıt kuruluşuna verilmesini ve bu bilgi ve/veya belgelerin TRABİS'e ulaştırılmasını müteakip yapılan tahsislerdir. Kayıt kuruluşlarının TRABİS üzerinden başvuru işlemlerini tam ve doğru olarak tamamladıkları ve ücretini ödedikleri alan adları, başvuru sahiplerine bir defada en az bir en fazla beş yıl süre için tahsis edilir. Bu sistem kapsamında alan adını kendi adına tescil ettiren ve tescili iptal edilmemiş durumda olan kişinin kullanımını haklı kullanım olarak kabul edebilmek mümkündür. Haksız tescil halinde ise hem TRABİS hem de ICANN nezdinde tahkim yollarına başvurulabilir.

İnternet alan adlarının tahsisi konusunda küreselden yerele tam bir hiyerarşi ve uyum söz konusu olmasına rağmen, sosyal medya adları konusunda böyle bir birliktelik, organizasyon ve uyumdan söz edebilmek mümkün değildir. Bu farklılığın temelinde, internetin dünyada tek olmasına rağmen sosyal medya platformlarının çok sayıda olması ve bunlara her geçen gün yenilerinin ekleniyor olmasıdır. Bu farklılık nedeniyle internetin tescilinin küresel ölçekte organize edilmesi mümkün olabilmektedir. Ancak sosyal medya platformlarının tek kaynaktan organize edilerek eş güdüm içinde sosyal medya adlarının tahsis edilebilmesi mümkün değildir.

Sosyal medya adlarının tahsisinde ilk gelen alır ilkesi geçerlidir. Ancak tıpkı internet alan adlarında olduğu gibi sosyal medya adlarında da tescil edilen sosyal medya adı başkalarının haklarını ihlal etmemeli ve onlara zarar vermemelidir. Aksi halde genel hükümler uyarınca hukuki yollara başvurulabilecektir. Örneğin; kişiliğin korunması kapsamında TMK

³⁹ KARAMAN, s.34.

⁴⁰ TRABİS (.tr ağ bilgi sistemi): ".tr" uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veritabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi ifade eder. (İAAY, m. 3/1-n)

m.25 ve markanın korunması kapsamında SMK m.29-30'da yer alan hukuki yollara başvurulabilecektir. Bu başvurular sonucunda sosyal medya adının iptali yahut gerçek hak sahibine devri de dahil olmak üzere mahkeme tarafından uygun görünen kararın verilmesi mümkündür.

Sosyal medya adları açısından haklı kullanımı denetleyecek olan bir diğer merci ise sosyal ağ sağlayıcıdır. Sosyal medya hesapları açılırken ve sosyal medya adları alınırken, kullanıcı ile sosyal ağ sağlayıcı arasında kullanıcı sözleşmesi yapılmaktadır. Bu sözleşme tarafların hak ve yükümlülüklerini, kullanımın hangi şart ve kurallara olacağını genellikle detaylı olarak düzenlemektedir. Genellikle üçüncü kişilere yönelik hak ihlalleri, marka ihlalleri, suç teşkil eden durumlar ve sosyal ağ sağlayıcıya zarar verebilecek hallerde sosyal ağ sağlayıcıya hesap adını değiştirme, hesabı askıya alma, içeriği çıkarma yahut hesabı tamamen iptal etme yetkisinin kullanıcı sözleşmelerinde tanımlanmış olduğu görülmektedir. Örneğin; Instagram'ın kullanıcı sözleşmesinde yer alan hükümlerden bazıları aşağıdaki gibidir⁴¹;

⁴¹ "Instagram Yardım Merkezi", (<https://help.instagram.com>, sErişim Tarihi: 30.01.2025).

- “4.2 Instagram’ı Kullanarak Yapamayacağınız Eylemler. Büyük bir topluluğa güvenli ve açık bir Hizmet sunabilmemiz için herkesin üzerine düşeni yapması gerekmektedir.
- Başkasının kimliğine bürünemez veya doğru olmayan bilgiler veremezsiniz.
... başka birisinin veya bir şeyin kimliğine bürünemez ve açık iznine sahip olmadığınız birisi için hesap oluşturamazsınız.
- Yasalara aykırı, yanıltıcı veya dolandırıcılık amaçlı herhangi bir şey yapamaz, yasadışı veya yetkisiz amaçlarla herhangi bir eylem gerçekleştiremezsiniz.
- Özellikle Topluluk Standartları, Meta Platform Koşulları ve Geliştirici İlkeleri ve Müzik Kuralları dahil olmak üzere ilkelerimizi veya bu Koşullar’ı ihlal edemezsiniz (veya ihlal etmesi için başkalarına destek veya teşvikte bulunamazsınız) ya da bunların etrafından dolanma girişiminde bulunamazsınız.
- Yetkisiz bir şekilde hesap oluşturma, bilgilere erişme veya bilgi toplama girişiminde bulunamazsınız.
- Verilerin bir Instagram hesabına giriş yapmışken elde edilip edilmediğine bakılmaksızın, bizden veya Hizmetlerimizden elde edilen hiçbir hesap veya veriyi satamaz, lisanslayamaz veya satın alamazsınız.
- İzin olmadan bir başkasının özel veya gizli bilgilerini paylaşamaz veya fikri mülkiyet hakları (ör. telif hakkı ihlali, ticari marka ihlali, taklit veya korsan ürünler) dahil olmak üzere bir başkasının haklarını ihlal edecek herhangi bir eylemde bulunamazsınız.
Başka bir kişinin eserlerini telif hakkına ilişkin istisna veya kısıtlamalar ile yürürlükteki yasalar kapsamındaki ilgili haklar kapsamında kullanabilirsiniz. Yayımladığınız veya paylaştığınız içeriklerin gerekli tüm haklarına sahip olduğunuzu veya bu hakları aldığınızı beyan edersiniz.
- Önceden yazılı onayımız olmadan kullanıcı adınızda bir domain adı veya internet adresi (URL) kullanamazsınız”.

Belirlenen kurallara uyulmaması durumunda Instagram tarafından kullanılacak olan bazı haklar ise aşağıdaki şekilde sıralanmaktadır;

- “Hesabınız için bir kullanıcı adı veya benzer bir tanımlayıcı seçerseniz uygun veya gerekli gördüğümüz takdirde (ör. başka birinin fikri mülkiyet haklarını ihlal ediyorsa veya başka bir kullanıcının kimliğine bürünüyorsa) bunları değiştirebiliriz.
- Bu Kullanım Koşulları’nı veya ilkelerimizi ihlal ettiğini düşündüğümüz durumlarda veya yasaların izin verdiği ya da gerektirdiği şekilde Hizmette paylaştığınız içerikleri veya bilgileri kaldırabiliriz. ... Bize risk oluşturmanız veya adli süreçlere maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmanız, bu Kullanım Koşulları’nı veya ilkelerimizi ihlal etmeniz, diğer kişilerin fikri mülkiyet haklarını sürekli olarak ihlal etmeniz veya yasaların izin verdiği ya da gerektirdiği şekilde topluluğumuzu veya hizmetlerimizi korumak amacıyla size Hizmeti kısmen veya tamamen sunmayı reddedebilir ya da durdurabiliriz (buna Meta Ürünlerine ve Meta Şirketi Ürünlerine erişiminizin sonlandırılması veya engellenmesi dahildir). Ayrıca, bunu yapmamızın bizim üzerimizdeki yasal veya düzenleyici olumsuz etkileri önlediği ya da azalttığına makul surette gerekli olduğunu belirlememiz durumunda Hizmeti sonlandırabilir veya değiştirebilir ya da Hizmetimizde paylaşılan içerikleri veya bilgileri kaldırabilir ya da engelleyebilir ya da Hizmetin tamamını ya da bir kısmını sağlamayı durdurabiliriz.”

Görüldüğü üzere, sosyal medya adının haklı kullanımının sağlanması için yasal olanakların yanında sosyal ağ sağlayıcının denetimi de önem arz etmektedir.

Diğer taraftan hukuki yolların kullanılması büyük oranda gerçek hak sahibinin (mağdurun) müracaatına (dava açmasına, şikayet etmesine) bağlıdır. Gerçek hak sahibi hakkını kullanarak hukuki bir karar almadığı müddetçe mahkemelerin kendiliğinden harekete geçerek, kullanımın haksız olduğunun tespiti yahut sosyal medya adının gerçek hak sahibine iade edilmesi şeklinde bir karar vermesi mümkün değildir. Bu durumda gerçek hak sahibi mahkemeden olumlu bir karar alınca kadar, sosyal medya adı tescil ettiren kişi tarafından kullanılmaya devam edecektir. Bu dönemde sosyal medya adının şirkete sermaye olarak konulup konulamayacağına dair mevzuatta herhangi özel bir hüküm bulunmamaktadır.

Çelik, sadece “.tr” uzantılı alan adlarının şirkete sermaye olarak konulabileceğini zira jenerik alan adlarının bir taraftan tescilinin BTK tara-

fından yapılmaması nedeniyle üzerinde tam bir kontrolün olmadığı, diğer taraftan ilk gelen alır ilkesi nedeniyle üçüncü kişilerin hak kayıplarına yol açan haksız kullanımların söz konusu olabildiğini belirtmektedir⁴². Bu düşüncede ileri sürülen iki gerekçeye de katılabilmemiz mümkün değildir. Şöyle ki; küreselleşen dünyada şirketler internet alan adlarından çok önce küresel bir yapı olarak ortaya çıkmış ve kendi ülkelerindeki sicillerde tescillenen şirketler, uluslararası pazarda hem ticari ilişkilerin bir tarafı olarak yer almış hem de başka ülkelerdeki şirketlerin ortakları olarak yer almışlardır. Tescil olgusunu sadece yerele indirmemiz halinde uluslararası şirketlerin hiçbirinin kendi ülkesindeki tescilini geçerli tescil olarak kabul etmemiz mümkün olmaz. Bu sonuç ise fiilen ya da hukuken kabul edilebilir bir sonuç değildir. Benzer şekilde alan adlarının da uluslararası tescilini de yeterli saymayıp yerel tescilin şart koşulması, fiilen ve hukuken anlamsız bir noktaya varmamıza yol açacaktır. Örneğin, dünyadaki en büyük internet trafiğine yol açan ve en değerli alan adlarından biri olan “instagram.com” alan adının, bu alan adının sahibi olan META şirketi tarafından Türkiye’de kurulacak bir şirkete alan adı olarak konulamamasını hukuken ya da fiilen kabul etmemek olanaksızdır. Haksız kullanım konusunda ise daha en baştan soyut bir ihtimalin varlığı ile hareket ederek kısıtlayıcı bir yoruma ulaşmak da kabul edilebilir bir sonuç değildir. Aksi halde hiçbir şirket isminin ya da hiçbir markanın tescilinin mümkün olmaması gerekir. Zira bunların da haksız olarak tescili her zaman mümkündür. Bunların iptali ile ilgili itiraz mekanizması ve yargı yolları ise bu ihtimal sonucunda ortaya çıkmıştır. İnternet alan adları ile ilgili olarak da TRABİS ve ICANN nezdindeki tahkim yolları dışında, tescilli olması halinde markaların korunması ile ilgili hukuki yolların, ticari işletme adına tecavüz etmesi halinde buna dair hükümlerin, haksız rekabet söz konusu olması halinde haksız rekabete dair hükümlerin uygulanması suretiyle haksız kullanımın önlenmesi her zaman mümkündür.

Sonuç olarak kanımızca; mahkeme kararıyla veya sosyal ağ sağlayıcı tarafından iptal edilmediği yahut gerçek hak sahibine iadesine karar verilmediği müddetçe, sosyal medya adının tescil ettiren kişiye ait olduğunu kabul etmek, diğer bir deyişle kullanımın haklı olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Bu durumda sosyal medya adı üzerinde gerçekte başka bir hak sahibinin olup olmadığı yönünde bir araştırma yapılması söz konusu olmamalıdır. Kendi adına tescil edilmiş olan kişi sosyal medya adını, tescil kendi adına olduğu müddetçe şirkete sermaye olarak

⁴² ÇELİK, s.153.

koyabilmelidir. Ancak özellikle bariz şekilde görünen hukuka aykırılıklar (örneğin tanınmış bir kişinin ismiyle oluşturulan) taşıyan alan adlarının değerlendirilmesi yapılırken, iptal riskinin varlığı da göz önüne alınmalıdır.

2. Devredilebilir Olma

Sosyal medya adlarının şirkete sermaye olarak konulabilmesinin ikinci şartı devredilebilir olma şartıdır. Bu şartın varlığı, sosyal medya adı şirkete sermaye olarak devredileceği için olmazsa olmaz koşuldur. Sosyal medya adının devrine engel teşkil edebilecek herhangi bir hukuki yahut fiili engel bulunması halinde, ilgili sosyal medya adının şirkete sermaye olarak konulması yasa karşısında olanaksızdır. Zira aşağıda değinildiği üzere şirket tüzel kişilik kazandığı anda bu varlıkların mülkiyeti şirkete devrolacak ve şirket bunların üzerinde malvarlığı unsurları olarak doğrudan hakimiyet sağlayacaktır.

Yasada devredilebilir olma özelliğinin ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Kanımızca burada belirtilen devredilebilir olma özelliğini hukukten ve fiilen devredilebilirlik açısından incelemek gerekmektedir.

a. Hukukten Devredilebilirlik

Hukukten devredilebilirlik, sosyal medya adı üzerinde tam sahip olunan fiili hakimiyetin, sermaye olarak konulacağı şirkete devrinin önünde hukukten kısıtlayıcı durum olmaması anlamına gelmektedir. Hukukten bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir (TMK m.973). Zilyetlik bir şey üzerindeki fiili hakimiyet olarak tanımlanmaktadır⁴³. Bu anlamda sosyal medya adının sermaye olarak konulması için onun üzerinde zilyetliğin kurulmuş ve halen devam ediyor olması gerekmektedir.

Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer'i zilyettir (TMK m.974/2). Sosyal medya adı sermaye olarak şirkete devrileceğinden, üzerindeki hakimiyetin tüketme (abusus) yetkisini de içeren şekilde tam hakimiyet olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle malik sıfatıyla

⁴³ OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2016, s. 48; NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, İstanbul, 2019, s.18.

zilyetlik (asli zilyet) olması gerekmektedir⁴⁴. Zilyetliğin dolaylı ya da dolaysız zilyet olmasının bu anlamda bir etkisi bulunmamaktadır.

İnternet alan adları ile ilgili İnternet Alan Adları Yönetmeliğinde (İAAY); “(1) Alan adları satılabilir veya devredilebilir ... (3) Gerçek kişilerin ölüm, gaiplik, gaiplik karinesi gibi durumlarında alan adı yasal mirasçılara devredilebilir. (4) Satılan veya devredilen alan adının kullanım süresi değişmez” hükmü yer almaktadır (m.13). Benzer şekilde İAAY’nin geçici 2. maddesinde de alan adının satılmasından bahsedilmektedir. Buna göre alan adları üzerindeki hak satılabilecek ve devredilebilecek nitelikte bir hak olarak düzenlenmektedir. İAAY’de internet alan adı; “İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya İnternet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan İnternet protokol adresini tanımlayan adları... ifade eder” (m.3/1-d) şeklinde tanımlanmış olduğundan, bu hükmü doğrudan sosyal medya adları açısından uygulamak mümkün değildir. Ancak kanımızca, hükmün kıyasen uygulanması ve evleviyet gereği sosyal medya adlarının da devrine izin verildiği düşünülebilir. Kanımızca İAAY’de sosyal medya adlarının devrine dair hüküm yer almamasının sebebi, İAAY’nin sadece “.tr” uzantılı alan adlarının yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla çıkarılmış bir yönetmelik olmasıdır.

b. Fiilen Devredilebilirlik

Sosyal medya adlarının fiziksel bir varlığı bulunmadığından, sosyal medya adları üzerindeki zilyetliğin devrinde, zilyetliğe konu şey üzerinde hakimiyet sağlayan unsurların devralana teslim edilebilir durumda olması gerekmektedir.

Sosyal medya adları üzerindeki hakimiyeti sağlayan unsurlar kullanıcı adı ve şifreleridir. Bu kapsamda sosyal medya adının fiilen devredilebilir olarak kabul edilmesi için en azından ilgili sosyal medya adını sermaye olarak şirkete koyacak olan kişinin, ilgili sosyal medya adının kullanıcı adı ve şifrelerine sahip olması gerekmektedir.

3. Üzerinde Sınırlı Aynı Bir Hak, Haciz Ve Tedbir Bulunmama

TTK’ya göre (m.342/1) sosyal medya aklarının şirkete sermaye olarak konulması için, ilgili sosyal medya adlarının üzerlerinde sınırlı aynı

⁴⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 56.

bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması gerekmektedir. Üzerinde sınırlı bir aynı hak (örneğin rehin) haciz yahut tedbir bulunan sosyal medya adının, rehin haciz yahut tedbir alacaklısı muvafakat etse dahi şirkete sermaye olarak konulması mümkün değildir. Konya Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) bir kararın bu konuda; *“TTK’nın 342. maddesi gereğince üzerinde sınırlı aynı bir hak bulunmayan taşınmazın aynı sermaye olarak konulabileceği, bu düzenlemenin emredici nitelikte bir düzenleme olduğu, sınırlı aynı hak sahibinin muvafakat etmesinin durumu değiştirmeyeceği kanaatine varıldığından davacının istinaf başvuru sebepleri yerinde olmadığından davacının istinaf başvuru talebinin HMK 353/1.b.1 maddesi gereğince esastan reddine ilişkin aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur”* şeklinde karar vermiştir⁴⁵.

Türk hukukunda, aksine bir düzenleme bulunmaması halinde üzerinde sınırlı aynı hak bulunan malların üçüncü kişilere devrinin önünde bir engel yoktur. Ancak sermayenin korunması ilkesinin bir tezahürü olarak şirketler hukukunda özel düzenlemeler getirilmiştir. Anonim şirketler hukukunun temel ilkelerinden biri olan sermayenin korunması ilkesi şirket alacaklılarını korumak, bu kapsamda piyasaya güven telkininde bulunmak ve esas sermayenin güvenilir bir biçimde oluşmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiş bir ilkedir. Sermayenin korunması ilkesi aynı zamanda, anonim şirketlerin borçlarından dolayı alacaklılara karşı yalnız malvarlığıyla sorumlu olmasının da doğal sonucudur⁴⁶.

Sermayenin korunması ilkesi; sermayenin kanuna uygun olarak konulması, taahhüt edilen sermayenin üzerinde üçüncü bir kişi lehine sermayeyi kısıtlayıcı bir kayıt olmaksızın intikal etmesi, itibari değer in altında pay çıkarılamaması, koydukları katılma payının pay sahiplerine iade edilememesi, taahhüt edilen sermaye tutarının ödenmemesi halinde şirket tarafından yasal olarak takip edilebilmesi konusunda getirilen kurallar bütünü şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁷. Başka bir tanımda ise; pay sahiplerince taahhüt edilen sermaye değerlerinin eksiksiz olarak şirket içerisinde teşkilini ve teşekkül eden sermayenin şirketin bağlı mal varlığı değerleri ile birlikte yalnızca şirket faaliyetlerinde kullanılarak alacaklılar

⁴⁵ Konya BAM, 12.10.2022, 6. HD, E. 2022/1136, K.2022/1615.

⁴⁶ YAVUZ, Mustafa: “Türk Hukukunda Anonim Şirketlere Hâkim Olan Temel İlkeler”, Gümrük ve Ticaret Dergisi, C. 6, S. 18, 2019, s.15.

⁴⁷ TEKİNALP, s. 84.

lehine idamesini öngören sistem olarak tanımlanmıştır⁴⁸. İlke, ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında malvarlığının kötüye kullanımından korunması ile ilgili olarak Avrupa’da (özellikle Almanya ve İsviçre’de) ortaya çıkmıştır. Ancak günümüzde tüm AB mevzuatında yer almaktadır⁴⁹. TTK m.342’de yapılan düzenleme de sermayenin korunması ilkenin bir sonucudur.

4. Değerlenebilir Olma

Şirketlerde sermaye miktarının açık, net, anlaşılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Sermayenin belirlilik özelliği gereği esas sermayeye karşılık getirilen malvarlığının parasal değeri belirlenmiş olmalıdır⁵⁰. Bu zorunluluk malvarlığının ve sermayenin korunması ilkesinin de zorunlu bir sonucudur. Bu zorunluluğun getirilmesi aynı zamanda sermayenin gerçekliği ilkesinden de kaynaklanmaktadır⁵¹. Bu nedenle, sosyal medya adının şirkete sermaye olarak konulabilmesi için değerlendirilebilir olması gerekmektedir.

Değerlenebilir olma şartı, TTK m.343’te düzenlenen değerlendirme zorunluluğu ile de paralellik oluşturmaktadır. Değerleme zorunluluğu ve sosyal medya adlarının değerlemesi sonraki başlıklarda incelenmiştir.

D. Sosyal Medya Hesaplarının Sermaye Olarak Değerlemesi

1. Değerleme Yapılması Zorunluluğu

Anonim şirkete (TTK m.578 uyarınca aynı zamanda limited şirketlere) sermaye olarak para dışında mal varlığı unsurlarının getirilmesi halinde, bu unsurların mahkeme tarafından atanan bilirkişi aracılığıyla değerlerinin belirlenmesi zorunludur. Bu zorunluluk TTK’da; “*Konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmelere ve aynılara, şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce değer biçilir*” (m.343/ilk cümle) şeklinde belirtilmiştir. Bu hüküm aynı zamanda, tescil edilecek hususların gerçeği tam olarak yansıtmaları, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımamaları ve kamu düzenine aykırı olmamaları zorunluluğunun da bir sonucudur (TTK m.32/3).

⁴⁸ ERYİĞİT, Harun: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, 2020, s. 154.

⁴⁹ AKINCI ALBAYRAK, s. 17.

⁵⁰ ÇONKAR, s. 56.

⁵¹ KARAMAN COŞGUN, s.341.

Şirkete sermaye olarak konulacak olan sosyal medya adı ya da alan adı gibi dijital varlıklar da aynı sermaye niteliğindedir. Bu nedenle sosyal medya adlarının da şirkete sermaye olarak konulmadan önce değerlendirilmesinin yapılması zorunludur. Bu zorunluluk, şirket mal varlığının korunması için getirilmiş bir hükümdür⁵². Böylece hem sermayedarlar hem de üçüncü kişiler korunmuş olacaktır. TTK m.343'ün gerekçesinde bu husus; *"..bu hüküm, aynî sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletme ve ayınlara, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerce değer biçilmesi uygulamasını, sağladığı güvenlik sebebiyle devam ettirmekte, böylece sermayenin korunması ilkesinin gereğini yerine getirmektedir"* şeklinde açıklanmıştır.

Sosyal medya adının şirkete sermaye olarak konulmasıyla, Mahkeme tarafından atanmış olan bilirkişiler tarafından düzenlenen rapor ile belirlenmiş olan değer miktarında şirkete aynı sermaye konulmuş olacaktır. Esas sözleşmede de bilirkişi raporuyla belirlenmiş olan bu miktar yer alacaktır.

Diğer taraftan aynı sermaye sadece şirketin ilk kuruluşu esnasında söz konusu olmayıp, sermaye artırım yoluyla da aynı sermaye konulabilmesi mümkündür. Bu durumda da değerlendirilmesi zorunludur. Yargıtay bir kararında; *"Tespit isteyen vekili, müvekkili şirkete, şirket ortaklarının kendi adlarına kayıtlı taşınmazı aynı sermaye olarak katmak istediklerini, TTK 343. maddede belirtilen yöntemin herkes için en uygun ve adil yöntem olduğunu ileri sürerek, taşınmazın TTK 578. maddesi yollamasıyla 342 ve 343. maddelerine dayanarak, bilirkişi marifetiyle değerinin tespitinin mahkemece yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.*

Mahkemece... talebin reddine karar verilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 459/son maddesi gereğince, esas sermaye sisteminde sermaye taahhüdü yoluyla artırım halinde de Yasa'nın 342 ve 343. maddelerinin uygulanması gerekmekte olup, talep eden vekili de dilekçesinde taşınmazın aynı sermaye olarak şirket sermayesine katılacağını bildirmiştir. Bu durumda sermaye artırımlarında da Türk Ticaret Kanunu'nun 343. maddesi uygulanacağından ve bu nedenle de talep eden şirketin hukuki yararı bulunduğundan, mahkemece talebin hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, Yasa'nın 343. maddesinde yer alan bu talebin incelenmesinin esasa defterine kayıt suretiyle yapılması gerekirken değişik iş defterine kayıt suretiyle yapılması

da doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” şeklinde bu hususu vurgulamıştır⁵³.

Mahkeme tarafından alınmış olan bilirkişi raporunun tescil esnasında ticaret sicil müdürlüğüne tevdi edilmesi zorunludur (TTK m.354/3). Ticaret sicil müdürü tüzel kişilerin tescilinde, özellikle şirket sözleşmesinin, emredici hükümlere aykırı olup olmadığı ve söz konusu sözleşmenin kanunun bulunmasını zorunluluk olarak öngördüğü hükümleri içerip içermediği incelemekle yükümlüdür (TTK m.32/2). Bilirkişi raporunun tescil esnasında tevdi edilmediğinin tespit edilmesi halinde, tescil ticaret sicil müdürü tarafından reddedilecektir.

Değerleme yaptırılması konusunda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesin yetkidir. Bilirkişilerin sayısı ve niteliği mahkeme tarafından belirlenecektir.

2. Değerleme Raporunun İçeriği

Şirkete sermaye olarak konulan sosyal medya adının değerini belirleyen bilirkişi raporunda; uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özellikleri bakımından herkes için en adil ve uygun seçim olduğu; sermaye olarak konulan alacakların gerçekliğinin, geçerliğinin ve 342 nci maddeye uygunluğunun belirlendiği, tahsil edilebilirlikleri ile tam değerleri; aynı olarak konulan her varlık karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ile Türk Lirası karşılığı, tatmin edici gerekçelerle ve hesap verme ilkesinin icaplarına göre açıklanmalıdır (TTK m.343).

Sosyal medya adları gelişen teknoloji ile birlikte ortaya çıkan bir kavram ve dijital varlık türüdür. Geleneksel varlık türlerinin (altın, taşınmaz mal, araç vb) aksine bir piyasası da oluşmuş değildir. Bu nedenle değerlemesi geleneksel somut varlık türlerine nazaran daha zor ve karmaşıktır. Sosyal medya adları gibi maddi olmayan varlıkların doğru değerlendirilmesi sadece şirketin ilk kuruluşu esnasında konulacak olan sermayenin tespitinde değil, sonraki yıllarda şirket değerlerinin ve bizzat şirketin kendisinin değerlendirilmesi, maddi olmayan varlıkların kullanımının özendirilmesi, şirketin maddi olmayan varlıkları açısından izlenebilir kılması açısından da önem arz etmektedir.

⁵³ Y. 11 HD, 18.02.2014, E.2013/12880, K.2014/2807.

Bu tür dijital varlıkların sermaye olarak değerlendirilmesinde; i) Kazançlar (Sosyal ağ sağlayıcıdan elde edilenler, reklam gelirleri vb), ii) Yeniden yatırım ihtiyacı, oranı ve tutarı iii) Şirkete net serbest nakit akış oranı (kazançlardan yeniden yatırımın çıkarılmasıyla kalan net tutar), iv) Yatırılan sermaye tutarı, v) Beklenen büyüme oranları gibi unsurların göz önünde tutulması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴.

Maddi olmayan varlıkların ölçülmesi zor olsa da ekonomideki önemi giderek artması nedeniyle araştırmacılar tarafından maddi olmayan varlıkların değerlendirilmesi için 34 model sunulmuştur⁵⁵. Sunulmuş olan modeller dört grupta sınıflandırılmaktadır⁵⁶;

- *Doğrudan Entelektüel Sermaye yöntemleri (Direct Intellectual Capital Methods – DIC)*; bu modeller çeşitli bileşenlerini tanımlayarak maddi olmayan varlıkların finansal değerini yakalayabilmektedir. Bu bileşenler belirtildiğinde, doğrudan, tek tek veya kümülatif oranlar olarak ölçülmektedir.
- *Piyasa Kapitalizasyonu Yöntemleri (Market Capitalization Methods – MCM)*; şirketin piyasa değeri ile öz sermayesi arasındaki fark ölçülmekte ve sonuç şirketin maddi olmayan sermayesinin değeri olarak kabul edilmektedir.
- *Varlık Getirisi yöntemleri (Return on Assets Methods – ROA)*; bir şirketin maddi varlıkları ve finansal büyüme oranları, belirli bir sektörün aynı oranları ve değerleri ile karşılaştırılır. Ortalamanın üzerinde olan gelir, şirketlerin maddi olmayan varlıklarının ölçümü için kullanılır.
- *Puan Kartı Yöntemleri (corecard Methods – SC)*; maddi olmayan varlıkların veya entelektüel sermayenin çeşitli bileşenleri modellerde oranlar ve endeksler olarak tanımlandıktan sonra özel puan kartlarında ve diyagramlarda gösterilir.

⁵⁴ DAMODARAN, Aswath: "Invisible Value? Valuing Companies with Intangible Assets", SSRN Electronic Journal, (ts.), s. 17-18. Bağlantı: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609799, (Erişim Tarihi: 10.02.2025)

⁵⁵ LEV, Baruch/ABERNETHY/Margaret, A./ WYATT, Anne/ BIANCHI, Patrizio/LA-BORY, Sandrine: Study on the measurement and reporting of intangible assets and associated reporting practices: prepared for the Commission of the European Communities, Enterprise Directorate General, Brüksel, 2003.

⁵⁶ SAVICKAITĖ, Živilė: "The Evaluation of Company's Intangible Assets' influence for Business Value", International Journal of Economic Sciences and Applied Research, C. 7, S. 3, 2015, s.133-155.

Maddi olmayan varlıkların değerlendirme metodolojisi ve değerlendirme teorisinin dünyada araştırmacıları tarafından oldukça geniş bir şekilde analiz edildiği ancak maddi olmayan varlıkların etkin değerlendirme yöntemlerinde hala boşluklar olduğu, önerilen finansal ve finansal olmayan maddi olmayan varlık modellerinin hepsinin değerli ve yenilikçi olduğu ancak bu avantajlara rağmen, modellerin tutarlılık ve güvenilirlik açısından yetersizliği yanında her şirket için modelin bireyselleştirilmesi nedeniyle öznellik ve modellerin maddi olmayan varlıkların kapsamlı bir değerlendirmesini yapamaması nedeniyle eleştirilmekte olduğu belirtilmektedir⁵⁷. Şirketlerin faaliyet alanı ile ilgili özgüllüğün çok yüksek olması, kendi iş modelini kendisinin oluşturması gibi faktörler, şirketin başka şirketlerle karşılaştırılmasına ve maddi olmayan varlıkların objektif bir şekilde değerlendirilmesine izin vermediğinden modellerin önemi ve evrenselliği de tartışılmaktadır⁵⁸.

Diğer taraftan, maddi olmayan bir varlık türü olan markalara özgü değerlendirme yöntemlerinin yine maddi olmayan bir varlık olan sosyal medya adlarının değerlemesinde de kullanılması düşünülebilir. Marka değerlendirmede en sık karşılaşılan yöntemler olan maliyet tabanlı, pazar tabanlı ve gelir tabanlı yaklaşımların sosyal medya adları açısından uygulanabilirliği gündeme gelebilecektir. *Maliyet tabanlı yaklaşım*, markanın değerinin, onu yaratmanın maliyeti ya da teorik olarak yeniden yaratmanın maliyeti esas alınarak hesaplanmasını ifade etmektedir. Pazar tabanlı yaklaşım, alım, satım, el değiştirme gibi mukayese edilebilir piyasa işlemleri hakkında bilgi edinerek bir kıyas yapılması temeline dayanmaktadır. *Gelir tabanlı yaklaşım ise*; faaliyette bulunan şirketin bir markası olmadığı ve faaliyette bulunmayan bir şirketten markasını lisanslamak istemesi temeline dayanmakta olan *hak bedeli yöntemi*, gelecekteki kazançları bugüne yansıtmak için, yatırımların geri dönüşümünü hesaplama esasına dayanan iskonto edilmiş nakit akışı yöntemi gibi yöntemler kullanılmaktadır⁵⁹.

⁵⁷ SAVICKAİTÉ, s. 146.

⁵⁸ SAVICKAİTÉ, s. 146.

⁵⁹ ÖZDEMİR, Şebnem/ÖNCÜL, Mehmet Sadık: "Marka Değerleme", Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 17, S. 2, 2016, s. 212-213; AKGÜN, V. Özlem/AKGÜN, Ali: "Marka ve Marka Değeri Olgusu: Marka Değerinin Tespitine Yönelik Bir Uygulama", Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, C. 8, 2014, s. 1-13; Diğer değerlendirme yöntemleri için Bkz. FIRAT, Duygu /BADEM, A.Cemkut: "Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması.", Muhasebe ve Finansman Dergisi, C. 38, 2008, s. 212-215.

Bu yöntemlerden birine başvurulsa dahi, sosyal medya adlarının niteliği ve kendisine has özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır.

Açıklanan dezavantajlar yanında yasal bir zorunluluğu da olmaması nedeniyle bilirkişi, değerlendirme raporunu hazırlarken yukarıda belirtilen yöntemlerle bağlı değildir. Bunların dışında da bir değerlendirme yöntemi kullanabilir. Ancak raporunda hangi değerlendirme raporunu kullandığını açıklamak zorundadır. Açıklarken sadece kullandığı yöntemin teknik adını ifade etmesi yeterli değildir. Kullandığı yöntemin somut olayın özellikleri dikkate alındığında herkes için en adil ve uygun yöntem olması da gerekmektedir. Bilirkişi raporunu düzenlerken bu kapsamda gerekli açıklamaları yapmalı ve neden bu yöntemi seçtiğini de açıklamalıdır.

Şirkete sermaye olarak birden çok sosyal medya adı yahut sosyal medya adının yanında başka aynı sermaye unsurları da konuluyorsa, her bir aynı sermaye karşılığında tahsis edilmesi gereken pay miktarı ve bunların Türk Lirası cinsinden karşılıkları da değerlendirme raporunda yer almalıdır.

Bilirkişi raporunda yer alan tüm hususlar gerekçeli ve hesap verilebilirlik ilkesinin gereklerine uygun olmak zorundadır⁶⁰. Bilirkişinin yaptığı açıklamalar ve gerekçeleri kapsamında değerlendirme raporuna kurucular ve diğer menfaat sahipleri tarafından itiraz edilebilir. Rapora yapılan itirazın mahkemece en hızlı şekilde sonuçlandırılması ratio legis (kanun amacı) gereğidir (TTK m.343 gerekçesi). İtiraz üzerine mahkeme bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi yeni bir bilirkişiden de (ya da bilirkişi heyetinden) rapor alınmasına karar verebilir. Yahut tarafların itirazlarını reddederek raporun onaylanmasına karar verebilir. Mahkemenin onayladığı bilirkişi kararı kesindir (TTK m. 343). Bu karara karşı istinaf yoluna gidilebilmesi mümkün değildir. Sadece Mahkeme tarafından bilirkişi raporu onaylanarak aynı sermayenin kabulüne dair karar değil, aynı zamanda rapor onaylanarak aynı sermayenin reddine dair karar da kesin niteliktedir. Antalya BAM bir kararında; *“TTK 343.maddesi uyarınca mahkemece onanan rapor ve ek raporların kesin olduğu, bu kararlara karşı kanun yolunu kapalı olduğu belirtilmiştir. Yerel mahkemece alınan bilirkişi raporu değerlendirilerek istemin reddine ilişkin karara karşı kanun yolu olmadığından davacı*

⁶⁰ KARAMAN COŞGUN, s. 341.

tarafın istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmiştir”⁶¹ şeklinde karar vererek bu husus açıklamıştır.

III. SOSYAL MEDYA HESAPLARININ SERMAYE UNSURU OLARAK ŞİRKETE GEÇMESİ

Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur (TTK m.128/1). Şirkete sosyal medya adını sermaye olarak koymayı taahhüt eden ortak da bu borcunu yerine getirmek, diğer bir ifadeyle sosyal medya adının şirkete intikalini sağlamak zorundadır.

Ortakların sermaye koyma borcunu ifa zamanı açısından, konulacak olan sermayenin türüne göre farklı düzenlemeler bulunmaktadır⁶². Sosyal medya adları gibi paradan başka ekonomik değerler açısından ise şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilecektir (TTK m.128/4)⁶³. Ancak yukarıda “3.3.2. Devredilebilir olma” başlığı altında açıklandığı üzere, bunların fiilen kullanılabilmesi için kullanıcı adı ve şifrelerinin şirkete devrine ihtiyaç duyulacaktır.

Ortağın sosyal medya adını sermaye olarak koyma taahhüdünden sonra herhangi bir nedenle bu borcunu ifa etmemesi durumunda şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren sermaye borcunun alacaklısı haline geleceği için, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir (TTK m.128/7). Kanımızca, TTK m.128/4 uyarınca, taahhüt edilen değerlerin mülkiyeti tescille birlikte şirkete geçmiş olduğundan, açılacak olan bu dava bir alacak davası niteliğinde olmayacak, mülkiyet hakkına dayanan ve zilyetliğin tesisine yönelik bir dava olacaktır. Örneğin; bir Instagram hesabının sermaye olarak taahhüt edilmiş olması ancak şirket kurulduktan sonra şifrelerinin şirkete devredilmemiş olması halinde, şirket tarafından taahhüt edene açılacak olan dava Instagram hesabının kullanıcı adı ve şifrelerinin kendisine sağlanması talebiyle açılmalıdır. Mahkemenin vereceği olumlu karar ile hak sahibi olduğu netleştirilen şirket, mahkeme kararı ile birlikte Instagram’a

⁶¹ Antalya BAM, 11. HD, 10.06.2024, E. 2024/1146, K.2024/1054.

⁶² TTK, m. 128, 344, 346, 459.

⁶³ ERİŞ, s. 1414.

başvurarak ilgili hesabın kullanıcı adı ve şifresinin kendisine verilmesini sağlayacaktır.

Ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Bu tedbir şirketin kurulmasından önce talep edilebileceği gibi, sermaye borcunun yerine getirilmesinin sağlanması için ortağa karşı açılacak olan dava esnasında da talep edilebilir. Kuruluştan önce talep edilen tedbir üzerine açılacak davalar için, HMK'da öngörülen hak düşürücü süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar (TTK m.128/8). Ancak üzerine tedbir konulması talep edilecek olan hakların üzerinde talep eden kişilerin hak sahibi olduğunun ispatı gerekmektedir. Bu hususta Kayseri BAM bir kararında; *“TTK 128/8 maddesinde sermaye olarak taahhüt edilen hakların korunması için kurucular tarafından ihtiyati tedbir talep edilebileceği düzenlenmiş ise de bu düzenlemenin bir taşınmazın yalnızca ana sözleşmede sermaye olarak taahhüt edilmesinin ihtiyati tedbir kararının verilmesi için yeterli olduğu şeklinde yorumlanamayacağı, tedbir talep edilen taşınmaz üzerinde taahhüt edenin hak sahibi olup olmadığına ilişkin yaklaşık ispata elverişli delillerin mahkemeye sunulması ve uygun görülmesi halinde tedbir kararının verilmesi gerektiği, aksi halde bir taşınmazın sırf ana sözleşmeye aynı sermaye olarak yazılmasıyla tedbir talebi kabul edilecek olursa bundan 3. kişilerin zarar görme ihtimalinin mevcut olacağı..”*⁶⁴ şeklinde karar vererek bu soruna açıklık getirmiştir.

SONUÇ

Bilim ve teknolojinin ortaya çıkardığı yeniliklerin güncel hayatımıza en çok etki edenlerinden biri olan sosyal medyanın kullanıcı sayısı ve ortalama kişi başına düşen kullanım süresi her geçen gün hızla artmaktadır.

Sanatçı, siyasetçi, sporcu gibi ünlü kişilerin hesapları, hayranları yahut karşı çıkanlarının takip etmesi sayesinde on milyonlarca sürekli takipçi sayısına ulaşabilmektedir. Bunun yanında sosyal medya hesapları üzerinden üretilen başarılı içerikler sayesinde ünlü hale gelen ve milyonlarca takipçi sayısına ulaşan hesaplar bulunmaktadır. Bu hesaplardan bazıları belirli gerçek ya da tüzel kişilerle (spor kulübü vb) özdeşleşirken, bazıları ise tamamen özgün şekilde oluşturdukları hesap adlarını kullanmaktadır.

⁶⁴ Kayseri BAM, 6. HD, 12.10.2023, E.2023/1939, K.2023/1641.

Yüksek takipçi sayılarına sahip hesaplardan yapılan paylaşımlar anında milyonların cep telefonuna ulaşmaktadır. Bu nedenle bu hesaplar bir taraftan sosyal ağ sağlayıcılardan gelir elde ederken, diğer taraftan reklam anlaşmaları yapmak suretiyle önemli bir gelir elde edebilmektedirler. Böylece bir gelir aracı olan sosyal medya adları (hesapları), kendileri de bir değer haline gelmektedir.

Teknoloji, bilişim ve internet dünyasındaki gelişmeleri göz ardı etmeyen kanun koyucu, TTK'ya eklediği hükümlerle elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerlerin de şirketlere sermaye olarak konulabileceğini kabul etmiştir. Ancak bunlar da sermayenin belirliliği ve korunması ilkeleri kapsamında haklı olarak kullanılan, hukuken ve fiilen devredilebilir durumda olan, üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz ve tedbir bulunmayan, değerlendirilebilir nitelikteki değerler olmak zorundadır. Sosyal medya adlarının şirkete sermaye konulmadan önce, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde değerlendirilmesi yapılması zorunludur. Şirkete sermaye olarak konulması taahhüt edilen sosyal medya adlarının mülkiyeti, şirket tüzel kişiliğinin kurulduğu anda şirkete geçecektir.

Sosyal medya adlarının şirkete sermaye olarak konulmasının yasal olarak önünün açılması, ileride gelişerek daha da büyümesi öngörülen elektronik ortama ait alanların ekonomiye kazandırılması yanında yasal alanda tutulması açısından da önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKGÜN, V. Özlem/AKGÜN, Ali:** “Marka ve Marka Değeri Olgusu: Marka Değerinin Tespitine Yönelik Bir Uygulama”, Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi, C. 8, 2014, s. 1-13.
- AKINCI ALBAYRAK, Özlem:** Anonim Şirketler Hukukunda Şirket Malvarlığının Korunması, İstanbul.
- AKKURT, Sinan Sami:** Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet:** Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2022.
- BULAT, Nataliia:** “A Domain Name And Trademark: A Comparison And Relationship Acoording To Ukranian Legislation”, The Lawyer Quarterly, C. 10, S. 3, 2020, s. 324-336.
- CERF, Vint/KAHN, Robert Evelyn:** “A Protocol for Packet Network Intercommunication”, IEEE Transactions on Communications (IEEE) C. 22, S. 5, 1974, s. 637-648.
- CHOUDHURY, Nupur:** “World Wide Web and Its Journey from Web 1.0 to Web 4.0.”, International Journal Of Computer Science and Information Technologies, C. 5, S. 6, 2014, s. 8096-8100.
- ÇAKIROĞLU, Buğra Kaan:** “Sosyal Medya Adları Ve Türk Medenî Kanunu m.26 Kapsamında Sosyal Medya Adlarının Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2020, s. 192 – 214.
- ÇELİK, Aydın:** Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı, İstanbul, 2021.
- DAMODARAN, Aswath:** “Invisible Value? Valuing Companies with Intangible Assets”, SSRN Electronic Journal, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1609799, (Erişim Tarihi: 10.02.2025).
- EKİCİ, Şerafettin:** Bilişim ve Teknoloji Hukuku, Ankara, 2024.
- ERİŞ, Gönen:** Ticari İşletme ve Şirketler, C. 2, Ankara, 2017.
- ERYİĞİT, Harun:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, 2020.
- Facebook Para Kazanma: Bağlantı: <https://facebook.com/business/goals/monetize-content>. (Erişim Tarihi: 12.01.2025)

FIRAT, Duygu /**BADEM**, A.Cemkut: “Marka Değerleme Yöntemleri ve Marka Değerinin Mali Tablolara Yansıtılması.”, Muhasebe ve Finansman Dergisi, C. 38, 2008, s. 210-219.

ICANN Tanıtım: <https://www.icann.org> (Erişim Tarihi: 28.01. 2025).

Instagram Para Kazanma: https://creators.instagram.com/earn-money?locale=tr_TR. (Erişim Tarihi: 12.01.2025)

Instagram Yardım Merkezi: <https://help.instagram.com/> (Erişim Tarihi: 30.01.2025).

Influencer Marketing Hub: Benchmark Report (12 Aralık 2024), <https://influencermarketinghub.com/influencer-marketing-benchmark-report> (Erişim Tarihi: 12.01.2025).

KAPLAN, Andreas M./**HAENLEIN**, Michael: “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, Business Horizons, C. 53, S. 1, Ocak 2010, s. 59-68.

KAPLAN, Yavuz: “İnternet Alan İsimlerine İlişkin Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümü Konusunda ICANN Yargılama Usulü”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 697-720.

KARAMAN, Zeliha: İnternet Alan Adı Uyuşmazlıkları Ve Çözüm Yolları, Karşılaştırmalı Bir Analiz, Ankara, 2017.

KARAMAN COŞGUN, Özlem: “Anonim Şirketlerde Sermaye Kavramı ve Aynı Sermaye Değerinin Belirlenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 333-348.

LEV, Baruch/**ABERNETHY**/Margaret, A./**WYATT**, Anne/**BIANCHI**, Patrizio/**LABORY**, Sandrine: Study on the measurement and reporting of intangible assets and associated reporting practices: prepared for the Commission of the European Communities, Enterprise Directorate General, Brüksel, 2003.

MEMİŞ, Tekin: “İnternette Alan Adı Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s.513-527.

MOROĞLU, Erdoğan: Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, İstanbul, 2018.

NOMER, Fusun: “İnternet Alan Adının Hukukî Niteliği Ve Marka Ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad Ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 395-418.

NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE: Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, İstanbul, 2019.

OĞUZ, Sefer: “İnternet Alan Adı Hakkının Hukukî Niteliğinin Değerlendirilmesi”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2021, s. 13-30.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015.

OĞUZMAN, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR, Ali/**TEMİZEL**, Fatih: “Holding Şirketlerinde Sosyal Medya Kullanımı”, Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, s. 38-47.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Türk Ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak Ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 561-598.

ÖZDEMİR, Şebnem/**ÖNCÜL**, Mehmet Sadık: “Marka Değerleme”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 17, S. 2, 2016, s.205-224.

PELIKANOVA, Radka MacGregor: “European Integration And. Top Level Domain In 2013”, The Lawyer Quarterly, C. 3, S. 4, 2013, s. 311-323.

SAVICKAITĖ, Živilė: “The Evaluation of Company’s Intangible Assets’ influence for Business Value”, International Journal of Economic Sciences and Applied Research, C. 7, S.3, 2015, s. 133-155.

TC Ticaret Bakanlığı: 2023 E-Ticaretin Görünümü Raporu, (27 Mayıs 2024), Bağlantı: <https://ticaret.gov.tr/duyurular/turkiyede-e-ticaretin-gorunumu-raporu-yayimlandi> (Erişim Tarihi: 05.12.2024)

TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2020.

TÜİK: Hanehalkı Bilişim Teknolojileri (BT) Kullanım Araştırması (Türkiye İstatistik Kurumu, (27 Ağustos 2024).

[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-\(BT\)-Kullanım-Arastırması-2024-53492](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Hanehalki-Bilisim-Teknolojileri-(BT)-Kullanım-Arastırması-2024-53492) (Erişim Tarihi: 17.12.2024)

We are Social: Dijital 2025 Raporu (1 Şubat 2025), <https://wearesocial.com/uk/blog/2025/02/digital-2025> (Erişim Tarihi: 01.03.2025).

YAVUZ, Mustafa: “Türk Hukukunda Anonim Şirketlere Hâkim Olan Temel İlkeler”, Gümrük ve Ticaret Dergisi, C. 6, S. 18, 2019, s. 12-27.

BANKALARIN TELEFONDA MESAFELİ OLARAK KURDUKLARI KREDİ KARTI SÖZLEŞMELERİNDE CAYMA HAKKININ KULLANILMASINDAKİ GÜÇLÜĞÜN HAKSIZ TİCARİ UYGULAMA VE HAKSIZ REKABET OLUŞTURMASI

Dr. Öğr. Üyesi Fatma İtir BİNGÖL*

Öz

Bankaların bir uzaktan pazarlama sistemi vasıtasıyla tüketicileri telefonla arayarak kredi kartı sözleşmesi yapmalarına sık sık rastlanmaktadır. Mesafeli olarak kurulan bu tür sözleşmelerde tüketicinin korunması amacıyla çeşitli önlemler alınmıştır. Bunlardan biri çalışma konumuzu oluşturan cayma hakkıdır. Tüketici, cayma hakkını kullanabilmek için bankaya telefon ettiğinde karşısına çıkan otomatik yönlendirme mesajları içinde uygun bir menüye ulaşabilmesi zor olmaktadır. Oysa kredi kartı pazarlayan bankalar telefon numarasını tuşladıkları anda sözleşmeyi kurmak istedikleri tüketiciye ulaşabilmektedirler. Bankaların sözleşmeyi kurarken kullandıkları yöntem kadar kolay bir yöntemi tüketicinin sözleşmeden cayma hakkını kullanırken de yararlanabileceği şekilde düzenlememiş olmaları; Tüketicinin Korunması

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Asst. Prof. Dr., Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Business Administration, Commercial Law Division, İzmir, Türkiye.

✉ itir.bingol@deu.edu.tr • ORCID 0000-0001-7948-1895.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BİNGÖL, Fatma İtir: “Bankaların Telefonda Mesafeli Olarak Kurdukları Kredi Kartı Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılmasındaki Güçlüğün Haksız Ticari Uygulama Ve Haksız Rekabet Oluşturması”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1137-1168.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Hakkında Kanun (TKHK)'nın 62 nci maddesi anlamında haksız ticari uygulama ve Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nın 55 nci maddesinin ilk fıkrasının a bendinin 12 nci alt bendine göre; haksız rekabet oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Mesafeli Sözleşme • Cayma Hakkı • Ön Bilgilendirme • Haksız Ticari Uygulama • Haksız Rekabet

THE SUBSTITUTION OF THE STATE PRESIDENT IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW DATA: PROBLEMS AND SUGGESTIONS

Abstract

It is common for banks to make credit card agreements by calling consumers via a remote marketing system. Various measures have been taken to protect the consumer in such distance contracts. One of these is the right of withdrawal, which is our subject of study. When the consumer calls the bank to exercise her right of withdrawal, it is difficult for her to access a suitable menu among the automatic forwarding messages she receives. However, banks marketing credit cards can reach the consumer with whom they want to establish a contract as soon as they dial the phone number. The failure of banks to establish a method as simple for consumers to exercise their right of withdrawal from the contract as the method used in forming the contract constitutes an unfair commercial practice under Article 62 of Law on Consumer Protection (LCP) and unfair competition under subparagraph 12 of paragraph (a) of the first clause of Article 55 of the Turkish Commercial Code (TCC).

Keywords

• Distance Contract • Right of Withdrawal • Pre-contractual Information • Unfair Commercial Practice • Unfair Competition

GİRİŞ

Elektronik ticarete bankaların, tüketicileri telefonla arayarak kredi kartı pazarlamaları sık sık karşılaşılan bir durumdur. Bu şekilde yapılan aramaların çoğu, bir uzaktan pazarlama yöntemi kullanılarak yapıldığı için mesafeli sözleşme niteliği taşımaktadır. TKHK' nun 48 inci maddesinde düzenlenen mesafeli sözleşmeler ile ilgili düzenlemeye ve 2014 tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY)'ne AB'nin 2011/83 Sayılı Tüketici Hakları Yönergesi kaynaklık etmiştir. Kredi kartı sözleşmesi bir finansal hizmettir ve mesafeli olarak kurulmaları

durumunda finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme olarak TKHK'nun 49 uncu maddesinde ve Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (FHİMSY)'nde getirilen hükümlerle düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin de dayanağı AB'nin 2002/65 Sayılı Tüketicilere Yönelik Finansal Hizmetlerin Mesafeli Olarak Pazarlanmasına İlişkin Yönergesi (Directive 2002/65 Concerning the Distance Marketing of Consumer Financial Services)'dir.

Mesafeli sözleşmelerde Kanun koyucu tüketiciyi korumak düşüncesiyle ona sözleşmeden cayma hakkı tanımıştır. Ancak gözlemlediğimiz kadarıyla tüketicinin bu hakkını kullanırken telefondan yararlanması pek kolay değildir.

Bu tür sözleşmelerde cayma hakkının kullanımının zor olduğu AB Hukuku'nda da tespit edilmiş ve 2023/2673 sayılı Yönerge'de kolaylaştırıcı yöntemler getirilmiştir. AB'de 2023 yılının son aylarında kabul edilen bu yönergede cayma hakkı ile ilgili getirilen düzenlemelere genel olarak son kısımda değinilmiştir. Ancak çalışma bir karşılaştırmalı hukuk incelemesine dayanmamaktadır. Amacımız bankaların cayma hakkının telefonla kullanımı için yeterince kolay yöntemler getirmemiş olmalarının Türk Hukuku'ndaki mevcut düzenlemeler ışığında haksız ticari uygulama ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitinin yapılmasıdır. Bunun yanı sıra bankaların tüketiciye cayma hakkının kullanımı konusunda sunabilecekleri uygun bir yöntem de gösterilmiştir.

I. KREDİ KARTI SÖZLEŞMESİNİN MESAFELİ OLARAK KURULMASI

A. Genel Olarak Mesafeli Sözleşme

TKHK'un 48 inci maddesinin ilk fıkrasında mesafeli sözleşmelerin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *'Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir'*. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 4 üncü maddesinin ilk fıkrasının (e) bendinde de aynı tanıma yer verilmiştir.

Mesafeli sözleşme, bir sözleşme kurma yoludur¹. Tacir ve tüketici fiziksel olarak bir arada değilken sözleşmeyi kurmaktadırlar. Bu yüzden tüketicinin satım konusu malı bir mağazada görerek almasında olduğundan daha fazla korunmaya ihtiyacı vardır². Doktrinde bu açıdan tacirle tüketici arasında tüketici aleyhine bir bilgi asimetrisi olduğu³, bunun bertaraf edilebilmesi için mevzuatta mesafeli sözleşmelerle ilgili

- ¹ **BOZBEL**, Savaş: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 784, 790; **BÜYÜKAY**, Yusuf: “İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 24, 2005, paragraf 1-85, paragraf 7; <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-7.htm> (Erişim Tarihi: 12.06.2024); **GEZDER**, Ümit: Mesafeli Sözleşmeler, İnceoğlu, M. Murat (Editör), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 334, 335; **UZUN KAZMACI**, Özge: “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3 Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, s. 2793; **LAKERBAIA**, Tamar: “‘European Model of Protection of the Consumers’ Rights in Distance Contracts-On the Example of Withdrawal Right’”, Journal of Law, S. 1, 2016, s. 78, 80; **BAŞ SÜZEL**, Ece: “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, BATİDER C. 35, S.1, 2019, s. 124; **EREK**, Gülce: “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi S.1, 2019, s. 519; **TUTAR**, Elce: Mesafeli Sözleşmeler, Şahin McCarthy, Oya/Dinç, Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 573; **ALTIN ŞAHİN**, Hayrunnisa: “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”, Bilişim Hukuku Dergisi C.5, S.2, 2023, s. 232.
- ² **DEMİR**, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı” Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 7, S.1-2, 2003, s. 63; **DONNELLY**, Marry/ **WHITE**, Fidelma (2005) “The Distance Selling Directives- A Time For Review”, Northern Ireland Legal Quarterly, C. 56, S.2, 2005, s. 202; **DENİZ**, Miray Özer: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanımına Yönelik Değişiklikler”, Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies, S. 22, 2022, s. 71; **ALTIN ŞAHİN**, s. 235.
- ³ **YUTHAYOTIN**, Sutatip: (2015) Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce- A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanisms, 1. Baskı, London, 2015, s. 147; **DÖNMEZ**, Zeynep: “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, İÜHFD, C. 7, S.1, 2016, s. 358; **BAYSAL**, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, İÜHFM, C. 75, S.1, 2017, s. 283-284.

düzenlemelerde tüketiciyi koruyucu hükümlere yer verilme ihtiyacı doğduğu belirtilmiştir⁴.

TKHK'nun 48 ve 84 üncü maddelerine dayanılarak çıkarılan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği⁵'nin 4 üncü maddesinin ilk fıkrasının (h) bendinde uzaktan iletişim araçları; *'Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkan veren her türlü araç veya ortamı ifade eder'*.

B. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşme ve Kredi Kartı Sözleşmesi

TKHK'nun 49 uncu maddesinin ilk fıkrasında finansal hizmetlerin tanımına yer verilmiştir. Buna göre; *'Finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir'*.

Aynı maddenin yedinci fıkrası gereği hazırlanan Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (FHİMSY)'nin 2 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında tüketici kredileri ile ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır.

Tüketicinin kurduğu finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerde daha fazla korunma ihtiyacının bulunması nedeniyle finansal hizmetlerin mesafeli olarak kurulmaları ile ilgili düzenlemelere hem TKHK'da ayrı bir maddede yer verilmesi hem de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin dışında ayrı bir yönetmelik çıkarılarak yer verilmesi uygun olmuştur⁶.

Tüketicinin, finansal hizmet gibi ekonomik açıdan kendisini zor duruma sokabilecek önemdeki sözleşmeleri yaparken menfaatlerini gözeterek daha dikkatli olması gerekir. Oysa tüketiciler, finansal sözleşmeleri mesafeli olarak kurarken her zaman bu dikkati verebilecekleri bir durumda olmayabilirler. Örneğin tüketici, evinde

⁴ ÇAKIRCA, Seda İrem: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Mesafeli Sözleşmeler", BATİDER, C. 44, S. 3, 2018, s. 108; BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 121.

⁵ RG 27.11.2014, S. 29188.

⁶ UZUN KAZMACI, s. 2812; BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 122.

dinlenmek için koltukta rahatça oturmuş internette gezinirken karşısına çıkan bir reklamın cazibesine kapılarak ya da bu sırada gelen bir telefonda kendisine pazarlanan finansal hizmetin albenisine kapılarak sözleşme kuracak olsa; bu dikkati gösteremeyeceği gibi sözleşmenin koşulları ile ilgili olarak edinebileceği bilgi de sınırlıdır⁷.

TKHK' nun 49 uncu maddesinin ilk fıkrası gereği bir finansal hizmet olan kredi kartı sözleşmelerinin de mesafeli olarak kurulması mümkündür.

TKHK'nun 22 nci maddesinin ilk fıkrasına göre; *'Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder'*.

Bankaların Türkiye'de pazarladıkları kredi kartlarının hemen hemen hepsinde ödemenin ertelenmesi ve taksit imkânı bulunmaktadır⁸. Kullanıcılar ellerindeki kartla alış veriş ettiklerinde satın aldıkları ürünün bedelini peşin ödemek yerine kredi kartını kullanıp da kartın son ödeme tarihinde paranın tamamını ödediklerinde ortada bir tüketici kredisinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Ancak Kanun metninden de anlaşılacağı üzere; burada kullanıcıya dilerse ödemesini taksitlendirebilme imkânı verildiğinden ve kullanıcının kartı kullanmasıyla birlikte başka herhangi bir işlem yapmadan ödemesini taksitlendirebilecek olması sebebiyle bir tüketici kredisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir⁹.

⁷ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 122.

⁸ ATAMER, M. Yeşim: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2016, s. 28.

⁹ ATAMER, s. 28; YILDIRIM AKKAYAN, Ayça: "Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu", İÜHFMD C. 73, S.1, 2015, s. 266-267 doktrinde bankaların, tüketicilerin kartla yaptıkları işlemin ardından onlara gönderdikleri kısa mesajlarla taksitle ödeme seçeneği sunmaları durumunda da kredi kartıyla yapılan bu işlemin tüketici kredisi olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu, ancak her halükârda taksit sayısının en az 4 olmaması durumunda yapılan sözleşmenin tüketici kredisi olarak anılamayacağı da ifade edilmektedir, AYDOĞDU, Murat /KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 414, BAŞ SÜZEL, Ece: "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı", BÜHFD, C.13, S.169-170, 2018

TKHK'nun 22 nci maddesinin üçüncü fıkrası tüketici kredilerinin yazılı ya da mesafeli olarak kurulması durumunda da geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Kanunun 49 uncu maddesinde de güvenli elektronik imza olmadan da mesafeli olarak tüketici kredisi kurulabileceği ifade edilmiştir.

Elektronik ticarete mesafeli sözleşmelerin payının oranını göz önüne aldığımızda Kanun Koyucu'nun AB'deki hukuk politikasını takip ederek şekil şartı aramamasının yerinde olduğu, fakat bu durumda mesafeli olmayan tüketici kredisi sözleşmelerinde yazılı şekil şartı arama kuralından da vazgeçilmesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir¹⁰.

II. CAYMA HAKKI

A. Genel Olarak

Mesafeli sözleşmelerde tüketicilerin sözleşme kurulmadan önce malı görerek inceleme imkânları yoktur¹¹. Bu durum onların rasyonel karar verebilmelerine engel olur. O nedenle tüketici ile tacir arasında kurulan mesafeli sözleşmede tüketici aleyhine olan bilgi asimetrisinin¹² karşılanması ve sözleşmenin tarafları arasında bir denge kurulması

¹⁰ ATAMER, s. 93.

¹¹ REKAİTİ, Pamaria /VAN DEN BERGH, Roger: "Cooling-Off Periods In The Consumer Laws Of The EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach", Journal of Consumer Policy C. 23, S. 4, 2000, s. 380; BOZBEL, s. 799; WAGNER, Gerhard: "Mandatory Contract Law: Functions And Principles In Light Of The Proposal For A Directive On Consumer Rights", Erasmus Law Review, C. 3, S. 1, 2010, s. 58-59; SMİTS, Jan M.: "Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change Your Mind?", Penn State International Law Review, C. 29, S. 3, 2011, s. 676; LUZAK, J.A.: "To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers", Journal of Consumer Policy, C. 37, S. 1, 2014, s. 94; DENİZ, s.73; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 597.

¹² WAGNER, s. 68; REKAİTİ/ VAN DEN BERGH, s.375, 397; EIDENMÜLLER, Horst: "Why Withdrawal Rights?", European Review of Contract Law, C. 7, S. 1, 2011, s. 9, 10, 23, 24; SMİTS, s. 676; BAYSAL, Cayma Hakkı, s. 281; BAŞ SÜZEL, Ece: "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı", BÜHFD, C. 13, S.169-170, 2018, s. 258.

ihtiyacıyla tacire tüketiciye ön bilgilendirme yapma yükümlülüğü getirilip tüketiciye de cayma hakkı tanınmaktadır¹³.

B. Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Önemi ve Hukukî Niteliği

TKHK'nun finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler başlıklı 49 uncu maddesinin (2) nci fıkrasında cayma hakkı düzenlenmiştir. Hüküm şöyledir: *'Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce, cayma hakkı, tüketicinin kabul beyanı vermesi hâlinde yükümlülük altına gireceği ve ayrıntıları Bakanlıkça belirlenen diğer hususlarda, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığı anlaşılır olmalı ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hâllerde sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebi her görüşmenin başında belirtilmelidir. Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fizikî veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilir. Sağlayıcı, cayma hakkının iletilmesi ile fizikî veya elektronik ortamda yapılacak tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.'*

Tüketicilerin görsel ve işitsel reklam kampanyalarına maruz kalarak tükettikçe mutlu olacakları hissine kapılmalarının yolu açılarak mevcut ekonomik güçleriyle satın alamayacakları ürünleri kredi kartı kullanmak suretiyle alabilecekleri düşüncesiyle gerçekte ihtiyaçları olmadığı halde tüketici kredisi kullanmaları günümüzde pek sık karşılaşılan bir durumdur¹⁴. İşte bu durumla karşı karşıya kalan tüketicilerin verdikleri kararın yerindeliğini sorgulamak için¹⁵

¹³ DONNELLY/WHITE, s. 214, 220; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, Nafiye: "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı", TAAD, C. 27, 2016, s. 669; ÇAKIRCA, s. 113, 115.

¹⁴ ATAMER, s. 96.

¹⁵ AKİPEK, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999, s. 326; UZUN KAZMACI, s. 2812; BAŞ SÜZEL, s. 259; ÇABRİ, Sezer: Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 810; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 597-598; ÇİZMECİOĞLU, Leyla: 'Taksitle Satış Sözleşmesi': Şahin McCarthy, Oya/Dinç, Mutlu (Editörler) Tüketici Hukuku Davaları, Ankara, 2022, s. 304.

kendilerine bir düşünme süresi (cooling of period)¹⁶ tanınması tüketici haklarının korunması açısından gerekli görülmüştür¹⁷. TKHK'nun tüketici kredilerini düzenleyen 24 üncü maddesinin gerekçesinde de bu görüş benimsenmiştir. Ancak doktrinde tüketiciye bu hakkın tanınmasının ardında tüketici kredi sözleşmelerinin karmaşık yapısının olduğu ve bu sözleşmeleri kurmanın tüketiciler açısından getirdiği riskten de bahsedilmiştir¹⁸.

Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde olağan mesafeli sözleşmelerden farklı olarak tüketici, tek bir seferlik alışverişi ile ilgili değil uzun süre aldığı krediyi ödemek zorunda kalacağı için ekonomik olarak daha fazla zorlanabileceği bir durumla karşı karşıya kalmaktadır. Tüketicilerin aldıkları krediyi geri ödeyememeleri, bankaların da istemeyecekleri bir durumdur, dolayısıyla tüketicilerin kendilerine tanınan cayma süresi içinde durumlarını değerlendirip ödeme güçlüğü içine düşecekleri kredileri kullanmaktan vazgeçmelerinde bankaların da menfaatleri vardır¹⁹.

O nedenle yaptığı sözleşmenin şartları ile piyasada sunulan diğer tüketici kredilerinin özelliklerini karşılaştırabilmesi ve kendisi için en avantajlı olanı seçebilmesine imkân verecek bir cayma süresinin tüketiciye tanınması ayrıca önem taşımaktadır²⁰. Bu süre içinde tüketicinin enine boyuna düşünerek kendisi açısından daha avantajlı kredi imkânı sunan bir banka arayışından bile vazgeçerek hiç tüketici kredisi kullanmaması da olasıdır²¹.

¹⁶ REKAİTİ/ VAN DEN BERGH, s. 373; EIDENMÜLLER, s. 14; LUZAK, s. 96, 105; BAŞ SÜZEL, s. 275.

¹⁷ ATAMER, s. 96.

¹⁸ EIDENMÜLLER, s. 17; BAYSAL, Başak: Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31), İnceoğlu, M. Murat (Editör) Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler-Tartışmalar, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 285.

¹⁹ AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 245; BAYSAL, Cayma Hakkı, s. 282, 285; CANER, Mustafa Doğukan: "Son Değişiklikleriyle 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri," ABD 81, Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, 2023, s. 264.

²⁰ CANER, s. 264.

²¹ ATAMER, s. 96.

Cayma hakkı herhangi bir gerekçe sunmadan²², cezai şart ödemedenden tüketicinin sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz kılmak için kullandığı bozucu yenilik doğurucu bir haktır²³. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelir ve eğer taraflar borçlarını ifa etmişlerse, artık ilişki bir tasfiye ilişkisine dönüşür²⁴. Karşı tarafın elindekiler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilir²⁵.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; cayma süresi boyunca taraflar arasındaki sözleşmenin hüküm doğurup doğurmayacağı belli değildir. Tarafların sözleşmeyi imzaladıkları andan itibaren cayma beyanının kullanılabilceği süre boyunca sözleşmenin hükümlerinin askıda geçersiz olduğu kabul edilmekte²⁶ ve cayma beyanının yöneltilmesinin bir geciktirici şart olduğu ifade edilmektedir²⁷.

Bizim katıldığımız görüşe göre ise cayma hakkının hukuki niteliğini incelerken; bu hakka sahip bir sözleşme kurulduğunda ortada baştan itibaren geçerli bir sözleşme bulunduğu dikkate alınmalıdır. Tarafların

²² ÇABRİ, s. 810; ÇAKIRCA, s. 127.

²³ ÖZEL, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara 1998, s. 168; OĞUZ, Cemal: “Kapıdan Satışlarda Tüketicie Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 7, S.1-2, 2004, s. 35; KURT, Leyla Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketicuyu Koruyan Geri Alma Hakkı.” ABD C. 2, 2011, s. 46; GEZDER, s. 340; ÇABRİ, s. 812; ATAMER, s. 101; UZUN KAZMACI, s. 2805; AKİPEK, Şebnem: “Madde 24-Cayma Hakkı”: Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 504; TOPALOĞLU, Mustafa: “Mesafeli Sözleşmeler”: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler), Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 792, 812; DÖNMEZ, s. 368-369; ÇAKIRCA, s. 141; BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 149; EREK, s. 530; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 598; TUTAR, s. 601; CANER, s. 265; ALTIN ŞAHİN, s. 236; ancak doktrinde değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu da ileri sürülmüştür; DEMİR, s. 84.

²⁴ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s.149.

²⁵ DÖNMEZ, s. 368.

²⁶ BOZBEL, Savaş / ATALI, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, C. 9, S.1-2, 2005, s. 454-455.

²⁷ ÖZEL, s. 171.

karşılıklı olarak iradeleri mesafeli bir sözleşme kurma konusunda uyushmaktadır. Kurulan bu sözleşme cayma hakkı kullanılmadığı takdirde baştan itibaren geçerli olacaktır. Bu noktada sözleşmenin askıda geçerli (schwebend wirksam) olduğu yönündeki görüşe²⁸ üstünlük vermek gerekir.

Kanımızca sözleşmenin başlangıçta askıda geçersiz olduğu görüşü kabul edilecek olursa, kredinin cayma hakkı boyunca tüketiciye kullandırılmaması gerekir, oysa sağlayıcı krediyi kullandırmaktadır. Eğer tüketici süresi içinde cayma hakkını kullanırsa, o zaman sağlayıcı tüketicinin elindekileri iade etmesini istemektedir. Bu anlamda cayma hakkı, bir çeşit sözleşmeden dönme hakkıdır²⁹.

C. Cayma Hakkının Kullanım Şekli

TKHK'nun 49 uncu maddesinin beşinci fıkrasında finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının nasıl kullanılacağı açıklanmıştır. Hüküm şöyledir: *'Tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin bu süre içinde sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispatla yükümlüdür. Sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır.'*

TKHK'nun 49 uncu maddesinin altıncı fıkrasına göre; *'Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin talebini herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla iletmesi yeterlidir. Tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz'.*

FHİMSY'nin üçüncü bölümü 'Cayma Hakkının Kullanımı ve Tarafların Yükümlülükleri' başlığını taşımaktadır.

FHİMSY'nin 9 uncu maddesinin ilk fıkrasına göre; *'cayma hakkının kullanıldığına dair bildirimin cayma hakkı süresi içinde, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile sağlayıcıya yöneltilmesi yeterlidir'.* Doktrinde yazılı olarak ya da kalıcı veri saklayıcısı dışında bir araçla kullanılan cayma hakkının

²⁸ BOZBEL/ATALI, s. 455.

²⁹ BOZBEL/ATALI, s. 456.

da geçerli olduğu, çünkü Kanun'da getirilmeyen bir şartın geçerlilik şartı olarak Yönetmelikle düzenlenmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir³⁰. Bu görüşü savunan yazarlara göre burada bir geçerlilik şartı değil ispat şartı düzenlenmiştir³¹. Doktrinde daha yeni tarihli bir görüş, burada geçerlilik şartı olamayacağını kabul ederken ispat şekli olduğunu kabul etmenin de tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurabileceğini ileri sürmüştür. Tüketicinin başka delillerle cayma hakkını kullandığını ispatlayabilme imkânı bulunduğu sürece bundan yararlanma hakkının elinden alınmaması gerekir. Bu görüşe göre burada bir geçerlilik şekli ya da ispat şekli düzenlenmemiştir. Yapılan düzenleme tüketiciye cayma hakkını kullanabileceği yöntemleri göstermekten ibarettir³²; yoksa Kanun koyucunun amacı tüketiciye bu konuda bir külfet yüklemek değildir³³. Doktrinde ispat kolaylığı açısından bu beyanın Yönetmelikte belirtildiği üzere kalıcı veri saklayıcısı ile noter kanalıyla, iadeli taahhütlü mektupla³⁴ ya da bir örneğini sözleşmenin karşı tarafına teslim ettiğini ispatlamak şartıyla elden yazılı bildirimle yapması önerilmektedir³⁵.

Tüketici cayma hakkını kullanırken imza içermeyen yazılı bir beyanda bulunmakla yetinebilir. Örneğin faks mesajı, e-posta ya da kısa mesaj göndermek³⁶, telefon ya da internette bir medya aracılığıyla³⁷, sözlü olarak³⁸ cayma hakkını kullanabilir³⁹. Bu şekilde yöneltilecek olan cayma beyanında tüketicinin '*açık irade beyanı*'nın bulunması gerekse de tüketici,

³⁰ BAYSAL, s. 309; ÇAKIRCA, s. 129; AYDOĞDU/ KAHVECİ, 624; ŞAHİN MCCARTHY, Oya: İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler, Şahin McCarthy, Oya/Dinç, Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 562.

³¹ KABAŞ, Esen: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 9, S. 3, 2015s. 85; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 674; ÇAKIRCA, s. 129.

³² TOPALOĞLU, s. 788.

³³ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 153.

³⁴ AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 624; AKİPEK ÖCAL, Şebnem/ KARA, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 146.

³⁵ AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 599.

³⁶ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 154.

³⁷ TOPALOĞLU, s. 788.

³⁸ AKİPEK, Cayma Hakkı, s. 505; AYDOĞDU/ KAHVECİ, s. 600.

³⁹ TOPALOĞLU, s. 788.

her zaman yeterince bilgi sahibi olmayabileceğinden talebini açıkça ‘cayma beyanı’ olarak nitelendirmemiş olsa⁴⁰ örneğin vazgeçme, fesih, sözleşmenin iptali gibi ifadeler⁴¹ kullanmış olsa da BK’nun 19 uncu maddesi gereği tüketicinin yanlışlıkla kullandığı bu ifadelere değil gerçek iradesi esas alınarak cayma beyanında bulunduğu kabul edilmelidir⁴².

TKHK’da 2022 yılında yapılan değişiklikle birlikte tüketicinin aldığı krediyi cayma süresi içinde iade etmesinin de cayma hakkını kullanmak anlamına geleceği hükme bağlanmıştır. Yeni hükme göre; ‘cayma hakkı süresi içinde kredi borcunun erken ödenmesi hâlinde bildirim aranmaksızın bu madde hükümleri uygulanır’.

FHİMSY’nin 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında tüketicinin, Yönetmeliğin ekinde yer alan hazır formu ya da benzer bir formu elektronik ortamda göndermek suretiyle de kullanabileceği belirtilmiştir. Ancak cayma hakkını kullandığını tüketicinin ispatlaması gerektiğinden, tüketicinin bu formu doldurup göndermesi durumunda bankanın formun eline ulaştığına dair bir teyitte bulunması gerekir⁴³. İlgili düzenleme şöyledir: ‘Cayma hakkının kullanılmasında tüketici, EK’te yer alan formu kullanabileceği gibi cayma kararını bildiren açık bir beyanda da bulunabilir. Sağlayıcı, tüketicinin bu formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden seçenek de sunabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketicilere cayma hakkı sunulması durumunda sağlayıcı, tüketicilerin iletmış olduğu cayma taleplerinin kendisine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini tüketiciye derhal iletmek zorundadır’.

Bu madde ile bankaya yüklenmiş olan teyit beyanında bulunma yükümlülüğünün tüketicinin cayma beyanını telefonla kullanması durumunda da benzer şekilde yerine getirmesi gerektiği kanısındayız. Cayma beyanında bulunan tüketicinin ispat yükünün kendisinde olduğu belirtilmiştir. Ancak tüketicinin cayma hakkını kullanmak için yararlanabileceği en basit yöntem olan telefonla hakkını kullanması durumunda elinde delil olabilmesi için, talep etmesi hâlinde; kendisine

⁴⁰ ŞAHİN MCCARTHY, s. 562.

⁴¹ KURT, s. 58; KABAŞ, s. 86.

⁴² BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 154.

⁴³ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 155.

görüşmenin ses kaydının verilmesinin bankaya bir külfet olarak getirilmesinin uygun olacağı kanısındayız⁴⁴.

Bankanın, web sitesine gönderilen cayma beyanına karşı cayma beyanının ulaştığı bilgisini geçici bir link vasıtasıyla vermesi yeterli olmaz. Çünkü bu link geçici nitelikte olduğundan daha sonra tüketici tarafından cayma beyanında bulunduğu dair ispat aracı olarak kullanılamaz. O nedenle tacirin kendisine yüklenen bu teyit borcunu yazılı olarak ya da geçici veri saklayıcısı ile yapması gerekir⁴⁵.

D. Cayma Hakkının Telefonda Sözlü Olarak Kullanılmasının Güçlüğü

Kendisine telefonda kredi kartı pazarlanan tüketici, bir anlık düşüncesizliği ya da daha ziyade bankanın albenili pazarlama tekniğinin sonucu olarak kabul ettiği kredi kartı sözleşmesinden cayma hakkını kullanmak için aklına ilk gelen yöntem telefonda yararlanmak olabilir. Oysa tüketicinin kullanmak istediği bu yöntem maalesef bankaların kurmuş oldukları uzaktan pazarlama sistemlerinin özellikleri gereği pek kolay bir yöntem değildir. Nitekim tüketici bankayı aradığında talebini iletebileceği bir muhataba ulaşabilmesi zaman almakta, sesli yanıt sistemindeki komutlarla karşılaşmaktadır. Bu komutlar içinde doğru seçeneğe ulaşabilmek uzun sürebilmektedir. Tüketicinin, talebini iletebileceği gerçek kişi bir banka müşteri temsilcisine ulaşması, kendisine sunulan sesli komut seçenekleri arasında yer almıyorsa neredeyse imkânsızdır. Bütün bu güçlükler karşısında tüketicinin cayma hakkını kullanmaktan vaz geçmesi mümkündür. Oysa bu durum tam da cayma hakkının kullanılmasını zorlaştırarak tüketiciyi bezdirmek ve TKHK'nun 24 üncü maddesinin birinci, 49 uncu maddenin beşinci fıkrasında getirilen cayma hakkının kullanılmasını engelleyen bir durumdur.

III. HAKSIZ TİCARİ UYGULAMA

A. Genel Olarak

Tüketici hukukundaki son gelişmeler gereği piyasada arz ve talebin kaliteli, güvenilir bir ortamda buluşması için gerekli önlemler alınarak mevcut kaynakların etkin bir şekilde kullanılabilmesi amaçlanmaktadır.

⁴⁴ Aynı yönde BAŞ SÜZEL, s. 271-272.

⁴⁵ BAŞ SÜZEL, Finansal Hizmetler, s. 155.

Bu nedenle piyasadaki zayıf taraf olan tüketici üzerine odaklanılan bu sistemde; mal ve hizmet arz edenlerin istenen piyasa şartlarına uygun davranmaları sağlanmak istenmektedir. Tüketicinin güvende olmasını sağlayan bu sisteme uyumu sağlayamayanların ise son çare olarak piyasadan çekilmeleri gerekir⁴⁶.

B. Konuyla İlgili Mevzuat

Konuyla ilgili mevzuatta TKHK'nun 62 nci maddesinde haksız ticari uygulamalar ile ilgili özel bir düzenleme yer almaktadır.

TTK'nun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında da bazı ticari uygulamaların haksız rekabet oluşturabileceği ifade edilmiştir. Buna göre; *'Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır'*.

TKHK'a dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁴⁷ (TRHTUY) 'nin 4 üncü maddesinin ilk fıkrasının (d) bendinde ve 28 inci maddesindeki tanımında da aynı hususlara yer verilmiştir.

C. Tüketici Hukukuna Göre Haksız Ticari Uygulama Kavramı

Haksız ticari uygulamalar tüketiciyi aldatmaya yönelik ya da tüketicinin iradesini etkileyecek nitelikte saldırgan uygulamalardır⁴⁸.

TKHK'nun 62 nci maddesinde yer alan haksız ticari uygulamalar başlıklı hükmün ilk fıkrası şöyledir: *'Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicie yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır'*.

⁴⁶ SELİM, Ali: "Haksız Ticari Uygulamalar": Şahin McCarthy, Oya/Dinç, Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 1095.

⁴⁷ RG 10.01.2015, S. 29232.

⁴⁸ KOYUNCU, Alper Çağlar: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 45.

Söz konusu hükümde teşebbüslerin tüketicilerin yanlış ekonomik kararlar vermelerine sebep olacak şekilde davranmaları haksız ticari uygulama olarak nitelendirilmiştir.

THRTUY'nin 4 üncü maddesinin ilk fıkrasının (p) bendinde tüketiciye yönelik ticari uygulama şu şekilde tanımlanmıştır: *‘Bir mal veya hizmetin tüketicilere tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olarak ticari uygulamada bulunan tarafından gerçekleştirilen eylem, ihmâl, davranış biçimi, beyan, reklam ve pazarlama da dahil olmak üzere her türlü ticari uygulamayı’* ifade eder.

D. Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamanın Şartları

1. Mesleki Özen Gereklerine Uymama

TKHK'nun 62 nci maddesinde haksız ticari uygulamanın tanımı yapılırken *‘mesleki özenin gereklerine uymaması’* bir kriter olarak görülmüştür. Bundan ne anlaşılması gerektiği önem arz eder. Bu kriter, özen sorumluluğunun bir görünümüdür⁴⁹.

Doktrinde mesleki özenin dürüst bir tacirin somut olayın gereklerine uygun olarak göstermesi gereken özen olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Ancak mesleki özen göstermekten söz edebilmek için sadece dürüst davranmak yeterli değildir⁵¹, aynı zamanda ticari yeterliliğinin de bulunması gerekir. Bu konuda doktrinde verilen örneğe göre antika niteliği taşımayan bir malı antika zannederek satan satıcı dürüst olmasına rağmen ticari anlamda yeterli olmadığı için mesleki özen gösterememiş durumdadır⁵². Tacirden beklenen faaliyet gösterdiği iş kolundaki tedbirli,

⁴⁹ CEYLAN, Ebru: “Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C.15, 2020, s. 129.

⁵⁰ AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, İÜHFM, C. 73, S. 1, 2015, s. 296; SİNANOĞLU, Asena: “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu”, İÜHFD, C. 13, S. 1, 2022, s. 7.

⁵¹ CEYLAN, s. 132.

⁵² AKSOY, s. 296.

özenli ve basiretli bir tacirden beklenen özeni göstermesidir⁵³. Burada beklenen özen yükümlülüğünün objektif bir ölçüsü vardır⁵⁴.

2. *Tüketici Kararının Etkilenmesi ya da Etkilenme İhtimalinin Olması*

Tüketicinin bilinçli bir şekilde karar vermesine engel olarak aslında almak istemediği bir kararı almasına sebep olan ticari uygulamalarda bu unsur gerçekleşmektedir⁵⁵. Ancak kanunun ifadesinden burada tüketicinin davranış biçiminin daima bozulması şartı aranmadığından, tüketicinin kararının etkilenme riskinin bulunması da haksız ticari uygulamanın varlığına işaret eder.

Haksız ticari uygulamadan etkilenen tüketicinin çok saf ya da çok bilgili bir tüketici olması değil ortalama nitelikte ‘makul’ bir tüketici olması gerekmektedir⁵⁶. TRHTUY’nin 4 üncü maddesinin ilk fıkrasının (j) bendinde ortalama tüketicinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre 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’.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın çeşitli kararlarında ise ortalama tüketicinin ‘İyice bilgilendirilmiş, gözlem yeteneği olan ve dikkatli bir tüketici’ olduğu vurgulanmıştır⁵⁷.

3. *Etkinin Önemli Nitelikte Olması*

Tacirin davranışının tüketicide yarattığı etki belirli bir dereceye ulaşıncaya kadar önemli kabul edilerek haksız sayılmaktadır⁵⁸. Bu yaklaşım yerindedir. Aksi takdirde henüz bu yoğunluğa ulaşmamış olan tanıtım

⁵³ TOPÇUOĞLU, Metin: “Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar”, TAAD, S. 2-4, 2016, s. 29-30; KOYUNCU, s. 36.

⁵⁴ KOYUNCU, s. 35.

⁵⁵ CEYLAN, s. 132.

⁵⁶ ÖZSUNAY, Ergun/ ÖZSUNAY, Murat: “Madde 61-62 Şerhi”: Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul, 2016, s. 1024; TOPÇUOĞLU, s. 31; KOYUNCU, s. 37.

⁵⁷ ÖZSUNAY/ ÖZSUNAY, s. 1037.

⁵⁸ CEYLAN, s. 133.

faaliyetleri de engellenecek olabilir ve bundan tüketiciler ve piyasanın işleyişi zarar görecektir⁵⁹.

Doktrindeki bir görüşe göre; etkinin önemli olmasından anlaşılması gereken, tüketicinin bu haksız ticari uygulamanın etkisiyle sözleşmeyi yapmasıdır⁶⁰. Oysa TRHTUY'nun me hazı olan 2005/29 EC Sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinin daha iyi anlaşılması için Avrupa Komisyonu bünyesinde oluşturulan çalışma grubunun 2021 yılında hazırladığı rehber e göre⁶¹; etkinin önemli olarak nitelendirilmesi için tüketicinin sözleşme kurma yönündeki kararını etkileme riskinin olması yeterli görülmüştür⁶².

E. Cayma Hakkının Kullanımındaki Güçlüğün Haksız Ticari Uygulama Sayılması

1. Bankaya Karşı Cayma Hakkının Kullanımındaki Güçlük

TKHK'nun 49 uncu maddesinin altıncı fıkrasına göre; bankaların tüketicilere cayma hakkını kullanırken yararlanmaları için kurdukları sistem, sözleşmeyi kurarken kullandıkları araçlar kadar kolay ulaşılabilir olmalıdır. Hüküm şöyledir: *'Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesine ilişkin talebini herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla iletmesi yeterlidir. Tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz'*.

Tüketicinin banka tarafından telefonla aranması üzerine bir sözleşme kurduktan sonra pişman olup da sözleşmeden caymak istemesi durumunda başvurabileceği en kolay yöntem kendisini arayan numarayı geri arayarak talebini iletme ktir. Oysa çok basit gibi görünen bu işlemin uygulamasının hiç de basit olmadığını bu ya da başka bir işlem için bankayı ya da diğer finans kuruluşunu arayan bir tüketicinin dakikalarca

⁵⁹ SELİM, s. 1109.

⁶⁰ TOPÇUOĞLU, s. 32.

⁶¹ COMMISSION NOTICE – Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (europa.eu), [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)), s. 5, s.e.t. 27.10.2024

⁶² COMMISSION NOTICE, s. 59; KOYUNCU, s. 42.

kendisini dinleyecek bir muhatap bulamadan sesli komutlara yanıt vermek zorunda bırakıldığı bilinen bir gerçektir.

Cayma hakkı mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruyan en önemli araçlardan biri olduğuna göre; bu hakkın kullanımının da kolaylaştırılması gerekir. Nitekim bankanın tüketiciye telefon ederek ulaşması çok kolay olmasına rağmen tüketicinin bankayı arayarak talebini dinleyecek bir muhabata ulaşması aynı derecede kolay olmadığına göre tüketiciye daha kolay bir olanak sunulmalıdır. Kanımızca bunun için banka tarafından kurulan mesafeli sözleşmenin ardından cayma hakkının kullanılmak istenmesi durumunda onaylanması gereken bir kısa mesaj (sms) gönderilmesi yerinde olur. Çünkü bu durumda tüketici cayma hakkını kullanmak için telefon ettiğinde birçok menü içerisinde kendi talebiyle ilgili işlem yapması gerekene ulaşmak için dakikalarca telefonda beklemek ve en sonunda sohbetbotları (chat-bot) ile iletişim kuramayıp pes ederek telefonu kapatmak ve istemediği bir sözleşmeyle bağlı kalmak riskinden kurtarılmış olur.

Konuya banka açısından bakarsak tüketiciye bu hakkı tanımak için kısa mesaj göndermek son derece basit bir işlem olup ciddi bir maddi külfet de getirmemektedir.

2. Tüketicinin Sahip Olduğu Cayma Hakkının Kullanımını Kolaylaştırmamanın Haksız Ticari Uygulama Olması

Tüketicinin sahip olduğu yasal haklar konusunda bilgilendirilmemesi bir haksız ticari uygulamadır⁶³. O nedenle cayma hakkı konusunda bilgilendirmede bulunmayan bankanın bu ihmâli haksız ticari uygulama sayılır. Aynı şekilde sözleşmenin kurulması için yeterli olan bir aracın sözleşmeden cayma için kullanılamayacağının belirtilmesi de haksız ticari uygulamadır⁶⁴. Tüketicinin sahip olduğu hukuki haklarını kullanmasına engel oluşturacak şekilde caydırıcı davranışlarda bulunmak da haksız ticari uygulamadır⁶⁵. Nitekim Reklâm Kurulu da; tüketicinin satın almış olduğu malları almaktan vaz geçerek iade etmek istemesi üzerine, malların iade alınmasından kaçınılmasını,

⁶³ KOYUNCU, s. 88.

⁶⁴ KOYUNCU, s. 126.

⁶⁵ KOYUNCU, s. 127-128.

tüketicinin aramalarına rağmen kendisiyle görüşmekten sistematik olarak kaçınılmasının haksız ticari uygulama olduğuna karar vermiştir⁶⁶.

Bu noktada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir: Tüketici hukukuna göre bir ticari uygulamanın haksız nitelikte olmasından söz edebilmek için tüketicinin kararını etkileyebilecek önemde ve mesleki özen gösterilmeden yapılmış olması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Oysa TTK'a göre tacirin davranışı bu şartları içermese de haksız rekabet oluşturan bir ticari uygulamadan söz edilebilir⁶⁷.

F. Cayma Hakkının Kullanılmasındaki Güçlüğün Haksız Rekabet Oluşturması

Rekabeti mal ve hizmet piyasalarında faaliyette bulunan işletmelerin özgürce ekonomik karar almalarını sağlayan yarış olarak tanımlamak mümkündür⁶⁸. Bu anlamda rekabet, bir işletmenin kendisi ile aynı alanda faaliyet gösteren diğer işletmelerden daha fazla mal satmak ya da hizmet görmek üzere çaba göstermesidir⁶⁹. Modern ekonomik sistemler, rekabete dayanır. Böylece tüketicilere daha kaliteli mal ve hizmetlerin daha ucuza sunulabilmesi sağlanır⁷⁰ ki bu durum teknolojinin, ekonominin ve toplumun gelişimine katkı sağlar. Bu faydaları göz önünde bulunduran bütün hukuk sistemleri, serbest rekabeti bir hak olarak kabul etmiş, gelişimini destekleyerek ihlali durumlarını hukuki ve cezai yaptırımlara bağlamışlardır⁷¹.

Her hak gibi rekabet hakkının da kötüye kullanılması mümkündür. Haksız rekabet olarak nitelendirilen bu kötüye kullanım TTK'nun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: '*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır*'. Aynı maddenin ilk fıkrasında ise

⁶⁶ 9 Ekim 2018 Toplantı Sayısı: 277, <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> Dosya No: 2017/3759, (Erişim Tarihi: 05.09.2024).

⁶⁷ TOPÇUOĞLU, s. 29.

⁶⁸ KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku, 27. Baskı, Konya, 2015, s. 217.

⁶⁹ KARAHAN, s. 217; BAKIR, Ayhan: Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017, s. 56.

⁷⁰ ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 588.

⁷¹ KARAHAN, s. 217; BAKIR, s. 58-59; ŞENER, s. 588.

haksız rekabet hükümlerinin amacı; *‘bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması’* olarak açıklanmıştır.

Dürüst ve bozulmamış rekabet denildiğinde rekabetin kalitesi yani niteliği anlaşılır⁷². Dürüst rekabetten anlaşılması gereken; dürüstlük kuralına ve centilmenliğe aykırılık içermeyen, hukuka uygun rekabet iken bozulmamış rekabet, güveni haiz⁷³, ‘hilesiz’ rekabete denir⁷⁴.

Haksız rekabetin tespit edilmesi sırasında dürüst davranma kuralı belirleyici rol oynar. Bu anlamda piyasa katılanları, hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamının sağlanmış olduğuna dolayısıyla bütün aktörlerin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceklerine güvenirler. Bu güveni sarsacak şekilde dürüstlük kuralına aykırı hareket eden aktörlerin davranışları haksız rekabet oluşturur. Piyasanın katılanları denildiğinde; ekonomi, tüketici ve kamu üçlüsü anlaşılır. Dürüstlük kuralına aykırılık davranışlarla olabileceği gibi ticari uygulamalarla da yaratılabilir⁷⁵. Yukarıda da ifade edildiği gibi bankaların kurdukları sistemin tüketicinin cayma hakkını kolaylıkla kullanmasına imkân vermiyor olması da bir haksız ticari uygulama olarak haksız rekabet oluşturur.

TTK’nun 54 üncü maddesinin amaç ve ilkeleri ortaya konulduktan sonra 55 inci maddesinde örnek niteliğinde haksız rekabet durumlarına yer verilmiştir. 55 inci maddenin ilk fıkrasının a bendinin 12 inci alt bendinde cayma hakkının kullanımı ile ilgili özel bir düzenlemeye de yer almaktadır. Hüküm şöyledir: *‘İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak’*. Bankanın tüketiciyi kredi kartı sözleşmesi kurmak için telefonla araması sırasında kendisine cayma hakkının bulunduğunun söylenmesi, ancak maalesef tüketici geri aradığında cayma hakkını yöneltebileceği kimseye ulaşamaması bu hüküm gereği bir haksız rekabet oluşturur.

⁷² KARAHAN, s. 221.

⁷³ KARAHAN, s. 221-222; YILMAZ, Abdüssamet: Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015, s. 32.

⁷⁴ KARAHAN, s. 221-222.

⁷⁵ Türk Ticaret Kanunu’nun 54 üncü maddesinin Gerekçesi.

Telefonda kurulan bir kredi kartı sözleşmesinden geri arayarak cayma beyanını yöneltemeyen bir tüketici, cayma hakkını telefon dışındaki yollarla örneğin e-posta ile kullanılabilir. Ancak bu yol internet kullanmayı bilmeyen özellikle ileri yaştaki bazı kişiler açısından uygun bir yöntem olmayacaktır. Faks çekmek bir diğer yöntem olabilir: Bankanın faks numarasına bir şekilde ulaşıldığını düşünecek olsak bile bu işlem için de çoğu kişinin evinden ya da iş yerinden çıkıp PTT'ye gitmesi gerekir. Bir diğer yöntem, tüketicinin ilgili bankanın en yakın şubesine gidip yazılı bildirimde bulunmak olabilir ki bu da bir külfete katlanmayı gerektirir.

Böyle bir külfete girmek istemeyen tüketicinin '*sözleşmeden caymak için bir de kalkıp bankaya giderek vakit harcamamayım, bankanın gönderdiği kredi kartını kullanmam olur biter*' şeklinde bir düşünceyle hareket etmesi sözleşmeyle bağlı kalmasına yol açabilir. İlerleyen zaman içinde kendisine gönderilen kredi kartını '*hesap kesim tarihi diğerinden daha farklı, bu alışverişte de yeni gelen kredi kartını kullanayım ki ödemesi geç gelsin, bir sefer kullanmakla bir şey olmaz, fazla açılmam*' diye düşünerek kullanması durumunda aslında belki küçük adımlarla ekonomik olarak onu zora sokacak bir yola girip kredi kartı borcunu ödeyememe ihtimaliyle karşılaşabilir.

Kanımızca bankaların tüketicilere kredi kartı pazarlarken kullandıkları yöntem kadar kolay bir yöntemle tüketicinin sözleşmeden cayma hakkını kullanamıyor olması tüketicilerle kurdukları ilişkilerde dürüstlük kuralına aykırı bir uygulama geliştirdiklerini göstermektedir. Tüketicilerin gerçek iradelerini ortaya koymadıkları, etki altında kalarak yaptıkları sözleşmelerden cayma hakkını kullanmak için bankanın sözleşme yaparken girdiği külfetten daha ağır bir külfet getiren bu uygulamaların sadece tüketicilerin değil, ekonomik düzenin ve toplumun ekonomik çıkarının korunması⁷⁶ açısından da olumsuz etki yaratması söz konusu olur. Bu nedenle cayma hakkının kullanılamaması ile ilgili TTK'nun 55 inci maddesinin ilk fıkrasının a bendinin 12 inci alt bendindeki özel düzenleme bulunmasaydı bile söz konusu durum, TTK'nun 54 üncü maddesi gereği haksız rekabet oluştururdu.

⁷⁶ ŞENER, s. 591; BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa 2019, s. 150; BOZKURT, Tamer: Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 102.

Tüketicilerin cayma haklarını kullanamamaları nedeniyle ellerinde kalan kredi kartlarını kullanmaları fakat borçlarını ödeyememelerinden ekonomik düzenin genel işleyişi olumsuz etkilenecektir. Toplumda kredi kartı borcunu ödeyemeyen kişilerin fazla olması ise kamu yararına aykırılık oluşturacağından yukarıda belirtildiği gibi TTK'nun 55 inci maddesinin ilk fıkrasının a bendinin 12 nci alt bendindeki düzenleme olmasaydı bile 54 üncü maddeye göre haksız rekabet oluştururdu.

TTK'nun 55 inci maddesinde yargı kararlarına en sık konu olan haksız rekabet durumları örnekseme yoluyla sayılmıştır. Bu sayımın sınırlı sayıda olmadığı hükmün gerekçesinde ifade edilmiştir. Doktrinde bizim de katıldığımız yazarların görüşüne göre 55 inci maddede sayılan durumların 54 üncü maddedeki haksız rekabet tanımına uygun olup olmadığını araştırmaya gerek kalmadan haksız rekabet oluşturduklarının kabulü gerekir⁷⁷.

IV. AB'NİN 2023/2673 SAYILI YÖNERGESİ İLE GETİRİLEN DÜZENLEMEDE CAYMA HAKKININ KULLANIMI

28 Kasım 2023'te Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde 2002/65/EC sayılı Tüketicilere Yönelik Finansal Hizmetlerin Mesafeli Olarak Pazarlanması Yönergesini yürürlükten kaldıran ve bizim Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğimize de kaynaklık eden 2011/83 sayılı Yönergesi'nde değişiklik yapan ve finansal hizmetlere ilişkin mesafeli tüketici sözleşmeleri ile ilgili hükümler içeren 2023/2673 sayılı Yönerge yayımlanmıştır⁷⁸.

Bu Yönerge, 18 Aralık 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 19 Haziran 2026'da uygulanmaya başlanacaktır. Üye ülkelerin 19 Aralık 2025'e kadar iç hukuklarında Yönerge'ye uygun düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir.

⁷⁷ **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan/**NOMER ERTAN**, N. Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2015, s. 530; **ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 26. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2020, s. 354; **ŞENER**, s. 594-595; TTK'nun 55 inci maddesinde sayılan hususların her zaman haksız rekabet oluşturmayabileceği, o yüzden her somut olayın 54 üncü maddenin II nci fıkrası gereği haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **KARAHAN**, s. 224; **YILMAZ**, s. 43

⁷⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32023L2673> (Erişim Tarihi: 05.10. 2024).

Yeni Yönergenin Gerekçesi' nin 41 inci paragrafında finansal hizmetlere ilişkin sözleşmelerin mesafeli yöntemle kurulmasının adı mesafeli sözleşmelere göre daha karmaşık yapıda sözleşmeler olmaları ve daha fazla risk içermeleri nedeniyle getirilecek düzenlemeler açısından önem arz ettiğine dikkat çekilmiştir. 40 ıncı paragrafında da tüketicilerin yeterince bilgilendirilmeleri açısından banka ile iletişim kurmak istediklerinde; sohbet botları ya da robot danışmanlık (robo-advice) gibi yapay zeka uygulamaları yerine bir insanla görüşmeyi talep edebilecekleri belirtilmiştir. Böylece tüketiciler yaptıkları sözleşmenin mali durumları üzerinde yaratacağı etkinin ne olacağı hususunda daha iyi bilgilendirilebilme şansı elde edebileceklerdir. Bu husus Yönerge'nin yeterli açıklama başlıklı 16 d maddesinin üçüncü paragrafında yer almaktadır.

Yönerge ile getirilen yeni düzenleme ile cayma hakkının kullanımı kolaylaştırılmaktadır. Gerekçenin 36 ncı paragrafında belirtildiği üzere cayma hakkı, tüketicinin sözleşmeyi kurarken katlandığı şartlardan daha zor şartlar gerektirmemelidir. 37 nci paragrafta göre; bankanın mesafeli sözleşmeyi bir web sitesi ya da aplikasyon gibi çevrimiçi ara yüzü aracılığıyla kurduğu durumlarda; tüketicinin cayma hakkını yöneltebilmesi için de bir sistem kurması gerekir. Bu sistemin, tüketici tarafından kolayca bulunabilmesi, cayma süresi boyunca erişilebilir olması ve belirgin bir şekilde görülebilmesi gerekir. Eğer tüketici, sözleşmeyi kurmak için bir aplikasyondan yararlanmadıysa, cayma hakkını kullanmak için böyle bir aplikasyondan yararlanması istenemez. Tüketicinin cayma hakkını kullanmasını kolaylaştırabilmek için banka örneğin bir hiper bağ (hyperlink)⁷⁹ verebilir.

SONUÇ

Bu çalışmada ortaya konulmaya çalışılan sorun; uygulamada finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden kredi kartı sözleşmesinde tüketicinin cayma hakkını telefonda kullanmasının, tüketiciyi koruyucu şekilde düzenlenmediğidir.

E-ticarette bankaların tüketiciyle kredi kartı sözleşmesi kurmak için en sık kullandıkları yöntemlerden birisi tüketiciyi telefonla aramaktır. Tüketici, hiç beklemediği bir anda gelen arama üzerine hazırlıksız

⁷⁹ Web tarayıcısında başka bir sayfaya geçmek için kullanılan programlı komutlara denir.

yakalanmakta ve kendisine sunulan kredi kartının cazibeli avantajlarının üst üste sayılması karşısında etkilenmekte ve sözleşmeyi kurmaktadır. Ancak sonrasında bu işlemde caymak isteyip bankayı geri aradığında çok uzun süre boyunca sesli mesaj sistemiyle muhatap olup cayma işlemini yapabileceği menüye ulaşması zor olmaktadır. Bu şekilde cayma hakkını kullanamayan tüketici, cayma hakkını içeren yazılı beyanını en yakın banka şubesine götürüp vermek ya da faks çekmek gibi farklı yollarla da bu hakkını kullanabilir, ancak bu durum tüketicinin, sözleşmeden caymak için bankanın sözleşmeyi kurmak için katlandığı külfetten daha fazla külfet altına girmesine sebep olur. Böyle bir külfete girmek istemeyen tüketicinin *'sözleşmeden caymak için bir de kalkıp bankaya gitmek için vakit harcamayayım, gönderdikleri kredi kartını kullanmam olur biter'* şeklinde bir düşünceyle hareket etmesi, sözleşmeyle bağlı kalmaya mecbur kalmasına yol açabilir. İlerleyen zaman içinde kendisine gönderilen kredi kartını *'hesap kesim tarihi diğerinden daha farklı, bu alışverişte de yeni gelen kartı kullanayım ki ödemesi geç gelsin, bir sefer kullanmakla bir şey olmaz, fazla açılmam'* diye düşünerek kullanması üzerine aslında belki küçük adımlarla ekonomik olarak onu zor duruma sokacak bir yola girip kredi kartı borcunu ödeyememe ihtimali ile karşılaşabilir.

Kanımızca bankaların tüketicilere kredi kartı pazarlarken kullandıkları yöntem kadar kolay bir yöntemle tüketicinin sözleşmeden cayamıyor olması, tüketicilerle kurdukları ilişkilerde dürüstlük kuralına aykırı bir uygulama geliştirdiklerini göstermektedir. Tüketicilerin gerçek iradelerini ortaya koymadıkları, etki altında kalarak yaptıkları sözleşmelerden cayma hakkını kullanmak için bankaların sözleşme yaparken girdiği külfetten daha ağır bir külfet getiren bu uygulamalar haksız ticari uygulama niteliğindedir.

Tüketicilerin sözleşmeden cayma hakkını kolay bir şekilde kullanamıyor olmaları TTK'nun 55 inci maddesinin ilk fıkrasının a bendinin 12 inci alt bendine göre haksız rekabet oluşturmaktadır. TTK'da bu düzenleme olmasaydı bile cayma hakkının kullanılmasındaki güçlük tüketicilerin yanı sıra ekonomik düzenin ve toplumun ekonomik çıkarının korunması açısından da olumsuz etki yaratacağından TTK'nun 54 üncü maddesi anlamında da haksız rekabet oluşturunurdu.

Tüketicilerin cayma haklarını kullanamamaları nedeniyle ellerinde kalan kredi kartlarını kullanmaları fakat borçlarını ödeyememelerinden ekonomik düzenin genel işleyişi de olumsuz etkilenecektir. Toplumda

kredi kartı borcunu ödeyemeyen kişilerin sayısının fazla olması kamu yararına aykırılık oluşturacağından haksız rekabet yaratacaktır.

Kanımızca olması gereken; banka tarafından tüketiciye sözleşmenin kurulması ile birlikte cayma hakkını kolaylıkla kullanabilmesi için bir kısa mesaj (sms) gönderilmesi ve eğer tüketici sözleşmeden caymak isterse bu kısa mesajı geri göndermek yoluyla amacına ulaşabilmesini sağlamaktır. Böyle bir durumda tüketici cayma hakkını kolaylıkla kullanabilmiş olacaktır. Bankalar, tüketicilere bu ve buna benzer şekilde cayma hakkının kullanımını kolaylaştıran bir yöntem sunmadıkları takdirde TKHK'nun 49 uncu maddesinin altıncı fıkrasında yer alan düzenlemeye aykırı davranmış olacaklardır. Söz konusu hükme göre, *'tüketici, sözleşmeyi sona erdirmek için sözleşmenin tesis edilmesini sağlayan yöntemden daha ağır koşullar içeren bir yöntem kullanmak zorunda bırakılamaz'*.

Finansal piyasalarda tüketicilerin korunmasına yönelik düzenlemeler yapılması, bu piyasanın sağlıklı bir işleyişe sahip olabilmesi için olmazsa olmazdır. Çünkü tüketicinin yaptığı sözleşmenin karşı tarafında yer alan bankaların bilgi ve kaynak açısından daha güçlü bir konumda oldukları aşikârdır. Ancak güçlü konumda olan bankaların karşısında güçsüz durumdaki tüketici korunmak istenirken aslında bir denge sağlanması amaçlanmaktadır. Bu dengenin kurulması sistemin sağlıklı bir şekilde işlemesi açısından gereklidir⁸⁰. Sistemin sağlıklı bir şekilde işlemesinde kamu menfaati vardır. Önerdiğimiz şekilde; bankaya kısa mesaj ile tüketiciye cayma hakkı sunma yönünde kanunen yükümlülük getirilmesi, onları büyük bir maddi külfet altına sokmayacağı için şu anda tüketici aleyhine olan durum ortadan kaldırılacak, tüketiciler ile bankaların menfaatleri dengelenmiş olacaktır. Tüketicilere cayma hakkının tanınması, ödeme gücü çeken olan kişilerin daha baştan kredi kartı sözleşmesiyle bağlı olmamaları şeklinde bir çözüm sunarak onlar için bir fayda sağlarken, kullandırdıkları kredinin geri ödenememe riskini ortadan kaldırdığı için bankaların da menfaatindedir.

Nitekim bu konu AB'nin 2023/2673 sayılı Yönergesinde de ele alınmış ve tüketicinin cayma hakkının kullanılmasının onun sözleşmeyi

⁸⁰ ATAMAN ERDÖNMEZ, Pelin: "Dünya Bankası Finansal Tüketicinin Korunmasına İlişkin İyi Uygulama İlkelerinin İlgili Mevzuat Çerçevesinde Ana Hatlarıyla İncelenmesi," Bankacılar Dergisi, S. 89, 2014, s. 92-117, s 92.

kurarken katlandığı külfetlerden daha ağır olmamasına vurgu yapılmıştır. Yeterli açıklama başlıklı 16 d maddesinin 3 üncü paragrafında getirilen düzenleme ile tüketicilerin cayma hakkını kullanırken otomatik ses kayıtlarıyla muhatap olmak istememeleri durumunda bir insanla iletişim kurma imkânının tanınması gerektiği de düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK**, Şebnem: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, 1. Baskı, Ankara 1999.
- AKİPEK**, Şebnem: “Madde 24-Cayma Hakkı”: Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 502-504. (Anılış: Cayma Hakkı)
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/ **KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2021.
- AKSOY**, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, İÜHFM, C. 73, S. 1, 2015, s. 279-318.
- ALTIN ŞAHİN**, Hayrunnisa: “İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları”, Bilişim Hukuku Dergisi, C. 5, S. 2, 2023, s. 227-283.
- ARKAN**, Sabih: Ticarî İşletme Hukuku, 26. Basımdan Tıpkı Basım, Ankara 2020.
- ATAMAN ERDÖNMEZ**, Pelin: “Dünya Bankası Finansal Tüketicinin Korunmasına İlişkin İyi Uygulama İlkelerinin İlgili Mevzuat Çerçevesinde Ana Hatlarıyla İncelenmesi.” Bankacılar Dergisi, C. 89, 2014, s. 92-117.
- ATAMER**, M. Yeşim: Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- AYDOĞDU**, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2015.
- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Ankara 2021.
- BAKIR**, Ayhan: Türk Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartı Kullanımı ve Yaptırımı, Ankara 2017.
- BAŞ SÜZEL**, Ece: “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı”, BÜHFD, C.13, S.169-170, 2018, s. 257-307.
- BAŞ SÜZEL**, Ece : “Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler”, BATİDER, C. 35, S. 1, 2019, s. 119-167 (Anılış: Finansal Hizmetler).

- BAYSAL**, Başak: Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31), Inceoğlu, M. Murat (Editör) Yeni Tüketici Hukuku Konferansı Makaleler-Tartışmalar, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 273-326.
- BAYSAL**, Başak: “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, İÜHFM, C. 75, S. 1, 2017, s. 273-292 (Anılış: Cayma Hakkı).
- BİLGİLİ**, Fatih/ **DEMİRKAPI**, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 16. Baskı, Bursa 2019.
- BOZBEL**, Savaş: “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, AÜEHFD, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 783-804.
- BOZBEL**, Savaş/**ATALI**, Murat: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, C. 9, S.1-2, 2005, s. 451-474.
- BOZKURT**, Tamer: Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021.
- BÜYÜKAY**, Yusuf: “İnternette Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, E-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 24, 2005 <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-7.htm>. (Erişim Tarihi: 10.10.2024).
- CANER**, Mustafa Doğan: “Son Değişiklikleriyle 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, ABD, C. 81, Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, 2023, s. 237-297.
- CEYLAN**, Ebru: “Tüketici Hukukunda Haksız Ticari Uygulamalar ve Uygulama Örnekleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 15, 2020, s. 123-147.
- Commission Notice** – Guidance on the interpretation and application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (europa.eu), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC1229(05)), s.e.t. 13.05.2024
- ÇABRİ**, Sezer: Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 795-798

- ÇAKIRCA**, Seda İrem: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Mesafeli Sözleşmeler”, *BATİDER*, C. 34, S.3, 2018, s. 99-150.
- ÇİZMECİOĞLU**, Leyla: “Taksitle Satış Sözleşmesi”: Şahin McCarthy, Oya/ Dinç, Mutlu (Editörler), *Tüketici Hukuku Davaları*, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 245-354
- DEMİR**, Mehmet: “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 7, S.1-2, 2003, s. 61-90.
- DENİZ**, Miray Özer: “Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanımına Yönelik Değişiklikler,” *Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies*, S. 22, 2022, s. 69-76. <https://socratesjournal.org/index.php/pub.> (Erişim Tarihi: 10.10.2024)
- DİNÇ**, Serhan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Hâlleri ve Buna İlişkin Davalar, 2. Baskı, Ankara 2020.
- DONNELLY**, Mary/ **WHITE**, Fidelma: “The Distance Selling Directives- A Time For Review.” *Northern Ireland Legal Quarterly*, C. 56, S. 2, 2005, s. 200-235.
- DÖNMEZ**, Zeynep: “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları.” *İNÜHFD*, C. 7, S.1, 2016, s. 351-380.
- EREK**, Gülce: “6502 Sayılı Kanun Uyarınca Mesafeli Sözleşmelerin Unsurları, Satıcı/Sağlayıcının Ön Bilgilendirme Yükümü ve Tüketicinin Cayma Hakkı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, 2019, s. 517-536.
- GEZDER**, Ümit: “Mesafeli Sözleşmeler”: İnceoğlu, Murat (Editör) *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 327-342.
- KABAŞ**, Esen: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 9, S. 3, 2015, s. 73-100.
- KARAHAN**, Sami: *Ticari İşletme Hukuku*, 27. Baskı, Konya 2015.

- KOYUNCU**, Alper Çağlar: Tüketici Hukuku Çerçevesinde Haksız Ticari Uygulamalar, 1. Baskı, Ankara 2022.
- KURT**, Leyla Müjde: “TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı.” ABD C. 2, 2011, s. 43-68.
- LAKERBAIA**, Tamar: ‘European Model of Protection of the Consumers’ Rights in Distance Contracts-On the Example of Withdrawal Right’, Journal of Law, C.1, 2016, s. 75-84.
- LUZAK**, J.A.: “To Withdraw Or Not To Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking Into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, Journal of Consumer Policy, C. 37, S. 1, 2014, s. 91-112.
- OĞUZ**, Cemal: “Kapıdan Satışlarda Tüketiciye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Önceki adı: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), C. 7, S.1-2, 2004, s. 33-47.
- ÖZEL**, Çağlar: Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara 1998.
- ÖZSUNAY**, Ergun/ **ÖZSUNAY**, Murat: “Madde 61-62 Şerhi”: Tokbaş, Hakan/ Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 958-1027.
- REKAİTİ**, Pamaria/ **VAN DEN BERGH**, Roger: “Cooling-Off Periods In The Consumer Laws Of The EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach”, Journal of Consumer Policy, C. 23, S. 4, 2000, s.371-408.
- SELİM**, Ali: “Haksız Ticari Uygulamalar”: Şahin McCarthy, Oya/ Dinç, Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara 2022, s.1095-1151.
- SİNANOĞLU**, Asena: “Saldırgan Ticari Uygulamaların Tüketici Hukukunda İncelenmesi ve Konunun Haksız Rekabet Boyutu” İnÜHFD C.13, S.1, 2022, s. 1-15.
- SMITS**, Jan M.: “Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law: The Right to Change

Your Mind?", Penn State International Law Review C. 29, S.3, 2011, s. 671-684.

ŞAHİN MCCARTHY, Oya: "İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler": Şahin McCarthy, Oya/ Dinç, Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 551-568.

ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020.

TOPALOĞLU, Mustafa: "Mesafeli Sözleşmeler": Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (Editörler) Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 759-794.

TOPÇUOĞLU, Metin: "Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Haksız Ticari Uygulamalar", TAAD, S. 2-4, 2016, s. 5-56.

TUTAR, Elce: "Mesafeli Sözleşmeler": Şahin McCarthy, Oya/Dinç, Mutlu (Editörler) Tüketici Hukuku Davaları, Ankara 2022, s. 569-696

UZUN KAZMACI, Özge: "İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması" MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016 Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 2791-2818.

ÜLGEN, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet / **KENDİGELEN**, Abuzer / **KAYA**, Arslan / **NOMER ERTAN**, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, 5. Tıpkı Baskı, İstanbul 2015.

WAGNER, Gerhard: "Mandatory Contract Law: Functions And Principles In Light Of The Proposal For A Directive On Consumer Rights", Erasmus Law Review C. 3, S.1, 2010, s. 47-70.

YILDIRIM AKKAYAN, Ayça: "Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu", İÜHFM C. 73, S.1, 2015, s. 261-278.

YILMAZ, Abdüssamet: Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı, Ankara 2015.

YUTHAYOTIN, Sutatip: Access to Justice in Transnational B2C E-Commerce-A Multidimensional Analysis of Consumer Protection Mechanisms, London 2015.

YÜCEDAĞ GÖZTEPE, Nafiye: "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı" TAAD, C. 27, 2016, s. 667-690.

TAKSİRLİ SUÇTA ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN EKLENEN HAREKETLERİ VE NETİCENİN OBJEKTİF ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ (K. 2015/146) DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Derya TEKİN*

Öz

Birden fazla kişinin taksirli hareketlerinin neticeye katkı sağladığı taksirli suçlarda, ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin sorumluluğunun belirlenmesinde neticenin objektif öngörülebilirliği şeklindeki unsur ön plana çıkmaktadır. İlk taksirli harekete üçüncü bir kişinin taksirli hareketinin eklendiği durumlarda, nedensellik bağı mevcut olmasına rağmen, objektif isnadiyet noktasında yapılacak bir değerlendirme ile ilk hareketi gerçekleştirenin ceza sorumluluğunun olmadığı söylenebilmektedir. Rücu yasağı ile de çözülmeye çalışılan bu gibi durumlarda, sorumluluğun kural olarak ikinci hareketi yaparak tipik neticeyi gerçekleştiren kişiye ait olacağı ifade edilmekle beraber, ilk hareketi gerçekleştiren kişinin de sorumluluğunun olabileceği durumlara ilişkin bazı ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir. Dahası, taksirli suçlarda neticenin objektif öngörülebilirliği sadece objektif isnadiyetin bir şartı olarak değil, hareketin taksirli hareket olarak kabulü bağlamında da gündeme gelebilmektedir. Yargıtay

* Dr. Öğr. Üyesi. İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul Medeniyet University, Faculty of Law, Department of Public Law, Criminal and Criminal Procedure Law Department, İstanbul, Türkiye.

✉ derya.tekin@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0001-9877-8336.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TEKİN, Derya: “Taksirli Suçta Üçüncü Kişinin Eklenen Hareketleri Ve Neticenin Objektif Öngörülebilirliği: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının (K. 2015/146) Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1169-1208.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Ceza Genel Kurulu'nun 2015 tarihli bir içtihadı tüm bu tartışmaların somutlaştığı oldukça çarpıcı bir örnek olarak karşımıza çıkmakta ve konunun müstakil bir çalışma kapsamında analiz edilmeye değer olduğunu göstermektedir.

Anahtar Kelimeler

- Taksir • Nizamlara Aykırılık • Üçüncü Kişinin Eklenen Hareketleri
- Objektif Öngörülebilirlik • Objektif İsnadiyet

THE ADDED ACTIONS OF THE THIRD PARTY IN CRIMINAL NEGLIGENCE AND THE OBJECTIVE FORESEEABILITY OF THE CONSEQUENCE: THE EXAMINATION OF THE DECISION OF THE COURT OF CASSATION GENERAL ASSEMBLY OF CRIMINAL CHAMBERS (NO. 2015/146)

Abstract

In negligent offences where the negligent acts of more than one person contribute to the consequence, the element of objective foreseeability of the consequence comes to the fore in determining the responsibility of the person who committed the first negligent act. In cases where a third person's negligent act is added to the first negligent act, although there is a causal link, the person who committed the first act may not be criminally responsible with an assessment to be made at the point of objective imputation. In such cases, which are also tried to be solved with the prohibition of recourse, although it is stated that, as a rule, the responsibility belongs to the person who actualised the criminal consequence by committing the second act, it is seen that some criteria have been developed regarding the situations in which the person who committed the first act may also be responsible. Furthermore, in negligent offences, the objective foreseeability of the consequence may be raised not only as a condition of objective imputation, but also in the context of the acceptance of the act as a negligent act. A decision of the Court of Cassation General Assembly of Criminal Chambers dated 2015 is a significant example that embodies all these discussions and proves that the issue is worth analysing within the scope of a separate study.

Keywords

- Negligence • Violation of the Regulations • Added Actions of The Third Party
- Objective Foreseeability • Objective Imputation

GİRİŞ

Taksirin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 21, birden fazla kişinin işlediği taksirli suçlarda, herkesin kendi kusurundan dolayı

sorumlu olacağı şeklinde bir ölçüt koymaktadır. Uygulamada bu kişilerin sorumluluklarının belirlenmesi ise daha sorunlu bir özellik arz etmektedir. Neticenin gerçekleşmesine katkısı olan birden fazla kişinin taksirli hareketleri birbirinden bağımsız bir şekilde ele alınmakla beraber, bazı durumlarda ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin hareketi üçüncü kişinin taksirli hareketinin ön aşamasını oluşturmuş ya da bir başka deyişle ilk taksirli harekete üçüncü bir kişinin taksirli hareketi eklenmiş olabilir. Bu durumda nedensellik bağı mevcut olmasına rağmen, objektif isnadiyet noktasında yapılacak bir değerlendirme ile ilk hareketi yapan kişi bakımından suçun oluşmadığı söylenebilmektedir. Rücu yasağı ile de çözülmeye çalışılan bu gibi durumlarda, sorumluluğun kural olarak ikinci hareketi yaparak tipik neticeyi gerçekleştiren kişiye ait olacağı ifade edilmekle beraber, ilk hareketi gerçekleştiren kişinin de sorumluluğunun olabileceği durumlara ilişkin bazı ölçütlerin geliştirildiği görülmektedir. Dahası, taksirli suçlarda neticenin objektif öngörülebilirliği sadece objektif isnadiyetin bir şartı olarak değil, hareketin taksirli hareket olarak kabulü bağlamında da gündeme gelmektedir. Bu noktada dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin tespiti ile failin kusurunun tespitinin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde farklı değerlendirme aşamalarına ait olduğunu da belirtmek gerekir. Taksirli suçlarda objektif nitelikteki dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali, doğrudan suçun unsurlarına ilişkin bir husus olup, suçun unsurlarına dâhil olmayan kusur değerlendirmesinden önce bu tespitin yapılması bir zorunluluktur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) 2015 tarihli bir içtihadı¹, tüm bu tartışmaların somutlaştığı oldukça çarpıcı bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararda, sürücü belgesi olmayan bir kişiye aracını veren bir taksi şoförünün, aracın verildiği ehliyetsiz kişi tarafından gerçekleştirilen trafik kazası sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama neticelerinden sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında mahkemeler arasında uyuşmazlık çıkmıştır. Yerel mahkeme kararının Yargıtay 12. Ceza Dairesi (CD) tarafından bozulması ve yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine CGK önüne gelen ve 21 CGK üyesinin karşı oy kullandığı bu karar, konunun müstakil bir çalışma kapsamında analiz edilmeye değer olduğunu göstermektedir.

¹ Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

Çalışmada öncelikle karara konu olay okuyucuya sunulmuş ve davanın CGK önüne gelene kadar geçirdiği süreç ortaya konulmuştur. Sonrasında ise CGK'nin kararını dayandırdığı gerekçeler ile çoğunluk görüşüne katılmayan üyelerin karşı oylarını dayandırdıkları gerekçeler okuyucuya sunulmuştur. Değerlendirme, ilk hareketi gerçekleştiren kişinin hareketinin taksirli hareket olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, bu hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulup kurulmayacağı ve son olarak üçüncü kişinin eklenen hareketlerinin objektif isnadiyete engel teşkil edip etmediği alt başlıkları üzerinden gerçekleştirilmiştir. Bu üçüncü değerlendirme aşamasında, öncelikle konunun öne geçen nedensellik ve nedenselliğin atipik gelişimi senaryolarından farkı ortaya konulmuş, sonrasında ise rücu yasağının uygulanabilirliğine ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmıştır. Son olarak CGK kararına konu olay özelinde neticenin objektif öngörülebilirliğini etkileyen hallere ilişkin bir ayrıma gidilerek sonuca ulaşılmıştır.

I. KARARA KONU OLAY VE HUKUKİ SORUN

Olayda gerçekleşen trafik kazasında sanıklar, ticari taksi şoförü olan Ali ile Ali'nin taksisine yolcu olarak binen ve Ali ile olay öncesinde de tanışıklığı olan Erhan'dır. Olaydan hemen önce Ali'nin kullandığı taksiye Erhan yolcu olarak binmiş ve taksi trafikte belirli bir süre seyir etikten sonra ısrarlı bir şekilde Ali'ye arabayı kendisinin kullanmak istediğini iletmıştır. Bunun üzerine Ali, direksiyonu sürücü belgesi olmayan Erhan'a teslim etmiş, kendisi ise ön yolcu koltuğuna geçmiştir. Saat 17.30 sıralarında, meskûn mahalde, çift yönlü yolda seyir halinde iken, ehliyetsiz sürücü Erhan aracın direksiyon hâkimiyetini kaybetmiş, kaldırımında bulunan üç kişiye çarpmış, iki kişinin ölümüne bir kişinin ise yaralanmasına neden olmuştur.

Kaza sırasında sürücü koltuğunda olan Erhan, kazadan sonra olay yerinden kaçmış, 1,5 ay sonra yakalanması nedeniyle kaza esnasında alkollü olup olmadığı ya da uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığına dair bir tespit yapılamamıştır. Yerel mahkemece yapılan keşifte atanan Karayolları Trafik Uzmanı bilirkişi tarafından düzenlenen 31.05.2000 tarihli rapora göre, "sanık Erhan, ehliyeti olmadığı halde aracı kullanmasından ve meskûn mahalde normalin altında bir hızla seyretmesi gerekirken süratli olmasından dolayı direksiyon hâkimiyetini de kaybederek sebep olduğu kazada 6/8 oranında, sanık Ali ise aracını ehliyeti olmayan kişiye vererek meskûn mahalde kullanmasına müsaade

etmesi nedeniyle olayın meydana gelmesinde 2/8 oranında kusurludur". Raporda, olayda ölen ve yaralanan diğer şahısların ise herhangi bir kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir. Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi tarafından düzenlenen 17.10.2000 tarihli raporda, "dosyada yer alan 31.05.2000 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranlarının oluşa uygun olduğu" belirtilmiş, sanık Ali'nin kusurunun "sevk ve idaresindeki aracı meslek ve sanatta acemi olan kişiye kullandırarak olayın meydana gelmesine zemin hazırlamasından" ileri geldiği ifade edilmiştir.

Sanık Ali savunmasında, *"ticari taksisiyle giderken yolda gördüğü ve daha önceden tanıdığı diğer sanık Erhan'ı aracına aldığı, bir süre sonra Erhan'ın kendisinden aracı istediğini, başlangıçta karşı çıktığını ancak Erhan'ın ısrar etmesi üzerine aracı verdiğini, kendisinin de sağ ön koltuğa oturduğunu, Erhan'ın seyir halindeyken hızını arttırınca aracın hızını düşürmesini istediğini, aracın yolda zikzak çizmeye başladığını, bu sırada el frenini çekmeye çalışırken Erhan'ın kaldırımda oturan çocuklara, akabinde elektrik direğine çarptığını, kazadan sonra araçtan inerek olay yerinden kaçan Erhan'ın alkollü veya haplı olup olmadığını, ehliyetinin bulunup bulunmadığını bilmediğini, ancak daha önce araba kullandığını gördüğünü ve bildiğini"* belirtmiştir². Sanık Erhan hakkında taksirle ölüme ve yaralamaya neden olma suçundan verilen mahkûmiyet hükmü, Özel Daire tarafından onanmak suretiyle kesinleşmiştir. Yerel mahkeme ile Özel Daire çoğunluğu arasında oluşan ve daha sonrasında CGK'ye taşınan uyuşmazlık, iki kişinin ölümü ve bir kişinin yaralanmasıyla sonuçlanan olayda sanık Ali'nin ceza sorumluluğunun olup olmadığına ilişkindir.

II. DAVA SÜRECİ

A. Yerel Mahkeme (Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi)

Taksirle iki kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına neden olma suçundan sanık Ali hakkında Bağcılar 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davası hakkında önce görevsizlik kararı verilmiş³, dosya Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmiştir.

² Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

³ 03.06.2005 gün ve 2457-282 sayılı karar. "765 sayılı TCK'nun 455/2-son maddesinde yer alan atılı suçun 5237 sayılı TCK'nun 85/2. maddesinde düzenlendiği ve anılan maddeye ilişkin delillerin takdir ve değerlendirilmesinin ağır ceza mahkemesinin görevi dâhilinde

Yargılamayı gerçekleştiren Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi, sanık Ali'nin "765 sayılı TCK'nin 455/2-son ve 59/2. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 18 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ve 2918 sayılı Kanun'un 119/2. maddesi uyarınca sürücü belgesinin bir ay süre ile geri alınmasına" karar vermiştir⁴.

B. Temyiz (Yargıtay 12. Ceza Dairesi)

Bakırköy 4. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından sanık Ali hakkında verilen hüküm, sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş ve dosya Yargıtay 9. Ceza Dairesince incelenmiştir. 9. CD, "hükümden sonra yürürlüğe giren CMK m. 231'deki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun yeniden tayin ve takdirinde zorunluluk bulunması" gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁵. Yerel mahkemece bu bozma kararına uyularak yargılama yapılmış ve sanığın önceki hükümdeki gibi cezalandırılmasına karar verilmiştir⁶. Yerel mahkeme tarafından bozma kararına uyularak verilen hüküm de sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Dosyayı inceleyen 12. CD, Erhan'ın araç kullanmayı bilmediğine dair bir tespit yapılmamış olması karşısında, sanık Ali'nin aracın kullanılmasına izin vermesi şeklindeki eylemi ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını belirtmiş, sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün oyçokluğuyla bozulmasına karar vermiştir⁷.

Bu karara karşı oy kullanan iki üye ise öncelikle sanığın ticari taksi sürücüsü olduğunu, bu nedenle sürücü belgesinin bulunduğunu ve diğer özel şartları taşıdığı için şehir içinde ticari taksi kullanmasına izin verildiğini belirtmiştir. Sanığın, aracının başkaları tarafından kullanılmasına müsaade etmemesi, 5237 sayılı TCK anlamında dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamındadır. Sanık, zorunlu bir durum

olduğundan bahisle". Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁴ 28.12.2007 gün ve 269-425 sayılı karar. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁵ 15.02.2011 gün ve 3357-828 sayılı karar. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁶ 15.12.2011 gün ve 138-381 sayılı karar. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁷ 21.03.2013 gün ve 33483-7059 sayılı karar. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

olmamasına rağmen tedbirsiz davranarak ve özen yükümlülüğüne uymayarak, sürücü belgesi olmayan ve kusurlu olarak kaza yapan diğer sanık Erhan'a aracını vermekle kusurludur. Üyelere göre, sanığın, aracı kaza yapan diğer sanığa vermesiyle (sanığın kusurlu olduğu, dikkat ve özensiz hareketi) ile olay arasında uygun illiyet bağı oluşmuştur. Dolayısıyla karşı oy kullanan üyelere göre yerel mahkemenin mahkûmiyet kararı yerindedir.

C. Bozma Kararı Üzerine Yerel Mahkemenin Direnme Kararı

Yerel mahkeme, 12. CD'nin bozma kararı üzerine verdiği kararda⁸ öncelikle olay tarihinde Erhan'ın aracı kullanmak için Ali'den izin istediğini ve hatta ona yalvardığını, Ali'nin onu kıramayıp aracı verdiğini yeniden ifade etmiştir. Erhan, çok hızlı bir şekilde arabayı kullandığı esnada, meslek ve sanatta acemi oluşu nedeniyle direksiyon hâkimiyetini kaybetmiş ve yaya kaldırımında market önünde oturan mağdura ve maktullere çarpmıştır. Erhan son olarak aracı olay yerinde bulunan elektrik direğine çarpmış ve bu şekilde aracın durmasını müteakip aracı terk edip kaçmıştır. Aracın sağ ön koltuğunda oturan sanık Ali, olay yerine gelen bir tanık tarafından arabadan çıkarılmıştır. Sanık Ali, sevk ve idaresindeki aracı meslek ve sanatta acemi olan Erhan'a kullandırmak suretiyle olayın vukuunda 2/8 oranında, Erhan ise 6/8 oranında kusurlu bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, sanık Ali'nin iki kişinin ölümüne sebebiyet veren eylemine uyan ve lehine olan 765 sayılı TCK m. 455/2-son, 59/2 ve 40. maddeleri ile 2918 sayılı Kanun'un 119/2. maddesinin tatbikine karar verilmesi gerekmektedir. Mahkeme bu gerekçeyle önceki hükümde direnmiştir.

D. Ceza Genel Kurulu Kararı ve Karşı Oy Yazıları

Yerel mahkeme tarafından verilen direnme kararı da sanık müdafii tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın "bozma" istekli tebliğnamesi⁹ ile Yargıtay Birinci Başkanlığı'na gönderilen dosya, CGK tarafından değerlendirilmiş ve karara bağlanmıştır. CGK öncelikle, önceki içtihatlarında¹⁰ da vurgulandığı ve

⁸ 30.09.2013 ve 225-294 sayılı karar. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

⁹ 04.12.2014 gün ve 166075 sayılı. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

¹⁰ Örn. 18.02.2014 gün ve 10-80, 25.03.2008 gün ve 43-62; 01.02.2005 gün ve 213-3; 23.03.2004 gün ve 12-68; 09.10.2001 gün ve 181-204; 21.10.1997 gün ve 99-202 sayılı

doktrinde de benimsendiği üzere taksirin 5 unsuru olduğunu ifade eder. Bunlar, “(1) suçun taksirle işlenebilen bir suç olması, (2) hareketin iradi olması, (3) neticenin istenmemesi, (4) hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması, (5) neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması” şeklindedir. Mahkeme’ye göre uyuşmazlığa konu olayda, diğer şartların gerçekleştiği konusunda bir tereddüt bulunmadığından, “hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması (4. şart)” ile “neticenin öngörülebilir olmasına rağmen öngörülmemiş olması (5. şart)” şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durulması gerekir.

CGK, nedensellik bağının fiil ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisini kuran bir bağ olduğunu ve neticeli suçlarda maddi unsurun içerisinde yer aldığını belirttikten sonra, nedensellik bağına ilişkin gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı TCK’de genel bir hüküm bulunmadığını ve konunun öğreti ve uygulamaya bırakıldığını ifade eder. Bu noktada öğretide nedensellik bağını açıklayan çeşitli teoriler arasında şart teorisi (şartların eşitliği ya da doğal nedensellik), uygun sebep teorisi (kuralcı nedensellik) ve objektif isnadiyet teorisinin olduğunu ifade eder ve öğretide yapılan tanımlar ışığında kısaca bu teorileri tanımlar¹¹.

kararları. Aktaran: Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

¹¹ “Öğretide hakim olan şart (şartların eşitliği ya da doğal nedensellik) teorisinde; netice bir çok şartın bir bütün oluşturarak meydana gelmesiyle oluştuğundan ve bunlardan birisinin bulunmaması neticenin gerçekleşmesini engelleyeceğinden, bu şartlardan birisini gerçekleştiren failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı vardır. Uygun sebep (kuralcı nedensellik) teorisinde; bir hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğu kabul edilebilmesi için, hareketin o neticeyi meydana getirmeye uygun bir hareket olması gerekmektedir. Objektif isnadiyet teorisinde ise; şart teorisi anlamında hareketinin verdiği netice, ancak hareketin suçun konusu üzerinde hukuken tasvip edilmeyen bir tehlike veya risk yaratması ve kendini tipik olan neticeye yansıtmaması halinde objektif olarak faile yükletilebilir. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 7. Bası, s.123-131; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, 8. Bası, s.256-268; M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A. Caner Yenidünya, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 8. Bası, s.250-258, 262-267; Berrin Akbulut, Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Konulu Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 222-234) Bununla birlikte objektif isnadiyet teorisinin bir nedensellik teorisi olmayıp bir değerlendirme teorisi olduğu da öğretide belirtilmektedir. (Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, 3. bası, s.321)”. Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

Sonrasında ise öğretide hâkim olan teorinin şart teorisi olduğunu, objektif isnadiyet teorisinin şart teorisi anlamında bir hareketin faile objektif olarak yüklenebilmesi için hareketin suçun konusu üzerinde hukuken tasvip edilmeyen bir tehlike veya risk yaratmasının ve kendini tipik olan neticeye yansıtmasının gerekli olduğunu, bu nedenle bu teorinin öğretide bir nedensellik teorisinden ziyade bir değerlendirme teorisi olarak da nitelendirildiğini belirtir.

Tüm bu açıklamalardan sonra CGK, kendisinin de nedensellik bağının belirlenmesinde şart teorisini esas alındığını ve nedensellik bağının belirlenmesinden sonra objektif isnadiyetin araştırılması gerektiğini ortaya koyar. Yine öğretiye yaptığı atıflar¹² ışığında neticenin faile isnad edilemeyeceği halleri açıklayan CGK'nin belirlemeleri şu şekilde özetlenebilir: “netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise; netice, insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa (bu durumda hukuken önemli olan bir tehlike ya da risk bulunmamaktadır); fail hukuken önemli bir tehlike ya da risk oluştursa bile, olayın tamamen hayatın olağan akışının ve genel hayat tecrübelerinin dışında kalması nedeniyle netice beklenebilir değilse; hareket, izin verilen risk kapsamında gerçekleştirilmişse; netice, failin hareketiyle tesadüfen birleşen başka sebeplerden meydana gelmişse; sonradan gerçekleştirilen fiil önceden gerçekleştirilmiş fiilin neticeye ulaşmasını engellemişse”.

Mahkeme, nedensellik bağının tespitin, genellikle neticeli suçlar şeklinde düzenlenmiş bulunan taksirli suçlar bakımından da gerekli olduğunu, bu suçlarda aranacak olan objektif isnat edilebilirliğin ise dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda neticeye neden olunması olduğunu savunur. Buna göre, “fail, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı netice gerçekleşmeyecekti denebilirse”, netice faile isnat edilebilecektir. Bununla beraber, mahkeme, taksirli suçlarda netice sadece failin

¹² “(Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, 7. Bası, s.128-131; M.Emin Artuk-Ahmet Gökçen-A.Caner Yenidünya, *Adalet Yayınevi*, Ankara 2014, 8. Bası, s. 262-267; Berrin Akbulut, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Adalaet Yayınevi, Ankara 2010, s. 237; Nebahat Kayaer, *Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu*(Yayınlanmamış doktora tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir 2012, s.111-112)”. Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

eyleminden kaynaklanmışsa nedensellik bağının belirlenmesinin kolay olduğunu, mağdurun veya üçüncü kişilerin neticeye katkıda bulunduğu durumlarda ise bu bağın belirlenmesinde çeşitli zorluklar olacağını ifade eder.

Mahkemenin üzerinde durulmasının gerektiğini düşündüğü bir diğer şart ise neticenin öngörülebilir olması şartıdır. Taksirli suçta fail gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için kanunda tanımlanmış olan neticenin gerçekleşeceğini öngörmemiştir. Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, “failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edileceği” de ortaya konulduktan sonra, neticenin öngörülebilir olmasının “failin yaptığı davranışın bir neticeye sebebiyet verebileceğinin veya bir neticeyi meydana getirme ihtimali bulunduğunun bilinebilme imkânı” olduğu ifade edilir. Mahkeme, neticenin öngörülebilir olması ile failin neticeyi öngörebilir yetenekte bulunması arasındaki farka da dikkat çeker: “neticenin öngörülebilmesi, failin niteliklerine, yeteneklerine, eğitim durumuna veya uzmanlık alanına göre değil objektif olarak ve failden bağımsız şekilde ortalama seviyedeki bir insanın öngörme yeteneğine göre tespit edilirken, failin öngörebilme yeteneği ise, failin yaşı, zekâsı, eğitimi, yetenekleri ve uzmanlık alanına göre sübjektif olarak belirlenebilecek farklı bir husustur”.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusunu değerlendiren mahkemeye göre, “ticari taksi sürücüsü olan sanık Ali’nin trafikte seyir halinde iken, daha önceden tanıdığı, sürücü belgesi bulunmayan ve ısrarla direksiyona geçmek isteyen Erhan’ın aracı kullanmasına izin verdiği, kendisinin de sağ ön koltuğa oturduğu, bir süre sonra Erhan’ın meskûn mahalde aşırı hız yaptığı, sevk ve idare hatası nedeniyle direksiyon hâkimiyetini kaybederek kaldırımı çıkıp iki kişinin ölümüne ve bir kişinin de yaralanmasına sebep olduğu” somut olayda, Erhan asli kusurlu, sanık Ali ise tali kusurludur. Yerel mahkeme tarafından verilen ve Özel Daire tarafından onanarak mahkûmiyet hükmü kesinleşen Erhan’ın asli kusuru, “sürücü belgesi olmaksızın araç kullanmak ve hız sınırını aşmaktan” kaynaklanmaktadır. Sanık Ali’nin tali kusurunun kaynağı ise, “ticari taksi şoförü olmasına ve trafikte seyir halindeyken aracın kullanımını diğer sanığa bırakmasında zorunlu bir durum bulunmamasına rağmen dikkatsiz ve tedbirsizce davranarak ehliyetinin olup olmadığını kontrol etmediği ve araç kullanma konusunda yeterli

tecrübesi olduğunu bilmediği Erhan'ın etrafta yayaların bulunduğu meskûn mahalde aracı kullanmasına müsaade etmesi ve hızlı gitmesine engel olmamasıdır". Yine mahkemeye göre, Ali'nin bu taksirli davranışları ile netice arasında nedensellik bağı da mevcuttur.

Fakat söz konusu CGK kararında çoğunluk görüşüne katılmayan 21 CGK üyesinin olduğuna da dikkat çekmek gerekir. Nitekim 28.04.2015 tarihinde yapılan birinci müzakerede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 05.05.2015 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verilmiştir. Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Üyesi N. Meran karşı oy yazısında, öncelikle, araç kullanan şoförün dikkatini dağıtan eylemlerde bulunan araç içindeki kişinin taksir sorumluluğundan bahsedilebilmesi için şoförün her ne yaparsa yapsın sonuca engel olamaması gerektiğini ifade eder. Buna göre dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etseydi muhtemel sonuca engel olabilecek idiyse sadece şoförün sorumluluğu vardır. Meran, hemen ardından, taksir sorumluluğunda asıl olanın, sonuca neden olan icrai ya da ihmali davranışı gerçekleştiren kişinin dikkat ve özen yükümlülüğü olduğunu fakat dikkat ve özen yükümlülüğünün gösterilmesini etkileyen bir başka kişi ya da hal varsa bu durumda yarışan (müterafik) kusurlardan söz edileceğini belirtir.

Meran'a göre olayda aracını bir başkasına veren taksi şoförünün sorumluluğunun belirlenmesinde, kazayı gerçekleştirerek sonuca neden olan kişinin sürücü belgesinin olmaması değil, aracı sürmeye ehil olup olmadığı hususu göz önünde tutulmalıdır¹³: *"Aşırı derece sarhoş olan, uykulu ya da baygın halde bulunan, yaşı çok küçük olduğu halde kullanması için çocuğuna aracını veren kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı hareket ettiği ve sonuçta taksir sorumluluğuna sahip olduğu kabul edilebilir. Ancak sadece sürücü belgesinin olmaması, taksir sorumluluğunun dayanağı olarak kabul edilemez. Aksi takdirde, her ehliyeti bulunmayan kişinin taksirli eylemlerde potansiyel suçlu olarak kabulü, her sonuçtan taksirle sorumlu tutulmasını ve gerçekleşecek bütün sonuçların ehliyetsizliğe bağlanmasını gerektirir. Oysa taksirli suçlarda değerlendirilmesi ve tartışılması gereken, ehliyetsizlik değil, sürücü belgesi olsun ya da olmasın kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışlarla sonuca neden olup olmadığıdır. Sürücü belgesi olsun ya da olmasın bir kimseye aracını*

¹³ Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

veren kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışı saptanamamışsa, gerçekleşen sonuca ilişkin sorumluluğu ve nedensel (illiyet bağı kurulabilen) davranışının varlığı da kabul edilemez. Yeter ki kişinin görünümünden alkollü olma, sarhoşluk, uyku veya uyuşturucu ya da bir ilaç etkisinde bulunma veya küçük yaşta olma veya araç süremediğinin kesinlikle bilinmesi vb. gibi hallerinden dolayı araç kullanamayacağı anlaşılamamış olsun."

Sürücü ehliyetinin, kişinin araç kullanmaya yetkili olduğunu gösteren bir belge olduğunu ifade eden *Meran*, sürücü belgesi olmadığı halde kişinin çok mükemmel bir şekilde araç sürebileceğini belirtir. Diğer taraftan sürücü belgesi olan kişilerin ise mutlak surette çok iyi araba sürebileceğinin ise iddia edilemeyeceğini ifade eder ve taksirle oluşan kazaların çoğunun ehliyetli sürücüler tarafından gerçekleştirildiğinin bilindiğini vurgular. Dolayısıyla *Meran*'a göre, taksirli suçlarda, "ehliyet belgesinin değil, sonuca neden olan kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı hareketleri ya da çok büyük olasılıkla istenmeyen bir sonuca yol açabileceği öngörülen kişiye aracını veren veya kullandıran kişinin dikkatsizlik ve özensizliğinin", sorumluluğun belirlenmesinde esas alınması gerekmektedir.

Meran, devamında, ehliyetsiz araç kullanma veya kullandırmanın, dayanağını 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 36'da¹⁴ bulan ve idari para cezasını gerektiren bir kabahat olduğunu ifade eder. *Meran*'a göre, "sürücü belgesine sahip olsun ya da olmasın dikkat ve özen yükümüne aykırı davranışlar nedeniyle öngörülebilir bir sonucu öngöremeyen ve

¹⁴ 2918 sayılı Kanun m. 36 - Sürücü belgesi alma zorunluluğu (Değişik: 24/5/2013 - 6487/18 md.):

"Motorlu araçların, sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesi ve sürülmesine izin verilmesi yasaktır.

Araçlar, Yönetmelikte sınıfları belirtilen sürücü belgelerine sahip sürücüler ile çok taraflı anlaşmalara göre sürücü belgesi bulunan veya geçerli uluslararası sürücü belgesi olan kişilerce sürülebilir.

Buna göre;

a) Sürücü belgesi olmayanların,

b) Mahkemelerce veya Cumhuriyet savcılıklarınca ya da bu Kanunda belirtilen yetkililerce sürücü belgesi geçici olarak ya da tedbiren geri alınanların,

c) Sürücü belgesi iptal edilenlerin, araç kullanarak trafiğe çıktıklarının tespiti hâlinde, bu kişilere 1.407 Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir."

istenmeyen sonucun meydana gelmesine yol açan kişi ise, dikkat ve özen yükümüne uyulmamasının ağırlığına göre cezalandırılır. Aksi takdirde yaşı küçük çocuğunun masanın üzerinde bulunan otomobil anahtarını alıp velisinin izni olmadan araç kullandığı sırada yaptığı kazadan dolayı, baba ve annenin otomobil anahtarını saklamamak suretiyle dikkat ve özen yükümüne uymamasından cezalandırılması gerekir. Öte yandan kullanması ya da öğrenmesi için ehliyetsiz çocuğuna aracını veren ve yanında bulunmayan babanın ceza sorumluluğunun varlığı kabul edilirse, bu sorumluluk taksir değil, bilinçli taksir sorumluluğudur. Zira öngörülebilir sonuç istenmemesine rağmen dikkat ve özen yükümüne aykırı davranış bilerek gerçekleştirilmekte ve sonuca neden olunmaktadır¹⁵”.

Tüm bu ön açıklamalarından sonra Meran, inceleme konusu olayda yerel mahkemenin kararının gerekçesinde bu hususların hiç tartışılmadığını, 12. CD’nin iki üyesinin karşı oyunda ise, “sanık zorunlu bir durum olmamasına rağmen tedbirsiz davranıp, özen yükümlülüğüne uymayarak, aracını kaza yapan ve mahkûm olan, sürücü belgesi olmayan diğer sanığa vermekle kusurludur” ifadelerine yer verildiğini vurgular. Yani Meran’a göre tüm bu adı geçen gerekçelerde sürüş yeteneği bulunmayan ve bulunmadığı bilinen kişiye araç vermek değil, sürücü belgesi olmayan sanığa araç verilmesi suretiyle meydana gelen sonuçtan aracı verenin taksir sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Oysaki dosyaya yansıdığı üzere, aracı sürmekte olan ve kazaya yol açan diğer sanık Erhan’ın aracı kesinlikle süremeyeceğine ilişkin dışa yansıyan veya sanık Ali tarafından bilinen bir hali bulunmamaktadır ve ölümlü sonuç, sürüş sırasında yapılan hız nedeniyle meydana gelmiştir. Dolayısıyla Meran’a göre sanık Ali’nin mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerekir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan 20 Genel Kurul Üyesi ise, “Hareket ile netice arasındaki illiyet bağının kesintisiz, neticeye uygun, neticenin meydana gelmesine elverişli ve doğrudan olması durumunda sorumluluğun söz konusu olacağı, somut olayda sanık Ali’nin diğer sanığa aracı kullanması amacıyla verdiği anda illiyet bağının kesildiği, salt ehliyetsiz olan diğer sanığa aracın kullanımının terk edilmesinin tedbirsiz veya dikkatsiz davranış olarak

¹⁵ Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

nitelendirilemeyeceği, sanığın kendi hareketinden kaynaklanmayan bir sonuçtan sorumlu tutulamayacağı” görüşüyle aynı sonuca ulaşmaktadır¹⁶.

III. DEĞERLENDİRME

Söz konusu CGK kararının ve karşı oyların analizine geçmeden önce, söz konusu dava sürecini şu şekilde bir tablo olarak okuyucuya sunmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Mahkeme/Üye	Kanaat
Yerel Mahkeme	Sanık Ali olayda 2/8 oranında kusurlu (Mahkûmiyet)
12. CD (Çoğunluk)	Sanık Ali’nin hareketi ile netice arasında uygun illiyet bağı yok (Bozma)
12. CD (Karşı oy kullanan üyeler)	Sanık Ali’nin hareketi ile netice arasında uygun illiyet bağı var (Mahkûmiyet kararı yerinde)
Bozma Kararı Üzerine Yerel Mahkeme	Önceki mahkûmiyet kararında direnme
CGK (Çoğunluk)	Sanık Ali’nin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı var (Mahkûmiyet ve direnme kararı yerinde)
CGK (Karşı oy kullanan üye N. Meran)	Sanık Ali’nin taksirli hareketi yok
CGK (Karşı oy kullanan diğer üyeler)	Sanık Ali’nin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı yok Ehliyetsiz olan diğer sanığa aracın kullanımının terk edilmesi tek başına tedbirsiz veya dikkatsiz davranış değil

¹⁶ Yargıtay CGK, 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

Kanaatimizce taksi şoförü olan ve aracını sürücü belgesi olmayan Erhan'a veren sanık Ali'nin, meydana gelen trafik kazasındaki ölüm ve yaralama neticelerinden sorumlu tutulabilmesi için sırasıyla şu soruları cevaplayabilmek gerekir:

1. Sanık Ali'nin, aracını sürücü belgesi olmayan birine verme şeklindeki eylemi taksirli (dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı) bir hareket midir?

2. Sanık Ali'nin bu hareketi taksirli bir hareket olarak kabul edildiği takdirde, bu hareket ile ortaya çıkan netice (ölüm ve yaralama) arasında nedensellik bağı var mıdır?

3. Sanık Ali'nin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı olduğunun kabul edilmesi halinde, bu netice sanık Ali'ye objektif olarak isnad edilebilir mi?

A. Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali, Neticenin Objektif Öngörülebilirliği ve Kusur Ayrımına İlişkin Değerlendirme

Sanık Ali'nin ceza sorumluluğunun değerlendirilmesinde ilk yapılması gereken, "aracını sürücü belgesi olmayan birine verme" şeklindeki eyleminin taksirli bir hareket olup olmadığının belirlenmesidir. Sorumluluğun temelini oluşturan bu hareket, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış olup, bu yükümlülüğün tespitinde, doktrinde farklı görüşler olmakla beraber, objektif kriter esas alınmaktadır¹⁷. Nitekim TCK m. 22'nin gerekçesinde de "dikkat ve özen

¹⁷ ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2024, s. 416; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021, s. 259; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021, s. 457-458; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023, s. 183; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, s. 500; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2024, s. 195, 207, 208; AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2023, s. 566; BİRTEK, Fatih, Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 189; DÜLGER, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 438-439; KARTAL, Melik, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, s. 932; KEÇELİOĞLU, Elvan, Taksirli Suçun Dogmatığı, Ankara 2015, s. 88-90; KEÇELİGİL,

yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir” şeklinde bir ifadeyle bu husus vurgulanmaktadır¹⁸. Buna göre failden beklenen özen, onun şahsi özelliklerinden bağımsız olarak, mensubu olduğu sosyal gruba ait makul ve tedbirli bir kişiden beklenen davranışlar esas alınarak belirlenir¹⁹. Bununla beraber bazı yazarlar objektif görüşü esas almakla beraber, failin özel bilgisinin de dikkate alınması gerektiğini savunur²⁰.

765 sayılı TCK taksiri tanımlamayıp sadece taksirin tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam, emir ve talimatlara riayetsizlik şeklinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir²¹. 5237 sayılı TCK m. 22’de ise taksirin, “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi” olduğu şeklinde bir tanıma yer verilmiş, madde gerekçesinde ise inşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen

Hasan Tahsin, *Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları*, Ankara 2016, s. 111; ÜNAL, Ertuğrul, *Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme Suçu* (TCK m. 85), Ankara 2017, s. 142.

Doktrinde bizim de iştirak ettiğimiz *Zafer’e* göre, olayın objektif koşulları içinde failin özelliklerine sahip makul ve tedbirli bir insanın esas alınması “karma ölçütün” kullanıldığını gösterir. Bkz. ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* TCK m. 1-75, 8. Bası, İstanbul 2021, s. 349.

Doktrinde *Hakeri*, failden beklenen özenin, objektif ve failden bağımsız olarak değil, aksine somut olay göz önünde tutularak, failin kişiliği, bilgisi ve tecrübesine göre tespit edileceğini savunmaktadır. Bkz. HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 28. Baskı, Ankara 2023, s. 237.

¹⁸ SÖZÜER, Adem/DURSUN, Selman/TALAS, Serdar, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 155.

¹⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 183; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 207, 208; DÜLGER, s. 439; DEMİREL, Muhammed, *Taksirli Suç*, 2. Baskı, Ankara 2024, s. 202.

Söz konusu ölçüt doktrinde model-ajan ölçütü olarak da adlandırılmakta ve benimsenmektedir. Bkz. TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2016, s. 234; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 271; KARAKEHYA, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2022, s. 272.

²⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 416; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 208; AKBULUT, s. 567; DEMİREL, s. 242; KARTAL, s. 932.

Demirel’e göre, asgari ölçütler noktasında genelleştirici, azami ölçütler noktasında ise bireyselleştirici bir yaklaşım sergilenmelidir. Bkz. DEMİREL, s. 242.

²¹ ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III*, İstanbul 1992, s. 309.

yükümlülüğüne örnek olarak gösterilmiştir. Dolayısıyla yürürlükteki TCK'de açıkça belirtilmese de dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağı hukuki düzenlemeler (nizamlar) olabileceği gibi ortak hayat deneyimleri de olabilir²². Somut olayda sanık Ali bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık, nizamla aykırılık şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 36, motorlu araçların sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesini veya sürülmesine izin verilmesini yasaklamaktadır. Dolayısıyla sanık Ali, aracını sürücü belgesi olmayan birine vererek dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmıştır.

Kişilere yüklenen bu dikkat ve özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak, neticenin de öngörülebilir olması gerekir²³. Çünkü neticenin hiçbir surette öngörülebilir olmadığı hallerde failin taksirinden de söz edilemeyeceğinden, ancak kaza ve tesadüf söz konusu olur²⁴. Bununla beraber öngörülebilir olması gereken netice, her zaman fiilen gerçekleşen netice olmak zorunda değildir; öngörülebilir olması gereken failin yaptığı iradi hareketin neden olabileceği benzer neticelerdir²⁵.

²² İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 250; TOROSLU/TOROSLU, s. 231-232; ZAFER, s. 350-351; BİRTEK, Genel Hükümler, s. 190; KARAKEHYA, s. 272; DÜLGER, s. 439.

Donay'a göre, TCK m. 22'de yer alan taksir tanımı ile önceki yasa döneminde tanımlanmamış olan taksirin doktrin ve uygulamada yapılan tanımlarındaki esas unsurlar yasada yer almıştır; ancak kanunda yer alan kavramlar taksirin çeşitlerinden sadece bazılarıdır. Örneğin meslek ve sanatta acemilik maddede yer almamıştır. Başlı başına yetkisiz olunan bir konuda işlem yapılmasının dahi taksir olduğu ileri sürülebilir, fakat "yetkisiz işlem yapan" kişi, bunu bilerek ve isteyerek yaptığından burada bir özensizlikten bahsedilemez. Dolayısıyla yazara göre bu haliyle maddede taksirin tanımı verilmemekte sadece taksirin bazı görünüm şekilleri belirlenmektedir. Bkz. DONAY, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 34-35.

²³ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 147; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 423; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 185; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 270; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022, s. 418; DÜLGER, s. 441.

²⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 423; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 270; DEMİRBAŞ, s. 419; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 215.

²⁵ İÇEL, s. 153; DEMİRBAŞ, s. 420; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 215.

Bununla beraber, nizamlara aykırılık şeklinde ortaya çıkan ve özel taksir olarak da adlandırılan taksir türünde, neticenin öngörülebilir olması şeklindeki ölçütün aranıp aranmayacağı konusunda farklı görüşler söz konusudur. Örneğin *Dönmezer/Erman* nizamlara aykırılığı, taksirin bulunması bakımından karine kabul eder; fakat hareketle netice arasında nedensellik bağının aranması gerektiğini, aksi taksirde nizamlara aykırılığın tek başına taksirin varlığını kabul için yeterli olmayacağını vurgular²⁶. Hatta yazarlar ehliyetsiz olarak otomobil kullanan bir şoförün yaptığı hareketlerin, ehliyetli bir şoförün yaptığı hareketlerden farksız olması halini örnek olarak sunmaktadır²⁷. *İçel/Sokullu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver*'e göre de nizamlara aykırılık şeklindeki taksirde, sonucun öngörülebilir olduğu bir karine olarak kabul edilmeli, ancak nedensellik bağının varlığı da ayrıca aranmalıdır²⁸. *İçel* önceki bir eserinde de aynı görüşe yer vermiş ve nedensellik bağının araştırıldığı sonraki aşamada neticenin öngörülebilir olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini savunmuştur²⁹. *Erem/Danişman/Artuk* da benzer şekilde nizamlara aykırılık şeklindeki taksirde kurala aykırı hareketin ispatlanmasının taksire karine teşkil ettiğini belirtir; fakat İtalyan doktrininden yazarlara atıfla, bu karinenin kesin olduğu veya aksine ispatın mümkün olduğu yönünde farklı görüşlerin olduğunu aktarır³⁰. Bir anlayışa göre bu karine kesindir, çünkü bu tür taksirin aksini ispat imkânı, söz konusu nizamları reddetmek anlamına gelir; diğer bir anlayışa göre ise kusurun aranmaması, yalnız maddi nedensellik bağına göre hüküm vermek ve dolayısıyla da objektif sorumluluğu kabul etmek anlamına gelir³¹. Bu endişeye ilişkin olarak *Toroslu/Toroslu*, bu tür taksirin objektif sorumluluk ipotezlerini gizlemek amacıyla kullanılması önlenmek isteniyorsa, yazılı normların daima

²⁶ **DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II*, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 269. Ayrıca bkz. **ZAFER**, s. 350-351. Alman doktrin ve uygulamasından örnekler ışığında aynı yönde tespit için bkz. **DEMİREL**, s. 196-201.

²⁷ **DÖNMEZER/ERMAN**, s. 269.

²⁸ **İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER**, s. 253.

²⁹ **İÇEL**, s. 150.

³⁰ **EREM**, Faruk/**DANIŞMAN**, Ahmet/**ARTUK**, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 483.

³¹ *Antolisei*'den aktaran **EREM/DANIŞMAN/ARTUK**, s. 483.

gerçek anlamda önleyici kuralları düzenlemelerinin gerektiğini vurgular³². Nizamlara aykırılıktan doğan taksirde sorumluluğun, ihlalden kaynaklı tüm neticeleri kapsayacak şekilde genişletilmesinin önlenmesi için önerilen bir diğer ölçüt ise “normun konuluş amacı” gözetilerek failin sorumluluğunun belirlenmesidir. Bu görüşü savunan *Hafizoğulları/Özen*'e göre, nizamlara aykırılık şeklindeki taksirde öngörülebilirlik ölçütü, dikkat ve özensizliği tespitte işimize yaramamaktadır; diğer bir deyişle burada önemli olan failin fiilinin neticelerini öngörebilmesi değildir³³. Önemli olan, failin, bir tehlikeyi ortaya çıkmadan önce önlemeye yönelik kurallara uyup uymadığının tespiti³⁴. Yazarlar taksirli sorumluluğun sınırını belirlerken ihlalin olası tüm neticelerinin değil, sadece normun önlemeyi hedeflediği belli neticelerden birinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerektiğini ifade eder³⁵.

Neticenin öngörülebilirliğinin gerek niteliği gerekse taksirli suç sistematğinde konumlandırılması noktasında doktrinde fikir ayrılıklarının olduğunu da belirtmek gerekir. Bazı yazarlar neticenin öngörülebilirliğinin de somut olayın koşullarına göre makul ve tedbirli bir insana göre belirlenmesi gerektiğini yani öngörülebilirliğin objektif nitelikte olduğunu savunurken³⁶, bazıları failin kişisel özelliklerinin dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini yani sübjektif ölçünün esas alınması gerektiğini ifade eder³⁷. Kanaatimizce neticenin öngörülebilirliği

³² Yazarlar da öngörülebilirlik ve önlenebilirlik unsurlarının yazılı kuralın ihlalinde zımnen mevcut olduğunu ve dolayısıyla dikkat ve özen yükümlülüğünün ispatına gerek olmadığını savunmaktadır. Bkz. **TOROSLU/TOROSLU**, s. 237-238.

³³ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 275-276.

³⁴ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 275.

³⁵ **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 275-276.

³⁶ Örn. bkz. **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 423; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 186; **TOROSLU/TOROSLU**, s. 233-234; **HAFIZOĞULLARI/ÖZEN**, s. 271; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 214; **AKBULUT**, s. 566; **ZAFER**, s. 344; **KEÇELİOĞLU**, s. 69.

Her iki ölçüyü birlikte değerlendirmek gerektiğine ilişkin görüş için bkz. **ÖZEN**, s. 351.

³⁷ Örn. bkz. **İÇEL**, s. 153; **ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK** s. 497, 500; **DEMİRBAŞ**, s. 419; **HAKERİ**, s. 239-240; **BİRTEK**, Genel Hükümler, s. 191.

Doktrinde *Ünal* da neticenin öngörülebilirliğinin tespitinde failin özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini savunur. Fakat yazarın, neticenin öngörülebilirliğini sadece kusurluluğa ilişkin olarak ele aldığını da belirtmek gerekir. Yazara göre fiilin

konusunda da failin ait olduğu sosyal çevre bakımından makul ve tedbirli bir insanın neticeyi öngörebilme imkânı esas alınmalıdır.

Aşağıda objektif isnadiyete ilişkin değerlendirmenin yer aldığı bölümde de görüleceği üzere, neticenin objektif olarak öngörülebilir olması, objektif isnadiyetin bir gereği olarak ele alınabileceği gibi, objektif “dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali” unsurunun kapsamında (onun bir sonucu ve gereği) ya da bunun yanında taksirli suçun ayrı bir unsuru olarak da konumlandırılabilir³⁸. Bu ayrım şu noktada önem arz eder. Eğer objektif öngörülebilirlik, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamında araştırılan bir unsursa, objektif öngörülebilirlik yoksa dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış, diğer bir deyişle taksirli davranış, da yoktur. Karşı oy kullanan CGK üyelerinin dayandığı gerekçe işte bu doğrultudadır. Eğer öngörülebilirlik, dikkat ve özen yükümlülüğünden ayrı bir şekilde taksirli suçun bir unsuru ya da objektif isnadiyetin bir şartı olarak kabul edilirse, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın diğer bir deyişle taksirli hareketin tespit edilmesinden sonra, objektif öngörülebilirliğin ayrıca araştırılması gerekir. Fakat her halükarda dikkat ve özen yükümlülüğünün objektif niteliği ve neticenin objektif öngörülebilirliği taksirli suçun unsurlarına ilişkin bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Madde gerekçesinin de vurguladığı üzere, failin,

tipikliği objektif nitelikteki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ile tespit edildikten sonra, fail hakkında kınama yargısında bulunabilmek için maddi unsurların kişisel olarak öngörülebilirliği araştırılmalıdır. Bkz. **ÜNAL**, s. 143-144.

³⁸ Doktrinde bu konuda farklı görüşlerin olduğuna dair tespit için bkz. **AKBULUT**, s. 567. Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. **DEMİREL**, s. 378-379. Yazar, öngörülebilirliğin mutlaka objektif isnadiyetten önce incelenmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. **DEMİREL**, 379.

Örneğin doktrinde *Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük* öngörülebilirliği, özen yükümlülüğünün ihlalinin yanında taksirli suçun ayrı bir unsuru olarak ele alır. Fakat yazarlara göre öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde subjektif ölçü esas alınmalıdır. Bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK**, s. 500.

Doktrinde bazı yazarlara göre ise neticenin objektif öngörülebilirliği, dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için ana koşuldur. Dolayısıyla objektif öngörülebilirlik dikkat ve özen yükümlülüğünden bağımsız ele alınamaz. Örneğin bkz. **TOROSLU/TOROSLU**, s. 233-237; **DÜLGER**, s. 441; **KEÇELİOĞLU**, s. 69-72; **KEÇELİGİL**, s. 118. *Keçelioğlu*’nun ifadesiyle, “yapılan hareketin neticeyi gerçekleştirme riskinin objektif olarak bilinemediği durumlarda kişi objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmaz ve taksirin diğer unsurlarının incelenmesine gerek kalmaz”. Bkz. **KEÇELİOĞLU**, s. 72.

kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen, bu yükümlülüğe aykırı davranması ve suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması ise failin kusuruna ilişkin bir husustur³⁹. Nitekim doktrinde de taksirli suçlarda kusur yargısının temelini oluşturanın bu sübjektif özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu ifade edilmekte olup, neticenin sübjektif öngörülebilirliği ile dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranışın failden beklenebilir olması kusur bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁰. Çift aşamalı sistem olarak adlandırılan bu sistemde taksirin objektif unsurları tipiklikte ele alınırken, sübjektif unsurlar kusurluluğun altında konumlandırılmaktadır⁴¹.

Yerel mahkemenin yaptırdığı bilirkişi incelemelerinde sanık Ali'nin 2/8 oranında kusurlu olduğu, bu kusurun temelini ise “sevk ve idaresindeki aracı meslek ve sanatta acemi olan kişiye kullandırarak olayın meydana gelmesine zemin hazırlaması” olduğunu ifade edilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 765 sayılı TCK döneminde birden fazla kişinin dâhil olduğu taksirli neticeli suçlarda Yargıtay tarafından da benimsenen oransal kusur değerlendirmesi, 5237 sayılı TCK'de yer almamaktadır⁴². TCK m. 22/4'te taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan cezanın failin kusuruna göre belirleneceği, m. 22/5'te ise birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkesin kendi kusurundan dolayı sorumlu olacağı ve her failin cezasının kusuruna göre ayrı ayrı belirleneceği ortaya konulmuştur. TCK m. 22'nin gerekçesinde taksirle

³⁹ SÖZÜER/DURSUN/TALAS, s. 155.

⁴⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 431; ÖZGENÇ, 275; ÖZTÜRK/ERDEM, 461-462; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 204, 230; HAKERİ, s. 238; DÜLGER, s. 452-453.

⁴¹ Taksirin unsurlarının suç sistematğinde nasıl konumlandırılacağına ilişkin geliştirilen çift aşamalı ve tek aşamalı sistemlere ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. KARTAL, s. 913-948. Yazar, taksirin tüm sübjektif yönlerini kusur kapsamında ele alan çift aşamalı sistemi modern öğretilerle çelişkili bularak eleştirmektedir. Taraftarı olduğu tek aşamalı sistemde ise, söz konusu öğretilerle uyumlu bir şekilde, kusurun yalnızca normatif bir yapıya sahip olduğunun, neticeden kaçınılabilirlik ve neticenin sübjektif öngörülebilirliği gibi konuların ise haksızlık alanına dâhil olduğunun kabul edildiğini ifade etmektedir. Bkz. KARTAL, s. 945.

⁴² DONAY, s. 36; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 429; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 232.

işlenen suçlardan dolayı kusurluluğun, bir değerlendirmeye ancak olay hâkimi tarafından yapılabileceği ve bu nedenle taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁴³. Yine gerekçeye göre birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur ve neticenin oluşumu açısından her kişinin taksirli fiili dolayısıyla kusurluluğu bir diğerinden bağımsız olarak belirlenmelidir. İşte bu normatif değerlendirmeye hâkim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli bir oranda indirim yapılabilecektir. Dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkündür. Madde gerekçesinin de belirttiği üzere, bilirkişi incelemesi ise somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesi noktasında gündeme gelebilir. Bu ise doğrudan ve öncelikle suçun unsurlarına ilişkin bir belirlemenin konusudur.

Söz konusu CGK içtihadına konu olayda yer alan bilirkişi incelemesinin oransal kusur belirlemesi, 5237 sayılı TCK anlamında sadece dikkat ve özen yükümlülüğünün sanık Ali tarafından ihlâl edildiğini ortaya koyması bakımından önem arz eder. Daha önce de belirtildiği üzere, somut olayda ticari taksi şoförü olan sanık Ali'nin dikkat ve özen yükümlülüğünün asıl kaynağı, motorlu araçların, sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesini veya sürülmesine izin verilmesini yasaklayan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 36 hükmüdür. Nizamlara aykırılık şeklinde ortaya çıkan bu taksir şeklinde neticenin öngörülebilir olduğu bir karine olarak kabul edilebilse de, bu karinenin taksirli suçun unsurlarına ilişkin bir başka değerlendirme aşaması kapsamında aksinin ispatlanabilir olduğu kanaatindeyiz. Neticenin objektif öngörülebilirliği, objektif isnadiyete ilişkin değerlendirme başlığı altında ayrıca tartışıldığından, burada sadece sanık Ali'nin davranışının “karine olarak” taksirli bir davranış olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

B. Nedensellik Bağına İlişkin Değerlendirme

Sanık Ali'nin meydana gelen ölüm ve yaralama neticelerinden sorumlu tutulabilmesi için sadece taksirli hareketin mevcut olması yeterli değildir. Neticeli birer suç olan taksirle öldürme ve yaralama suçlarının

⁴³ SÖZÜER/DURSUN/TALAS, s. 155.

oluşabilmesi için tüm neticeli suçlarda olduğu gibi hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Doktrinde hâkim görüş olarak, neticeli suçlarda nedensellik bağının belirlenmesinde şart teorisinin esas alınması yeterlidir⁴⁴. Nitekim CGK de bu teoriyi benimsediğini ortaya koymuştur. Bu teoriye göre neticeyi meydana getirmede her şart eşit değerde, varlığı zorunlu ve sebep olucudur⁴⁵. Somut olayda sanık Ali'nin sürücü belgesi olmayan Erhan'a aracını vermesi şart teorisi bağlamında nedensel bir harekettir. Hatta Erhan'ın sürücü belgesinin olup olmaması dahi bu sonucu değiştirmemektedir. Çünkü sanık Ali aracını Erhan'a vermemiş olsaydı Erhan'ın arabayı kullanmayacağı, kazayı yapmayacağı ve dolayısıyla ölüm ve yaralama neticelerinin gerçekleşmeyeceği rahatlıkla söylenebilmektedir.

Sanık Ali'nin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ve netice ile hareket arasındaki nedensellik bağı bu şekilde tespit edildikten sonra araştırılması gereken bir diğer husus ise, neticenin sanık Ali'ye objektif olarak isnad edilebilir olup olmadığıdır. Çünkü doğa bilimlerinin kabullerinden hareket eden şart teorisinin tek kıstas olarak benimsenmesi, ceza sorumluluğunun katlanamayacak derecede genişlemesine neden olabilir⁴⁶. Eğer objektif isnadiyet söz konusu değilse taksirli neticeli suçun oluştuğu söylenemez. Bu noktada esasen CGK de aynı doğrultuda açıklamalarla kararının gerekçesine bir temel oluşturmak istemiştir. Mahkeme, neticenin faile isnad edilemeyeceği halleri sıralamasına rağmen, somut olayı değerlendirirken bunları ayrıca tartışmamış, sadece olayda nedensellik bağının bulunduğundan bahisle sanık Ali'nin ceza sorumluluğunun olduğuna hükmetmiştir. Buna göre

⁴⁴ İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 81; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 325; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 253; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 133; AKBULUT, s. 425; ZAFER, 278; BİRTEK, Genel Hükümler, s. 152-153; DÜLGER, s. 318.

⁴⁵ ÖNDER, s. 86; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 72; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 315; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 133; DÜLGER, s. 317-318; BAŞER, Zehra, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet, Ankara 2022, s. 96-98.

⁴⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 325; AKBULUT, s. 425; DÜLGER, Murat Volkan/BAKDUR, Merve/ÖZKAN, Onur, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, 747-787, s. 750.

sanık Ali'nin ticari taksi şoförü olmasına ve trafikte seyir halindeyken aracın kullanımını Erhan'a bırakmasında zorunlu bir durum bulunmamasına rağmen dikkatsiz ve tedbirsizce davranarak ehliyetinin olup olmadığını kontrol etmediği ve araç kullanma konusunda yeterli tecrübesi olduğunu bilmediği Erhan'ın etrafta yayaların bulunduğu meskûn mahalde aracı kullanmasına müsaade etmesi ve hızlı gitmesine engel olmaması nedeniyle tali kusuru vardır ve bu taksirli davranışları ile netice arasında nedensellik bağı bulunmaktadır.

Kanaatimizce somut olayda objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin (taksirli hareket) ve şart teorisi anlamında bir nedensellik bağının mevcut olduğu belirlendikten sonra tartışılması gereken, gerçekleşen neticelerin sanık Ali'nin eseri olarak görülüp görülemeyeceği ve dolayısıyla neticenin ona yüklenip yüklenemeyeceğidir. Bu noktada somut olayda değerlendirilmesi gereken esas mesele ise neticenin objektif olarak öngörülebilir olup olmamasıdır. CGK kararına karşı oy kullanan üyelerin objektif isnadiyetten önceki bir aşama olan dikkat ve özen yükümlülüğünün tespiti kapsamında değerlendirdikleri ve taksirli hareketin mevcut olmadığını iddia ettikleri gerekçeleri de bu meseleye dayanmaktadır. Somut olayda üçüncü kişinin (Erhan'ın) eklenen hareketleri söz konusu olduğundan, konunun objektif isnadiyet temelinde ayrıca ele alınması gerekir.

C. 3. Kişinin Eklenen Hareketlerinin Objektif Isnadiyete Etkisi

Genel olarak şu şartların varlığı halinde neticenin faile objektif olarak isnad edilebilir olduğu ifade edilmektedir⁴⁷: (1) hareket ile netice arasında nedensellik bağı, (2) neticenin failin eseri olması ve failin nedensellik bağı üzerine hâkimiyetinin olması, (3) hareketin hukuken tasvip edilmeyen ve izin verilen riski aşan bir tehlike oluşturması (failin riski hukuken önemli derecede yükseltmiş olması) ve bu tehlikenin

⁴⁷ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 332-337; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 460; DEMİRBAŞ, s. 274-275; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 139-140; KARAKEHYA, s. 64-66; DÜLGER/BAKDUR/ÖZKAN, s. 753. Teoriye ilişkin detaylı inceleme için bkz. BAŞER, s. 171-243. Yazar, teorinin esas aldığı temel formülü, *Wessel/Beulke/Satzger*'den atıfla, "failin hukuken kınanan bir risk (tehlike) yaratması" ve "bu tehlikenin tipe uygun neticede gerçekleşmesi gerekliliği" olarak özetlemektedir. Bkz. BAŞER, s. 173.

neticeye yansımaları, (4) neticenin ihlal edilen normun koruma alanı içinde olması.

Taksirli suçlarda, kişilere yüklenen objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün doğal bir sonucu olarak da konumlandırılabilen neticenin objektif öngörülebilirliği, aynı zamanda objektif isnadiyetin bir şartı olarak kendisini göstermektedir⁴⁸. Yine taksirli suçlarda “yükümlülüğe aykırılık bağının varlığı” da objektif isnadiyet için bulunması gereken bir şarttır. Buna göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet edildiğinde dahi netice gerçekleşecekti denilebiliyorsa, netice faile isnad edilemez⁴⁹. Nitekim CGK de kararında, objektif isnadiyetin taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucunda neticeye neden olunması olduğunu yani dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmiş olsaydı netice gerçekleşmeyecekti denilebiliyorsa bu takdirde neticenin faile isnat edilebileceğini belirterek, “yükümlülüğe aykırılık bağının varlığı” şeklindeki koşula atıfta bulunmuştur.

Bu çalışmanın konusu bağlamında öncelikle tartışılması gereken husus ise üçüncü kişinin eklenen hareketinin (kasten veya taksirli) objektif isnadiyete nasıl etki ettiği. Bu ise neticenin failin eseri olması ve failin nedensellik bağı üzerinde hâkimiyetinin olması koşulu ile doğrudan ilişkilidir. Kasıtlı veya taksirli şekilde ilk hareketi gerçekleştiren kişinin hareketine, üçüncü bir kişinin kasıtlı veya taksirli hareketinin eklenerek neticeyi meydana getirdiği hallerde, öne geçen nedensellik, nedenselliğin atipik gelişimi ve rücu yasağının uygulanabilir olduğu haller olmak üzere çeşitli senaryolar ortaya çıkabilir. Öne geçen nedensellik halleri, objektif isnadiyete değil nedensellik bağına ilişkin bir konu olmakla beraber, üçüncü kişilerin eklenen hareketlerinin söz konusu olduğu farklı senaryoların ayırt edilebilmesi adına bu başlık altında yer verilmesi uygun bulunmuştur. Bu bölümde sırasıyla bu senaryolar açıklanmış ve CGK kararına konu olayın hangi kategoride değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin kanaatimiz sunulmuştur.

⁴⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 423; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 213-214. Söz konusu yazarlar bu koşulu aynı zamanda nedensellik akışı üzerinde hâkimiyetin kalkmış olması ile de ilişkilendirmektedir.

⁴⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 424-427; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 460; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 215; AKBULUT, s. 431-433; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞIZ/BAŞBÜYÜK, s. 261.

1. Öne Geçen Nedensellik ve Nedenselliğin Atipik Gelişimi

Öne geçen nedensellikte, neticeye yönelik ilk şart etkisini göstermeden, bağımsız bir nedensellik serisi yaratan bir başka şart etkili olmakta ve neticenin sebebini oluşturmaktadır⁵⁰. Örneğin failin, içkisine zehir kattığı kişinin bu zehir henüz etkisini göstermeden bir başka kişi tarafından vurularak öldürülmesi olayında, zehiri katan kişinin eylemi ölüm neticesinin nedensellik serisine dâhil olmadığından, bu kişi ölümden dolayı sorumlu tutulamaz⁵¹. Burada zehir katan kişinin sorumluluğu zehirin miktarına bağlı olarak kasten yaralama suçu veya kasten öldürmeye teşebbüs bağlamında belirlenir.

Nedenselliğin atipik gelişiminde ise, meydana gelen netice, failin başlattığı nedensellik serisinin devamı niteliğindedir yani onun hareketi ile bağlantılıdır; fakat failce düşünülmeyen ve hayatın genel rizikolarına dâhil olan bir başka sebep ile netice gerçekleşmektedir⁵². Örneğin taksirli bir trafik kazasında kişilerin yaralanmasına neden olunmuş, yaralıların hastaneye götürüldüğü sırada ambulans kaza yaptığı için, hastanede yangın çıktığı için ya da yaralılara yanlış tedavi uygulandığı için bu kişiler ölmüş olabilir. Öne geçen nedensellikten farklı olarak burada şart teorisi bağlamında bir nedensellik bağı mevcuttur; çünkü trafik kazası gerçekleşmemiş olsa ölenlerin ambulansa binmeleri ya da hastanede tedavi olmaları söz konusu olmaz. Fakat failin hâkimiyet alanı dışında gerçekleşen ölüm neticesi, trafik kazasını gerçekleştiren failin eseri sayılamaz ve dolayısıyla ona isnad edilemez⁵³. Burada taksirli hareketi ile yaralamalı bir trafik kazasına sebep fail, sadece taksirle yaralama suçundan sorumludur.

Görüldüğü üzere öne geçen nedensellikte nedensellik bağının yokluğundan dolayı ilk hareketi gerçekleştirenin neticeden sorumluluğu sınırlandırılırken, nedenselliğin atipik gelişiminde nedensellik bağı mevcut olmakla beraber objektif isnadiyete ilişkin yapılan bir

⁵⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 329; ÖZGENÇ, s. 196; DEMİRBAŞ, s. 272.

⁵¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 329; ÖZGENÇ, s. 196; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 134.

⁵² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 328, 330.

⁵³ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 336; ÖZGENÇ, 197-200; DEMİRBAŞ, s. 271.

değerlendirme sonucu ilk hareketi gerçekleştirenin neticeden sorumluluğu sınırlandırılmaktadır.

2. Rücu Yasağının Uygulanabilirliği

Somut olayda sanık Ali'nin hareketi (taksirli hareket), sanık Erhan'ın hareketinin (3. kişinin taksirli hareketi) ön aşamasını oluşturmuş ve Erhan'nın taksirli hareketi ile birleşerek sonucu meydana getirmiştir. Bir diğer deyişle sanık Ali'nin taksirli davranışı, sanık Erhan'nın işlediği taksirli suça katkı sağlamıştır. Kanaatimizce buradaki senaryo, öne geçen nedensellik durumlarından ve nedenselliğin atipik gelişiminden farklılık arz eder. Öne geçen nedenselliğin ya da nedenselliğin atipik gelişiminin söz konusu olmadığı bu tür olaylarda, taksirli suçlarda iştirak da mümkün olmadığından, rücu yasağının uygulanabilirliği gündeme gelmektedir. Buna göre iki kişinin birbirini izleyen hareketleri tipe uygun neticenin gerçekleşmesi yönünden nedensel değer taşımasına rağmen, sorumluluk, ikinci hareketi yaparak tipik neticeyi gerçekleştiren kişiye aittir⁵⁴. Çünkü kasten (olayımızda taksirle) gerçekleştirilen ikinci hareket, ilk yapılan hareketi de bünyesini almış, onu tüketmiştir⁵⁵. Kuralı koyan

⁵⁴ ÖNDER, s. 92; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 75; DEMİRBAŞ, s. 271; HAKERİ, s. 192; DÜLGER, s. 352.

Eren/Danışman/Artuk'a göre, "üçüncü kişinin hareketi, failin sonucu önleyici hareketlerini semeresiz bırakmış ise suçun sorumlusu üçüncü kişidir". Bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 492.

⁵⁵ ÖNDER, s. 92.

Doktrinde Özen, rücu yasağının sadece ilk hareketin taksirli, ikinci hareketin kasten işlendiği durumlarda söz konusu olabileceğini savunmakta, bu konuya verdiği örnekte ise A'nın taksirle B'yi yaralamasını, C'nin ise yaralı olan B'yi kasten öldürmesini vermektedir. Yazara göre her iki hareketin de taksirli olduğu durumlarda TCK m 22/5 uyarınca herkes kendi taksirine göre sorumlu olacaktır. Bkz. ÖZEN, Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 8. Baskı, Ankara 2023, s. 283.

Kanaatimizce rücu yasağının uygulanabilirliğinin ilk ve ikinci hareketin taksirli olduğu senaryolarda da değerlendirilmesine bir engel yoktur. Nitekim Önder, rücu yasağını bu senaryo dâhilinde de değerlendirmekte ve hatta Yargıtay'ın ilk hareket ile netice arasında nedensellik bağının yokluğundan hareketle rücu yasağı formülünü uyguladığı kararlarına atıfta bulunmaktadır. Bkz. ÖNDER, s. 93.

Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük de her iki hareketin taksirli olduğu suçlar için de rücu yasağını değerlendirmektedir. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 259.

Frank, bir şartın ön şartının sebep olmadığını, ön şartların kusurlu ve kasti olsalar dahi, neticenin sebebi olarak kabul edilemeyeceklerini, ön şartı gerçekleştirenin neticeden sorumlu olabilmesi için iştirak kurallarının işlerlik kazandığı bir durumun olması gerektiği savunur⁵⁶. Yine bu gibi durumlarda “hiç kimsenin bir davranışta bulunurken, bu davranışının bir başkasının sorumluluk bilinciyle ve serbest iradesiyle işleyeceği suça zemin teşkil edeceği ihtimalini hesaba katma yükümlülüğünün olmadığı” gerekçe gösterilmektedir⁵⁷. Örneğin *Hakeri* tarafından verilen bir örnekte, polis A’nın eve geldiğinde silahını masasının üzerine koyması ve komşusunu öldürmek için fırsat kollayan eşi E’nin bu silahı alarak komşuyu öldürmesinde, ölüm neticesi A’ya yüklenemez; sorumluluk, ikinci hareketi yapan E’ye aittir⁵⁸. *Önder*, Alman doktrininde bazı yazarların bu kurumu kabul ettiğini, bazılarının şart teorisinin uygulanabilirliğini sınırladığı için eleştirdiğini, bazılarının ise bunu sınırlı bir şekilde kullandığını ve ilk hareketi yapan şahsın bu hareketinin bazı neticelere neden olacağını öngörüp öngörmemiş olması üzerinde durduklarını aktarmaktadır⁵⁹.

Türk doktrininde de bu son görüşe benzer bir tutumla meseleyi ele alan yazarlar mevcuttur. Buna göre üçüncü kişinin hareketleri bakımından olayda “müşahade edilebilir emarelerin varlığı” ya da “failin muhtemel neticeler bakımından garantör olarak sorumlu olması” halinde objektif isnadiyetin mümkün olacağı ifade edilmektedir⁶⁰. Sınırlı sorumluluk alanı teorisi olarak adlandırılan bu görüşe göre, kural, herkesin başkasının hukuken doğru davranacağına güven duyması olmakla beraber, ilk hareketi gerçekleştiren kişinin davranışının suçun gerçekleşmesine götüreceğini veya bu kişinin özel bir koruma yükümlülüğüne sahip olduğunu kabul etmek gerekiyorsa, netice ilk

⁵⁶ Aktaran **ÖNDER**, s. 92.

⁵⁷ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 225.

⁵⁸ **HAKERİ**, s. 192.

⁵⁹ **ÖNDER**, s. 93.

⁶⁰ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 428; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 226; **DÜLGER**, s. 355, 449. *Birtek* de rücu yasağının mutlak bir biçimde uygulanamayacağını savunmakta ve fakat söz konusu kriterleri açıkça zikretmeksizin ikinci hareketi yapan kişinin meydana getirdiği neticenin ilk hareketi yapan bakımından öngörülebilir olup olmaması kriterini esas almaktadır. Bkz. **BİRTEK**, Genel Hükümler, s. 157-158.

hareketi yapana isnad edilebilecektir⁶¹. Örneğin ilk taksirli hareketi gerçekleştiren kişinin taksiriyle ortaya çıkardığı tehlike, zaten üçüncü kişileri bu tarz tehlikelerden koruyan kurallara aykırılık teşkil ediyorsa ve meydana gelen netice, özgür iradeye dayanan böyle bir rizikonun devamı niteliğindeyse, netice faile istisnai olarak isnat edilebilir⁶². Hatta *Koca/Üzülmez*'e göre eğer somut olayda ilgili mevzuatın kişilere getirdiği bir yükümlülük ve dolayısıyla da özel bir garantörlük durumu (bir tehlike kaynağını gözetme) varsa, olayda muhtemel ve müşahede edilebilir bir fiil eğiliminin bulunup bulunmadığı tartışmasına dahi girmeye gerek yoktur⁶³.

Kanaatimizce sanık Ali'nin sorumluluğunun belirlenmesinde işte bu ölçütlerden hareket edilmesi gerekir. Karayolları Trafik Kanunu (KTK) kapsamında trafik kurallarını düzenleyen kuralların trafik akışı içindeki araç ve yayaların güvenliğini sağlama ve gelecek tehlikeleri önleme amacıyla olduğu düşünüldüğünde (aynı zamanda neticenin ihlal edilen normun koruma alanı içinde olması koşulu) sürücü belgesi olmayan kişiye aracın verilmemesine ilişkin sanığa yüklenen yükümlülüğün, özel bir garantörlük durumuna işaret ettiği söylenebilir. Doktrinde *Birtek* de KTK m. 36 hükmünün, sürücü belgesi olmadan araç kullanmamak ve aracın sürücü belgesi olmayan kişiler tarafından kullanılmasına engel olmak üzere menfi ve müspet iki yükümlülük öngördüğünü ifade etmektedir⁶⁴. Fakat böyle bir garantörlük durumunun kabul edilmesi halinde, müşahede edilebilir emarelerin varlığının aranmaması objektif sorumluluğa götürecek bir sorumluluk genişlemesine neden olabilir. Dahası böyle bir durumda taksirli suçun bir unsuru olan objektif öngörülebilirlikten tamamen vazgeçilmesi dahi söz konusu olabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, nizamla aykırılık şeklindeki taksirde, neticenin öngörülebilir olduğu bir karine olarak kabul edilse dahi, bu

⁶¹ *Kühl, Roxin ve S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*'den aktaran **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 226. Ayrıca bkz. **DÜLGER**, s. 355, 449, 450.

⁶² **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 336; **ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞIZ/BAŞBÜYÜK**, s. 260; **DÜLGER**, s. 356.

⁶³ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 226.

⁶⁴ **BİRTEK**, Fatih, "Araç Sürücülerinin Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğü (Garantörlüğü) ve Trafik Kazası Sonrasında Ortaya Çıkan Davranışların Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", 3. Karayolu Trafik Güvenliği Sempozyumu ve Sergisi Bildiriler Kitabı, 1. Cilt, Derleyenler: Tuncay Durna ve A. Alper Durmuş, Ankara 2012, s. 246-247.

kabul, objektif öngörülebilirlik unsurundan vazgeçilmesi şeklinde yorumlanamaz. Örneğin somut olayda yaşının küçük, deneyimsiz, uykulu veya alkollü olması nedeniyle aracın verildiği kişinin aracı kullanamayacağına ve kaza yapabileceğine dair “müşahede edilebilir” yani gözlemlenebilir emareler varsa, neticenin, failin özgür iradesiyle ortaya çıkardığı rizikonun devamı niteliğinde olduğuna kuşku yoktur. Böyle bir durumda aracın verilmesi şeklindeki ilk taksirli hareketin neden olabileceği muhtemel neticeler objektif olarak da öngörülebilir niteliktedir. Hatta çoğu zaman bu neticeler aracı veren tarafından da öngörüldüğünden fakat gerçekleşmeyeceğine yönelik bir güvenle hareket edildiğinden, bilinçli taksir söz konusu olur. Karşı oy yazısında *Meran* da kullanması ya da öğrenmesi için ehliyetsiz çocuğuna aracını veren ve yanında bulunmayan babanın ceza sorumluluğunun bilinçli taksir sorumluluğu olduğunu ifade ederek bu hususa dikkat çekmiştir.

Diğer taraftan, sürücü belgesinin iptali, süresinin dolması veya ülke değişikliği gibi nedenlerle sürücü belgesi olmamakla beraber, aracın sevk ve idaresi hakkında yeterli bilgisi bulunduğu bilinen bir kişiye arabasını veren kişi bakımından müşahede edilebilir emareler mevcut değildir. Özel garantörlük durumundan dolayı zaten bu emarelerin aranmasının gerek olmadığı görüşü benimsenirse, gerçekleşen netice nedeniyle aracı veren kişinin de taksirli suçtan dolayı sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Fakat üçüncü kişinin eklenen davranışının artık failin hâkimiyet alanından çıktığı ve bunun aksini düşündürecek emarelerin de olmadığı böyle bir senaryoda, neticenin objektif olarak öngörülebilir olduğunun söylenmesi güçtür. Daha önce de belirtildiği üzere, neticenin objektif olarak öngörülebilir olması, objektif isnadiyetin bir gereği olarak ya da objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin kapsamında (onun bir sonucu ve gereği) ya da taksirin ayrı bir unsuru olarak konumlandırılabilir. Değerlendirme aşamaları farklı da olsa, her halükarda, neticenin objektif öngörülebilirliği taksirli suçun unsurlarına ilişkin bir husustur ve eksikliği suçun oluşumunu engeller.

Esasen gerek 12. CD çoğunluğunun gerekse çoğunluk görüşüne katılmayan 20 Genel Kurul üyesinin nedensellik bağının mevcut olmadığı yönündeki görüşleri de bu anlama gelecek şekilde yorumlanabilir. Çünkü söz konusu gerekçeler açık veya zımni bir şekilde nedensellik teorilerinden biri olan uygun sebep teorisine dayanmaktadır. Bu teoride ise, objektif isnadiyet teorisinde olduğu gibi, şart teorisinin sınırsız

nedensellik zincirini kırmak hedeflenmektedir⁶⁵. Bu teori, hareketin hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre neticeyi meydana getirmeye elverişli (uygun) olması halinde nedensellik bağının mevcut olduğu, hareketin anormal, atipik veya istisnai bir neticeye neden olması halinde hareket ile netice arasında bu bağın kurulamayacağı ve dolayısıyla bunların faile yüklenemeyeceği fikri üzerine kuruludur⁶⁶. CGK kararına karşı oy kullanan ve uygun illiyet teorisinden yola çıkan üyelerin, “sanık Ali’nin diğer sanığa aracı kullanması amacıyla verdiği anda illiyet bağının kesildiği” ve “sanığın kendi hareketinden kaynaklanmayan bir sonuçtan sorumlu tutulamayacağı” şeklindeki görüşleri, farklı gerekçelerle olmakla beraber, rücu yasağı ile aynı sonuca işaret etmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki Yargıtay da eski tarihli kararlarında, ön şart niteliği taşıyan ilk taksirli hareket ile ikinci taksirli hareket arasında nedensellik bağının olmadığını kabul ederek rücu yasağı formülünü uygulamıştır⁶⁷. Bu kararlarda genellikle “doğrudan doğruya bir bağlantının” veya “doğrudan illiyet bağının” olmadığı şeklindeki ifadelerle yer verilmiştir⁶⁸.

3. CGK Kararına (K. 2015/146) Konu Olay Özelinde Neticenin Objektif Öngörülebilirliğini Etkileyen Haller

Tüm bu belirlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanık Ali’nin aracını verdiği Erhan’ın sürücü belgesinin olmadığı noktasında tartışma olmamakla beraber, araç kullanma konusunda

⁶⁵ Gropp’dan aktaran ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 321. Ayrıca bkz. EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 279.

Nitekim uygun sebep teorisinin doktrinde de bir nedensellik teorisi olarak değil, bir isnat edilebilirlik teorisi olarak görülmeye başlandığı, fakat bir isnadiyet teorisi olarak da yetersiz olduğu, çünkü bu teorisinin etki alanını daha çok alışılmışın dışında gelişen nedensellik bağlantısı nedeniyle sorumluluğun reddedildiği hallerle sınırladığı, oysaki bunun dışında da sorumluluğun reddedilmesini gerektiren birçok halin olduğu ifade edilmektedir. Bkz. İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 78.

⁶⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 321.

⁶⁷ Bu tespit ve söz konusu Yargıtay kararları için bkz. ÖNDER, s. 93-94.

⁶⁸ Örn. Yargıtay 9. CD, 17.02.1982, E. 1982/636, K. 1982/772: “Ehliyetsiz ve küçük yaştakilere taşıt kullandırmanın, Karayolları Trafik Kanunu’na göre ayrı bir suç teşkil ettiği ve hatalı taşıt kullanma sonucu meydana gelen olayda, sonuçta traktör sahibi olan sanığın fiili arasında doğrudan doğruya illiyet bağı bulunmadığı gözetilmeden, yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır.” Aktaran: ÖNDER, s. 94.

deneyiminin olup olmadığı noktasında yapılacak bir belirleme doğrultusunda sanık Ali'nin ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekir. Araç kullanma konusunda yeterli bilgisi ve deneyimi olmayan ve somut olayda bunun açıkça anlaşılabilir olduğu hallerde (senaryo 1) bu kişinin sebep olabileceği neticelerin öngörülebilir olduğu açıktır. Hatta yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk veya uykusuzluk gibi aracın verildiği kişinin içinde bulunduğu durumun farkında olan bir kişinin, meydana gelen neticeler bakımından bilinçli taksirle hareket ettiği söylenebilecektir. Doktrinde araç kullanmayı bilmediği bilinen bir kişiye aracını teslim eden kişinin olası kast ile hareket ettiği dahi savunulmuş, eğer aracı teslim alan kişi aracı teslim edenin kendisine yaptığı bütün uyarılara rağmen kazayı gerçekleştirmişse, işte bu durumda aracı vereni bilinçli taksirle sorumlu tutmak gerektiği öne sürülmüştür⁶⁹. Bir başka görüşte ise hareketlerini yönlendirme yeteneği büyük ölçüde azalmış bir kişiye aracın verilmesi halinde, trafik kazasının gerçekleşeceği hususunda somut, yakın ve pek muhtemel tehlike mevcutsa ve netice öngörülebilirse, TCK m. 83 ve m. 88 bağlamında garantörsel ihmali suçun

⁶⁹ ÖZGENÇ, s. 203.

Doktrinde *Turinay*, “trafik kurallarına aykırı davranış sergilemenin, tek başına, bu davranış sonucu meydana gelen netice bakımından olası kast sorumluluğunu gerektirmeyeceğini”, fakat trafikte seyreden kişinin gerçekleştirdiği ihlallerin sayısının, çeşitliliğinin ve yoğunluğunun artmasının olası kasta işaret edebileceğini ifade eder. Çünkü bu hallerde sürücünün, davranışlarının ölüm ve yaralama gibi olası sonuçlarını göze alma ihtimalinin de arttığı ve genel tutumunun “ne olursa olsun” şekline büründüğü söylenebilecektir. Yazara göre, ayrıca, “sürücü konumundaki failin iradesi dışında olan, ancak özgür iradesiyle gözetme yükümlülüğü olan dışsal koşullar, olası kastın tespitinde tek başına belirleyici nitelikte olmasa da olayın diğer özellikleriyle birlikte gözetilebilir”. Bkz. **TURİNAY**, Faruk Yasin, Ceza Hukukunda Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Trafik Kazaları Bakımından Değerlendirilmesi Üzerine Bir İnceleme”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 50, 2024, s. 77-80.

“...kişinin özen yükümlülüğüne aykırı birden fazla hareketi bulunması suçun işleniş şeklini doğrudan doğruya olası kasta dönüştürmese de, bilinçli taksir ve olası kast ayırımını yaparken tespit edilmesi son derece güç olan bir hususa ışık tutmaktadır ki bu da failin fiili işlediği anda neticeye yönelik bir kayıtsızlık ve kabullenme içerisinde mi olduğu, yoksa neticenin gerçekten gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket edip etmediğidir.” şeklindeki benzer bir değerlendirme için ayrıca bkz. **YAŞAR**, Yusuf/**GÜLTEKİN DİKEN**, Nil Melek: “Karar İncelemesi - Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, *Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi*, C. 7, S. 1, 2018, s. 110.

söz konusu olacağı savunulmuştur⁷⁰. Kanaatimizce somut ve yakın tehlike hallerinde garantörsel ihmali suçun söz konusu olabilmesi için aracını sürücü belgesi olmayan ve araç kullanmayı bilmeyen birine kullandıran failin aynı zamanda gerçekleşen netice bakımından kasten hareket ettiğinin de ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla somut ve yakın tehlike hallerinde de taksir, genellikle bilinçli taksir, düzeyinde bir sorumluluğun olması mümkün ve hatta daha olasıdır.

Diğer taraftan, sürücü belgesinin iptali, süresinin dolması veya ülke değişikliği gibi nedenlerle (senaryo 2) sürücü belgesi olmamakla beraber, aracın sevk ve idaresi hakkında yeterli bilgisi bulunduğu bilinen bir kişiye aracın verilmesi halinde artık neticenin objektif öngörülebilirliği şeklindeki unsur eksik kalmaktadır. Çünkü bir kişinin araç kullanımının bir trafik kazasına yol açabileceğine yönelik öngörü, kişinin sürücü belgesinin olup olmamasına göre değil, araç kullanma konusundaki bilgi ve deneyimine göre şekillenir. Dolayısıyla rücu yasağı formülünün böyle bir senaryoda rahatlıkla uygulanabilir olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü burada aracı veren kişinin, kendi hâkimiyet alanı dışında gerçekleşen bir neticeden sorumlu olması beklenemez.

Somut olayda ise Erhan'ın içinde bulunduğu duruma yani araç kullanma konusundaki bilgi ve deneyimine ilişkin olarak yukarıda verilen senaryolardan farklı bir senaryonun (senaryo 3) söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Çünkü Erhan'ın kesinlikle araç kullanabilir durumda olduğunu gösteren senaryo 2'deki durumlar olayda mevcut değildir. Erhan'ın kesinlikle araç kullanamaz durumda olduğunu gösteren senaryo 1'deki durumlar da mevcut değildir. Sanık Ali ifadesinde, Erhan'ın sürücü belgesinin olup olmadığını bilmediğini ve fakat onu daha önce araç kullanırken gördüğünü iddia etmektedir. Dolayısıyla Erhan'ın araç kullanabilir durumda olup olmadığına ilişkin durumu şüphelidir. Nitekim sanık Ali, kazadan önce Erhan'ın ısrarla aracı sürmek istemesine de karşı çıkmıştır. Her ne kadar karşı oy yazısında *Meran*, aracı sürmekte olan ve kazaya yol açan diğer sanık Erhan'ın aracı kesinlikle süremeyeceğine ilişkin dışa yansıyan veya sanık Ali tarafından bilinen bir halinin bulunmadığını ve ölümlü sonucun

⁷⁰ **BİRTEK**, Araç Sürücülerinin Garantörlüğü, s. 246-247. Yazara göre burada kanundan kaynaklanan tehlikeyi önleme yükümlülüğü ile öngelen tehlikeli eylemden doğan tehlikeyi önleme yükümlülüğünün iç içe geçtiği bir garantörlük söz konusudur.

sürüş sırasında yapılan hız nedeniyle meydana geldiğini savunmuş olsa da, taksi şoförü olan sanık Ali'nin araç kullanma konusunda yeterli deneyimi olup olmadığı "şüpheli" olan birine aracını vermesi taksirli davranış olarak kabul edilmelidir. Nitekim CGK de sanık Ali'nin, Erhan'ın ehliyetinin olup olmadığını kontrol etmediğini ve araç kullanma konusunda yeterli tecrübesi olduğunu bilmediğini ifade etmektedir.

Kanaatimizce sanık Ali'nin ehliyetinin bulunup bulunmadığını dahi bilmediği ve dolayısıyla araç kullanma konusundaki bilgi ve deneyimi konusunda şüpheli olduğu bir kişiye aracını vermesi taksirli bir davranış olup, aracın verildiği kişi tarafından gerçekleştirilecek neticelerin objektif olarak öngörülebilir nitelikte olduğu açıktır. Burada sanık Ali, söz konusu araştırmayı yapmadan, sanık Erhan'ın ısrarı üzerine aracını vermiş ve bu öngörülebilir neticeleri öngörememiştir. Karşı oy yazısında *Meran'*ın, aracı veren kişinin, ancak aracın verildiği kişinin görünümünden alkollü olma, sarhoşluk, uyku veya uyuşturucu ya da bir ilaç etkisinde bulunma veya küçük yaşta olma veya araç süremediğinin kesinlikle bilinmesi vb. gibi hallerinden dolayı araç kullanamayacağının anlaşılması halinde taksirle sorumlu olacağı şeklindeki görüşe şu açıdan katılmıyoruz: tüm bu sayılan hallerde taksirli hareketin ve objektif öngörülebilirliğin mevcut olmasının yanı sıra, aracı veren kişi bakımından da öngörülebilirlik gerçekleşmiştir. Böyle bir durumda muhtemel neticeleri öngörmesine rağmen aracını veren kişinin sorumluluğu bilinçli taksirden belirlenmelidir ve hatta somut olayda olası kastın dahi tartışılması söz konusu olabilir. Aracını sürücü belgesi olmayan birine veren kişinin taksir düzeyinde dahi bir sorumluluğunun olmaması için, aracın verildiği kişinin araç kullanma konusunda deneyiminin olduğu noktasında daha güvenilir bir bilgiye sahip olması gerekir. Son olarak, bir taksi şoförü olan sanığın, içinde bulunduğu şartlar itibarıyla bu konuda daha titiz davranması ve aracı vermeden önce bir araştırma yapması beklenebilir olduğundan, sanık Ali'nin olayda kusuru da mevcuttur.

SONUÇ

Gerek kasten gerekse taksirle işlenen suçlarda üçüncü kişilerin eklenen hareketleri ile neden oldukları neticelerin ilk hareketi gerçekleştiren kişiye de isnad edilebilir olup olmadığı noktasında çeşitli durumlar söz konusu olabilir. Öne geçen nedenselliğin söz konusu olduğu hallerde yeni bir nedensel seri başlatıldığı için gerçekleşen

neticelerin ilk hareketi gerçekleştiren faile isnad edilmesi mümkün olmaz. Bu hallerde ilk hareketi gerçekleştiren sadece kendi gerçekleştirdiği neticeden sorumludur. Esasen öne geçen nedensellikte objektif isnadiyetten ziyade şart teorisi bağlamında bir nedensellik bağının olmadığından hareketle sorumluluğun sınırlandırılması söz konusu olur. Nedenselliğin atipik gelişimi olarak adlandırılan hallerde ise şart teorisi bağlamında bir nedensellik bağı mevcuttur; fakat failce düşünülmeyen ve hayatın genel rizikolarına dâhil olan bir başka sebep ile netice gerçekleştiğinden, netice ilk hareketi gerçekleştirenin hâkimiyet alanının dışında meydana gelmektedir. Burada objektif isnadiyet teorisinin kriterleri doğrultusunda yapılan bir değerlendirme ile sorumluluğun sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu iki durumun dışında üçüncü kişilerin eklenen hareketlerinin söz konusu olduğu bir başka durum ise ilk hareketi gerçekleştiren kişinin hareketinin, neticeyi gerçekleştiren hareketin ön aşamasını oluşturduğu hallerdir. Doktrinde bu hallerde rücu yasağı formülü ile objektif isnadiyet çerçevesinde bir çözüme ulaşılmaya çalışılmış fakat bu yasağın geçerli olmayabileceği farklı senaryolara da işaret edilmiştir.

Alman doktrininde bazı yazarların, ilk hareketi yapan şahsın bu hareketinin bazı neticelere neden olacağını öngörüp öngörmemiş olmasından hareketle rücu yasağını sınırladığı, Türk doktrininde bazı yazarlar tarafından da benzer bir sınırlamaya gidildiği görülmektedir. Bu yazarlara göre, üçüncü kişinin hareketleri bakımından olayda “müşahede edilebilir emarelerin varlığı” ya da “failin muhtemel neticeler bakımından garantör olarak sorumlu olması” halinde neticenin ilk hareketi gerçekleştirene isnad edilmesi mümkündür. Hatta somut olayda ilgili mevzuatın kişilere getirdiği bir yükümlülük ve dolayısıyla da özel bir garantörlük durumu (bir tehlike kaynağını gözetme) varsa, olayda muhtemel ve müşahade edilebilir bir fiil eğiliminin bulunup bulunmadığının araştırılmasının dahi gerekmediği ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu görüşler, çalışma konusu karara doğrudan uygulanabilir görünmektedir.

Taksi şoförü olan şahsın, aracını sürücü belgesi olmayan birine vermesi şeklindeki hareket, nizamla aykırılık şeklindeki bir dikkat ve özen yükümlülüğü ihlalidir. Dolayısıyla burada kanundan kaynaklanan özel bir garantörlük durumunun var olduğu söylenebilir. Davaya konu olayda neticenin gerçekleşebileceğine yönelik işaretler ise aracın

ehliyetsiz bir kişiye verilmiş olmasından değil, aracın verildiği kişinin deneyiminden veya içinde bulunduğu diğer şartlardan anlaşılabilmektedir. Eğer salt aracın ehliyetsiz kişiye verilmesi şeklindeki hareketin, bu işaretlerin varlığını ya da yokluğunu önemsiz kıldığı söylenirse, neticenin objektif öngörülebilirliği şeklindeki unsurdan vazgeçilmesi riski ortaya çıkar. Objektif öngörülebilirliğin somut olayın şartlarından bağımsız olarak mevcut kabul edilmesi ise objektif sorumluluğa yol açacak bir ceza sorumluluğu genişlemesi anlamına gelir. Doktrinde bazı yazarlarca savunulan, nizamla aykırılık şeklindeki dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinde neticenin objektif öngörülebilirliğinin bir karine olduğu görüşü dikkate değer bir yaklaşımdır. Fakat bunun, sadece taksirli hareketin bir unsuru olan objektif öngörülebilirlik bakımından kabulü mümkündür. Bu görüş esas alınsa dahi, nedensellik bağının tespitinden sonraki aşamada objektif isnadiyetin bir şartı olarak objektif öngörülebilirliğin mevcut olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir.

Görüldüğü üzere buraya kadar yapılan değerlendirmeler suçun unsurlarına ilişkin olup, failin kusurundan bağımsızdır. Taksirli suçlarda neticenin sübjektif öngörülebilirliği ise, farklı görüşte yazarlar olmakla beraber, kanaatimizce failin kusuruna ilişkin bir husus olup, tüm unsurları ile oluşmuş bir taksirli suçtan dolayı failin kınanıp kınanamayacağına ilişkin bir değer yargısının içeriğine dâhildir. Oysa somut olayda neticenin sübjektif öngörülebilirliğine gitmeden önce, taksirli suçun maddi unsurlarına ilişkin bir değerlendirme ile suçun oluşmadığı çıkarımı yapılabilmektedir. Çünkü objektif öngörülebilirlik taksirli suçta gerek dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali unsurunun içinde ya da yanında gerekse objektif isnadiyetin kapsamında konumlandırılabilen, göz ardı edilemez bir unsurdur. Eğer objektif öngörülebilirliğin, dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamında araştırılması gereken bir unsur olduğu görüşü savunulursa, objektif öngörülebilirliğin mevcut olmadığı senaryolarda taksirli hareketin de olmadığını sonucuna varılmalıdır. Böyle bir durumda başka bir değerlendirme aşamasına geçmeden suçun oluşmadığı söylenebilir. Bu çalışmaya konu kararda karşı oy kullanan CGK üyelerinin dayandığı gerekçe işte bu doğrultudadır. Eğer öngörülebilirlik, özen yükümlülüğünden ayrı bir şekilde taksirli suçun bir unsuru ya da objektif isnadiyetin bir şartı olarak kabul edilirse, dikkat ve özen yükümlülüğüne

aykırı davranışın diğer bir deyişle taksirli hareketin tespit edilmesinden sonra, objektif öngörülebilirliğin ayrıca araştırılması gerekir.

Kanaatimizce her hâlükârda kusur çerçevesinde açıklanamayan ve doğrudan tipikliğin eksikliği sonucuna götüren bir husus olarak karşımıza çıkan objektif öngörülebilirliğin farklı şekillerde konumlandırılması konumuz bağlamında önem arz etmez. Önemli olan nizamla aykırılık şeklinde ortaya çıkan ve neticenin objektif öngörülebilirliğinin karine kabul edilebildiği taksirli hareket bakımından da söz konusu araştırmanın yapılmasından feragat edilmemesidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2023.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2024.
- BAŞER**, Zehra: Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet, Ankara 2022.
- BİRTEK**, Fatih: “Araç Sürücülerinin Tehlikeyi Önleme Yükümlülüğü (Garantörlüğü) ve Trafik Kazası Sonrasında Ortaya Çıkan Davranışların Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, 3. Karayolu Trafik Güvenliği Sempozyumu ve Sergisi Bildiriler Kitabı, 1. Cilt, Derleyenler: Tuncay Durna ve A. Alper Durmuş, Ankara 2012, 241-252.
- BİRTEK**, Fatih: Tamamı Örnek Olaylarla Açıklanmış Ceza Hukuku (Genel Hükümler) Temel Bilgiler, 4. Baskı, Ankara 2016.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2022.
- DEMİREL**, Muhammed: Taksirli Suç, 2. Baskı, Ankara 2024.
- DONAY**, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II, 12. Bası, İstanbul 1999.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021.
- DÜLGER**, Murat Volkan/**BAKDUR**, Merve/**ÖZKAN**, Onur: “Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, 747-787.
- EREM**, Faruk/**DANIŞMAN**, Ahmet/**ARTUK**, Mehmet Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 1997.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 28. Baskı, Ankara 2023.
- KARAKEHYA**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2022.
- KARTAL**, Melik: “Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematığına Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 44, 2020, 913-948.

- KEÇELİGİL**, Hasan Tahsin: Türk Ceza Hukukunda Taksirin Esasları, Ankara 2016.
- KEÇELİOĞLU**, Elvan: Taksirli Suçun Dogmatiği, Ankara 2015.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2024.
- İÇEL**, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.
- İÇEL**, Kayıhan/**SOKULLU-AKINCI**, Füsün/**ÖZGENÇ**, İzzet/**SÖZÜER**, Adem/**MAHMUTOĞLU**, Fatih Selami/**ÜNVER**, Yener: Suç Teorisi, 3. Bası, İstanbul 2004.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**MERAKLI**, Serkan/**BACAKSIZ**, Pınar/**BAŞBÜYÜK**, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2023.
- ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III, İstanbul 1992.
- ÖZEN**, Mustafa: Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 8. Baskı, Ankara 2023.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2021.
- ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2021.
- SÖZÜER**, Adem/**DURSUN**, Selman/**TALAS**, Serdar: Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2023.
- TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2016.
- TURİNAY**, Faruk Yasin: Ceza Hukukunda Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Trafik Kazaları Bakımından Değerlendirilmesi Üzerine Bir İnceleme”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 50, 2024, 49-88.
- ÜNAL**, Ertuğrul: Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu (TCK m. 85), Ankara 2017.
- YARGITAY CGK**: 05.05.2015, E. 2014/790, K. 2015/146, (Legalbank, Erişim Tarihi: 20.12.2024).

YAŞAR, Yusuf/**GÜLTEKİN DİKEN**, Nil Melek: “Karar İncelemesi - Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, C. 7, S. 1, 2018, 97-113.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Bası, İstanbul 2021.



KARAYİPLER ADALET DİVANI VE KARAYİPLER TOPLULUĞU BÜTÜNLEŞMESİNİN YASALLAŞMASI

Doç. Dr. Samet YILMAZ*

Prof. Dr. Kamuran REÇBER**

Öz

Karayıpler Adalet Divanı (Caribbean Court of Justice-CCJ), Karayıpler bölgesindeki on beş (tam) üyeden oluşan ve öncelikli olarak ekonomik iş birliği yoluyla bölgesel bütünleşmeyi hedefleyen Karayıpler Topluluğu (Caribbean Community-CARICOM) örgütünün kurumsal yapısı bünyesinde, örgütün kurucu antlaşması düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin

* Doç. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Bursa, Türkiye
| Assoc. Prof. Dr., Bursa Uludağ University, Department of International Relations, Bursa, Türkiye.

✉ sametyilmaz@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0002-5232-5435.

** Prof. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Bursa, Türkiye
| Prof. Dr., Bursa Uludağ University, Department of International Relations, Bursa, Türkiye.

✉ recber@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0001-7388-479X.

Bu çalışmanın kurgusu Doç. Dr. Samet YILMAZ tarafından yapılmış ve önemli bir kısmı da yine aynı yazarca yazılmıştır. Çalışmanın belirli kısımları (özellikle AB hukuku ve uluslararası hukuk ile ilgili kısımları) ise Prof. Dr. Kamuran REÇBER tarafından yazılmıştır.

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** YILMAZ, Samet / REÇBER, Kamuran: “Karayıpler Adalet Divanı ve Karayıpler Topluluğu Bütünleşmesinin Yasallaşması”, SÜHFD, C. 33, S. 2, Y. 2025, s. 1209-1249.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüyle yetkilendirilmiş bir uluslararası mahkemedir. Bu niteliğiyle Divan, CARICOM bütünleşme hukuku düzenlemelerinin yorumlanması, detaylandırılması ve açıklığa kavuşturulması bakımından, CARICOM'un kurumsal yapısı içerisinde kilit bir konumda bulunmaktadır. Peki, kurucu antlaşma düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkilendirilen CCJ, CARICOM bütünleşme sürecinin gelişimine nasıl etki etmektedir? Bu çalışma bahsi geçen soruya, Abbot ve diğerleri tarafından geliştirilen yasallaşma (legalization) kavramının sunduğu analitik çerçeve kapsamında yanıt aramaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Bölgesel Bütünleşme • Karayipler Topluluğu • Karayipler Adalet Divanı • Uyuşmazlıkların Çözümü • Yasallaşma

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE AND THE LEGALIZATION OF CARIBBEAN COMMUNITY INTEGRATION

Abstract

Caribbean Court of Justice (CCJ) is an international court within the institutional structure of the Caribbean Community (CARICOM), which comprises fifteen (full) members and aims to achieve regional integration primarily through economic cooperation. It is tasked with hearing and determining disputes concerning the interpretation and application of the founding treaty of CARICOM. Therefore, the court occupies a key position in the institutional structure of CARICOM in terms of interpreting, elaborating, and clarifying the norms of CARICOM integration law. So, how does the CCJ, which is authorized to resolve disputes that may arise regarding the interpretation and application of the founding treaty provisions, affect the progress of the integration process? This study seeks an answer to the stated question, drawing on the analytical framework of the legalization concept, which is provided by Abbot and his associates.

Keywords

• Regional Integration • Caribbean Community • Caribbean Court of Justice • Settlement of Disputes • Legalization

GİRİŞ

Uluslararası hukuk kişileri (devletler, uluslararası örgütler, papalık), aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların barışçıl şekilde çözümlenmesi amacıyla, yargı dışı ve yargısal çözüm yöntemlerine

başvurmaktadır.¹ Bu hususta, uluslararası hukukun gelişimiyle de bağlantılı olarak, genellikle hukuk kurallarını tatbik eden ve bağlayıcı karar alma yetkisi bulunan yargısal çözüm yolları² kapsamında, uluslararası ilişkilerde 20'nci yüzyılın başı itibarıyla uluslararası mahkemelerin³ kurulmaya başladığı ve II. Dünya Savaşı sonrasında sayısının arttığı görülmektedir. Uluslararası ilişkilerdeki sistemik değişimler ve örgütlenme seviyesinin yoğunlaşmasıyla ilintili olarak sayısı artan uluslararası mahkemelerin işlevleri de çeşitlenmiştir. Uluslararası mahkemeler, uluslararası hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümüne yönelik işlevlerine ilaveten, uluslararası (kurumsal) iş birliği süreçlerinin işleyişine dair uluslararası ve ulusal idari organların eylemlerinin ve/veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi (administrative review), uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası hukuk kurallarına veya yasal yükümlülüklerine uygun eylemlerde bulunmasının sağlanması (enforcement) ve devletlerin iç hukuk kurallarının daha üst seviyedeki bir hukuk düzenine (bölgesel ekonomik iş birliği antlaşmaları gibi) uygunluğunun denetimi (constitutional review) gibi yeni işlevler görmeye başlamıştır.⁴ Bu

¹ **REÇBER**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2023, s. 413-457.

² **PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2005, s. 454.

³ Bu çalışma boyunca uluslararası mahkeme terimi, daimi nitelikte olan, bağımsız ve tarafsız yargıçlardan oluşan, uyuşmazlık taraflarından birinin bir uluslararası örgüt veya devlet olabileceği iki ya da daha fazla taraf arasındaki uyuşmazlıkları çözme yetkisi bulunan, kuruluşu uluslararası yasal bir metne dayanan, usul kuralları önceden belirlenmiş olan, ağırlıklı olarak uluslararası hukuk kurallarına göre karar tesis eden ve bağlayıcı kararlarla birlikte danışma görüşü de verebilen birimler anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır. **ROMANO**, Cesare P.R.: "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", New York University Journal of International Law and Politics, C. 31, 1999, s. 709-751.

⁴ **ALTER**, Karen J.: The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights, Princeton University Press, Princeton 2014. **MADSEN**, Mikael Rask: "Judicial Globalization: The Proliferation of International Courts", Cassese, Sabino (Editör), Research Handbook on Global Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 282-302. **O'CONNELL**, Mary Ellen/**VANDERZEE**, Lenore: "The History of International Adjudication", Romano, Cesare Pr./Alter, Karen J./Shany, Yuval (Editörler), The Oxford Handbook of International Adjudication, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 40-62. **ROMANO**, "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", s. 709-751

bağlamda uluslararası mahkemelerin, çağdaş uluslararası ilişkilerin yerleşik birimleri içerisinde yer aldığı öne sürülebilir.

Uluslararası mahkemelerin gelişimi ve işlevlerinin çeşitlenmesi sürecine katkı veren unsurlardan biri, uluslararası ilişkilerde sayısı artan devletler arası bölgesel ekonomik gruplaşmalardır. Bilhassa 1950'lerde Avrupa'da başlayan ekonomik iş birliği merkezli bütünleşme süreci, belirli açılardan Latin Amerika, Asya ve Afrika gibi gelişmekte olan devletlerin bulunduğu coğrafyalardaki bölgesel iş birliği süreçlerini etkilemiş⁵ ve Avrupa Birliği (AB), diğer bölgesel bütünleşme merkezli örgütler için emsal teşkil etmiştir.⁶ Bu durumla müteallik olarak, bölgesel ekonomik gruplaşmalar içerisinde, iş birliği sürecinin belirlenen kurallar ve normlar dâhilinde işleyişinin ve oluşturulmak istenen bölgesel yasal rejimin etkinliğinin sağlanması esasıyla, AB Adalet Divanı (ABAD) benzeri bölgesel mahkemeler oluşturulmuştur.⁷

Uluslararası ilişkilerde bölgesel iş birliğinin yaygınlaşmasıyla ve bu durumla bağlantılı olarak uluslararası mahkemelerin sayısının artmasıyla paralel şekilde, Karayipler bölgesindeki on beş (tam) üyeden oluşan⁸ ve öncelikle ekonomik iş birliği yoluyla bütünleşmeyi hedefleyen CARICOM bünyesinde, örgütün kurucu antlaşması düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüyle yetkilendirilen CCJ kurulmuştur. Uyuşmazlıkların çözümüne dair zorunlu ve münhasır yargı yetkisiyle donatılmış bir organ olan CCJ, çok taraflı bir kurucu antlaşma ve bu antlaşmada belirtilen hususlar dâhilinde karar alma yetkisi tevdi edilmiş organların tesis ettiği tasarruflar yoluyla ihdas edilmesi hedeflenen yasal rejiminin kurallarının yorumlanması, detaylandırılması ve uygulanması

⁵ SÖDERBAUM, Fredrik: *Rethinking Regionalism*, Palgrave Macmillan Publishing, London, 2016.

⁶ BÖRZEL, Tanja A./RISSE, Thomas: "Diffusing (Inter-)Regionalism: The EU as A Model of Regional Integration", KFG Working Paper Series, 7, 2009. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ss0ar-368027>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁷ ALTER, Karen J.: "The Global Spread of European Style International Courts", *West European Politics*, C. 35, S. 1, 2012, s. 135-154. NYMAN-METCALF, Katrin/PAPAGEORGIOU, Ioannis: *Regional Integration and Courts of Justice*, Intersentia Publishing, Antwerpen, 2005.

⁸ Antigua ve Barbuda, Bahamalar, Barbados, Belize, Dominika, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaika, Montserrat, Saint Kitts ve Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent ve Grenadinler, Surinam, Trinidad ve Tobago.

açısından, CARICOM'un kurumsal yapısı içerisinde kilit bir konumda bulunmaktadır. Nitekim Nisan 2005'de göreve başlayan CCJ'nin açılış konuşmasında, ilk Divan olan Başkanı Michael de la Bastide, Divanın kurulmasının Karayipler tarihindeki önemli dönüm noktalarından biri olduğunu ve söz konusu yargı organının bütünleşme sürecine önemli ölçüde katkı verme potansiyelinin bulunduğunu söylemiştir.⁹ Peki, kurucu antlaşma düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkilendirilen CCJ, CARICOM bütünleşme sürecinin gelişimine nasıl etki etmektedir?

Bu çalışma, yukarıda ifade edilen soruya, Abbott ve diğerleri tarafından "özellikli bir kurumsallaşma biçimi" şeklinde değerlendirilen yasallaşma¹⁰ kavramı çerçevesinde yanıt aramaktadır. CARICOM kurucu antlaşması düzenlemeleri ve bu kurucu antlaşmada belirtilen hedefler çerçevesinde yetkilendirilen CARICOM organlarının tesis ettiği kararlar, bölgesel düzeyde bir bütünleşme hukukunun ortaya çıkmasını beraberinde getirmektedir. Bölgesel düzeyde oluşturulan ve geliştirilmeye çalışılan hukuk sisteminin normlarının açıklanması, detaylandırılması ve uygulanması, bütünleşme sürecinin derinleşmesi ve yasallığının gelişimi açısından bir gerekliliktir. CARICOM hukukunun yorumlanmasında ve/veya uygulanmasında taraf devletler arasında farklı diyebileceğimiz yaklaşımların olması mümkündür. Bu durum, kendine özgü nitelikleri de dikkate alındığında, CARICOM hukuku normlarının yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesiyle yetkilendirilmiş bir organ olan CCJ'yi, bölgesel iş birliği sürecinin derinleşmesi ve yasallaşması açısından kritik bir konuma getirmektedir.

Belirtilen hususlar kapsamında, girişi izleyen kısımda, yasallaşma kavramı tanımlanmış ve bu kavramın sunduğu analitik çerçeve içerisinde, uluslararası mahkemelerin bölgesel rejimlerin yasallaşmasına katkısını ve etkinliğini belirleyen unsurlar ortaya konulmuştur. İkinci

⁹ CASERTA, Salvatore: International Courts in Latin America and the Caribbean: Foundations and Authority, Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 25.

¹⁰ ABBOTT, Kenneth W./KEOHANE, Robert O./MORAVCSIK, Andrew/SLAUGHTER, Anne-Marie/SNIDAL, Duncan: "The Concept of Legalization", International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 401-419.

kısımda, CARICOM bölgesel örgütünün temel hedeflerine ve kurumsal yapısına kısaca değinilmiştir. Çalışmanın üçüncü kısmında, CARICOM bünyesinde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin öngörülen yöntemler ve mekanizmalar ve bunlar içerisinde, çalışmanın esas konusunu teşkil eden CCJ'nin yetkisinin niteliği ve yapısı değerlendirmeye alınmıştır. Bu kısımda ayrıca, çalışmada ele alınan konuyla bağlantılı olmak üzere, literatürde sıklıkla referans verilen Trinidad Cement Limited-TCL Guyana Incorporated ve Guyana Kooperatif Cumhuriyeti ile Shanique Myrie ve Barbados devleti davalarında, Divanın kimi CARICOM hukuku normlarına dair getirdiği yorumlar üzerinde durulmuştur. Dördüncü kısımda, CCJ'nin CARICOM bütünleşme sürecinin yasallaşması üzerindeki etkisi değerlendirilmiştir. Son kısımda, çalışma kapsamında ulaşılan sonuç(lar) tartışılmıştır.

I. ANALİTİK ÇERÇEVE: YASALLAŞMA VE ULUSLARARASI MAHKEMELER

Yasallaşma kavramı, bu çalışmanın dipnot kısmında belirtilen yazarlardan Abbott ve diğerlerince, her biri seviye açısından yüksekten düşüğe doğru çeşitlilik ve birbirlerinden bağımsız olarak değişkenlik gösterebilecek olan yükümlülük (obligation), açıklık (precision) ve delegasyon değişkenleri çerçevesinde uygulamalı hâle getirilmektedir. Yükümlülük, devletler ve diğer uluslararası hukuk süjeleri üzerinde bağlayıcı sonuçları bulunan yasal kuralları ve taahhütleri işaret etmektedir. Yasal kurallar, *pacta sunt servanda/ahde vefa* gibi yerleşik uluslararası normları, yasal taahhütlerin ihlal edilmesi durumunda uygulanacak prosedürleri ve etkileşimlere dair yasal söylem hususları kapsamında, yükümlülük değişkeninin uluslararası düzeydeki yansımalarından oluşmaktadır. Taahhütlerin yasal açıdan getirdiği yükümlülükler veya yasal bağlayıcılık derecesi, katı kurallardan yumuşak kurallara¹¹ uzanan bir yelpazede çeşitlilik gösterebilmektedir.¹²

¹¹ Bu hususta bkz. ABBOTT, Kenneth W./SNIDAL, Duncan: "Hard and Soft Law in International Governance", International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 421-456.

¹² ABBOTT/KEOHANE/MORAVCSIK/SLAUGHTER/SNIDAL, "The Concept of Legalization", s. 408-410.

Açıklık, “kuralların gerektirdiği, yetkilendirdiği veya yasakladığı davranışların sarahaten tanımlanması” anlamına gelmektedir.¹³ Kuralların açıklığı, genel çerçevede bir hukuk sistemi içerisindeki hukuk normlarının aktörler tarafından kullanılabilir/başvurabilir olma seviyesini güçlendirmekte ve dolayısıyla hukuk sisteminin etkinliğini desteklemektedir. Uluslararası hukuk normlarının, ulusal hukuk sistemlerindeki normlar gibi, şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve öngörülebilir olması, muhatap kişilerin hakları ve yükümlülükleri açısından oldukça önemlidir. Bir hukuk sisteminde normların açık olmamasından veya yorum farklılıklarından dolayı çeşitli uyuşmazlıkların ortaya çıkması olasıdır.¹⁴

Yasallaşmanın üçüncü boyutu olan delegasyon, antlaşma, sözleşme, protokol ve benzeri uluslararası hukuk işlemlerinin uygulanmasından ve/veya yorumlanmasından kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, mahkemeler, hakemler (hakem mahkemeleri) ve idari örgütler gibi üçüncü bir aktörün yetkilendirilmesi olmaktadır. Öngörülen uyuşmazlık çözüm yöntemleri, hukuk kurallarının tatbik edildiği ve alınan kararların bağlayıcı olduğu yüksek seviyede yasallaşmış prosedürlerden oluşabileceği gibi taraflar arası siyasal müzakerelere dayanan yöntemlerden de meydana gelebilmektedir.¹⁵ Aslında uluslararası hukuk işlemleriyle oluşturulan bir hukuk sisteminde, uluslararası hukuk kişileri, prensip olarak bu normları yorumlamada ve/veya uygulamada yetkiye sahiptir. Bu konuda uluslararası hukuk kişileri, kendi aralarında oluşturulan hukuk işlemlerinin yorumlanması ve/veya uygulanmasından doğabilecek uyuşmazlıkları tarafsız ve bağımsız yargı organlarına tevdi etmeyi tercih edebilmektedir. Hatta bir antlaşmanın, sözleşmenin, protokolün ve benzeri hukuk işlemlerinin tarafları, genellikle bu işlemlerin son kısımlarında, yorumdan ve/veya uygulamadan doğabilecek uyuşmazlıklarda hangi lisanın (hukuk işleminin geçerliliği olarak kabul

¹³ ABBOTT/KEOHANE/MORAVCSIK/SLAUGHTER/SNIDAL, “The Concept of Legalization”, s. 401.

¹⁴ ABBOTT/KEOHANE/MORAVCSIK/SLAUGHTER/SNIDAL, “The Concept of Legalization”, s. 412-415.

¹⁵ ABBOTT/KEOHANE/MORAVCSIK/SLAUGHTER/SNIDAL, “The Concept of Legalization”, s. 415-416.

edilen metnin yazıldığı lisan) geçerli kılındığını ve kimin veya hangi merciinin (mahkeme vb.) yetkili olacağını da açıkça düzenlemektedir.

Uluslararası uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümüne ilişkin yargısal çözüm yollarının benimsenmesi, genel çerçevede yasallaşma seviyesini destekleyen bir durum şeklinde görülebilir. Uluslararası yargısal birimler, yetki alanlarının içerisinde kalmak kaydıyla, uluslararası hukuk kurallarını detaylandırmakta ve söz konusu birimlerin tesis ettiği kararlar, prensip olarak yalnızca uyuşmazlık tarafları için bağlayıcı olmakla birlikte, devletler arası ilişkilerin işleyişinde ortak hukukun gelişimine fiilen katkıda bulunabilmektedir.¹⁶ Bu durum, kurumsal ve yasal bir işleyiş dâhilinde, bölgesel ekonomik alanların oluşturulması amacıyla ihdas edilen örgütler açısından da söylenebilir. Bu kapsamdaki bölgesel örgütler bünyesinde, kurucu antlaşma düzenlemelerinin yorumlanmasına veya uygulanmasına dair ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünün, artan oranda mahkemelere delege edildiği görülmektedir. Bu gelişmenin, kurulmak istenen bölgesel rejimin yasal etkinliğini ve iş birliği sürecinin devamını takviye edici bir sonuç ortaya çıkardığı ileri sürülebilir. Zira genel kapsamda uluslararası mahkemeler, kuralların yorumlanması, detaylandırılması ve hangi durumlarda ihlâl edildiğinin ortaya konulması rolleriyle, devletlerin yasal taahhütlerinin güvenilirliğini güçlendirmektedir.¹⁷ Bu bağlamda çok taraflı antlaşmalar yoluyla bölgesel düzeyde ekonomik alan oluşturarak bütünleşmenin tesis edilmesi amacına yönelik devletler arası gruplaşmalar içerisinde kurulan bölgesel mahkemelerin, kurucu antlaşmalardaki hukuki düzenlemelerin veya kurucu antlaşmalara istinaden yetkilendirilen organların tesis ettiği kararların uygulanabilirliğini destekler nitelikte bir işlev gördüğü belirtilebilir. Başka bir deyişle bölgesel ekonomik iş birliğinin temelini oluşturan yasal rejim bünyesinde, uyuşmazlıkların çözümüne dair yetkisi bulunan bir bölgesel mahkemenin tesis ettiği kararlar, yalnızca

¹⁶ **GUZMAN**, Andrew T.: "International Tribunals: A Rational Choice Analysis", University of Pennsylvania Law Review, C. 157, 2008, s. 174. **VON BOGDANDY**, Armin/**VENZKE**, Ingo: "International Judicial Institutions in International Relations: Functions, Authority and Legitimacy", Reinalda, Bob (editör), Routledge Handbook of International Organization, Routledge Press, New York, 2013, s. 465.

¹⁷ **HELPER**, Laurence R./**SLAUGHTER**, Anne-Marie: "Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo", California Law Review, C. 93, S. 3, 2005, s. 931-936.

uyuşmazlık tarafı devletler için değil, diğer katılımcı devletler açısından da sonuçlar ortaya çıkarmakta ve böylece oluşturulmak istenen yasal rejimin etkinliği desteklenmektedir.¹⁸ AB gibi yasallaşma seviyesi yüksek olan örgütlerde, ABAD benzeri yargısal birimler, uyuşmazlıkların çözümü sürecinde kuralları yorumlamakta, bu kuralların geçerliliğine veya geçersizliğine dair hüküm tesis etmekte ve gerekmesi halinde yaptırımlara da karar verebilmektedir.¹⁹ Bu durum, içtihat yoluyla yönetişimi olanaklı hâle getirmekte ve dolayısıyla oluşturulmak istenen yasal rejimin uygulanma maliyetini düşürmektedir.²⁰

Ekonomik iş birliği yoluyla bütünleşmeyi hedefleyen bölgesel örgütler bünyesinde uyuşmazlıkların çözümünün uluslararası mahkemelere delegasyonu, söz konusu örgütlerin kurucu antlaşmalarının ve diğer ikincil normlarının yorumlanması, detaylandırılması ve uygulanması süreçlerine katkı sağlamaktadır. Bu konuda yetkilendirilen bir mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıklarda tesis ettiği kararlarıyla (oluşturduğu içtihatla), söz konusu bölgesel örgütlerin mevzuatına katkı da sunmaktadır. Yetkilendirilen mahkemenin etkinliğinde, bölgesel örgütlerin yetkileri ve kurumsal gelişmişliği ile katılımcı devletlerin uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümü konusundaki iradeleri gibi faktörlerin belirleyici olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte uluslararası mahkemelerin, çalışmanın giriş kısmında belirtilen işlevleri de dikkate alındığında, uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin etkinliğini belirleyen dört unsur üzerinde durulabilir. Bunlardan ilki, yargıçların ulusal hükümetlerden özerk karar alabilme kabiliyetidir. Yargıçların seçim yöntemi ile görev süreleri, yargısal mekanizmaların yetkisinin hukuki kapsamı ve finansal ve beşeri kaynaklar, bu hususta özellikle belirleyici unsurlar şeklinde ifade edilebilir. İkincisi, aktörlerin uyuşmazlık çözüm mekanizmasına erişim derecesidir. Devletlerin yanı sıra gerçek ve tüzel kişilerin uyuşmazlık çözüm mekanizmasına doğrudan başvurabilme veya dolaylı olarak ulusal mahkemeleri aracılığıyla ulaşabilme imkânının bulunması, erişim seviyesini

¹⁸ ROMANO, “The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle”, s. 735-738.

¹⁹ Bu hususta bkz. REÇBER, Kamuran: Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri, 3. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018.

²⁰ KAHLER, Miles: “Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization”, International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 663.

destekleyen unsurlar şeklinde belirtilebilir. Üçüncüsü, birinci ve ikinci unsurlarla ilintili olarak, yargısal uyuşmazlık çözüm mekanizmasının yetkisinin ihtiyari/isteğe bağlı olması yerine zorunlu olmasıdır. Zorunlu yargı yetkisinin, yargıçların devletlerden bağımsız karar tesis edebilme kabiliyetini ve ayrıca yargısal çözüm mekanizmasının devletler dışındaki diğer aktörler tarafından başvurulabilirliğini kuvvetlendirdiği ileri sürülebilir. Son unsur, uluslararası mahkeme tarafından tesis edilen kararların, nasıl ve kim tarafından uygulanacağını belirleyen, yasal iç içe geçmişliktir (legal embeddedness). Uluslararası düzeyde bir yargı organı tarafından alınan kararların, ulusal birimler (yasama, yürütme ve yargı) tarafından icrasına ilişkin hukuki bir çerçevenin oluşturulması, söz konusu yargı organının etkinliğini destekleyici bir durum olarak görülebilir.²¹

II. CARICOM: KÜÇÜK DEVLETLER ARASINDA BÜTÜNLEŞME ARAYIŞI²²

CARICOM, 15'inci yüzyılın sonuna doğru Avrupalılarca keşfedilen, uzun yıllar Avrupalı büyük devletlerin sömürgesi durumunda bulunan, ekonomik, kültürel, dinsel, dilse ve benzeri özellikler itibarıyla çeşitlilik gösteren ve coğrafi açıdan farklı şekillerde sınırlandırılan bir bölge olan Karayipler'de, öncelikli olarak ekonomik iş birliği yoluyla bütünleşmenin sağlanması gayesiyle oluşturulmuş bir bölgesel örgüttür. Bahsi geçen örgüt, üyelik kompozisyonu bakımından büyük ölçüde küçük ada devletlerinden oluşmaktadır. Üye devletler, genel kapsamda küçük devletlerin maruz kaldığı sorunlarla birlikte,

²¹ **ALTER**, The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. **KEOHANE**, Robert O./**MORAVCSIK**, Andrew/**SLAUGHTER**, Anne-Marie: "Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational", International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 457-488.

²² Bu başlıkta verilen bilgiler, daha önce yayımlanan "Karayipler Topluluğu: Hükümetler Arası İş Birliği Yoluyla Bölgesel Bütünleşme Arayışı" ve "Küresel Sağlık Krizlerinde Bölgesel İş Birliği: COVID-19 Salgınının Yönetiminde CARICOM ve SADC'nin Rolü" başlıklı çalışmalardan derlenmiş ve özet halinde verilmiştir. **YILMAZ**, Samet/**BELDER**, Ferit: "Küresel Sağlık Krizlerinde Bölgesel İş Birliği: COVID-19 Salgınının Yönetiminde CARICOM ve SADC'nin Rolü", Afet ve Risk Dergisi, C. 6, S. 3, 2023, s. 1181-1199. **YILMAZ**, Samet/**REÇBER**, Kamuran: "Karayipler Topluluğu: Hükümetler Arası İş Birliği Yoluyla Bölgesel Bütünleşme Arayışı", İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 1, 2023, s. 61-85.

Karayipler bölgesine özgü ekonomik, sosyal ve çevresel problemlerle ve risk unsurlarıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu bağlamda söz konusu devletler, karşılıklı bağımlılıklar oluşturarak ve kaynakları bir araya getirerek, ortak sorunlara çözümler getirilmesi ve bölgesel bütünleşmenin sağlanması amacıyla CARICOM örgütünü kurmuştur.

CARICOM'un kurucu metni olan 1973 tarihli Chaguaramas Antlaşması, (ortak pazar oluşturulması yoluyla) ekonomik bütünleşme, işlevsel iş birliği ve ekonomik ilişkileri de içerecek şekilde dış politika koordinasyonu sütunlarına dayalı bir devletler arası ortaklık öngörmüştür. İlgili antlaşmada, belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak, hükümetler arası iş birliği modeline dayanan bir kurumsal işleyiş belirlenmiş ve CARICOM'u oluşturan Karayipler Topluluğu ile Karayipler Ortak Pazarı, uluslararası hukuk kişiliği açısından ayrı varlığı bulunan birimler şeklinde düzenlenmiştir.

Üye devletler, CARICOM'un kurulmasından sonra, kurumsal eksiklikler ve iş birliği sürecinin hükümetlerin iradesine dayalı işleyişi gibi bütünleşme önünden engel teşkil eden içsel sorunların yanı sıra, küresel düzeyde ekonomik faaliyetin yoğunlaşması ve coğrafi kapsamının genişlemesi ve devletler arası ticaretin önündeki engellerin seyreltilmesi gibi uluslararası dönüşümlerin etkisi altında,²³ 1980'lerin sonuna doğru bütünleşme sürecine ilişkin bir reform süreci başlatmıştır. Bu süreç dâhilinde, 1973 Chaguaramas Antlaşması'nın kimi maddelerini değiştiren protokoller kabul edilmiş ve nihayetinde CARICOM Tek Pazar ve Ekonomisini İçeren Karayipler Topluluğunu Kuran Revize Edilmiş Chaguaramas Antlaşması, 2001 yılı itibarıyla CARICOM üyesi devletlerce imzalanmaya başlamış ve 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Revize Edilmiş Chaguaramas Antlaşması (RECA), bu antlaşmayla kurulan Topluluğun, 1973 Chaguaramas Antlaşması'yla oluşturulan Karayipler Topluluğu ve Ortak Pazarın yerini aldığını ve CARICOM Tek Pazarı ve Ekonomisini (CSME) kapsadığını düzenlemiştir. Böylece CARICOM, tek bir örgütsel yapı içerisinde hukuki kişiliğe sahip

²³ Bu hususta ayrıca bkz. JESSEN, Anneke/RODRÍGUEZ, Ennio: "The Caribbean Community: Facing the Challenges of Regional and Global Integration", **IDB-INTAL**, Occasional Paper 2, January 1999, <https://publications.iadb.org/en/publication/10893/caribbean-community-facing-challenges-regional-and-global-integration>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

olmuştur. Söz konusu antlaşmada, kurucu antlaşmanın önceki formuna benzer şekilde, ekonomik bütünleşme, işlevsel iş birliği ve ekonomik ilişkiler dâhil olmak üzere dış politika koordinasyonu sütunlarına dayalı bir bölgesel iş birliği öngörülmüştür. 2005 yılında üye devletler, örgüt bünyesinde güvenlik alanında da iş birlikleri geliştirmeye karar vermiş ve 2007’de güvenlik, resmi olarak CARICOM bünyesindeki iş birliği sütunlarından biri haline gelmiştir.²⁴

RECA, 1973 yılında yürürlüğe giren antlaşmayla oluşturan hükümetler arası iş birliği modelini büyük ölçüde korumakla birlikte, karar alma süreçlerine kimi revizyonlar getirmiş ve ayrıca yeni kurumların oluşturulmasını sağlamıştır. İlgili antlaşmada Hükümet Başkanları Konferansı (HBK) ve Topluluk Bakanlar Konseyi (TBK), CARICOM’un ana organları şeklinde benimsenmiştir. Revizyon öncesi kurucu antlaşmada da ana organlardan biri olarak düzenlenen HBK, üye devletlerin hükümet başkanları seviyesinde toplanmaktadır ve örgütün en üst seviyede karar alma organıdır. Bahsi geçen ana organda bağlayıcı kararlar, RECA’da aksi belirtilmedikçe, tüm üye devletlerin olumlu oyuyla tesis edilmektedir. 1973 Chaguaramas Antlaşması’nda örgütün ana organlarından biri olarak belirtilen Ortak Pazar Konseyi (OPK) organının yerini alan ve üye devletlerin bakan seviyesindeki temsilcilerinden oluşan TBK, diğer yetkilerinin yanı sıra, HBK tarafından belirlenen politika öncelikleriyle uyumlu şekilde, kurucu antlaşmada belirlenen iş birliği sütunlarıyla alakalı olarak, aksi RECA’da belirtilmedikçe, nitelikli çoğunluk oy nisabıyla bağlayıcı karar alma yetkisiyle donatılmıştır. Belirtilen ana organların RECA’yla kendilerine tevdi edilen görevleri icra etmesinde yardımcı olmak amacıyla, çeşitli politika alanlarıyla ilgili bakanlık konseyleri oluşturulmuştur. Yardımcı organ statüsündeki bakanlık konseyleri, TBK için belirlenen karar alma usullerine uygun olarak, kendi görev alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla, bağlayıcı kararlar tesis edebilmektedir.

Yukarıda aktarılan bilgiler dikkate alındığında, CARICOM, çok taraflı bir antlaşmayla yasal çerçevesi belirlenen, katılımcılar arasında

²⁴ Bu hususta ayrıca bkz. **CARICOM IMPACS: CARICOM Crime and Security Strategy 2013: Securing the Region**, Adopted at The Twenty-Fourth Inter-Sessional Meeting of the Conference of Heads of Government of CARICOM, 18-19 February 2013, Port-au-Prince, Republic of Haiti, 2013, <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210844.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

öncelikle tek pazar ve ekonomi oluşturulması yoluyla bütünleşme hedefinin sağlanmasının beklendiği ve kurumsal işleyişe sahip bir devletler arası ortaklıktır. Katılımcı devletler, ahde vefa ilkesi uyarınca, RECA'da düzenlenen hususlarla kendilerini bağlamıştır ve antlaşmanın iyi niyetle uygulanması yükümlülüğü altına girmiştir. CARICOM'un yetkili organları, RECA'da düzenlenen unsurlar çerçevesinde, bağlayıcı tasarruflar tesis edebilmektedir. Tesis edilen tasarruflar, kurucu antlaşmada belirtilen amaçların ve politikaların gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır. Bununla birlikte CARICOM'un yetkili organlarınca tesis edilen bağlayıcı kararların üye devletlerin iç hukukunda sonuçlar doğurması, üye devletlerin ek bir tasarrufla söz konusu kararları iç hukuka aktarmasını gerektirmektedir. Bu hususta RECA'nın 240'ıncı maddesinin 1'inci paragrafında "yetkili organların bu Antlaşma kapsamında alınan kararlarının, bu devletlerin vatandaşları için yasal olarak bağlayıcı haklar ve yükümlülükler oluşturmadan önce, üye devletlerin ilgili anayasal prosedürlerine tâbi olacağı" belirtilmektedir. Bu bağlamda CARICOM'un ikincil normları, üye devletlere uluslararası düzeyde yükümlülükler getirmekle birlikte, üye devletlerin ulusal hukuk sistemleriyle ilişkisi bakımından, bütünleşik (integrated) bir hukuk sistemi meydana getirmediği ve bu normların üye devletlerin ülkesinde doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı söylenebilir.

III. CARICOM VE UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Karayipler Topluluğunu Kuran Antlaşma ile antlaşma eki şeklinde düzenlenen Karayipler Ortak Pazarı kısımlarından oluşan 1973 Chaguaramas Antlaşması'nda²⁵ uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin benimsenen yöntemler, esas itibarıyla hükümetler arası karar alma usullerine uygun şekilde düzenlenmiştir.²⁶ Karayipler Topluluğunu Kuran Antlaşma uyarınca, başta Chaguaramas Antlaşması ekindeki 11'inci ve 12'nci maddeler olmak üzere, aksi belirtilmedikçe, söz konusu antlaşmanın uygulanmasına ve yorumlanmasına dair ortaya çıkabilecek

²⁵ **CARICOM:** The Treaty of Chaguaramas (Treaty Establishing the Caribbean Community and Annex to the Treaty, the Caribbean Common Market), <https://caricom.org/treaties/treaty-establishing-the-caribbean-community/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

²⁶ **O'BRIEN,** Derek: "CARICOM: Regional Integration in a Post-Colonial World", *European Law Journal*, C. 17, S. 5, 2011, s. 639

uyuşmazlıkların HBK tarafından karara bağlanacağı ifade edilmiştir.²⁷ Ortak pazar düzenlemeleri kapsamında, üye devletler tarafından görevlendirilen bakanlık seviyesindeki temsilcilerden oluşan, bağlayıcı karar alma yetkisi olan, kararlarını oy birliğiyle tesis eden ve katılımcı devletlerin bir oyunun bulunduğu OPK,²⁸ uyuşmazlıkların çözümünü içerecek şekilde, ortak pazarın gelişimi ve etkin işleyişiyle görevlendirilmiştir.²⁹ Ayrıca 1973 Chaguaramas Antlaşması ekinde, ortak pazarın işleyişine ilişkin olarak, üye devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne dair *ad hoc* nitelikte ve yetkisine başvurulması ihtiyari (isteğe bağlı) olan bir hakemlik usulü de belirlenmiştir.³⁰

1973 tarihli kurucu antlaşmanın revizyonu, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yeni usullerin ve mekanizmaların belirlenmesini beraberinde getirmiş ve belirli CARICOM organları, bu hususta yetkilendirilmiştir. RECA'da, yargı dışı yöntem anlamında, HBK'nin üye devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları ele alabileceği ve çözüme bağlayabileceği³¹ ve TBK'nin CARICOM organları arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere, antlaşma kapsamında sayılan yükümlülüklerin ihlâli iddialarını değerlendirebileceği düzenlenmiştir.³² Bahsi geçen organların uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tesis ettiği kararlar, içerik ve usul açısından RECA'da belirtilen hususlara uygun olması kaydıyla, bağlayıcı olabileceği gibi tavsiye niteliğinde de olabilmektedir.³³ Söz konusu CARICOM organlarının yanı sıra Rekabet

²⁷ CARICOM, Treaty Establishing the Caribbean Community, Madde 19.

²⁸ CARICOM, Annex to the Treaty, the Caribbean Common Market, Madde 6 ve 8.

²⁹ CARICOM, Annex to the Treaty, the Caribbean Common Market, Madde 7, Paragraf 1, Bent b.

³⁰ BERRY, David S.: Caribbean Integration Law, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 352-353.

³¹ CARICOM: Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy, Madde 12, Paragraf 8, <https://caricom.org/treaties/revised-treaty-of-chaguaramas-establishing-the-caricom-including-csme/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

³² CARICOM, Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy, Madde 13, Paragraf 4, Bent g.

³³ BERRY, Caribbean Integration Law, s. 353-354.

Komisyonu³⁴ ve Ticaret ve Ekonomik Kalkınma Konseyi³⁵ (COTED) gibi kurumlar da kendi görev alanlarıyla ilgili olarak, sınırlı da olsa, soruşturma yapma, rapor tesis etme, tavsiye kararı alma ve yaptırımında bulunma gibi yetkilere sahiptir.³⁶

RECA'nın 9'uncu bölümü, özellikle olarak CARICOM kapsamında uyuşmazlıkların çözümüne dair düzenlemeleri içermektedir. RECA'nın 187'nci maddesi, RECA'nın uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin olarak, ilgili bölümdeki düzenlemelerin uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacağını ve şu hususları içerdiğini belirtmektedir:

a) Bir üye devlet tarafından alınan fiili veya alınması önerilen bir tedbirin Topluluğun hedefleriyle tutarsız olduğuna veya olabileceğine dair iddialar,

b) Zarara, maruz kalınan veya maruz kalınması muhtemel ciddi zarara, CSME'nin oluşturulması ve işleyişinden beklenen faydaların ortadan kaldırıldığına veya zarar verildiğine dair iddialar,

c) Topluluğun bir organının veya biriminin (body) yetkisi dışında eylemde bulunduğuna dair iddialar,

d) Antlaşmanın bir hedefinin veya amacının gerçekleşmesinin engellenmesine veya tehlikeye düşürüldüğüne dair iddialar.

³⁴ Rekabet Komisyonu, ortak pazarda faaliyet gösteren işletmelerin rekabeti bozucu faaliyetlerini takip etmek ve sınır ötesi uyuşmazlıkları incelemek ve tahkim etmekle yetkilendirilmiştir. Komisyon, sınır ötesi ticari işlemlerle ilgili olarak, faaliyetleri ticarete zarar veren veya rekabeti önleyen, kısıtlayan veya bozan işletmelere karşı kısıtlayıcı veya cezalandırıcı tasarruflarda (determinations) bulunabilmektedir. **CARICOM**, Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy, Madde 173 ve 174.

³⁵ Bağlayıcı karar alabilme yetkisi bulunan COTED, diğer işlevlerinin yanı sıra, ticaretin gelişmesiyle, ekonomik kalkınmanın gerçekleşmesiyle ve ortak pazarın işleyişinin takip edilmesiyle görevlendirilmiştir. Bu bağlamda, negatif ve pozitif önlemleri içerecek şekilde, COTED'in, ortak pazarın etkin işleyişine yönelik olarak, özellikle bir amacın gerçekleştirilmesine dair belirli bir yasama faaliyetinin üye devletlerce gerçekleştirilmesinin talep edilmesi veya üye devletlerin belirli bir hedefe ulaşılmasını engelleyen faaliyetlerinin durdurulması gibi hususlarda, gerekli önlemleri almaya ilişkin bağlayıcı karar alabileceği ifade edilebilir. Bkz. **BERRY**, Caribbean Integration Law, s. 355.

³⁶ **DE MESTRAL C.M.**, Armand: "The Constitutional Functions of the Caribbean Court of Justice", McGill Journal of Dispute Resolution, C. 1, S. 2, 2015, s. 52.

187'nci maddede belirtilen meselelere ilişkin uyuşmazlık çözüm yöntemleri, 188'inci maddede sayılmıştır. 188'inci madde itibarıyla, 187'nci maddede belirtilen meselelere ilişkin uyuşmazlıklar, yalnızca dostça girişim, arabuluculuk, müzakere(ler), uzlaştırma, hakemlik ve yargı yöntemlerinden biriyle çözümlenecektir. Uyuşmazlık tarafları, hakemlik ve yargı yöntemleri dışında, 188'inci maddede sayılan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri sonuç vermezse, bu yöntemlerden bir başkasını belirleyebilmektedir. CCJ'nin zorunlu ve münhasır yetkisine halel gelmeksizin, uyuşmazlık tarafları, 188'inci maddede öngörülen ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birine başvurabilir.³⁷ Bu bağlamda RECA, antlaşmanın uygulanmasına ve yorumlanmasına dair üye devletler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara yönelik olarak, uluslararası hukukta genel olarak kabul gören yöntemleri benimsemiştir.³⁸

A. Karayipler Adalet Divanı

CCJ, bütünleşme süreci içerisinde antlaşma hedeflerine ulaşılmasını sağlayacak şekilde, RECA'nın yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü amacıyla oluşturulmuş bir yargı organıdır. RECA ve Karayipler Adalet Divanı Kurucu Anlaşması (KADKA), Divanın yetkilerini düzenleyen temel belgeleri oluşturmaktadır.³⁹ Bu temel belgelere ek olarak, Divanın işleyişi, tüzel kişiliği ve yargıçların ayrıcalıkları, dokunulmazlıkları ve görev süreleri gibi Divana ilişkin anlaşmalar ve protokoller kabul edilmiştir.⁴⁰

³⁷ Bu hususta detaylı bir inceleme için bkz. **BERRY**, Caribbean Integration Law, s. 361-382.

³⁸ Sayılan uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm yöntemleri içerisinde genel anlamda kabul edilen soruşturma (soruşturma komisyonları vb.) yoluna yer verilmemesi oldukça ilginçtir. Örneğin Birleşmiş Milletler Kurucu Antlaşması'nın 33'üncü maddesinde uyuşmazlıkların yargı dışı çözüm yöntemlerinde dostça girişime yer verilmemiş ancak soruşturma usulü, bahsi geçen maddede yer almıştır.

³⁹ **KOCKEN**, Joris/**VAN ROOZENDAAL**, Gerda: "Constructing the Caribbean Court of Justice: How Ideas Inform Institutional Choices", European Review of Latin American and Caribbean Studies/Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, S. 93, 2012, s. 96.

⁴⁰ **BERRY**, Caribbean Integration Law, s. 384-385.

CCJ'nin iki türlü yargı yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, detaylandırılacağı üzere, KADKA ve RECA'da düzenlenen özgün yargı yetkisidir (original jurisdiction). Divanın ikincisi yetkisi, KADKA'da tanzim edilen temyiz yetkisidir.⁴¹ Divan, KADKA'ya taraf olan ve Divanın bu yetkisini kabul eden CARICOM üyesi devletlerde, medeni hukuk ve ceza hukukuyla ilgili davalarda temyiz yetkisine sahiptir.⁴² Çalışmada ele alınan konu itibarıyla yalnızca CCJ'nin özgün yargı yetkisine değinilecektir.

1. Divanın Özgün Yetkisi

RECA ve KADKA⁴³ itibarıyla CCJ, RECA düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüyle yetkilendirilmiştir. Bu kapsamda RECA'nın 211'inci ve KADKA'nın 12'nci maddelerinde, Divanın ihtilafli yargı yetkisi, KADKA'ya taraf devletler arası uyuşmazlıkları, KADKA'ya taraf devletler ile CARICOM arasındaki uyuşmazlıkları, Doğu Karayipler Yüksek Mahkemesi de dâhil olmak üzere, KADKA'ya taraf devletlerin ulusal mahkemeleri tarafından gerçekleştirilecek başvuruları (referrals)⁴⁴ ve RECA'nın uygulanması ve yorumlanmasıyla alakalı olarak (gerçek ve tüzel) kişilerce yapılacak müracaatları içermektedir.

RECA'nın 222'nci ve KADKA'nın 24'üncü maddeleri, kişilerin hangi durumlarda, Divan nezdinde davalara taraf olabileceğini düzenlemektedir. RECA'nın 222'nci maddesinde belirtildiği şekilde, imzacı devletlerin gerçek ve tüzel kişilerine, Divanın özel izniyle, aşağıda

⁴¹ **YILMAZ/REÇBER**, "Karayipler Topluluğu: Hükümetler Arası İş Birliği Yoluyla Bölgesel Bütünleşme Arayışı", s. 77.

⁴² Bu hususta ayrıca bkz. **BERNARD**, Désirée P.: "The Caribbean Court of Justice: A New Judicial Experience", International Journal of Legal Information, C. 37, S. 2, 2009, s. 222-223. **DE MESTRAL C.M.**, "The Constitutional Functions of the Caribbean Court of Justice", s. 64-70.

⁴³ **CARICOM**: Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, Madde 15, <https://caricom.org/treaties/agreement-establishing-the-caribbean-court-of-justice-cj/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁴⁴ RECA'nın 214'üncü maddesi, bir üye devletin ulusal mahkemesinin önüne gelen bir davada konu olan meselenin çözümünün RECA'nın yorumlanmasıyla veya uygulanmasıyla ilgili olduğu durumlarda, ilgili mahkeme meseleye ilişkin hükme varabilmek için gerekli görürse, hüküm vermeden önce bu ulusal mahkemenin meseleyi Divana sunacağını düzenlemektedir.

belirtilen hallerde, Divan önündeki yargılamalarda taraf olarak yer almalarına izin verilmektedir:

a) Divan, belirli bir durumda, bu Antlaşmanın, bu Antlaşma tarafından veya bu Antlaşma uyarınca bir imzacı tarafa tanınan bir hak veya menfaatin, doğrudan bu kişilerin yararına olacağını amaçladığını tespit etmişse;

b) İlgili kişiler, bu maddenin (a) paragrafında belirtilen hak veya menfaatlerden yararlanma konusunda zarar gördüğünü tespit etmişse;

c) Divan önünde hak sahibi olarak dava açma ehliyetine sahip imzacı taraf:

i) hak iddiasını ileri sürmeyi ihmal etmişse veya reddetmişse; veya

ii) ilgili kişilerin, hak sahibi olan ve dava açma ehliyetine sahip imzacı taraf yerine, iddiayı savunabileceğini açıkça kabul etmişse;

d) Divan, adaletin tesis edilmesinin, kişilerin hak iddiasında bulunmasına cevaz verilmesini gerektirdiğini tespit etmişse.

RECA'nın 217'nci ve KADKA'nın 17'nci maddeleri itibarıyla CCJ, özgün yetkisini kullanırken, uygulanabilir olduğu ölçüde uluslararası hukuk kurallarına veya tarafların uzlaşması halinde, hak ve adalete (hak ve nısfete/nesafete-*ex aequo et bono*) göre karar verebilmektedir. Divan, önüne gelen bir davaya tatbik edilecek hukuk kurallarının bulunmaması veya belirsiz olması durumunda, ilgili davaya ilişkin karar vermekten kaçınamayacağı, bahsi geçen maddelerde belirtilmiştir. Ayrıca Divan, RECA'nın 218'inci ve KADKA'nın 19'uncu maddeleri uyarınca, şayet koşullar gerektiriyorsa, tarafların haklarının korunması amacıyla, geçici koruma önlemleri almakla da yetkilendirilmiştir.

CCJ, RECA düzenlemeleri uyarınca, CSME'nin işleyişiyle bağlantılı şekilde, özellikle olarak Rekabet Komisyonunun kimi kararlarının kurucu antlaşma düzenlemelerine uygunluğunun yargısal denetimiyle (review) yetkilendirilmiştir. RECA'nın 175'inci maddesinin 12'nci paragrafı ile 176'ncı maddesinin 6'ncı paragrafı itibarıyla Divan, özel hukuk kişilerinin ve devletlerin, Rekabet Komisyonunca tesis edilen, CSME içerisindeki rekabeti bozucu eylemlere ve/veya işlemlere yönelik tasarruflarının kurucu antlaşma düzenlemelerine uygun olmadığı iddialarına yönelik değerlendirmede bulunma yetkisine sahiptir.

CCJ, klasik mahiyette uluslararası hukuk sisteminde yer alan diğer uluslararası mahkemelerde olduğu gibi danışma görüşü de

verebilmektedir. Divanın danışma görüşü verme yetkisi, RECA'nın 212'nci ve KADKA'nın 13'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. RECA'nın 212'nci maddesinde düzenlendiği haliyle CCJ, yalnızca üye devletlerin veya Topluluk organlarının talep etmesi üzerine, RECA'nın yorumlanmasına ve uygulanmasına dair danışma görüşü verme yetkisiyle donatılmıştır.⁴⁵

RECA'nın 216'ncı maddesinde Divanın zorunlu yargı yetkisi düzenlenmiştir. Üye devletler, herhangi bir özel sözleşme yapmaya gerek olmaksızın, CCJ'nin zorunlu yargı yetkisini kabul etmiştir. KADKA'nın 15'inci maddesinde belirtildiği üzere üye devletler, Topluluk organları ve birimleri ve Divan kararlarının kendileri üzerinde sonuçlar doğurduğu kişiler, Divanın tesis ettiği kararlara uymak durumundadır. Ayrıca ilgili anlaşmada, Divanın yargı yetkisini kullanarak tesis ettiği kararların, imzacı tarafların ülkesindeki tüm mahkemeler ve makamlar tarafından bir yüksek mahkeme kararı şeklinde uygulanmasının sağlanması amacıyla, bu tarafların, mevzuatın yürürlüğe sokulması dâhil olmak üzere, gerekli tüm adımları atma konusunda uzlaştığı ifade edilmiştir.⁴⁶

2. Divanın Yapısı

CCJ'nin yapısının oluşturulmasında, KADKA düzenlemeleri kapsamında ihdas edilen Bölgesel Adli ve Hukuki Hizmetler Komisyonu (bundan sonra Komisyon) belirleyicidir. Komisyon, CCJ Başkanı ile çeşitli bölgesel paydaşların katılımıyla oluşan, görevlerini ifa ederken ayrıcalıklardan ve bağışıklardan yararlanan ve sözleşme yapma yetkisini içerecek şekilde tam hukuki kişiliği bulunan bir birimdir. Söz konusu birimin, Başkan dışındaki Divan yargıçlarının atanması dâhil olmak

⁴⁵ BERNARD, "The Caribbean Court of Justice: A New Judicial Experience", s. 224.

⁴⁶ CARICOM, Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, Madde 26. Bu hususta kimi çalışmalarda, KADKA'nın 26'ncı maddesinin Divanın temyiz yetkisine ilişkin olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BIRDSONG, Leonard: "The Formation of the Caribbean Court of Justice: The Sunset of British Colonial Rule in the English Speaking Caribbean", The University of Miami Inter-American Law Review, C. 36, S. 2/3, 2005, s. 197-227. Ancak Divanın özgün yetkisine ilişkin 2021 tarihli Divan İç Tüzüğü'nde, Divanın özgün yetkisi kapsamında tesis ettiği kararların KADKA'nın 26'ncı maddesine uygun şekilde tatbik edileceği belirtilmiştir. CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: Caribbean Court of Justice Original Jurisdiction Rules 2021, <https://ccj.org/wp-content/uploads/2022/12/Caribbean-Court-of-Justice-Original-Jurisdiction-Rules-2021.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

üzere, Divan personelinin ve çalışanlarının belirlenmesine ve hizmet koşullarının düzenlenmesine dair görevleri bulunmaktadır.⁴⁷

KADKA uyarınca Divan, uluslararası ticaret hukukunu da içerecek şekilde, en az üçü uluslararası hukuk alanında uzman olmak kaydıyla, dokuzdan fazla olmayan yargıçtan ve bir başkandan oluşmaktadır. Başkan hariç yargıçların sayısı, Komisyonun tavsiyesi üzerine, hükümet başkanları tarafından artırılabilir. Divan Başkanı, Komisyonun tavsiyesi üzerine, imzacı tarafların dörtte üç çoğunluğuyla, Başkan dışındaki Divan yargıçları ise Komisyon üyelerinin oy çoğunluğuyla atanmakta veya görevden alınabilmektedir.⁴⁸ Divan üyeleri, ortak hukuk (common law) veya medeni hukuk alanında en az beş yıl adli görevde bulunmuş veya on beş yıldan az olmamak kaydıyla, hukukun uygulanması veya öğretilmesinde görev almış ve yüksek ahlaki değerlere, entelektüel ve analitik yeteneğe, makul muhakeme kabiliyetine ve toplumu anlayabilme yetisine sahip erdemli kişiler arasından belirlenmektedir.⁴⁹

Divan Başkanı, tekrar yenilenmemek kaydıyla, yedi yıllık bir süre için veya yetmiş iki yaşını doldurana kadar görevini sürdürmektedir. Diğer yargıçlar da yetmiş iki yaşını doldurana kadar Divandaki görevlerini devam ettirmektedir. Divan yargıçları, KADKA'nın ilgili maddesinde belirtilen düzenlemelere uygun şekilde, ancak hastalık veya başka bir nedenle görevini yerine getirememesinden veya göreviyle bağdaşmayan bir eylemden ve/veya işleminden ötürü Komisyon tarafından görevden alınabilmektedir. Komisyon, bu kararı almadan önce, usulen görevden alınma konusunu bir mahkemeye göndermelidir. İlgili mahkeme, KADKA'da belirtilen sebeplerden ötürü görevden alma konusunda tavsiye kararı verirse, o halde Komisyon görevden alma kararını tesis edebilmektedir.⁵⁰

2002'de yürürlüğe giren KADKA'da, Divan ve Komisyon giderlerinin, imzacı devletlerce mutabakata varılacak oranlarda, bu devletler tarafından karşılanacağı belirtilmiştir.⁵¹ Bu hususta imzacı

⁴⁷ CARICOM, Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, Madde 5

⁴⁸ CARICOM, Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, Madde 4

⁴⁹ BERNARD, "The Caribbean Court of Justice: A New Judicial Experience", s. 235.

⁵⁰ BERRY, Caribbean Integration Law, s. 387.

⁵¹ CARICOM, Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, Madde 28

devletler, 2004 yılında akdedilen ve aynı yıl yürürlüğe giren anlaşmayla bir Vakıf Fonu ihdas etmiştir.⁵² Tüzel kişiliği haiz söz konusu Vakıf Fonu, Divanın ve Komisyonun operasyon giderlerinin kesintisiz bir şekilde karşılanması amacıyla kurulmuştur. Fonun kaynakları, KADKA'ya taraf devletler, fonun kendi operasyonları ve Divanın bağımsızlığına hanel gelmemesi kaydıyla, diğer üçüncü tarafların katkılarından oluşmaktadır. Vakıf Fonunun idaresi, çeşitli bölgesel paydaşların temsilcilerinin yer aldığı Yönetim Kurulu tarafından icra edilmektedir.⁵³ Bu kapsamda 2006 yılında yürürlüğe giren ve KADKA'nın çeşitli hükümlerini revize eden protokolde, Divanın bulunduğu yerdeki bakım masrafları, ücretler, ödenekler ve KADKA'nın ilgili maddelerinde belirtilen diğer ödemeleri içeren Divan ve Komisyon giderlerinin, imzacı taraflarca mutabakata varılacak ve Vakıf Fonu kurucu anlaşmasının ekinde belirtilen oranlarda, bu tarafların katkılarıyla karşılanacağı belirtilmiştir.⁵⁴

B. Dava Örnekleri

1. Trinidad Cement Limited-TCL Guyana Incorporated ve Guyana Kooperatif Cumhuriyeti Davası

Trinidad Cement Limited (TCL), Trinidad ve Tobago devletinde kurulmuş ve Guyana devletine yabancı şirket olarak kayıtlı bir limitet şirkettir. TCL Guyana Incorporated, Guyana'da kurulmuş ve şirket hisselerinin %80'ninin TCL'ye ait olduğu bir limitet şirkettir. Söz konusu davacı şirketler, 3 Nisan 2008 tarihinde, RECA'nın 222'nci maddesine istinaden, Guyana devletine karşı bir yargılama sürecinin başlatılmasına yönelik özel izin verilmesi için CCJ'ye başvuruda bulunmuştur. Davacı

⁵² **CARICOM:** Caribbean Court of Justice Trust Fund Agreement Enters into Force Court Arrangements Advance, <https://caricom.org/caribbean-court-of-justice-trust-fund-agreement-enters-into-force-court-arrangements-advance/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁵³ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE:** Revised Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice Trust Fund, https://ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/ccj_rev_trustfund.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁵⁴ **CARICOM:** Protocol to The Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice Relating to the Tenure of Judges, Rules of Court, Financial Arrangements and Withdrawal from Agreement as well as the Relationship Between Provisions on the Original Jurisdiction of the Caribbean Court of Justice and the Constitutions of States Parties, Madde 4, <https://caricom.org/treaties/protocol-to-the-agreement-establishing-the-ccj-relating-to-the-tenure-of-judges-rules-of-court-financial-arrangements-and-withdrawal/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

taraf, Guyana'nın, COTED'in bu yönde bir kararı olmaksızın, ortak gümrük tarifesi (OGT) kurallarını askıya alarak, üye devletler arasında OGT oluşturulmasını öngören RECA'nın 82'nci maddesinin ihlal edildiğini, söz konusu ihlal nedeniyle rekabet avantajını kaybettiklerini, RECA düzenlemeleri itibarıyla kendilerine sağlanan bir faydadan yararlanamadıklarını ve zarara uğradıklarını ve bu zararın tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Guyana devleti, COTED bu yönde bir karar olmaksızın, OGT'yi askıya aldığı kabul etmiş ancak ilgili şirketlerin, Divan nezdinde dava tarafı olmaya yönelik RECA'da öngörülen koşulları karşılamadığı için dava açma hakkına sahip olmadığını ve RECA'nın ilgili maddesi uyarınca düzenlenen OGT'nin uygulanmamasının, başvuru sahiplerine bir fayda sağlamadığını ve dolayısıyla bir hak kazandırmadığını ileri sürmüştür.⁵⁵

CCJ, belirtilen iddialara konu olan dava sürecinde, RECA'nın çeşitli düzenlemelerini detaylandıran ve açıklığa kavuşturan tespitlerde bulunmuştur. Divana göre ilgili davada kişilerin davaya taraf olma hakkına sahip olup olmadıklarının değerlendirilmesi, RECA düzenlemelerinin dikkatli bir yorumunu gerektirmektedir. Bu hususta Divan, genel olarak antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin, farklı çıkarları ve görüşleri bulunan tarafların belirli konulardaki uzlaşısını gösterdiğini ifade etmiş ve özellikle çok taraflı antlaşmalarda, siyasal açıdan kabul edilebilir yorumlara ulaşabilmek amacıyla, antlaşma metninde kullanılan dilin, bilinçli bir şekilde, genellikle açık olmayan bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Divan, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) 31'inci maddesinin 1'inci paragrafına ve 32'nci maddesine⁵⁶ referans vererek, başvuruda bulunan kuruluşların Divana erişim hakkının olup olmadığına dair karar vermeye ilişkin değerlendirmesini yaparken, RECA'nın bağlamının ve amacının, özel hukuk kişilerinin statüsüne ve rolüne ilişkin antlaşma düzenlemelerinin, RECA'ya taraf devletlerin niyetinin, antlaşma metninin diline atfedilebilecek olağan anlamın ve taraf devletlerin

⁵⁵ CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. AR 1 of 2008 Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated and the Co-operative Republic of Guyana, [2008] CCJ 1 (OJ), https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2008_CCJ_1_OJ.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁵⁶ VAHS'nin ilgili maddeleri için bkz. REÇBER, Uluslararası Hukuk, s. 514.

belgeye ilişkin anlayışını belirleyen müteakip davranışlarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁷

Divan, Guyana devletinin, RECA'nın 222'nci maddesinde düzenlenen, imzacı devletlerin gerçek veya tüzel kişiler ifadesinin, ilgili antlaşmanın 32'nci maddesinin 5'inci paragrafının a bendinde belirtilen, akit tarafların uyruğunda bulunan kişiler anlamına geldiği iddiasını reddetmiştir. Divana göre bir şirketin akit taraflardan birinde kurulması veya bu devletlerden birine kayıt olması, bu şirketin 222'nci maddede belirtilen tüzel kişi kapsamında yer alması için yeterlidir. Divan, Guyana'nın ileri sürmüş olduğu 32'nci maddedeki uyruk kelimesinin, yalnızca yerleşme hakkı, emeğin dolaşımı ve hizmet sunma ile sermaye taşıma hakkına ilişkin düzenlemeler içeren RECA'nın 3'üncü kısmına uygulanacağını açık bir şekilde ifade edildiğini belirtmiştir. Diğer yandan Divan'a göre KADKA'nın 24'üncü maddesi, Guyana'nın söz konusu iddiasına kanıt oluşturmamaktadır. Bu hususta Divan, VAHS'nin 30'uncu maddesinin 3'üncü paragrafına referans vererek, RECA ile KADKA düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluk durumunda, RECA düzenlemelerinin uygulanacağını belirtmiştir.⁵⁸ Bu hususlar kapsamında CCJ, RECA'nın 222'nci maddesi uyarınca, başvuruda bulunan şirketlere davada taraf olma özel iznini vermiştir.

Divan, RECA'da hakların ve faydaların her zaman açık bir şekilde tanımlanmadığını ve hakların çoğunun, akit taraflara yüklenen bağıntılı yükümlülüklerden (correlative obligation) türetilebileceğini vurgulamıştır. Aksi özellikle belirtilmedikçe, RECA'da düzenlenen yükümlülükler, üye devletlere (veya bir grup üye devlete) toplu olarak verilmektedir. Bu şekilde bir yükümlülük düzenlendiği durumda, bu yükümlülük, Topluluk genelinde doğrudan tüzel kişilerin yararına olacak bağıntılı bir hak doğurabilir. Bu bağlamda Divan, RECA'nın 82'nci maddesinin üye devletlere bir yükümlülük getirdiğini ve bu yükümlülüğün, Toplulukta bu tür mallarla ilgili iş yapan tüm tüzel veya

⁵⁷ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No. AR 1 of 2008 Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated and the Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 1 (OJ), 9 ve 19 Numaralı Paragraflar, https://www.ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/ar12008_judgement.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁵⁸ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. AR 1 of 2008 Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated and the Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 1 (OJ), 25, 26, 27, 28 ve 29 Numaralı Paragraflar.

gerçek kişilere potansiyel olarak fayda sağladığını ve bir üye devletin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinin kişilere zarar verme olasılığının bulunduğunu ifade etmiştir. Divan, Guyana'nın karşı karşıya olduğu iddialara verdiği yanıtı dikkate alarak, bunların kesinliği konusunda herhangi bir tespitte bulunmadan, başvuruçuların RECA'nın 222'nci maddesinin a ve b paragraflarında belirtilen koşulları yerine getirebileceklerine dair savunulabilir bir görüş/iddia ileri sürdüklerini tespit etmiştir.⁵⁹

CCJ, Guyana devletinin OGT'yi uygulamaması sebebiyle RECA'nın 82'nci maddesini ihlâl ettiğini, davacıların OGT'nin Guyana tarafından uygulanmasının kendilerine fayda sağladığını ve bu kararın alındığı tarihten itibaren 28 gün içerisinde Guyana devletinin CARICOM'a dışarıdan gelen çimento ürününe ilişkin OGT'yi uygulamasına karar vermiştir. Ancak Divan, davacı tarafların tazminat talebini⁶⁰ kabul etmemiştir.⁶¹

2. Shanique Myrie ve Barbados Devleti Davası

Jamaika devleti vatandaşı olan Shanique Myrie, 14 Mart 2011 tarihinde Barbados'taki Grantley Adams Uluslararası Havaalanı'na ulaşmış ancak ülkeye girişi engellenmiş, bir gece havaalanındaki hücrede kalmış ve ertesi gün Jamaika ülkesine geri gönderilmiştir. Bu gelişme ertesinde Myrie, RECA'nın 45'inci maddesi ve 2007'de düzenlenen 28'inci HBK'de tesis edilen karara dayanan serbest dolaşım hakkının ihlâl edildiği, RECA'nın 7'nci ve 8'inci maddelerine aykırı olarak Jamaika uyruklu olması sebebiyle ayrımcılığa maruz bırakıldığı ve Barbados havaalanı görevlileri tarafından kendisine gerçekleştirilen muamelenin ve üst arama eyleminin, temel haklarını ve özgürlüklerini ihlâl edici nitelikte olduğu iddiasıyla, 17 Mayıs 2012'de Barbados devleti aleyhine

⁵⁹ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. AR 1 of 2008 Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated and The Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 1 (OJ), 31, 32, 33, 34 ve 35 Numaralı Paragraflar.

⁶⁰ TCL, duruşmalar sırasında tazminat talebinden vazgeçmiştir.

⁶¹ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No. OA 2 of 2009 Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated and the Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 5 (OJ), 44 ve 45 Numaralı Paragraflar, https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2009_CCJ_5_OJ.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CCJ nezdinde başvuruda bulunmuştur.⁶² Davacı tarafın iddialarına ilişkin olarak Barbados devleti, 2007 tarihli HBK kararının yalnızca bir uzlaşma (agreement) olduğunu ve RECA'nın 28'inci maddesinde düzenlendiği şekilde bir karar olmadığını, 2007 tarihli HBK tasarrufu bir karar olarak kabul edilse dahi, Antigua ve Barbuda devletinin bu karara çekince koyması ve kararın oy birliğiyle tesis edilmemesi sebebiyle, ilgili kararın yasal açıdan zorunlu bir hak getirmediğini ve RECA'nın 240'ıncı maddesi uyarınca Barbados'un anayasal prosedürlerine tâbi tutulmadığını, kişilerin serbest dolaşım hakkının 2007 tarihli HBK kararına dayandırılması hâlinde, göç ve gümrük prosedürlerinin, RECA'nın 30'uncu maddesinin 2'nci paragrafına uygun biçimde, RECA'nın 3'üncü kısmının işleyişinin dışında tutulan 'işlemler' olması sebebiyle, Barbados sınır yetkililerince serbest dolaşım hakkından yararlanmanın engellenmesinin veya bu hakkın uygulanmasını isteyen kişilere karşı yapıldığı iddia edilen muamelenin RECA kapsamında hukuki açıdan değerlendirilemeyeceğini, Divan 2007 tarihli HBK kararının Topluluk vatandaşları için üye devletlere giriş hakkı tanıdığı sonucuna varsa bile bu hakkın mutlak veya kısıtlanamaz nitelikte olmadığını ve RECA'nın 7'nci ve 8'inci maddelerinin ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.⁶³

Myrie'nin Barbados aleyhine Divan nezdinde yaptığı başvuru sonrasında Jamaika devleti, davaya müdahil olma talebini Divana iletmiştir. Jamaika, söz konusu davada verilecek bir kararın kendisinin önemli hukuki menfaatlerini etkileyebileceğini, yargılamanın tarafı olsun ya da olmasın, tüm üye devletler için bağlayıcı bir emsal teşkil edebileceğini belirtmiş ve başvurusunu, RECA'nın 221'inci maddesinin⁶⁴

⁶² **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 1, 2, 3 ve 4 Numaralı Paragraflar, <https://www.ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/2013-CCJ-3-OJ.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁶³ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 6 Numaralı Paragraf.

⁶⁴ RECA'nın 221'inci maddesi itibarıyla, Divan kararları, 219'uncu madde uyarınca revize edilmedikçe, Divan nezdindeki dava tarafları için hukuken bağlayıcı emsal teşkil etmektedir.

yorumuna dayandırmıştır.⁶⁵ Barbados devleti, çeşitli hukuki gerekçelerle Jamaika'nın davaya müdahil olmasına karşı çıkmıştır.⁶⁶

CCJ, üçüncü tarafların yargılama süreçlerine müdahil olmasını düzenleyen KADKA'nın 18'inci maddesi ile Divanın özgün yetkisine ilişkin Divan İç Tüzüğü'nün 14'üncü kısmının⁶⁷ tanıdığı yetkilere istinaden Jamaika'nın davaya müdahil olma talebini kabul etmiştir. Divan, bu kararı verdiği duruşmada, özellikle Barbados devletinin argümanlarıyla ilgili olarak,⁶⁸ RECA'nın bazı düzenlemelerini detaylandırmıştır. Bu hususta özellikle 221'inci maddeye ilişkin Divanın yorumu dikkate alınmalıdır. Divana göre RECA, çok taraflı ve bölgesel bütünleşme maksatlı bir antlaşmadır ve taraf devletler, bu antlaşmayı imzalayarak ve onaylayarak bir topluluk oluşturma iradesini göstermiştir. RECA'nın ilgili maddeleri itibarıyla üye devletler, antlaşmanın yorumlanmasına ve uygulanmasına dair ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, Divanın zorunlu ve münhasır yetkisini tasdiklemiş ve vereceği kararlara uymayı açıkça taahhüt etmiştir. Dolayısıyla RECA'nın 221'inci maddesi ile "Divan kararlarının yalnızca uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen dava için bağlayıcı" olduğunu belirtilen Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün 59'uncu maddesi arasında benzerlik kurmak uygun değildir. Belirtilen unsurlar çerçevesinde CCJ, RECA'nın 221'inci maddesine, Divan kararlarının tüm üye devletler ve Topluluk için bağlayıcı bir emsal sistemi oluşturduğu şeklinde bir yorum getirmiş ve bu yorumun, RECA'nın hazırlanması aşamasında da ifade edildiğini belirtmiştir.

⁶⁵ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and Barbados, [2012] CCJ 3 (OJ), 10 Numaralı Paragraf, https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2012_CCJ_3_OJ.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁶⁶ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and Barbados, [2012] CCJ 3 (OJ), 12, 13, 14 ve 15 Numaralı Paragraflar.

⁶⁷ Divanın özgün yetkisine ilişkin Divan İç Tüzüğü'nün güncel haliyle 17'nci kısmı.

⁶⁸ Barbados, Jamaika'nın 221'inci maddeyi yorumlama biçiminin doğru olmadığını ileri sürmüştür. Bu devlete göre Divan kararları, yalnızca davaya taraf olan hukuk kişileri için sonuçlar doğurmaktadır. Barbados devleti, bu iddiasını ileri sürerken RECA'nın 221'inci maddesi ile UAD Statüsü'nün 59'uncu maddelerini özdeşleştirmiştir. **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and Barbados, [2012] CCJ 3 (OJ), 12 Numaralı Paragraf.

Divana göre Divan kararları, üye devletlerin eylemlerine rehberlik edebilecek emsal kararlardır ve Topluluk hukukunun açıklanmasına katkı sağlamaktadır.⁶⁹

Divan, uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili olarak, RECA düzenlemelerinin yorumunun, antlaşmada belirtilen hedeflerin gerçekleştirilmesine dair yetkili CARICOM organlarının tesis edeceği kararlardan ve diğer tasarruflarından oluşan ve Topluluk hukukunun bir parçasını teşkil eden ikincil normları da kapsadığını belirtmiştir.⁷⁰ Divana göre Antigua ve Barbuda devletinin 2007 tarihli HBK kararına çekince koyması, RECA'nın 28'inci maddesinin 1'inci ve 27'nci maddesinin 4'üncü paragrafları dikkate alındığında, söz konusu kararı hükümsüz yapmamaktadır. Ayrıca kararın alınmasından sonra HBK, diğer CARICOM organları ve yetkilileri tarafından bu kararın uygulanmasına ilişkin alınan tedbirler, söz konusu HBK kararının geçerli ve bağlayıcı olarak değerlendirildiğini göstermektedir.⁷¹ Diğer yandan Divan, uluslararası hukuka ilişkin düalist yaklaşımı benimsemiş bir devletle ilgili olarak, bir antlaşma çerçevesinde tesis edilen bir kararın söz konusu devletin ulusal hukukunda uygulanabilir olması için bu devletin bu kararı iç hukuka aktarmasının gerekli olabileceğini belirtmekle birlikte, söz konusu aktarmanın, Topluluk düzeyinde haklar ve sorumluluklar getirmek için gerekli olmadığını ifade etmiştir.⁷²

Davacının temel haklarının ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bağlantılı olarak, Divan, yetkisinin RECA'nın yorumlanması ve uygulanmasıyla sınırlı olduğunu ve uluslararası insan hakları sözleşmeleri kapsamında, davacı tarafın insan hakları ihlallerine ilişkin iddiasıyla ilgili doğrudan bir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir.

⁶⁹ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and Barbados, [2012] CCJ 3 (OJ), 17, 18, 19, 20 ve 22 Numaralı Paragraflar.

⁷⁰ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 8 Numaralı Paragraf.

⁷¹ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 45, 46, 47 ve 48 Numaralı Paragraflar.

⁷² **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 52, 54 ve 55 Numaralı Paragraflar.

Bununla birlikte CCJ, RECA'nın 217'nci maddesi uyarınca, uluslararası bir mahkeme olarak, Topluluk hukukunu şekillendirirken ve geliştirirken, uluslararası insan hakları hukukunu dikkate alabileceğini ve dikkate alması gerektiğini ayrıca not etmiştir.⁷³

Tarafların iddialarını kapsamlı ve detaylı bir şekilde değerlendiren Divan, yargılama sonucunda Barbados devletinin, serbest dolaşıma ilişkin olarak RECA'nın 45'inci maddesini ve 2007 tarihli HBK kararını ihlal ettiğine, davacı tarafa maddi ve manevi tazminat ödemesine ve davacı tarafın mahkeme masraflarını karşılamasına hükmetmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

CARICOM, kuruluşu çok taraflı bir antlaşmaya dayanan bölgesel bir örgüttür. Örgütün belirlenen hedeflerinin somut sonuçlara dönüşmesi, kurucu antlaşmadan ve bu kurucu antlaşmayla yetkilendirilen CARICOM kurumlarının tesis ettiği kararlardan oluşan bütünleşme hukukunun uygulanmasına bağlıdır. RECA'nın 9'uncu maddesi uyarınca, üye devletler de kurucu antlaşma düzenlemelerinden ve yetkili organların tesis edeceği kararlardan doğan sorumluluklarını yerine getirmeyi, belirlenen hedeflerin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmayı ve bunlara aykırı eylemlerden kaçınmayı taahhüt etmiştir. Bu bağlamda CARICOM hukuku normlarının, muhatap olan hukuk kişilerince usulüne uygun bir şekilde uygulanması, sağladığı haklardan yararlanılması ve getirdiği olası sorumlulukların yerine getirilmesi sağlanabiliyorsa ortada bir sorunun olmadığı söylenebilir. Ancak özellikle taraf devletlerce CARICOM hukuku yorumlanırken veya uygulanırken bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, bu uyuşmazlığın CARICOM hukukuna göre çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

RECA'da, uyuşmazlıkların çözümüne dair karma bir yöntem öngörülmüş ve bazı CARICOM organları, bu hususta yetkilendirilmiştir. Belirtilen uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içerisinde CCJ, ayrıcalıklı bir konumdadır zira RECA'da düzenlenen ihtiyari uyuşmazlık çözüm yöntemlerine, CCJ'nin zorunlu ve münhasır yetkisine halel gelmeyecek şekilde başvurulması gerekmektedir. Esasen CCJ'nin CARICOM bütünleşmesi içerisindeki ayrıcalıklı rolü, üye devletlerce de ikrar

⁷³ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 10 Numaralı Paragraf

edilmiştir. Öyle ki RECA'nın giriş kısmının sondan ikinci cümlesinde, akit tarafların, RECA'nın yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili olmak kaydıyla, CCJ'nin özgün yetkisinin, CSME'nin etkin işleyişi için önemini teyit ettiği ifade edilmiştir. Bu durum, Divan tarafından da doğrulanmıştır. Divana göre üye devletler, RECA'yı imzalayıp yürürlüğe sokarak ve Divana, RECA düzenlemelerinin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili uyuşmazlıkların çözümüne yönelik zorunlu ve münhasır yargı yetkisi vererek, CARICOM'u kural merkezli bir sisteme dönüştürmüş ve böylece hukukun üstünlüğüne dayalı bir bölgesel sistemin ortaya çıkmasını tasdik etmiştir.⁷⁴

CCJ'nin yapısı dikkate alındığında, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin üye devletlerden bağımsız karar alma kabiliyetinin ileri seviyede olduğu söylenebilir. Divan yargıçlarının seçiminin tüzel kişiliği haiz ve sivil toplum temsilcilerini içeren bölgesel paydaşlarca gerçekleştirilmesi, seçilen yargıçların yetmiş iki yaşına kadar görevde kalabilmesi ve özellikle Divan giderlerinin karşılanmasına yönelik özerk bir finansal kaynağın bulunması,⁷⁵ Divanın özerkliğini yapısal olarak güçlendiren faktörler şeklinde yorumlanabilir. Bununla birlikte Divan yargıçlarının Komisyon tarafından görevden alınması, yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine zarar verici nitelikte değerlendirilebilir. Zira yargıçların Komisyonun kendilerini görevden alma endişesini taşıması, görevlerini yerine getirirken bir baskı unsuru olarak devreye girebilir.⁷⁶ Diğer yandan üye devletlerin uyuşğunda bulunan gerçek ve tüzel kişilere

⁷⁴ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE:** CCJ Application No. AR 3 of 2008 Between Trinidad Cement Limited and the Caribbean Community, [2009] CCJ 2 (OJ), 32 Numaralı Paragraf, https://ccj.org/judgments/ar3_2008/ar32008.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁷⁵ **LLIVINA,** Carina Alcoberro: "Small States and Regional Dispute Resolution Mechanisms: The Caribbean and Pacific Experiences", Butler, Petra/Lein, Eva/Salim, Rhonson (editörler), *Integration and International Dispute Resolution in Small States*, Springer Publishing, Cham, 2018, s. 42-43.

⁷⁶ Uluslararası yargı organlarında görev yapan yargıçların görevden alınmasında yetki kullanan birim, genellikle bu yargıçların görev yaptıkları yargı organı olmaktadır. Örneğin UAD yargıçları, UAD Statüsü'nün 18'inci maddesi itibarıyla UAD Genel Kurulu tarafından oy birliğiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargıçları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 23'üncü maddesinin 3'üncü paragrafı gereğince diğer yargıçların üçte iki oy çokluğuyla ve ABAD yargıçları, ABAD Statüsü Hakkında Protokol'ün 6'ncı maddesi itibarıyla Genel Kurul (diğer tüm yargıçlar ve savcılar) tarafından oy birliğiyle görevden alınabilmektedir.

doğrudan veya üye devletlerin ulusal mahkemeleri aracılığıyla dolaylı şekilde Divana erişim imkânının tanınmasının, CARICOM hukukunun gerçek ve tüzel kişilere haklar ve menfaatler sağladığı da göz önünde bulundurulduğunda, oluşturulmaya çalışılan bölgesel rejimin yasallaşma seviyesini destekler mahiyette bir durum olduğu söylenebilir. Bu şekilde özel hukuk kişilerine, Shanique Myrie ve Barbados devleti davasında görülebileceği üzere, CARICOM bünyesinde oluşturulan yasal rejim dâhilinde sunulan haklara veya menfaatlara ilişkin olarak yargısal koruma temin edilmektedir.

Divanın özgün yetkisinin hukuki kapsamı, giriş kısmında üzerinde durulan uluslararası mahkemelerinin işlevlerinin çeşitlenmesi olgusu da dikkate alındığında, birkaç boyut göz önünde bulundurularak değerlendirilebilir. Divan, öncelikle bir uyuşmazlık çözüm mahkemesidir. Çerçevesi kurucu antlaşmanın 187'nci maddesinde çizilen uyuşmazlık konularıyla müteallik olarak, CCJ, RECA'nın 211'inci ve KADKA'nın 12'nci maddelerinde düzenlenen ihtilaflı yargı yetkisi dâhilinde, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bağlayıcı nitelikte hüküm verebilmektedir. 187'nci madde uyarınca CCJ, RECA'nın yorumlanmasına ve uygulanmasına dair ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünü görevlendirilmekle birlikte, Shanique Myrie ve Barbados devleti davasında RECA'nın 9'ncü maddesini de referans vererek, RECA'nın yorumlanmasının kaçınılmaz olarak Topluluk organlarının ve birimlerinin kararlarını da kapsadığını belirtmiştir. Bu çerçevede Divan, uyuşmazlıkların çözümünde, CARICOM'un yetkili organlarının tesis ettiği ve CARICOM hukukunun bir parçasını teşkil eden kararları da yorumlama yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca Divan, 187'nci maddede belirtilen uyuşmazlık meseleleriyle alakalı olarak, kurucu antlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasıyla ilgili ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümüne dair karar tesis ederken, RECA'nın 217'nci ve KADKA'nın 17'nci maddelerinde belirtilen hususlara uygun karar vermektedir. Bu husus, Shanique Myrie ve Barbados devleti davasında, Divan tarafından teyit edilmiş ve Divan, davacının insan hakları ihlaline ilişkin iddiasına yönelik bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bununla birlikte Divan, yine aynı davada, RECA'nın 217'nci maddesini referans göstererek, CARICOM

hukukunun gelişiminde uluslararası insan hakları hukukunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁷

CCJ, kısmen de olsa, CARICOM kurumlarının tasarruflarının CARICOM hukukuyla uyumlu olup olmadığını yargı yetkisi itibarıyla değerlendirmeye alabilmektedir. Bu hususta özellikle olarak RECA'nın 187'nci maddesinin 1'inci paragrafının c bendi⁷⁸ ile Rekabet Komisyonunun rekabeti bozucu faaliyetlere yönelik tasarruflarının hukuki açıdan değerlendirilmesine dair düzenlemeler dikkate alındığında, CCJ'nin, kısıtlı da olsa, uyuşmazlıkların çözümü konusunda, bölgesel düzeyde idari eylemlerin ve/veya işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlediği söylenebilir. Ancak Divan, bütünleşme sürecine ve RECA'yı yorumlamaya yönelik genel yaklaşımına paralel olarak, CARICOM kurumlarının tasarruflarını yargı görevi kapsamında değerlendirirken her bir dava konusu işlemi kendi özel koşulları kapsamında ele alarak içtihadını da geliştirmektedir. Öyle ki TCL ve Rekabet Komisyonu davasında, Divan, zorunlu ve münhasır yargı yetkisi ışığında, RECA'nın normatif boyutunu da dikkate alarak, kurucu antlaşmayla oluşturulmuş olan CARICOM'un hiçbir kurumunun, Divanın yargısal denetiminden azade olmadığını ifade etmiştir.⁷⁹ Kurucu

⁷⁷ Nitekim Divan, Tomlinson davasında da davacı Tomlinson'un serbest dolaşım hakkından yararlanma konusunda ayrımcı muameleye maruz kaldığı iddiasıyla Divan nezdinde yargılama sürecinin başlatılmasına dair özel izine ilişkin kararını tesis ettiği duruşmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi birimlerinin, davaya konu olan iddiayla ilgili kararlarını dikkate almıştır. CASERTA, Salvatore/MADSEN, Mikael Rask: "Consolidation Supranational Authority: A Commentary on the Caribbean Court of Justice's Decisions in the Tomlinson Case", Legal Studies Research Paper Series, S. 76, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856227, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁷⁸ Belirtilen bağlamda, ilgili bendin tatbik edildiği bir davada Divanın yorumu için bkz. **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**, CCJ Application No. AR 3 of 2008 Between Trinidad Cement Limited and the Caribbean Community, [2009] CCJ 2 (OJ), 27 ve 30 Numaralı Paragraflar. **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No. OA 1 of 2009, Between Trinidad Cement Limited and the Caribbean Community, [2009] CCJ 4 (OJ), 35 ve 36 Numaralı Paragraflar, https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2009_CCJ_4_OJ.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

⁷⁹ **CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No OA 1 of 2012 Between Trinidad Cement Limited and the Competition Commission, [2012] CCJ 4 (OJ), 16 Numaralı Paragraf, https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2012_CCJ_4_OJ.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

antlaşma dâhilinde, ulusal birimlerin eylemlerinin ve/veya işlemlerinin hukuki denetimine ilişkin CCJ'nin açık bir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak ulusal mahkemelerin gerçekleştireceği başvurularda veya özel hukuk kişilerine davacı olarak Divan önündeki davalarda taraf olma izninin verildiği durumlarda, meselenin içeriğine bağlı olmakla birlikte, RECA kapsamında ulusal tasarrufların, eylemlerin ve/veya işlemlerin, dolaylı da olsa ve ilgili davada CARICOM hukukuyla alakalı olmak kaydıyla, değerlendirmeye alınması olasıdır.⁸⁰

Daha önce de belirtildiği üzere Divan, CARICOM'un yetkili organlarınca tesis edilen kararları, Topluluk hukukunun bir parçası olarak değerlendirmiş ve uyuşmazlıkların çözümünde ikincil normları da yorumlama yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte RECA ve KADKA itibarıyla Divan, ikincil normların içeriğinin geçerliliğine ve/veya geçersizliğine yönelik açık yetkilerle donatılmamıştır. Başka bir deyişle Divan, Topluluk kurumlarının tesis ettiği kararların, RECA'nın normatif boyutuna ve hedeflerine uygun olup olmadığı konusunda doğrudan yetkilendirilmemiştir. Ancak bu konuda Divanın yetkili olmadığına dair yasaklayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır.⁸¹ Bu durum, üye devletlerin iç hukuk mevzuatı açısından da belirtilebilir. Divan, üye devletlerin iç hukuk normları ile CARICOM normları arasında uyuşmazlık olduğunda, CARICOM hukukunu önceleyen bir tutum benimsemektedir. Divana göre 'Devletler Topluluğu' fikri ve kavramı, kaçınılmaz olarak, yeni bir yasal düzen içerisinde, belirli alanlarda üye devletlerin egemenliğine kısıtlamalar getirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda Divan, Topluluk düzeyinde, CARICOM mevzuatı ile ulusal mevzuat arasındaki bir uyuşmazlık durumunda, önceliğin birincisine verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸² Ancak RECA ve KADKA itibarıyla Divan, üye devletlerin iç hukuk kurallarının, içerik açısından CARICOM hukukuna uygunluğunun denetimi konusunda doğrudan yetkilendirilmemiştir.

İhtilafı yargı yetkisi dâhilinde CCJ'nin tesis ettiği kararlar bağlayıcıdır ve üye devletler, Topluluk organları ve birimleri ve Divan

⁸⁰ ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, s. 378.

⁸¹ ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, s. 395.

⁸² CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), 69 Numaralı Paragraf.

kararlarının kendileri üzerinde sonuçlar doğurduğu kişiler, bu kararlara riayet etmek durumundadır. Ayrıca Divanın yargı yetkisini kullanarak tesis ettiği kararların, bir yüksek mahkeme kararları gibi, KADKA'ya taraf devletlerin ülkesindeki yetkili makamlarca uygulanmasının sağlanmasına ilişkin olarak, imzacı tarafların uzlaştığı, KADKA'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Topluluk hukuku kapsamındaki yasal yükümlülüklerin üye devletler veya üye devletlerin yetkili makamları tarafından ihlâl edilmesi durumunda, zorunlu yargı yetkisi bulunan ve özel hukuk kişilerinin müracaatta bulunma imkânının tanındığı CCJ'nin, tesis ettiği kararlar yoluyla, üye devletlerin yasal yükümlülüklerine uygun tasarruflarda veya eylemlerde bulunmasının sağlanmasına yönelik yetkilerle donatıldığı ifade edilebilir. Bununla birlikte RECA ve KADKA'da, tesis edilen kararların uygulanmaması durumunda, bu duruma yönelik nasıl bir prosedür izleneceğine ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Ayrıca CARICOM bünyesinde, tevdi edilen yetkiler açısından, Avrupa Komisyonu benzeri, genel çerçevede yürütme yetkisiyle donatılmış, kurucu antlaşmaların uygulanmasıyla görevlendirilmiş ve üye devletlerden bağımsız olan bir organ bulunmamaktadır.⁸³ Bu hususta kimi CARICOM organlarına sınırlı yetkiler verilmiştir. RECA'da 'Topluluğun başlıca idari organı' şeklinde tanımlanan Sekretarya bünyesinde, CARICOM'un en yüksek idari amiri konumundaki Genel Sekretere, diğer görevlerinin yanı sıra, CARICOM dâhilinde alınan kararların uygulanması sürecine destek vermesi ve bu hususta raporlar hazırlaması gibi bazı denetim/gözetim yetkileri tevdi edilmiştir.⁸⁴ Esas itibarıyla üye devletlerle ve diğer Topluluk organlarıyla ilişkilerinde HBK'ye yardımcı olması amacıyla kurulan Büro biriminin, RECA itibarıyla, TBK'ye önerilerde bulunma ve Topluluk kararlarının uygulanmasını kolaylaştırma gibi görevleri bulunmaktadır.⁸⁵ Rekabet Komisyonu da kendi görev alanıyla ilgili kısıtlı gözetim, denetim ve yaptırımında bulunma yetkisini haizdir. Bu bakımdan genel kapsamda CARICOM hukukunun uygulanmasına ilişkin olarak CARICOM

⁸³ O'BRIEN, Derek/MORANO-FOADI, Sonia: "The Caribbean Court of Justice and Legal Integration within CARICOM: Some Lessons from the European Community", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, C. 8, S. 3, s. 404.

⁸⁴ BERRY, *Caribbean Integration Law*, s. 85-88.

⁸⁵ BERRY, *Caribbean Integration Law*, s. 75.

bünyesinde etkin bir mekanizmasının bulunmaması, CCJ'nin etkinliği açısından da olumsuz bir durum şeklinde değerlendirebilir.

SONUÇ

Bu çalışmada, 1973 yılında başlayan ve esas itibarıyla hükümetler arası iş birliği yöntemine dayalı bir işleyiş gösteren CARICOM bütünleşme süreci içerisinde, kurucu antlaşma düzenlemelerinin yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda yetkilendirilen CCJ'nin CARICOM bütünleşme sürecinin gelişimine etkisi nedir sorusuna, Abbot ve diğerleri tarafından geliştirilen yasallaşma kavramının sunduğu analitik çerçeve kapsamında yanıt aranmıştır. Karayipler bölgesinde bulunan küçük devletlerce kurulan CARICOM'un kurucu antlaşmasında yer alan düzenlemeler ve yetkili organlarının tesis ettiği kararlar, bütünleşme yönelimli iş birliği sürecinin yasal bir rejim içerisinde işleyişini sağlamaktadır. Bu işleyişin etkinliği, kurucu antlaşma düzenlemelerinin ve bu düzenlemelere dayalı ikincil normların yeknesak bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. CARICOM hukukunun yorumlanması ve/veya uygulanması kaynaklı uyuşmazlıkların, oluşturulan yasal rejim dâhilinde hâlli, açıktır ki söz konusu hukuk sisteminin etkinliğini destekleyecektir. Çalışmada yararlanılan analitik çerçeve bağlamında, CCJ'nin bu husustaki konumuna yönelik şu tespitlerde bulunulabilir.

CARICOM hukukunun yorumlanması ve/veya uygulanması kaynaklı uyuşmazlıkların çözümüne dair, ilgili örgüt bünyesinde faaliyet gösteren, öncelikli olarak uluslararası hukuk kurallarını tatbik eden, tesis ettiği kararları bağlayıcı olan ve zorunlu yargı yetkisi bulunan bir mahkemenin yetkilendirilmesi, genel kapsamda bütünleşme rejiminin yasallaşma seviyesini destekleyen bir faktördür. CCJ, tesis ettiği kararlarda, kurucu antlaşma düzenlemelerini ve CARICOM'un yetkili organlarınca alınan kararları yorumlamakta, detaylandırmakta ve açıklığa kavuşturmaktadır. Böylece CARICOM hukukunun uygulanabilirlik seviyesi geliştirilmekte ve CARICOM hukukuna muhatap olan hukuk kişileri açısından, ilgili hukuk düzeninin normlarının kullanılabilirliği ve başvurulabilirliği desteklenmektedir. Ayrıca CCJ'nin önüne gelen davalarda RECA'nın normatif boyutunu, hedeflerini ve bağlamını dikkate alarak karar tesis ettiği göz önünde bulundurulduğunda, Divan, bütünleşme sürecinin hukuksal bakımdan derinleşmesine de katkı vermektedir. CARICOM hukuku normlarının

kullanılabilirliğinin ve başvurulabilirliğinin desteklenmesi ve bütünleşme sürecinin hukuksal derinleşmesine katkı verilmesi hususları dikkate alındığında, CCJ'nin, RECA'ya taraf devletlerin taahhütlerinin yasallık seviyesini ve dolayısıyla güvenilirliğini güçlendirdiği, içtihat yoluyla yönetişimi olanaklı hâle getirdiği ve oluşturulmak istenen yasal rejimin uygulanma maliyetini düşürdüğü söylenebilir.

CCJ'nin, bu çalışma kapsamında üzerinde durulan, CARICOM hukukunun etkinliği ve bütünleşme sürecinin işleyişi açısından katkıları ve işlevleriyle birlikte, örgüt bünyesinde oluşturulan hukuk sistemi ve kurumsal işleyiş kaynaklı faktörler dâhilinde, CARICOM bütünleşmesinin karşı karşıya olduğu sorunları paylaştığı söylenebilir. Şöyle ki CARICOM, sömürge geçmişi bulunan ve görelî olarak bağımsızlığını geç kazanmış devletlerden oluşan bir üyelik kompozisyonuna sahiptir. Bu bakımdan üye devletler, egemenlik yetkilerinin korunması konusunda oldukça hassastır. Nitekim bütünleşme yönelimli bir örgüt olmakla birlikte, CARICOM'un kurumsal işleyişinin büyük ölçüde üye devletlerin iradesine bağımlı olması ve örgüt bünyesinde bütünleşik bir hukuk sisteminin oluşturulmasının öngörülmemesi, bu durumun göstergeleri olarak değerlendirilebilir. Tabiatıyla bu durumun, CCJ'nin etkinliği bakımından da sonuç doğurma potansiyeli bulunmaktadır. Diğer yandan CARICOM üyesi devletler CCJ kararlarının bir üst mahkeme kararı gibi uygulanması konusunda taahhütte bulunmakla birlikte, Divan tarafından verilen hükümlerin uygulanmasının denetimi konusunda güçlü yetkilerle donatılmış mekanizmaların oluşturulmaması hem öngörülen uyuşmazlık çözüm mekanizmasının etkinliği hem de CARICOM rejiminin yasallaşma seviyesi açısından olumsuz bir durum şeklinde görülebilir.

KAYNAKÇA

- ABBOTT**, Kenneth W./**KEOHANE**, Robert O./**MORAVCSIK**, Andrew/**SLAUGHTER**, Anne-Marie/**SNIDAL**, Duncan: "The Concept of Legalization", International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 401-419.
- ABBOTT**, Kenneth W./**SNIDAL**, Duncan: "Hard and Soft Law in International Governance", International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 421-456.
- ALTER**, Karen J.: "The Global Spread of European Style International Courts", West European Politics, C. 35, S. 1, 2012, s. 135-154.
- ALTER**, Karen J.: The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights, Princeton University Press, Princeton, 2014.
- BERNARD**, Désirée P.: "The Caribbean Court of Justice: A New Judicial Experience", International Journal of Legal Information, C. 37, S. 2, 2009, s. 219-238.
- BERRY**, David S.: Caribbean Integration Law, Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2014.
- BIRDSONG**, Leonard: "The Formation of the Caribbean Court of Justice: The Sunset of British Colonial Rule in the English Speaking Caribbean", The University of Miami Inter-American Law Review, C. 36, S. 2/3, 2005, s. 197-227.
- BÖRZEL**, Tanja A./**RISSE**, Thomas: "Diffusing (Inter-)Regionalism: The EU as A Model of Regional Integration", KFG Working Paper Series, 7, 2009. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-368027>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).
- CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: Caribbean Court of Justice Original Jurisdiction Rules 2021, <https://ccj.org/wp-content/uploads/2022/12/Caribbean-Court-of-Justice-Original-Jurisdiction-Rules-2021.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).
- CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: Revised Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice Trust Fund, https://ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/ccj_rev_trustfund.pdf, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).
- CARIBBEAN COURT OF JUSTICE**: CCJ Application No OA 002 of 2012 Between Shanique Myrie and Barbados, [2012] CCJ 3 (OJ),

https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2012_CCJ_3_OJ.pdf,
(Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No OA 1 of 2012
Between Trinidad Cement Limited and the Competition
Commission, [2012] CCJ 4 (OJ), https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2012_CCJ_4_OJ.pdf, (Erişim Tarihi:
09.04.2024)

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. AR 1 of 2008
Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated
and the Co-operative Republic of Guyana, [2008] CCJ 1 (OJ).
https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2008_CCJ_1_OJ.pdf,
(Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. AR 1 of 2008
Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated
and the Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 1 (OJ),
https://www.ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/ar12008_judgement.pdf,
(Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. AR 3 of 2008
Between Trinidad Cement Limited and the Caribbean
Community, [2009] CCJ 2 (OJ),
https://ccj.org/judgments/ar3_2008/ar32008.pdf, (Erişim Tarihi:
09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. OA 002 of 2012
Between Shanique Myrie and the State of Barbados and the State
of Jamaica, [2013] CCJ 3 (OJ), <https://www.ccj.org/wp-content/uploads/2021/02/2013-CCJ-3-OJ.pdf>, (Erişim Tarihi:
09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. OA 1 of 2009,
Between Trinidad Cement Limited and the Caribbean
Community, 2009] CCJ 4 (OJ), https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2009_CCJ_4_OJ.pdf, (Erişim Tarihi:
09.04.2024).

CARIBBEAN COURT OF JUSTICE: CCJ Application No. OA 2 of 2009
Between Trinidad Cement Limited TCL Guyana Incorporated
and the Co-operative Republic of Guyana, [2009] CCJ 5 (OJ),

https://ccj.org/wp-content/uploads/2023/03/2009_CCJ_5_OJ.pdf,
(Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM IMPACS: CARICOM Crime and Security Strategy 2013: Securing the Region, Adopted at The Twenty-Fourth Inter-Sessional Meeting of the Conference of Heads of Government of CARICOM, 18-19 February 2013, Port-au-Prince, Republic of Haiti, 2013, <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/210844.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM: Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice, <https://caricom.org/treaties/agreement-establishing-the-caribbean-court-of-justice-ccj/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM: Caribbean Court of Justice Trust Fund Agreement Enters into Force Court Arrangements Advance, <https://caricom.org/caribbean-court-of-justice-trust-fund-agreement-enters-into-force-court-arrangements-advance/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM: Protocol to The Agreement Establishing the Caribbean Court of Justice Relating to the Tenure of Judges, Rules of Court, Financial Arrangements and Withdrawal from Agreement as well as the Relationship Between Provisions on the Original Jurisdiction of the Caribbean Court of Justice and the Constitutions of States Parties, <https://caricom.org/treaties/protocol-to-the-agreement-establishing-the-ccj-relating-to-the-tenure-of-judges-rules-of-court-financial-arrangements-and-withdrawal/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM: Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community Including the CARICOM Single Market and Economy, <https://caricom.org/treaties/revised-treaty-of-chaguaramas-establishing-the-caricom-including-csme/>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CARICOM: The Treaty of Chaguaramas (Treaty Establishing the Caribbean Community and Annex to the Treaty, the Caribbean Common Market), <https://caricom.org/treaties/treaty->

establishing-the-caribbean-community/, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CASERTA, Salvatore/**MADSEN**, Mikael Rask: “Consolidation Supranational Authority: A Commentary on the Caribbean Court of Justice’s Decisions in the Tomlinson Case”, Legal Studies Research Paper Series, S. 76, 2019, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856227, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

CASERTA, Salvatore: International Courts in Latin America and the Caribbean: Foundations and Authority, Oxford University Press, Oxford, 2020.

DE MESTRAL C. M.: Armand: “The Constitutional Functions of the Caribbean Court of Justice”, McGill Journal of Dispute Resolution, C. 1, S. 2, 2015, s. 43-75.

GUZMAN, Andrew T.: “International Tribunals: A Rational Choice Analysis”, University of Pennsylvania Law Review, C. 157, 2008, s. 171-235.

HELPER, Laurence R./**SLAUGHTER**, Anne-Marie: “Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo”, California Law Review, C. 93, S. 3, 2005, s. 899-956.

JESSEN, Anneke/**RODRÍGUEZ**, Ennio: “The Caribbean Community: Facing the Challenges of Regional and Global Integration”, **IDB-INTAL**, Occasional Paper 2, January 1999, <https://publications.iadb.org/en/publication/10893/caribbean-community-facing-challenges-regional-and-global-integration>, (Erişim Tarihi: 09.04.2024).

KAHLER, Miles: “Conclusion: The Causes and Consequences of Legalization”, International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 661-683.

KEOHANE, Robert O./**MORAVCSIK**, Andrew/**SLAUGHTER**, Anne-Marie: “Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational”, International Organization, C. 54, S. 3, Legalization and World Politics, 2000, s. 457-488.

KOCKEN, Joris/**VAN Roozendaal**, Gerda: “Constructing the Caribbean Court of Justice: How Ideas Inform Institutional Choices”, European Review of Latin American and Caribbean

Studies/Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe, S. 93, 2012, s. 95-112,

LLIVINA, Carina Alcoberro: "Small States and Regional Dispute Resolution Mechanisms: The Caribbean and Pacific Experiences", Butler, Petra/Lein, Eva/Salim, Rhonson (editörler), Integration and International Dispute Resolution in Small States, Springer Publishing, Cham, 2018, s. 27-59.

MADSEN, Mikael Rask: "Judicial Globalization: The Proliferation of International Courts", Cassese, Sabino (Editör), Research Handbook on Global Administrative Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, s. 282-302.

NYMAN-METCALF, Katrin/**PAPAGEORGIOU**, Ioannis: Regional Integration and Courts of Justice, Intersentia Publishing, Antwerpen, 2005.

O'BRIEN, Derek/**MORANO-FOADI**, Sonia: "The Caribbean Court of Justice and Legal Integration within CARICOM: Some Lessons from the European Community", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, C. 8, S. 3, s. 399-429.

O'BRIEN, Derek: "CARICOM: Regional Integration in a Post-Colonial World", European Law Journal, C. 17, S. 5, 2011, s. 630-648.

O'CONNELL, Mary Ellen/**VANDERZEE**, Lenore: "The History of International Adjudication", Romano, Cesare Pr./Alter, Karen J./Shany, Yuval (Editörler), The Oxford Handbook of International Adjudication, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 40-62.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2005.

REÇBER, Kamuran: Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri, 3. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2018.

REÇBER, Kamuran: Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2023.

ROMANO, Cesare P.R.: "The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle", New York University Journal of International Law and Politics, C. 31, 1999, s. 709-751.

- SÖDERBAUM**, Fredrik: Rethinking Regionalism, Palgrave Macmillan Publishing, London, 2016.
- VON BOGDANDY**, Armin/**VENZKE**, Ingo: "International Judicial Institutions in International Relations: Functions, Authority and Legitimacy", Reinalda, Bob (editör), Routledge Handbook of International Organization, Routledge Press, New York, 2013, s. 461-472.
- YILMAZ**, Samet/**BELDER**, Ferit: "Küresel Sağlık Krizlerinde Bölgesel İş Birliği: COVID-19 Salgınının Yönetiminde CARICOM ve SADC'nin Rolü", Afet ve Risk Dergisi, C. 6, S. 3, 2023, s. 1181-1199.
- YILMAZ**, Samet/**REÇBER**, Kamuran: "Karayıpler Topluluğu: Hükümetler Arası İş Birliği Yoluyla Bölgesel Bütünleşme Arayışı", İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 15, S. 1, 2023, s. 61-85.

YUNANİSTAN TARAFINDAN İLERİ SÜRÜLEN TÜRK KARASU- LARININ GENİŞLİĞİNİN LOZAN BARIŞ ANDLAŞMASI İLE 3 MİL OLARAK BELİRLENDİĞİNE DAİR TEZİN ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİL- MESİ

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe İSAYEV*

Öz

Türkiye ile Yunanistan arasında karasularının sınırlandırılması konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunlar ile ilgili olarak taraflar çeşitli tezler ileri sürmektedir. Yunanistan tarafından ileri sürülen tezlerden birine göre Türk karasularının genişliği Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak belirlenmiştir. Bu çalışmanın amacı, Yunanistan'ın tezini uluslararası andlaşmalar hukuku ve uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına dair kurallar bağlamında değerlendirmektir. Bu değerlendirme yapılırken 1969 tarihli Viyana Andlaşma-lar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili düzenlemeleri esas alınacaktır. Çalışma ile ulaşılan sonuç çerçevesinde Yunanistan'ın tezi uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin temel yorum

* Dr. Öğr. Üyesi. Kırklareli Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, International Law Department, Kırklareli, Türkiye.

✉ tugceisayev@klu.edu.tr • ORCID 0000-0001-8137-3981.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: İSAYEV, Tuğçe: “Yunanistan Tarafından İleri Sürülen Türk Karasularının Genişliğinin Lozan Barış Andlaşması İle 3 Mil Olarak Belirlendiğine Dair Tezin Uluslararası Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1251-1283.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kuralları, tamamlayıcı yorum kuralları ve ilgili yorum teknikleri bakımından değerlendirildiğinde kabul edilemezdir.

Anahtar Kelimeler

• Türkiye ve Yunanistan'ın Karasularının Sınırlandırılması sorunu • Türk Karasularının Genişliği • Lozan Barış Andlaşması • 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi • Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması

EVALUATION OF THE THESIS PROPOSED BY GREECE ON THE DETERMINATION OF THE BREADTH OF TURKISH TERRITORIAL WATERS AS 3 MILES BY THE LAUSANNE PEACE TREATY WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL TREATIES LAW

Abstract

Problems are experienced regarding the delimitation of territorial waters between Turkey and Greece. The parties put forward various thesis in relation to these problems. According to one of the thesis put forward by Greece, the breadth of Turkish territorial waters was determined as 3 miles with the Lausanne Peace Treaty. The aim of this study is to evaluate Greece's thesis in the context of international treaties law and rules for the interpretation of international treaties. In this evaluation, the regulations of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties regarding the interpretation of international treaties will be taken as a basis. According to the conclusion reached in this study, Greece's thesis is unacceptable when evaluated in terms of basic interpretation rules, complementary interpretation rules, and related interpretation techniques regarding the interpretation of international treaties.

Keywords

• Türkiye and Greece Territoria Waters Delimitation Issue • Turkish Territorial Waters Breadth • Lausanne Peace Treaty • 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties • Interpretation of International Treaties

GİRİŞ

Türkiye ve Yunanistan'ın Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunu bulunmaktadır. Bu sorun güncelliğini koruyan, Türkiye ile Yunanistan'ın sık sık karşı karşıya gelmesine neden olan bir sorundur. Bu sorunun en önemli sebeplerinden birini Ege Denizi'nin kendine özgü yapısı teşkil etmektedir. Yunanistan'ın karasularının genişliğini 12 mile çıkarmaya yönelik açıklamaları, karasularının

sınırlandırılması sorununa ilişkin uzlaşmaz tavırları ve uluslararası hukuk ile bağdaşmayan tezleri bu sorunun diğer önemli nedenleri arasında yer almaktadır.

Bu sorun ile ilgili olarak taraflar çeşitli tezler ileri sürmektedir. Yunanistan tarafından ileri sürülen tezlerden biri Türk karasularının genişliği ile ilgilidir. Yunanistan tarafından ileri sürülen teze göre Türk karasularının genişliği 3 mildir. Yunanistan bu tezini Lozan Barış Andlaşması'na dayanarak ileri sürmektedir. Yunanistan Lozan Barış Andlaşması m. 6 ve m. 12'yi Türk karasuları genişliği bağlamında yorumlamakta, bu düzenlemeler ile Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlendiğini iddia etmektedir.

Bu çalışmanın amacı, Yunanistan tarafından ileri sürülen Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak belirlendiğine dair tezi uluslararası andlaşmalar hukuku ile uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına dair kurallar bağlamında değerlendirmektir. Bu değerlendirmede 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına dair düzenlemeleri esas alınacaktır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde Türkiye ve Yunanistan arasında yaşanan karasularının sınırlandırılması sorunu başlığı altında; Türkiye ve Yunanistan devletlerinin soruna ilişkin tezleri ve Yunanistan tarafından öne sürülen Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak belirlendiğine dair tez hakkında açıklamalar yapılacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise uluslararası andlaşmalar hukuku çerçevesinde Yunanistan'ın tezinin değerlendirilmesi başlığı altında; uluslararası andlaşmalar hukuku çerçevesinde Lozan Barış Andlaşması ile Yunanistan'ın bu andlaşmaya dayandığı tezinin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar bağlamında değerlendirildiğinde kabul edilemez olması ile ilgili açıklamalar yapılacaktır.

I. TÜRKİYE VE YUNANİSTAN ARASINDA YAŞANAN KARASULARININ SINIRLANDIRILMASI SORUNU

A. Tarafların Sorun ile İlgili İleri Sürdüğü Tezler

1. Sorunun Tanımlanması ve Sebepleri

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) düzenlemelerine göre karasuları kıyı devletlerinin egemenliği altında

olan deniz alanlarından biridir. Kıyı devletlerinin karasuları üzerindeki egemenliği; deniz alanını, deniz yatağını, toprağın altını ve bahsedilen deniz alanının üzerindeki hava sahasını kapsamaktadır. Kıyı devletlerinin karasuları üzerindeki egemenliğini BMDHS düzenlemelerine ve ilgili diğer uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak kullanması gerekmektedir. BMDHS ile kıyı devletlerinin karasuları üzerindeki egemenliğine yargı yetkisi ve karasularından zararsız geçiş hakkı bağlamında sınırlamalar getirilmiştir. Karasularının iç sınırını kıyı devletlerinin belirlediği ve ilan ettiği esas hatlar teşkil etmektedir. Kıyı devletleri karasularının genişliğini esas hatlardan başlayarak 12 mil genişliğe kadar tespit edebilmektedir. Kıyıları karşı karşıya veya yan yana olan devletler arasında ise karasularının sınırlandırılması işleminin yapılması gerekebilmektedir. BMDHS m. 15 ile getirilen düzenlemeye göre kıyıları karşılıklı ya da yan yana bulunan devletlerin arasında karasuları sınırlandırılması işleminin ilgili devletler arasında uluslararası andlaşma yapılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Taraflarca yapılmış aksini ifade eden bir uluslararası andlaşma bulunmuyor ise ilgili devletlerin karasularının genişliğini orta hattın ötesine geçirmemesi gerekmektedir. Tarihi bir hak veya özel durumların gerektirmesi halinde ise orta hattın ötesine geçilmesi mümkündür.¹

Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının karşılıklı sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Ancak, Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının karşılıklı sınırlarının

¹ Karasularının tanımı, hukuki rejimi ve sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **AKİPEK**, Ömer İlhan, Devletler Hukuku İkinci Kitap, Ankara 1965, s. 30-47; **MERAY**, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt, Ankara 1968, s. 392-424; **TOLUNER**, Sevim, Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), İstanbul 1974, s. 50-87; **ÇELİK**, Edip F. , Milletlerarası Hukuk İkinci Kitap, İstanbul 1987, s. 75-108; **MALANCZUK**, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law, London New York 1997, s. 175-182; **BROWNLIE**, Ian, Principles of Public International Law, New York 2002, s. 177-196; **SLOMANSON**, William R. , Fundamental Perspectives on International Law, Boston 2011, s. 305-311; **TANAKA**, Yoshifumi, The International Law of the Sea, Cambridge 2015, s. 84-97; **SHAW**, Malcolm N. (Çevirenler: Acer, Yücel; Kaya, İbrahim; Demirtepe, M. Turgut; Şimşek, G. Engin): Uluslararası Hukuk, Ankara 2018, s. 395-407. BMDHS için bkz. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

belirlenmesi işlemi henüz gerçekleştirilememiştir. Bu durum, Türkiye ve Yunanistan'ın sık sık karşı karşıya gelmesine neden olmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye ile Yunanistan'ın yaşamakta olduğu Ege Denizi'ne ilişkin karasularının sınırlandırılması sorunu güncelliğini koruyan bir uluslararası hukuk sorunudur.²

Ege Denizi'nde Türkiye ile Yunanistan devletleri arasında yaşanmakta olan karasularının sınırlandırılması sorununun en önemli sebeplerinden birini bu denizin kendine has yapısı ve özellikleri teşkil etmektedir. Ege Denizi, boğazlar ile Marmara Denizi ve Karadeniz gibi denizlere bağlanmaktadır ve uluslararası deniz ulaşımı bakımından çok önemli bir rol oynamaktadır. Bunun dışında, Ege Denizi kıyılarının çok girintili çıkıntılı bir özellik arz etmesi, içerisinde çok fazla sayıda ada ve adacığı barındırması, Yunanistan'a ait adaların Türk kıta sahanlığının üzerinde yer alması, Yunanistan'a ait adaların Türk kıyılarından çok kısa bir mesafe uzakta olması gibi sebeplerle karasularının sınırlandırılması işleminin kolayca gerçekleştirilemeyeceği bir denizdir.³

Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunun diğer önemli sebepleri ise esasen Yunanistan'a ilişkindir. Yunanistan'ın Ege Denizi'ndeki adalarının yeri, Yunanistan'ın

² Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ODMAN**, Tevfik: Karasularının Genişliği Sorunu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990; **BAYKAL**, Ferit Hakan, Deniz Hukuku Çalışmaları, İstanbul 1998, s. 280-285; **BÖLÜKBAŞI**, Deniz, Turkey and Greece: The Aegean Dispute, A Unique Case in International Law, Londra 2004, s. 87-232; **BAŞEREN**, Sertaç Hami, Ege Sorunları, Ankara 2006, s. 108-138; **ÖZMAN**, Aydoğan, Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları, Ankara 2006, s. 346-348; **BAYILLIOĞLU**, Uğur, Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırılması, Ankara 2011, s. 51-158; **PAZARCI**, Hüseyin, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Ankara 2015, s. 107-113; **KURAN**, Selami, Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2016, s. 136-137; **MOR**, Hasan, Uluslararası Hukuk Perspektifinden Türk Dış Politikasında Ege Denizi Karasuları ve Kıta Sahanlığı Sorunları, Konya 2016, s. 123-136; **YAYCI**, Cihat, Yunanistan Talepleri (Ege Sorunları) Soru ve Cevaplarla, Ankara 2020, s. 87-122; **PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Ankara 2021, s. 336-338.

³ Ege Denizi'nin karasularının sınırlandırılması bakımından sorun teşkil eden karakteristik özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYKAL**, s. 280-281; **BAŞEREN**, s. 1-15; **ÖZMAN**, s. 342-344; **PAZARCI**, Türk Dış Politikasının, s. 107-113; **KURAN**, s. 137; **MOR**, Uluslararası Hukuk Perspektifinden, s. 123-136; **YAYCI**, s. 1-12.

bu adalara geniş deniz alanları verilmesi yönündeki talepleri, Yunanistan'ın karasularının genişliğini 12 mile çıkarmaya yönelik açıklamaları, Yunanistan'ın karasularının sınırlandırılması sorununa ilişkin uzlaşmaz tavırları ve uluslararası hukuk ile bağdaşmayan tezleri Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorununun sebepleri arasında yer almaktadır.⁴

2. Tarafların İleri Sürdüğü Tezler ve Bu Tezlerin Değerlendirilmesi

Yunanistan'ın tezlerinden birine göre karasularının genişliğinin BMDHS m. 3'ten hareketle 12 mil olarak tespit edilmesi genel bir kuraldır. Yunanistan'ın bir başka tezine göre Yunanistan bir takımada devletidir. Yunanistan'ın ana karası ve adaları arasında siyasal ve ülkesel bir bütünlük söz konusudur. Bu sebeple, Ege Denizi'nde deniz alanları sınırlandırılırken Yunanistan'ın ana karası ve adaları arasına başka deniz alanları girmemelidir. Ayrıca, deniz alanlarının sınırlandırılmasında Yunanistan'ın adalarına ana karalar ile aynı genişlikte deniz alanı verilmelidir. Yunanistan'a göre karasularının genişliğinin tespit edilmesi kıyı devletinin egemenliği ve egemenlikten kaynaklanan yetkileri ile ilgilidir. Dolayısıyla, Yunanistan karasularının genişliğini kendi iç hukuk işlemleri ile belirleyebilir. Yunanistan tarafından ileri sürülen diğer tez çerçevesinde ise kıyıları karşılıklı ya da yan yana devletler arasındaki deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda bir uluslararası andlaşma yapılamadığı takdirde bu işlemin eşit uzaklığa göre yapılması gerekmektedir ve bu genel bir kural teşkil etmektedir.⁵

⁴ Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorununun diğer sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYKAL**, s. 280-285; **BAŞEREN**, s. 1-15; **ÖZMAN**, s. 342-344; **PAZARCI**, Türk Dış Politikasının, s. 107-113; **KURAN**, s. 137-139; **MOR**, Uluslararası Hukuk Perspektifinden, s. 123-136; **YAYCI**, s. 1-12.

⁵ Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunu ile ilgili olarak Yunanistan tarafından ileri sürülen tezler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PAZARCI**, Hüseyin, Ege'de Deniz Sorunlarında Türk ve Yunan Görüşleri: Hukuki Açidan, Ege'de Deniz Sorunları Semineri, Ankara 1986, s. 89-90; **PAZARCI**, Hüseyin: Lozan Antlaşması'ndan 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı (Editör), Tarih Boyunca Türk-Yunan İlişkileri (20 Temmuz 1974'e Kadar), Ankara 1986, s. 19-34; **BAYKAL**, s. 280-285; **BAŞEREN**, s. 136; **PAZARCI**, Türk Dış

Türkiye'nin tezlerinden birine göre karasularının genişliği konusunda genel bir kural yoktur. BMDHS m. 3'te yer alan kural karasularının genişliğinin her durumda 12 mil olarak tespit edilmesini değil azami 12 mil genişliği ifade etmektedir. Ege Denizi gibi kendine özgü yapısı olan, yarı kapalı deniz alanlarında sınırlandırma işlemlerinin yapılmasında özel durumlar dikkate alınmalı, iş birliği yapılmalı ve hakkaniyete uygun bir sınırlandırma işlemi uluslararası andlaşma ile gerçekleştirilmelidir. Sınırlandırmada coğrafi özelliklerin gözetilmesi esas olmalıdır. Bu çerçevede, eşit uzaklık ilkesinin uygulanması zorunlu değildir. Esas olan sınırlandırmanın iyi niyet ile hakkın kötüye kullanılmaması ilkeleri ile uyumlu şekilde yapılmasıdır. Ayrıca, Türkiye'nin tezlerine göre Yunanistan bir takımada devleti değildir. Yunanistan'ın adaları ve ana karası arasında siyasi ve ülkesel bir bütünlük bulunmamaktadır. Ek olarak, siyasi ve ülkesel bütünlük ilkesi deniz alanlarının sınırlandırılmasında uygulanmamaktadır. Kıyı devletlerinin karasuları üzerindeki egemenlik yetkisinin Yunanistan'ın ileri sürdüğü şekilde kullanılması da mümkün değildir. Kıyı devletleri egemenlikten kaynaklanan yetkileri çerçevesinde karasularının genişliğini tespit edebilir. Ancak, bu işlem sadece kıyı devletlerinin iç hukukunu ilgilendiren bir işlem değildir aksine her zaman uluslararası boyutu olan bir işlemdir.⁶

Yunanistan'ın tezleri genel hatları itibariyle Ege Denizi'ni bir genişleme alanı olarak gördüğünü ortaya koymaktadır. Bu bakımdan Yunanistan Ege Denizi'nde Türkiye ile sadece kıta sahanlığının sınırlandırılması konusunda sorunları olduğunu, karasularının genişliğinin belirlenmesinin tamamen kendisinin egemenlik hakları ile ilgili olduğunu ve bu konuda Türkiye ile iş birliği etmek zorunda olmadığını ileri sürmektedir. Yunanistan'ın tezleri genel olarak

Politikasının, s. 107-113; **KURAN**, s. 139-142; **MOR**, Uluslararası Hukuk Perspektifinden, s. 136-147; **YAYCI**, s. 87-122.

⁶ Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunu ile ilgili olarak Türkiye tarafından ileri sürülen tezler ve Türkiye'nin alakalı uluslararası konferanslardaki konu ile ilgili tutumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖNLÜBOL**, Mehmet, Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü, Ankara 1959; **PAZARCI**, Ege'de Deniz Sorunları, s. 90-93; **BAYKAL**, s. 280-285; **BAŞEREN**, s. 137; **PAZARCI**, Türk Dış Politikasının, s. 107-113; **KURAN**, s. 142-150; **MOR**, Uluslararası Hukuk Perspektifinden, s. 147-161; **YAYCI**, s. 87-122.

uluslararası hukuk kurallarına uygun olmadığı gibi bu tezlerde karasuları üzerindeki egemenliğin BMDHS ve uluslararası hukukun diğer kurallarına uygun olarak kullanılması gerektiği de dikkate alınmamaktadır. Türkiye açısından Ege Denizi'nde yaşanan karasularının sınırlandırılması sorunu serbest ulaşım, Akdeniz ve Karadeniz arasındaki deniz ulaşımının sağlanması ve benzeri sebeplerle önemli bir ülkesel sorundur. Türkiye bu sorunun uluslararası hukuk kurallarına uygun şekilde çözümünden yanadır ve Türkiye'nin ileri sürdüğü tezler uluslararası hukuk kurallarına uygundur. Türkiye bu konuda Yunanistan'ın aksine istikrarlı ve uzlaşmacı bir tavır sergilemektedir.⁷

B. Yunanistan Tarafından İleri Sürülen Türk Karasularının Genişliğinin 3 Mil Olduğuna Dair Tez

1. Yunanistan'ın Tezi ve Dayanağı

Ege Denizi karasularının sınırlandırılması sorunu ile ilgili olarak Yunanistan'ın öne sürdüğü tezlerden biri Türk karasuları genişliğine dairdir. Yunanistan tarafından ileri sürülen bu teze göre Türk karasularının genişliği 3 mildir. Yunanistan bu tezini Anadolu Sahilleri ile Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Adanın Ciheti Aidiyeti Hakkında İtalya Hükûmeti ile Aktolunan İtilâfname'ye⁸ ve esasen Lozan Barış Andlaşması'na⁹ dayandırmaktadır.¹⁰

⁷ Türkiye ve Yunanistan arasında Ege Denizi'nde karasularının sınırlandırılması sorunu ile ilgili olarak taraflarca ileri sürülen tezlerin değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYKAL**, s. 280-285; **BAŞEREN**, s. 136-137; **PAZARCI**, Türk Dış Politikasının, s. 107-113; **KURAN**, s. 150-153; **MOR**, Uluslararası Hukuk Perspektifinden, s. 136-161; **YAYCI**, s. 87-122.

⁸ Anadolu Sahilleri ile Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Adanın Ciheti Aidiyeti Hakkında İtalya Hükûmeti ile Aktolunan İtilâfname için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc012/kanuntbmmc012/kanuntbmmc01202106.pdf (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

⁹ Lozan Barış Andlaşması için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

¹⁰ Yunanistan tarafından ileri sürülen Türk karasularının genişliğinin 3 mil olduğuna dair tez hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KATSOUFROS**, Theodoros: Ege Deniziyle

Yunanistan, Anadolu Sahilleri ile Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Adanın Ciheti Aidiyeti Hakkında İtalya Hükûmeti ile Aktolunan İtilâfname'nin 5. maddesi ile 12 ada ve Türkiye arasında karasularının sınırının tespit edildiğini bu çerçevede, Türk karasularının genişliğinin genel olarak 3 mil olarak belirlendiğini ileri sürmektedir. Yunanistan Lozan Barış Andlaşması m. 12 ile Asya kıyısından itibaren 3 milden az mesafedeki adaların bu andlaşmada aksi yönde bir açıklık bulunmadıkça Türkiye'nin egemenliği altında kalacağını ifade edildiğini bu çerçevede, Türk karasularının genişliğinin genel olarak 3 mil olarak belirlendiğini ileri sürmektedir. Yunanistan Lozan Barış Andlaşması'nın 6. maddesi ile de hududu bahriyenin bu andlaşmada aksi yönde düzenleme olmadıkça kıyıdan itibaren 3 milden az mesafedeki ada ve adacıkları kapsayacağını ifade edildiğini bu çerçevede de Türk karasularının genişliğinin genel olarak 3 mil olarak belirlendiğini ileri sürmektedir. Başka bir ifade ile, Yunanistan bahsedilen uluslararası andlaşmaların ilgili hükümlerini Türk karasularının genişliği ile alakalı şekilde yorumlamak suretiyle, bu düzenlemeler ile Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlendiğini ileri sürmektedir.¹¹

Yunanistan tarafından ileri sürülen bu tez bağlamında ayrıca, Türkiye'nin Lozan Barış Andlaşması'ndan sonra yaptığı 476 sayılı Karasuları Kanunu¹² ve 2674 sayılı Karasuları Kanunu¹³ ile Lozan Barış

İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları, Vaner, Semih (Editör), Türk-Yunan Uyuşmazlığı, İstanbul 1990, s. 82-83; **KURAN**, s. 142.

¹¹ Yunanistan tarafından ileri sürülen Türk karasularının genişliğinin 3 mil olduğuna dair tez ve dayanakları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **RAFTOPOULOS**, Evangelos: "The Crisis Over Imia Rocks, IJMCL, C. 12, S. 4, 1997, s. 427-446; **KURAN**, s. 142.

¹² 476 sayılı Karasuları Kanunu için bkz., https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc047/kanuntbmmc047/kanuntbmmc04700476.pdf (Erişim Tarihi: 03.09.2024); 476 sayılı Karasuları Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYKAL**, s. 270-273; **ÖZMAN**, s. 337-340; **KURAN**, s. 135.

¹³ 2674 sayılı Karasuları Kanunu için bkz., <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2674.pdf> (Erişim Tarihi: 03.09.2024); 2674 sayılı Karasuları Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYKAL**, s. 274-285; **ÖZMAN**, s. 340-342; **KURAN**, s. 135-136.

Andlaşması'ndan doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği ifade edilmektedir. Yunanistan'ın tezine göre Lozan Barış Andlaşması ile Türk karasularının genişliği 3 mil olarak belirlenmesine rağmen Türkiye daha sonra karasularının genişliğini Lozan Barış Andlaşması ile belirlenen 3 mil sınırının üstünde 6 mil olarak belirlemek suretiyle Lozan Barış Andlaşması'na aykırı hareket etmiştir.¹⁴

2. Yunanistan'ın Tezinin Doğru Kabul Edilmesi Durumunda Ortaya Çıkabilecek Sonuçlar

Yunanistan'ın tezinin doğru kabul edilmesi durumunda, Türkiye karasularının genişliğini 476 ve 2674 sayılı Karasuları Kanunları ile kural olarak 6 mil belirlemek suretiyle Lozan Barış Andlaşması'ndan doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Çünkü, Yunanistan'ın tezine göre Türk karasularının genişliği Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak 1924 yılında belirlenmiştir. Türkiye daha sonra 1964 ve 1982 yıllarında yaptığı karasularına ilişkin kanunları ile karasularının genişliğini 3 milin üzerinde 6 mil olarak belirlemek suretiyle Lozan Barış Andlaşması'ndan doğan uluslararası yükümlülüklerine aykırı hareket etmiş olacaktır. Başka bir ifade ile, karasularına ilişkin kanunlar ile Lozan Barış Andlaşması'ndan kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerin ihlali gerçekleşmiş olacaktır.¹⁵

Yunanistan'ın tezinin doğru kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar esasen uluslararası andlaşmalar hukukuna ilişkindir. Uluslararası andlaşmalar taraflarının ortak iradeleri ile, taraflarının tek taraflı iradeleri ile ya da çeşitli olayların gerçekleşmesi ile sona erebilmektedir. Uluslararası andlaşmaların taraflarının tek taraflı iradeleri ile sona ermesi iki taraflı uluslararası andlaşmalarda fesih, çok taraflı uluslararası andlaşmalarda ise çekilme hakkının kullanılması ile ya da vazgeçme yoluyla gerçekleşebilmektedir. Fesih ya da çekilme hakkının uluslararası andlaşmalar hukuku kurallarına uygun şekilde kullanılabilmesi için ise; uluslararası andlaşmada bu konuda bir düzenlemenin yer alması, tarafların bu hakkı kabul etme yönündeki iradelerinin başka verilerden hareketle anlaşılması, uluslararası andlaşmanın doğası nedeniyle bu tarz imkan sunan bir uluslararası

¹⁴ KURAN, s. 142.

¹⁵ Yunanistan'ın tezinin doğru kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURAN, s. 142.

andlaşma olması ya da taraflardan biri veya birkaçının uluslararası andlaşmayı uygulamaması ve uluslararası andlaşmanın temel düzenlemelerine aykırı hareket etmesi başka bir ifade ile, uluslararası andlaşmadan doğan uluslararası yükümlülüklerin esaslı şekilde ihlal edilmesi gerekmektedir. Uluslararası andlaşmaların esaslı ihlal nedeniyle sona erdirilmesine dair düzenlemeler 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 60 ile getirilmektedir. Bu düzenlemeye göre iki taraflı bir uluslararası andlaşmada taraflardan birinin esaslı ihlali diğer tarafın uluslararası andlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen askıya almasına ya da uluslararası andlaşmayı sona erdirmesine imkanı verir. Çok taraflı uluslararası andlaşmalar bakımından taraflardan birinin esaslı ihlali ise diğer taraflara uluslararası andlaşmayı oy birliği ile bütün taraflar arasında ya da sadece esaslı ihlali gerçekleştiren devlet ile kendileri arasında sona erdirmeye imkanı ya da uluslararası andlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen askıya alma imkanı vermektedir. Çok taraflı uluslararası andlaşmalar bakımından taraflardan birinin esaslı ihlali aynı zamanda esaslı ihlalden özel olarak etkilenen tarafa, esaslı ihlali gerçekleştiren devlet ile kendisi arasındaki ilişki bakımından uluslararası andlaşmanın yürürlüğünü kısmen veya tamamen askıya alma imkanı vermektedir. Uluslararası andlaşmaların esaslı ihlali, ilgili uluslararası andlaşmaların inkar edilmesi ya da uluslararası andlaşmaların konu ve amacının gerçekleştirilmesi bakımından kaçınılmaz olan hükümlerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.¹⁶

¹⁶ Uluslararası andlaşmaların sona ermesi ve esaslı ihlal sebebiyle sona erme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KIRGIS**, Frederic L. Jr. : "Some Lingering Questions about Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", Cornell International Law Journal, C. 22, 1989, s. 549-573; **MORRISON**, Richard: "Efficient Breach of International Agreements", Denver Journal of International Law and Policy, C. 23, N. 1, 1997, s. 183-222; **BRUNO**, Simma / **TAMS**, Christian J. : 1969 Vienna Convention: Article 60 Termination or Suspension of the Operation of a Treaty as a Consequence of Its Breach, Corten, Olivier / Klein, Pierre (Editörler), The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Oxford 2011, s. 1379-1382; **UZUN**, Elif, Uluslararası Hukukta Andlaşmaların Esaslı İhlal Nedeniyle Sona Erdirilmesi ve Askıya Alınması, İstanbul 2013; **CHATINAKROB**, Thanapat: "Material Breach and its Exception: An Analysis of a 'Humanitarian Character'", IALS Student Law Review, C. 5, 2018, s. 43-54; **PİRİM**, Ceren Zeynep: "Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*", Public and Private International Law Bulletin, C. 41, 2021, s. 979-999; **XIOURI**, Maria, In The Breach of a Treaty: State Responses in International Law, Leiden 2021. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi için

Yunanistan'ın tezinin doğru kabul edilmesi durumunda Türkiye bir uluslararası andlaşma olan Lozan Barış Andlaşması'ndan doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır. Karasularının sınırlandırılması konusunun Yunanistan bakımından arz ettiği önem yukarıda ayrıntılı şekilde ortaya konmuştur. Bu bağlamda, Yunanistan Lozan Barış Andlaşması'nın Türkiye tarafından ihlal edildiğini ileri sürdüğü hükümlerinin, bu andlaşmanın konu ve amacının gerçekleştirilmesi bakımından kaçınılmaz hükümler olduğunu iddia edebilecektir. Bu çerçevede ise, Lozan Barış Andlaşması'na taraf devletlerin Türkiye'nin Lozan Barış Andlaşması'ndan doğan uluslararası yükümlülüklerini esaslı şekilde ihlalini gerekçe göstererek oy birliği ile bütün taraflar arasında ya da Türkiye ile kendileri arasında Lozan Barış Andlaşması'nı sona erdirmesi ya da Lozan Barış Andlaşması'nın yürürlüğünü kısmen veya tamamen askıya alması mümkün hale gelebilecektir. Ayrıca, bu durum esaslı ihlalden özel şekilde etkilenen devlet olan Yunanistan'ın, Türkiye ve kendisi arasında mevcut ilişki bakımından Lozan Barış Andlaşması'nın yürürlüğünü kısmen veya tamamen askıya almasına imkan verebilecektir.

II. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR HUKUKU ÇERÇEVESİNDE YUNANİSTAN'IN TEZİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Uluslararası Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Lozan Barış Andlaşması

1. Genel Hatları İtibariyle Uluslararası Andlaşmalar

Uluslararası andlaşmalar uluslararası hukukun kural yaratan ve uluslararası uyuşmazlıkların çözümüne doğrudan uygulanabilen asıl şekli kaynakları arasında yer almaktadır. Uluslararası andlaşmalara ilişkin genel tanıma göre uluslararası andlaşmaların bazı özellikleri taşınması gerekmektedir. Uluslararası andlaşmaların tanımında yer alan temel özelliklerden hareketle uluslararası andlaşmalar uluslararası

bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 04.09.2024). Türkiye'nin taraf olmadığı 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçe çevirisi için bkz. KURAN, Selami / AYDIN OKUR, Derya / SARİBEYOĞLU, Meltem / GÜNEL, Reşat Volkan: Uluslararası Hukuk Temel Metinler, İstanbul 2014; s. 83-110; GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ankara 2018, 57-75; KAYA, İslam Safa, Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2023, s. 279-301.

hukukun bu konuda kendilerine yetki verdiği kişiler olan devletler ve uluslararası örgütler tarafından yapılabilmektedir. Uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk kurallarına göre yapılması ve bu kuralların uygulanacağı irade uyuşmaları olması şarttır. Uluslararası andlaşmalar bu konuda yetkili olan uluslararası hukuk kişilerinin iradelerinin uyuşmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte, uluslararası andlaşmaların uluslararası hukuk çerçevesinde sonuç doğurmayı hedeflemesi de gerekmektedir.¹⁷

Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarını genel hatları itibariyle üçe ayırmak ve bu şekilde inceleyebilmek mümkündür. Uluslararası andlaşmaların yapılışı aşamalarının ilkinin uluslararası andlaşma metninin resmileşmesi aşaması teşkil etmektedir. Bu aşamada öncelikle bu konuda yetkili kişiler tespit edilmekte, yetkili kişiler arasında görüşmeler yapılmakta, uluslararası andlaşma metni yazılmakta, kabul edilmekte ve son olarak ise uluslararası andlaşma metni resmileşip kesinleşmektedir. İkinci aşamada uluslararası andlaşma metnine bağlayıcılık kazandırılmaktadır. Uluslararası andlaşmalar basit usulle,

¹⁷ Uluslararası andlaşmaların tanımı ve temel özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLSEL**, Cemil, Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul 1936, s. 6-10; **CROZAT**, Charles (Çeviren: Edip F. Çelik): Devletler Umumi Hukuku Cilt: I, İstanbul 1950, s. 123-125; **AKİPEK**, Ömer İlhan, Devletler Hukuku Birinci Kitap, Ankara 1963, s. 70; **MERAY**, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, Ankara 1975, s. 81-82; **EROĞLU**, Hamza, Devletler Umumi Hukuku, Ankara 1984, s. 28-31; **ÇELİK**, Edip F., Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, İstanbul 1987, s. 60; **ÜNAL**, Şeref, Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 2003, s. 37-40; **ACER**, Yücel / **KAYA**, İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 77-79; **ÇAKMAK**, Cenap, Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Bursa 2014; 49-69; **DOĞAN**, İlyas, Devletler Hukuku, Ankara 2016, s. 113-116; **REÇBER**, Kamuran, Uluslararası Hukuk, Bursa 2016, s. 39; **AKSAR**, Yusuf, Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Ankara 2019, s. 105-115; **MOR**, Hasan, Uluslararası Hukuka Giriş I Kavramsal Çerçeve, Konum, Gelişim, Kaynaklar, Konya 2019, s. 95-101; **CAŞIN**, Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, İstanbul 2020, s. 489-496; **CAŞIN**, Mesut Hakkı, Uluslararası Andlaşmalar Hukuku, İstanbul 2020, s. 14-21; **AKSAR**, Yusuf, Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Ankara 2021, s. 87-94; **PAZARCI**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Ankara 2021, s. 107-113; **KAYA**, İslam Safa, Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2022, s. 41-42; **FISKATORIS**, Taxiarchis / **SVICEVIC**, Marko: Treaty Law, Hauck, Sué González / Kunz, Raffaella / Milas, Max (Editörler), Public International Law: A Multi-Perspective Approach, New York 2024, s. 163-165; **POROY**, Mehmet Akif, Şematik Uluslararası Hukuk Ders Kitabı, Ankara 2024, s. 22; **SUR**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul 2024, s. 21-24.

onay, kabul, uygun bulma ya da katılma yolları ile bağlayıcılık kazanabilmektedir. Üçüncü aşama ise uluslararası andlaşma metninin hüküm doğurması, yürürlüğe girmesi aşamasıdır. Bahsedilen aşamalar tamamlandıktan sonra uluslararası andlaşmalar yürürlüğe girmekte, kural olarak tarafları bakımından istisnai olarak ise üçüncü kişiler bakımından da hukuksal etki ve sonuç doğurabilmektedir.¹⁸

Uluslararası andlaşmaların tarafları arasında uygulanmaları, tarafları açısından hukuksal etki doğurmaları bakımından geçerli olan genel ilkeler söz konusudur. Bu ilkeler arasında ahde vefa, uluslararası andlaşmaların geriye yürümezliği, uluslararası andlaşmaların kural olarak taraf devletlerin ülkelerinin tümünde ve bir bütün olarak uygulanması yer almaktadır. Ayrıca, uluslararası andlaşmaların taraflarınca iyi niyetle uygulanması gerekmektedir. Uluslararası andlaşmaların taraflarınca iyi niyetle uygulanması ilkesi esasen uluslararası andlaşmaların amaçlarına uygun şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Uluslararası andlaşmaların çeşitli durumlarda üçüncü kişiler açısından da üçüncü kişilerin rızası alınarak ya da üçüncü kişilerin rızası gerekmeksizin hukuksal etki doğurmaları mümkün olabilmektedir. Uluslararası andlaşmaların tarafları arasında uygulanmaları, üçüncü kişiler bakımından hukuksal etki doğurmaları açısından hukuksal etkilerinin neler olduğunun tespiti için aynı zamanda yorumlanmaları gerekebilmektedir.¹⁹

¹⁸ Uluslararası andlaşmaların yapılışı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız. **MERAY**, Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, s. 85-125; **EROĞLU**, s. 41-58; **ÇELİK**, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, s. 66-117; **ÜNAL**, s. 40-42; **CASSESE**, Antonio, International Law, New York 2005, s. 17; **ACER / KAYA**, s. 80-90; **DOĞAN**, s. 118-138; **REÇBER**, s. 50-62; **AKSAR**, Teori ve Uygulamada, s. 124-140; **MOR**, Uluslararası Hukuka Giriş I, s. 104-125; **CAŞIN**, Modern Uluslararası, s. 509-541; **CAŞIN**, Uluslararası Andlaşmalar, s. 32-61; **AKSAR**, Temel Metinler ve Davalarla, s. 94-117; **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 117-145; **KAYA**, s. 43-48, **POROY**, s. 23-30; **SUR**, s. 27-54.

¹⁹ Uluslararası andlaşmaların uygulanmaları ve hukuksal etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **MERAY**, Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, s. 126-131; **EROĞLU**, s. 65-68; **ÇELİK**, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, s. 118-126; **ÜNAL**, s. 43; **ACER / KAYA**, s. 96-99; **DOĞAN**, s. 139-140; **KOLB**, Robert, The Law of Treaties: An Introduction, Northampton 2016, s. 166-181; **REÇBER**, s. 62-70; **AKSAR**, Teori ve Uygulamada, s. 140-144; **MOR**, Uluslararası Hukuka Giriş I, s. 130-139; **CAŞIN**, Modern Uluslararası, s. 541-542; **CAŞIN**, Uluslararası Andlaşmalar, s. 62-63;

2. Bir Uluslararası Andlaşma Olarak Lozan Barış Andlaşması

Lozan Barış Andlaşması ile sonuçlanacak olan uluslararası konferans toplanmadan önce belli başlı sorunların çözülmesi gerekmektedir. Bu sorunların ilki görüşmelerin nerede yapılacağı, uluslararası konferansın nerede toplanacağı ve ne zaman başlayacağına ilişkindir. Bu sorun ile ilgili olarak yaşanan anlaşmazlıklardan sonra barış konferansının tarafsız bir şehir olan Lozan'da yapılmasına ve 13 Kasım 1922'de başlamasına karar verilmiştir. İlk sorunun çözülmesinin ardından diğer sorun gündeme gelmiştir ve bu sorun Türk ulusunu Lozan Barış Konferansı'nda hangi hükümetin temsil edeceğine ilişkindir. Müttefik Devletlerin Lozan Barış Konferansı'na Ankara ile İstanbul hükümetlerini çağırması bu sorunun ortaya çıkmasına neden olmuştur. TBMM Hükümeti'nin 1/2 Kasım 1922'de saltanatın kaldırılması kararını alması ile birlikte bu sorun da çözülmüş ve Türk ulusunu Lozan Barış Konferansı'nda sadece TBMM Hükümeti'nin temsil etmesi söz konusu olmuştur. Bu konuya dair son sorun ise TBMM Hükümeti'ni Lozan Barış Konferansı'nda temsil edecek heyette kimlerin yer alacağı, bu heyete kimin başkanlık edeceği sorunudur. TBMM Hükümeti'nin Türk Heyeti'nin başkanı olarak İsmet Paşayı, diğer heyet üyeleri olarak ise Rıza Nur ve Hasan Saka'yı görevlendirmesi ile son sorun da çözülmüştür.²⁰

Bahsedilen sorunların çözülmesinin ardından Lozan Barış Konferansı 20 Kasım 1922'de toplanmıştır. 21 Kasım 1922'de gerçekleştirilen ilk oturumda konferansın çalışma koşulları ve dili olarak Fransızca belirlenmiştir. Bu gelişmelerin ardından konferansın içtüzüğü ile ilgili çalışmalara başlanmıştır. Konferansa İngiltere, Fransa, İtalya gibi I Dünya Savaşı'nı kazanan devletler dışında Yunanistan, Bulgaristan, Romanya gibi devletler ile gözlemci şeklinde ABD katılmıştır. Konferans çalışmaları için İngiltere'nin başkanlık ettiği Siyasi Komisyon, İtalya

AKSAR, Temel Metinler ve Davalarla, s. 118-125; **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 173-189; **KAYA**, s. 52-54, **SUR**, s. 59-73.

²⁰ Lozan Barış Konferansı öncesinde yaşanan gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; **SONYEL**, Salahi, Gizli Belgelerle Lozan Konferansı'nın Perde Arkası, Ankara, 2006; **KARACAN**, Ali Naci, Lozan, İstanbul 2009; **DEMİRCİ**, Sevtap, Belgelerle Lozan, İstanbul 2011; **ŞİMSİR**, Bilal, Lozan Günlüğü, Ankara 2012; **KARAGEDİKLİ**, Gürer, 90 Soruda Lozan Barış Antlaşması, Ankara 2013; **AKYOL**, Taha, Bilinmeyen Lozan, İstanbul 2014; **ÖRSTEN ESİRGİN**, Seda, Hukuki Sonuçlarıyla Lozan, Ankara 2023, s. 13-24; **TANÖR**, Bülent, Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 2024.

başkanlığındaki Yabancılar Uygulanacak Rejim Komisyonu ve Fransa başkanlığındaki Mali ve İktisadi Meseleler Komisyonu kurulmuştur. Çalışmalar bu komisyonlar aracılığı ile yürütülmüştür. Ancak, konferans çalışmaları mali konuların görüşülmeye başlandığı aralık ayından itibaren duraklamıştır. Hemen ardından 31 Ocak 1923'te Müttefik Devletler kendi hazırladıkları barış andlaşması taslağını Türk Heyeti'ne sunmuşlardır. Bu taslak esasen Türk Heyeti'nin kabul etmediği, henüz görüşülmemiş hususları da içeren genel olarak Türk Heyeti'nin kabul edemeyeceği bir taslaktır. Bunun üzerine Türk Heyeti'nin taslağın kabul edilebilir olmadığını belirtmesiyle birlikte 4 Şubat 1923'te konferans kesintiye uğramıştır.²¹

Konferansın kesintiye uğraması üzerine Türk Heyeti Ankara'ya dönmüş, gelişmeler konusunda TBMM'yi ve Hükümeti bilgilendirmiştir. Ardından, TBMM'de Müttefik Devletler tarafından sunulan taslağa karşı Türk Heyeti'nin verdiği teklifte yer alan hususlar tartışılmaya başlanmıştır. TBMM bu konu ile ilgili kararını 6 Mart 1923'te yayımlamıştır ve esasen Türk Heyeti'nin kabul ettiği hususları kabul, reddettiği hususları reddetmiştir. TBMM'nin İsmet Paşa liderliğindeki Türk Heyeti'ne güvenini ifade etmesinin üzerine 8 Mart 1923'te TBMM Hükümeti'nin barış için hazırladığı taslak İngiltere'nin, Fransa'nın ve İtalya'nın Dışişleri Bakanlarına gönderilmiştir. Müttefik Devletlerin TBMM Hükümeti'nin taslağına karşılık görüşmelere yeniden başlanabileceğini bildirmelerinden sonra görüşmeler yeniden başlamıştır. Konferansın bu döneminde Türk Heyeti'nin hazırladığı taslağın 3 komite arasında paylaştırılarak görüşülmesi söz konusu olmuştur ve yapılan görüşmelerde uzlaşma sağlama hedefi ön plana çıkmıştır. 16 Temmuz 1923'te komiteler ortak bir toplantı düzenlemiş, sorunlu konularda uzlaşma sağlandığı ortaya konmuş, barış andlaşmasının bir tören esnasında imzalanması kararlaştırılmıştır. İmza işlemlerinin tamamlanması ile savaş sona ermiştir. Lozan Barış Andlaşması ve eklerinin onaylanması için TBMM'ye 4 adet kanun teklifi

²¹ Lozan Barış Konferansı sırasında yaşanan gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ERHAN**, Çağrı / **KÜRKÇÜOĞLU**, Ömer: Lozan Gelişmeleri, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s.17-98; **BUDAK**, Mustafa, Misak-ı Milli'den Lozan'a İdealden Gerçeğe Türk Dış Politikası, İstanbul 2014; **COŞKUN**, Alev, 1922-1923 Diplomat İnönü-Lozan, İstanbul 2019; **İLERİ**, Suphi Nuri, Türk Basınında Lozan – Suphi Nuri İleri'nin Lozan Mektup ve Makaleleri, İstanbul 2023; **ÖRSTEN ESİRGİN**, s. 24-34.

sunulmuştur. TBMM’de görüşme ve tartışmaların ardından Lozan Barış Andlaşması’nın ve eklerinin onay işlemi 23 Ağustos 1923’te tamamlanmıştır. Yunanistan da 2 gün sonra Lozan Barış Andlaşması’nı onaylamıştır. Müttefik Devletler ise Lozan Barış Andlaşması’nın onaylanması işlemini kasıtlı olarak 1 yıl geciktirmiştir. İtalya ardından İngiltere ve Japonya onay belgelerini depozitere 16 Ağustos 1924’te teslim etmiştir. Fransa ise onay işlemini 26 Ağustos 1924’te gerçekleştirmiştir. Bütün onay belgelerinin teslim edilmesi üzerine Lozan Barış Andlaşması bütün taraf devletler için yürürlüğe girmiştir.²²

Lozan Barış Konferansı sonrasında kabul edilen belgeleri genel hatları itibariyle 3 gruba ayırarak inceleyebilmek mümkündür. Bu grupların ilkinin 5 kısım ile 143 maddenin oluşturduğu Lozan Barış Andlaşması teşkil etmektedir. İkinci grupta Lozan Barış Andlaşması’nı tamamlayıcı mahiyetteki 17 ek yer almaktadır. Bu ekler arasında sözleşme, protokol, senet ve benzeri şekillerde düzenlenmiş bazıları geçici olan belgeler yer almaktadır. Üçüncü grubu ise Türkiye ve çeşitli devletler arasında teati edilmiş mektuplar oluşturmaktadır.²³

B. Yunanistan’ın Tezinin Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanmasına İlişkin Kurallar Bağlamında Değerlendirilmesi

1. Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması ile İlgili Kurallar

Uluslararası andlaşmaların hukuki yorumunun yapılması gerekebilmektedir. Uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili meselelerden biri bu yorumu yapma konusunda kimin yetkili olduğu, kimin bağlayıcı yorum yapabileceği meselesidir. Genel olarak bakıldığında bir uluslararası andlaşmayı üçüncü devletlerin, tek taraflı olarak taraflarının ve benzeri kişilerin yorumlaması mümkündür. Ancak, bu tarz yorumlar bağlayıcı değildir. Uluslararası andlaşmaların yorumu

²² Lozan Barış Andlaşması’nın imzalanması ve sonrasında yaşanan gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BİLSEL**, Cemil, Lozan, İstanbul 2023; **MERAY**, Seha L., Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar – Belgeler, İstanbul 2023; **ÖRSTEN ESİRGİN**, s. 34-49.

²³ Lozan Barış Andlaşması ve ekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KESKİN**, Funda: Lozan Antlaşması’nın Hukuksal Etkileri, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s. 98-106; **ÖRSTEN ESİRGİN**, s. 47; **PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Açısından Lozan Andlaşması’nın Anlamı ve Sınırlar, Kuruç, Bilsay / Coşkun, M. Alev / Öymen, Onur / Pazarci, Hüseyin (Editörler), 100. Yılında Lozan’ın Önemi, İstanbul 2023, s. 121-130.

tarafarla yapılan ortak bir yorum olduğunda ya da uluslararası yargı veya hakemlik organları tarafından yapıldığında bağlayıcılık teşkil etmektedir. Uluslararası andlaşmaların taraflarınca yapılan ortak yorumu resmi yorum, gerçek yorum gibi farklı şekillerde de adlandırılabilmektedir. Ortak yorum, uluslararası andlaşmalarda bulunan yorumsal kayıtlar, tarafların ortaklaşa kabul edecekleri yorum bildirileri, özel andlaşmalar ya da taraflardan biri ya da birkaçı tarafından yapılan yoruma diğerlerinin katılması yoluyla yapılabilmektedir. Uluslararası yargı veya hakemlik organları tarafından yapılan yorumlar ise ilgili davaların tarafları ve ilgili davalar bakımından bağlayıcılık teşkil etmektedir.²⁴

Uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin temel yorum kuralları 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde ortaya konmaktadır. Temel yorum kuralları çerçevesinde uluslararası andlaşmaların iyi niyet ilkesine uygun şekilde yorumlanması gerekmektedir. İyi niyet ilkesine uygun şekilde yorum uluslararası andlaşmalarda yer alan belirsiz hükümlerin uluslararası andlaşmaların taraflarının niyetleri dışında, farklı şekillerde yorumlanmasını önlemeyi hedeflemektedir. Bu konuya ilişkin bir başka ilke, uluslararası andlaşmalarda yer alan terimlerin olağan anlamına uygun şekilde yorumlanmasıdır. Bu çerçevede, uluslararası andlaşmalarda yer alan terimlerin anlamının açık olması durumunda ayrıca bir yorum yapılması gerekmemektedir. Bir uluslararası andlaşmada yer alan terimler, uluslararası andlaşma ve ekleri içerisinde belirli bir anlama sahipse ve ortada anlam ile ilgili bir tereddüt söz konusu değil ise yoruma son verilmesi gerekmektedir. Uluslararası andlaşmalar yorumlanırken mantıksal anlamda bütünlüğün sonucu olarak bağlantılarının da dikkate alınması gerekmektedir. Uluslararası andlaşmaların bağlantıları arasında uluslararası andlaşma metnindeki tüm hükümler, uluslararası andlaşma ile oluşturulan genel sistem, uluslararası andlaşmanın başlangıcı, bağlantılı diğer uluslararası andlaşmalar veya diğer hukuki belgeler yer almaktadır. Uluslararası andlaşmaların aynı zamanda konularına ve amaçlarına uygun şekilde, etki doğurma ilkesine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Temel yorum kuralları çerçevesinde bir uluslararası andlaşma yorumlandığında varılan sonuç anlamlı ve açık

²⁴ Uluslararası andlaşmaların yorumlanması yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 189-191.

değil ise ya da saçma ise yahut bir uluslararası andlaşmanın yorum sonucunda ortaya çıkan anlamı doğrulanmak isteniyor ise bu tarz durumlarda tamamlayıcı yorum kurallarından yararlanılması gerekmektedir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 32 çerçevesinde tamamlayıcı yorum kuralları uluslararası andlaşmaların hazırlık çalışmalarını ve yapıldığı koşulları ifade etmektedir. Uluslararası andlaşmaların hazırlık çalışmaları, uluslararası andlaşmaların yapılışı sürecindeki diplomatik yazışmaları, uluslararası andlaşmaların kabul edildiği konferanslardaki belgeleri ve benzer türdeki her türlü hazırlık belgesini ifade etmektedir. Uluslararası andlaşmaların hazırlık çalışmalarına daha çok iki taraflı uluslararası andlaşmaların yorumlanması konusunda başvurulmaktadır. Bu şekilde uluslararası andlaşmaların yapılışı ile ilgili tarafların niyetleri ortaya çıkarılabilmektedir. Çok taraflı uluslararası andlaşmalar bakımından ise tarafların uluslararası andlaşmaların yapılışı sırasındaki niyetleri iki taraflı uluslararası andlaşmalardaki kadar önem arz etmeyebilmektedir. Bu sebeple, bu yorum kurallarına daha az başvurulabilmektedir. Hazırlık çalışmalarından yorum konusunda yararlanılması bakımından bu çalışmaların yayımlanmış olmaları ya da olmamaları, bu çalışmalara bütün tarafların katılması ya da katılmaması önem arz etmemektedir. Uluslararası andlaşmaların belirli koşullardaki ilişkileri düzenlemek için yapıldığı düşünüldüğünde uluslararası andlaşmaların yapılışı koşullarından uluslararası andlaşmaların yorumlanmasında yararlanılabileceği anlaşılmaktadır.²⁵

²⁵ Uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **FITZMAURICE**, G. G. : "Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", British Year Book of International Law, C. 28, 1951, s. 1-28; **HOGG**, James F. : "The International Court: Rules of Treaty Interpretation", Minnesota Law Review, C. 43, S. 3, 1959, s. 369-442; **MERRILLS**, J. G. : "Two Approaches to Treaty Interpretation", Australian Year Book of International Law, C. 4, 1968-1969, s. 55-82; **TAMMELO**, Ilmar: "Treaty Interpretation and Considerations of Justice", Revue Belge de Droit International Belgian Review of International Law, C. 5, S. 1, 1969, s. 80-86; **GARDINER**, Richard, Treaty Interpretation, Oxford 2017; **DOTHAN**, Shai: "The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights", Fordham International Law Journal, C. 42, N. 3, 2019, s. 765-794; **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 192-196; **KUMAR**, Vanya: "Whose Intentionality Is It Anyway? Analogizing the Literary Theory Architecture for International Treaty Interpretation", Journal of Indian Law and Society, C. 13, N.

Uluslararası andlaşmaların yorumlanmasında çeşitli yorum tekniklerine başvurulabilmektedir. Bu yorum tekniklerinden birine göre uluslararası andlaşmalar geniş ya da dar yorumlanabilmektedir. Bu tekniklerden biri diğerinden daha üstün değildir ve her ikisine de ancak, olağan yollardan yorum ile sonuca ulaşamadığında başvurulmaktadır. Dar yorum; olağandışı uluslararası andlaşma hükümlerinin, uluslararası yargı ya da hakemlik organlarını yetkilendiren uluslararası andlaşmaların, devletlerin egemenliklerine yönelik çeşitli kısıtlamalar getiren uluslararası andlaşma hükümlerinin ve benzerinin yorumlanmasında tercih edilmektedir. Geniş yorum ise daha çok hakça ilkelere göre karar verilmesini düzenleyen uluslararası andlaşma hükümlerinin uygulanmasında başvuru olan bir tekniktir. Benzetme yoluyla yoruma daha çok, uluslararası andlaşma hükümlerinin açık olmadığı, başka davalar bakımından benzer durumlarda kabul edilen

1, 2022, s. 17-34. Uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili kurallara dair çeşitli uluslararası yargı organı kararları ve danışma görüşleri için bkz. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın (UDAD) Polonya Uyruluğunun Kazanılması ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_07/01_Acquisition_de_la_nationalite_polonaise_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UDAD'nin Türk ve Yunan Ahalilerinin Mübadelesi ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UDAD'nin Polonya Yüksek Silezyasındaki Kimi Alman Çıkarları Davası ile ilgili olarak verdiği karar için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arrêt.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Birleşmiş Milletler Üyeliğine Kabul Şartları ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UAD'nin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Birleşmiş Milletler'de Üyeliğe Kabul Yetkisi ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UAD'nin Soykırım Sözleşmesi'ne Çekinceler ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UAD'nin Korfu Boğazı Davası ile ilgili olarak verdiği karar için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024). UAD'nin Sığınma Hakkı Davası ile ilgili olarak verdiği karar için bkz. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

çözümler söz konusu olduğunda başvurulabilmektedir. Aksiyle kanıtlama yoluyla yorumda zıtlık arz eden hususlardan birinin gerçekleşmesi halinde öbürünün gerçekleşemeyeceği düşüncesi esastır. Anlamlı yorum tekniği uluslararası andlaşmaların yorumu sonucu ortaya çıkan durumun anlamsız ve saçma olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Belirli bir tarafın lehine yorum tekniği ise, uluslararası andlaşmaların yorumunun iki farklı şekilde de yapılmasının mümkün olması halinde belirli bir tarafın ve genel olarak zayıf tarafın lehine yorumlanmasını gerektirmektedir.²⁶

2. Uluslararası Andlaşmaların Yorumlanması ile İlgili Kurallar Çerçevesinde Yunanistan'ın Tezinin Kabul Edilemez Olması

Yunanistan Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 ile getirilen düzenlemeleri karasularının genişliği bağlamında yorumlamaktadır. Bu yorumu sonucunda Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 ile 3 mil olarak belirlendiğini ifade etmektedir.²⁷ Yunanistan tarafından yapılan bu yorumun kabul edilebilir olup olmadığını, bahsedilen maddelerin Türk karasularının genişliği ile ilgili olup olmadığını tespit etmek için Lozan

²⁶ Uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili farklı teknikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, s. 196-198. Uluslararası andlaşmaların yorumlanması ile ilgili farklı tekniklere dair çeşitli uluslararası yargı organı kararları ve danışma görüşleri için bkz. UDAD'nin Dantzig'deki Polonya Posta Hizmeti ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024). UDAD'nin Musul sorunu ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_12/01_Article_3_du_traite_de_Lausanne_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024). UDAD'nin Jaworzina ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024). UDAD'nin Arnavutluk'taki Yunan Azınlık Okulları ile ilgili olarak verdiği danışma görüşü için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024). UDAD'nin Wimbledon Davası ile ilgili olarak verdiği karar için bkz. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

²⁷ **KURAN**, s. 142.

Barış Andlaşması'nın genel olarak yapısına bakılması ve yorumlanması gerekmektedir.²⁸

Lozan Barış Andlaşması'nda 5 kısmı bulunmaktadır ve kısımlar fasıllara ayrılmaktadır. Yunanistan'ın tezini dayandırdığı Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 1. Kısım, 1. Fasılda bulunmaktadır. Bahsedilen maddelerin bulunduğu faslın başlığı Araziye Müteallik Ahkam'dır. Bu durum bahsedilen düzenlemelerin arazi konularına ilişkin olduğunu, denizdeki topraklar başka bir ifade ile, adaların hangi devletlere ait olacağına ilişkin sorunların da bu bölümde düzenlendiğini ortaya koymaktadır. Ege Denizi'ndeki adaların sayısı itibariyle çok fazla olması bu adaların aidiyeti sorunun isimleri ya da coğrafi koordinatları belirtilerek çözülmesini zorlaştırmaktadır. Bu çerçevede, bu adaların aidiyeti ile ilgili sorun kıyıdağın itibaren 3 mil mesafedeki adaların Türkiye'ye ait olacağı ifade edilerek çözülmüştür. Lozan Barış Andlaşması madde 16 ile Türkiye bu andlaşma ile kendisine verilmiş olan adalar dışındaki adalar üzerindeki haklarından vazgeçtiğini ortaya koymuştur. Bu bağlamda, Lozan Barış Andlaşması madde 16 da Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 ile getirilen düzenlemelerin Türk karasularının genişliği ile ilgili olmadığını, adaların aidiyeti sorunun çözümü ile ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Bahsedilen hususlar doğrultusunda Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12'nin amacı Türk karasularının genişliğini belirlemek değil, adaların aidiyeti ile ilgili sorunları çözmektir.²⁹ Lozan Barış Andlaşması'nda Yunanistan'ın iddia

²⁸ ÖZMAN, s. 335.

²⁹ BAYKAL, s. 266; ÖZMAN, s. 335-337. Lozan Barış Andlaşması'nda adalar ile ilgili olarak yapılan düzenlemeler iki gruba ayrılmaktadır. Bu düzenlemelerin ilk grubu adalara ilişkin egemenlik sorunları başka bir ifade ile, adaların aidiyeti ile ilgilidir. Lozan Barış Andlaşması'nın 6. 12. ve 16. maddeleri ile getirilen düzenlemeler bu grupta yer almaktadır. Adaların aidiyeti ile ilgili sorun esasen, uzun yıllar boyunca Osmanlı tarafından yönetilen Ege Denizi'nde bulunan adaların Yunanistan bağımsız bir devlet şeklinde ortaya çıktıktan sonra hangi devletin hakimiyeti altında olacağı konusunda yaşanan problemleri ifade etmektedir. Düzenlemelerin ikinci grubu ise adalar konusunda uygulanacak hukuki rejim başka bir ifade ile, adaların hukuki statüsü ile ilgilidir. Lozan Barış Andlaşması ile adaların aidiyeti sorununun çözümü ve hukuki statüleri ile ilgili olarak getirilen düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZMAN, M. Aydoğan: "Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Hukuki Statüsü", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 43, S. 3, 1988, s. 197-206; PAZARCI, Hüseyin: "Ege Adalarının Hukuksal Statüsü", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.

ettiği gibi Türk karasularının genişliğini 3 mil ile sınırlandıran bir düzenleme bulunmamaktadır.³⁰

Yunanistan'ın tezinin kabul edilemez olduğu açık olmakla birlikte bu tezin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle Yunanistan'ın Lozan Barış Andlaşması'nın 6. ve 12. maddelerine dayanarak yaptığı yorumun bağlayıcı olmadığı ifade edilmelidir. Burada bağlayıcılık teşkil eden Lozan Barış Andlaşması'nın taraflarınca yapılan ortak bir yorum söz konusu değildir. Daha ayrıntılı şekilde ifade etmek gerekirse, Lozan Barış Andlaşması ile Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlendiği yönünde yorumsal bir kayıt, tarafların ortaklaşa kabul ettikleri bir yorum bildirisi, özel andlaşma ya da taraflardan biri ya da birkaçı tarafından yapılan yoruma diğerlerinin katılması söz konusu değildir. Aksine, Yunanistan tarafından tek taraflı olarak yapılan bağlayıcılık teşkil etmeyen bir yorum söz konusudur. Ayrıca, burada uluslararası yargı veya hakemlik organlarınca yapılan bağlayıcı bir yorum da söz konusu değildir.

Yunanistan'ın Lozan Barış Andlaşması'nın 6. ve 12. maddelerine ilişkin yorumu iyi niyet ilkesine uygun bir yorum değildir. Çünkü, burada ilgili maddelerin tarafların niyetleri dışında farklı bir şekilde yorumlanması söz konusudur. İlgili maddelerde tarafların niyeti Türkiye ve Yunanistan arasında karasularını sınırlandırmak ya da Türk karasularının genişliğini 3 mil olarak belirlemek değil, adaların aidiyeti sorununu çözmektir. Yunanistan'ın yorumu uluslararası andlaşmalarda yer alan terimlerin olağan anlamına uygun şekilde yorumlanması ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. İlgili maddelerde yer alan terimlerin anlamı açıktır, bu düzenlemeler adaların aidiyeti sorunun çözümü ile ilgilidir. Bu sebeple, bu konu ile ilgili ayrıca ve Yunanistan'ın yaptığı gibi olağan anlamın dışında bir yorum yapılmaması gerekmektedir. Lozan Barış Andlaşması bağlantıları dikkate alınarak yorumlandığı takdirde de Yunanistan'ın tezi bağlamında ileri sürdüğü gibi bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. Lozan Barış Andlaşması'nın metnindeki tüm hükümler, oluşturduğu genel sistem, başlangıcı, bağlantılı diğer uluslararası andlaşmalar veya diğer hukuki belgeler incelendiğinde hiçbirinde Türk

43, S. 3, 1988, s. 151-162; ÖZERSAY, Kudret: Adalar Sorunu, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s. 169-191; ÖRSTEN ESİRGİN, s. 86-89.

karasularının genişliğini açıkça 3 mil ile sınırlandıran bir düzenleme yer almadığı anlaşılmaktadır. Lozan Barış Andlaşması konu ve amacına uygun şekilde yorumlandığında da ilgili maddelerin Türk karasularının genişliğini belirlemek gibi bir amacının olmadığı aksine, adaların aidiyeti sorununu çözmeyi amaçladıkları ve Yunanistan'ın ileri sürdüğü şekilde yorumlanamayacakları anlaşılmaktadır.

Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 uluslararası andlaşmalara dair temel yorum kuralları bağlamında yorumlandığında ortaya açık ve anlamlı bir sonuç çıkmaktadır. Bu yoruma göre ilgili maddeler adaların aidiyeti ile ilgili sorunları çözmeyi amaçlamaktadır ve bu maddeler ile Türk karasularının genişliğini 3 mil ile sınırlandırmak gibi bir amaç güdülmemektedir. Buradan hareketle, Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak sınırlandırıldığı ileri sürülemez. Temel yorum kuralları çerçevesinde yapılan yorumun sonucu anlamlı ve açık olduğu için bu konuda tamamlayıcı yorum kurallarından yararlanılmasına gerek kalmamaktadır. Ancak, Yunanistan'ın tezinin kabul edilebilir olmadığını ortaya koymak adına ve temel yorum kurallarına uygun şekilde yapılan yorum sonucu ortaya çıkan durumu teyit etmek amacıyla tamamlayıcı yorum kurallarından da yararlanılabilir. Lozan Barış Andlaşması'nın hazırlık çalışmaları, yapılışı sürecindeki diplomatik yazışmalar, kabul edildiği konferanslardaki belgeler ve benzer türdeki hazırlık belgelerinde Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlenmesi yönünde birtakım belirtiler bulunsa da yeterince açık bir ifade bulunmamaktadır. Lozan Barış Andlaşması'nın yapıldığı koşullar incelendiğinde bu dönemde Türkiye ve Yunanistan'ın uygulamada karasularının genişliğinin 3 mil olacağı anlayışıyla hareket ettiklerini gösteren işaretler bulunabilir.³¹ Ancak, bu durum Yunanistan'ın ileri sürdüğü şekilde Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak belirlendiğini söyleyebilmek için tek başına yeterli sebebi teşkil etmez.

Karasuları devletlerin egemenliğine tabi bir deniz alanıdır ve karasularının genişliğinin belirlenmesi, kıyıları karşılıklı devletler arasında karasuları sınırlandırılması devletlerin egemenliğine dair

³¹ Bahsedilen dönemde Türk karasularının genişliği ile ilgili uygulamanın 3 mil olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **ARI**, Tayyar: "Ege Sorunu ve Türk-Yunan İlişkileri: Son Gelişmeler Işığında Karasuları ve Hava Sahası Sorunları", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 50, S. 1, 1995, s. 51-68; **BAYKAL**, s. 265-267.

meselelerdir. Türkiye Lozan Barış Andlaşması ile karasularının genişliğini belirlemek, Yunanistan ile olan karasuları sınırlarını tespit etmek isteseydi, doğrudan egemenliği ile ilgili olan bu işlemi açıkça yapardı. Ancak, somut durumda Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 ile karasularının genişliği ile ilgili açık bir düzenleme getirilmemiş, adaların aidiyeti sorununa çözüm aranmıştır. Bu maddeler adaların aidiyeti sorununu çözmeye ilişkindir ve egemenlik ile ilgili olduklarından dar yorum tekniğine göre yorumlanmaları gerekmektedir. Bu sebeple, bahsedilen düzenlemeler ile Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlendiği ileri sürülemez. Anlamli yorum tekniği çerçevesinde de Lozan Barış Andlaşması'nın ilgili maddelerinin temel yorum kurallarına uygun şekilde yorumlanması sonucu ortaya anlamlı bir yorum çıkmaktadır, bu yorum tamamlayıcı yorum kuralları ile teyit edilebilmektedir ayrıca, bu yorum Yunanistan'ın tezinin kabul edilemez olduğunu ortaya koymaktadır.

SONUÇ

Yunanistan'ın tezinin kabul edilemez olduğu açık olmasına rağmen bu tezin uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumun sebebi, bu tezin doğru kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek sonuçların Türkiye açısından olumsuz sonuçlar olmasıdır. Bu bağlamda öncelikle Yunanistan'ın Lozan Barış Andlaşması'nın 6. ve 12. maddelerine dayanarak yaptığı yorumun bağlayıcılık teşkil etmediği ifade edilmelidir. Burada Lozan Barış Andlaşması'nın taraflarınca yapılan ortak bir yorum söz konusu değildir ve esasen Yunanistan tarafından tek taraflı olarak yapılan, bağlayıcılık teşkil etmeyen bir yorum söz konusudur.

Yunanistan'ın tezi uluslararası andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin temel kurallar bağlamında değerlendirildiğinde bu tezin kabul edilemez olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır. Yunanistan'ın Lozan Barış Andlaşması'nın 6. ve 12. maddelerine ilişkin yorumu uluslararası andlaşmaların iyi niyetle, olağan anlamlarına uygun şekilde, bağlantıları dikkate alınarak ve konu ve amacına uygun şekilde yorumlanması ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 uluslararası andlaşmalara dair temel yorum kuralları bağlamında yorumlandığında ilgili maddelerin adaların aidiyeti ile ilgili sorunları çözmeyi amaçladıkları ve bu maddeler ile Türk karasuları

genişliğinin 3 mil tespit edilmesi gibi bir amaç güdülmeyeceği anlaşılmaktadır ve ortaya açık ve anlamlı bir sonuç çıkmaktadır.

Temel yorum kuralları bağlamında yapılan yorumun sonucu anlamlı ve oldukça açık olduğu için bu konuda tamamlayıcı yorum kurallarından yararlanılmasına esasen gerek yoktur. Bununla birlikte, Yunanistan'ın tezinin kabul edilebilir olmadığını daha açık biçimde ortaya koymak ve temel yorum kurallarına uygun şekilde yapılan yorum sonucu ortaya çıkan anlamı teyit etmek için tamamlayıcı yorum kurallarından yararlanılabilir. Lozan Barış Andlaşması'nın hazırlık çalışmalarında Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlenmesi yönünde birtakım belirtiler bulunsa da yeterince açık bir ifade bulunmamaktadır. Lozan Barış Andlaşması yapıldığı zaman Türkiye ile Yunanistan'ın uygulamada karasularının genişliğinin 3 mil olacağı anlayışıyla hareket ettiklerini gösteren işaretler söz konusu olsa da uygulamadaki durum Yunanistan'ın ileri sürdüğü gibi Türk karasularının genişliğinin Lozan Barış Andlaşması ile 3 mil olarak belirlendiğini söyleyebilmek için tek başına yeterli gerekçeyi oluşturmaz.

Yunanistan'ın tezi ilgili yorum teknikleri bakımından da kabul edilemezdir. Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12 adaların aidiyeti sorununa ilişkindir, egemenlik ile ilgilidir ve dar yorum tekniğine göre yorumlanmaları gerekmektedir. Bu sebeple, Lozan Barış Andlaşması madde 6 ve madde 12'den hareketle Türk karasularının genişliğinin 3 mil olarak belirlendiği ileri sürülemez. Türkiye, Lozan Barış Andlaşması ile karasularının genişliğini belirlemek isteseydi, egemenliği ile ilgili olan bu işlemi açık bir şekilde gerçekleştirirdi. Somut durumda ise Lozan Barış Andlaşması'nın 6. ve 12. maddeleri ile karasularının genişliği konusunda açık bir düzenleme getirilmemiş ve adaların aidiyeti sorununa çözüm aranmıştır. Anlamlı yorum tekniği çerçevesinde de Lozan Barış Andlaşması'nın ilgili maddelerinin temel yorum kurallarına uygun şekilde yorumlanması sonucu ortaya anlamlı bir yorum çıkmaktadır, bu yorum tamamlayıcı yorum kuralları ile de teyit edilebilmektedir ve Yunanistan'ın tezinin kabul edilemez olduğunu ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- ACER**, Yücel / **KAYA**, İbrahim: Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, Ankara 2014.
- AKİPEK**, Ömer İlhan: Devletler Hukuku Birinci Kitap, Ankara 1963.
- AKİPEK**, Ömer İlhan: Devletler Hukuku İkinci Kitap, Ankara 1965.
- AKSAR**, Yusuf: Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Ankara 2019.
- AKSAR**, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Ankara 2021.
- AKYOL**, Taha: Bilinmeyen Lozan, İstanbul 2014.
- ARI**, Tayyar: “Ege Sorunu ve Türk-Yunan İlişkileri: Son Gelişmeler Işığında Karasuları ve Hava Sahası Sorunları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 50, S. 1, 1995, s. 51-68.
- BAŞEREN**, Sertaç Hami: Ege Sorunları, Ankara 2006.
- BAYILLIOĞLU**, Uğur: Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması, Ankara 2011.
- BAYKAL**, Ferit Hakan: Deniz Hukuku Çalışmaları, İstanbul 1998.
- BİLSEL**, Cemil: Devletler Arasında Andlaşmalar, İstanbul 1936.
- BİLSEL**, Cemil: Lozan, İstanbul 2023.
- BÖLÜKBAŞI**, Deniz: Turkey and Greece: The Aegean Dispute, A Unique Case in International Law, Londra 2004.
- BROWNLIE**, Ian: Principles of Public International Law, New York 2002.
- BRUNO**, Simma / **TAMS**, Christian J. : 1969 Vienna Convention: Article 60 Termination or Suspension of the Operation of a Treaty as a Consequence of Its Breach, Corten, Olivier / Klein, Pierre (Editörler), The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary, Oxford 2011, s. 1379-1382.
- BUDAK**, Mustafa: Misak-ı Milli’den Lozan’a İdealden Gerçeğe Türk Dış Politikası, İstanbul 2014.
- CASSESE**, Antonio: International Law, New York 2005.
- CAŞIN**, Mesut Hakkı: Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, İstanbul 2020.
- CAŞIN**, Mesut Hakkı: Uluslararası Andlaşmalar Hukuku, İstanbul 2020.

- CHATINAKROB**, Thanapat: "Material Breach and its Exception: An Analysis of a 'Humanitarian Character'", IALS Student Law Review, C. 5, 2018, s. 43-54.
- COŞKUN**, Alev: 1922-1923 Diplomat İnönü-Lozan, İstanbul 2019.
- CROZAT**, Charles (Çeviren: Edip F. Çelik): Devletler Umumi Hukuku Cilt: I, İstanbul 1950.
- ÇAKMAK**, Cenap: Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Bursa 2014.
- ÇELİK**, Edip F.: Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, İstanbul 1987.
- ÇELİK**, Edip F.: Milletlerarası Hukuk İkinci Kitap, İstanbul 1987.
- DEMİRCİ**, Sevtap: Belgelerle Lozan, İstanbul 2011.
- DOĞAN**, İlyas: Devletler Hukuku, Ankara 2016.
- DOTHAN**, Shai: "The Three Traditional Approaches to Treaty Interpretation: A Current Application to the European Court of Human Rights", Fordham International Law Journal, C. 42, N. 3, 2019, s. 765-794.
- ERHAN**, Çağrı / **KÜRKÇÜOĞLU**, Ömer: Lozan Gelişmeleri, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s.17-98.
- EROĞLU**, Hamza: Devletler Umumi Hukuku, Ankara 1984.
- FISKATORIS**, Taxiarchis / **SVICEVIC**, Marko: Treaty Law, Hauck, Sué González / Kunz, Raffaella / Milas, Max (Editörler), Public International Law: A Multi-Perspective Approach, New York 2024, s. 161-180.
- FITZMAURICE**, G. G. : "Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points", British Year Book of International Law, C. 28, 1951, s. 1-28.
- GARDINER**, Richard: Treaty Interpretation, Oxford 2017.
- GÖNLÜBOL**, Mehmet: Barış Zamanında Sahil Sularının (Karasuları ve Bitişik Bölge) Hukuki Statüsü, Ankara 1959.
- GÜNDÜZ**, Aslan: Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Ankara 2018.

HOGG, James F. : "The International Court: Rules of Treaty Interpretation", Minnesota Law Review, C. 43, S. 3, 1959, s. 369-442.

İLERİ, Suphi Nuri: Türk Basınında Lozan – Suphi Nuri İleri'nin Lozan Mektup ve Makaleleri, İstanbul 2023.

KARACAN, Ali Naci: Lozan, İstanbul 2009.

KARAGEDİKLİ, Gürer: 90 Soruda Lozan Barış Antlaşması, Ankara 2013.

KATSOUFROS, Theodoros: Ege Deniziyle İlgili Türk Yunan Uyuşmazlıkları, Vaner, Semih (Editör), Türk-Yunan Uyuşmazlığı, İstanbul 1990, s. 76–94.

KAYA, İslam Safa, Uluslararası Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2022.

KAYA, İslam Safa: Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2023.

KESKİN, Funda: Lozan Antlaşması'nın Hukuksal Etkileri, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s. 98-106.

KIRGIS, Frederic L. Jr. : "Some Lingering Questions about Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties", Cornell International Law Journal, C. 22, 1989, s. 549-573.

KOLB, Robert: The Law of Treaties: An Introduction, Northampton 2016.

KUMAR, Vanya: "Whose Intentionality Is It Anyway? Analogizing the Literary Theory Architecture for International Treaty Interpretation", Journal of Indian Law and Society, C. 13, N. 1, 2022, s. 17-34.

KURAN, Selami: Uluslararası Deniz Hukuku, İstanbul 2016.

KURAN, Selami / **AYDIN OKUR**, Derya / **SARİBEYOĞLU**, Meltem / **GÜNEL**, Reşat Volkan: Uluslararası Hukuk Temel Metinler, İstanbul 2014.

MALANCZUK, Peter: Akehurst's Modern Introduction to International Law, London New York 1997.

MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş Birinci Cilt, Ankara 1968.

MERAY, Seha L.: Devletler Hukukuna Giriş İkinci Cilt, Ankara 1975.

MERAY, Seha L.: Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar – Belgeler, İstanbul 2023.

- MERRILLS, J. G. :** "Two Approaches to Treaty Interpretation", Australian Year Book of International Law, C. 4, 1968-1969, s. 55-82.
- MOR,** Hasan: Uluslararası Hukuk Perspektifinden Türk Dış Politikasında Ege Denizi Karasuları ve Kıta Sahaneliği Sorunları, Konya 2016.
- MOR,** Hasan: Uluslararası Hukuka Giriş I Kavramsal Çerçeve, Konum, Gelişim, Kaynaklar, Konya 2019.
- MORRISON,** Richard: "Efficient Breach of International Agreements", Denver Journal of International Law and Policy, C. 23, N. 1, 1997, s. 183-222.
- ODMAN,** Tevfik: Karasularının Genişliğı Sorunu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1990.
- ÖRSTEN ESİRGİN,** Seda: Hukuki Sonuçlarıyla Lozan, Ankara 2023.
- ÖZERSAY,** Kudret: Adalar Sorunu, Erhan, Çağrı (Editör), Yaşayan Lozan, Ankara 2003, s. 169-191.
- ÖZMAN,** M. Aydoğan: "Lozan Andlaşmalarında Ege Adalarının Hukuki Statüsü", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 43, S. 3, 1988, s. 197-206.
- ÖZMAN,** Aydoğan: Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesneler, Ulusal Deniz Alanları, Ankara 2006.
- PAZARCI,** Hüseyin, Ege'de Deniz Sorunlarında Türk ve Yunan Görüşleri: Hukuki Açından, Ege'de Deniz Sorunları Semineri, Ankara 1986, s. 79-93.
- PAZARCI,** Hüseyin: Lozan Antlaşması'ndan 1974'e Kadar Ege'ye İlişkin Gelişmeler ve Yunanistan'ın Ege Politikası, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı (Editör), Tarih Boyunca Türk-Yunan İlişkileri (20 Temmuz 1974'e Kadar), Ankara 1986, s. 19-34.
- PAZARCI,** Hüseyin: "Ege Adalarının Hukuksal Statüsü", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 43, S. 3, 1988, s. 151-162.
- PAZARCI,** Hüseyin: Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Ankara 2015.
- PAZARCI,** Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Ankara 2021.
- PAZARCI,** Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Ankara 2021.

- PAZARCI**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Açısından Lozan Andlaşması'nın Anlamı ve Sınırlar, Kuruç, Bilsay / Coşkun, M. Alev / Öymen, Onur / Pazarıcı, Hüseyin (Editörler), 100. Yılında Lozan'ın Önemi, İstanbul 2023, s. 121-130.
- PİRİM**, Ceren Zeynep: "Andlaşmalar Hukuku ve Uluslararası Sorumluluk Hukukunun Kesişim Noktasında *Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum*", Public and Private International Law Bulletin, C. 41, 2021, s. 979-999.
- POROY**, Mehmet Akif: Şematik Uluslararası Hukuk Ders Kitabı, Ankara 2024.
- RAFTOPOULOS**, Evangelos: "The Crisis Over Imia Rocks, IJMCL, C. 12, S. 4, 1997, s. 427-446.
- REÇBER**, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Bursa 2016.
- SHAW**, Malcolm N. : (Çevirenler: Acer, Yücel; Kaya, İbrahim; Demirtepe, M. Turgut; Şimşek, G. Engin): Uluslararası Hukuk, Ankara 2018.
- SLOMANSON**, William R. : Fundamental Perspectives on International Law, Boston 2011.
- SONYEL**, Salahi: Gizli Belgelerle Lozan Konferansı'nın Perde Arkası, Ankara, 2006.
- SUR**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul 2024.
- ŞİMŞİR**, Bilal: Lozan Günlüğü, Ankara 2012.
- TAMMELO**, Ilmar: "Treaty Interpretation and Considerations of Justice", Revue Belge de Droit International Belgian Review of International Law, C. 5, S. 1, 1969, s. 80-86.
- TANAKA**, Yoshifumi: The International Law of the Sea, Cambridge 2015.
- TANÖR**, Bülent: Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul 2024.
- TOLUNER**, Sevim: Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), İstanbul 1974.
- UZUN**, Elif: Uluslararası Hukukta Andlaşmaların Esaslı İhlal Nedeniyle Sona Erdirilmesi ve Askıya Alınması, İstanbul 2013.
- UZUN**, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Ankara 2016.
- ÜNAL**, Şeref: Devletler Hukukuna Giriş, Ankara 2003.

XIOURI, Maria: *In The Breach of a Treaty: State Responses in International Law*, Leiden 2021.

YAYCI, Cihat: *Yunanistan Talepleri (Ege Sorunları) Soru ve Cevaplarla*, Ankara 2020.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200343.pdf,
(Erişim Tarihi: 03.09.2024).

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc012/kanuntbmmc012/kanuntbmmc01202106.pdf,
(Erişim Tarihi: 03.09.2024).

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc047/kanuntbmmc047/kanuntbmmc04700476.pdf,
(Erişim Tarihi: 03.09.2024).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2674.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (Erişim Tarihi: 04.09.2024).

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, (Erişim Tarihi: 04.09.2024).

https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_11/01_Service_postal_polonais_a_Danzig_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_12/01_Article_3_du_traite_de_Lausanne_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_08/Jaworzina_Avis_consultatif.pdf

justice/serie_AB/AB_64/01_Ecoles_minoritaires_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

[https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-](https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf)

justice/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf, (Erişim Tarihi: 24.12.2024).

[https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-](https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_07/01_Acquisition_de_la_nationalite_polonaise_Avis_consultatif.pdf)

justice/serie_B/B_07/01_Acquisition_de_la_nationalite_polonaise_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

[https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-](https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf)

justice/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

[https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-](https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf)

justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/3/003-19480528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/9/009-19500303-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/12/012-19510528-ADV-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/7/007-19501120-JUD-01-00-EN.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA MİLLETLERARASI ANTLAŞMALARIN ONAYLANMASINA DAİR KURAL VE İSTİSNALAR REJİMİNİN ANALİZİ (İSVEÇ VE FİNLANDİYA’NIN NATO’YA KATILIM SÜRECİ ÖRNEKLİĞİNDE BİR DEĞERLENDİRME)

Dr. Halit Serhan ERCİVELEK *

Öz

Ulusal hukuk ağırlıklı monist sistemi benimseyen devletlerde, milletlerarası antlaşmaların geçerlilik kazanmaları için akit ülke tarafından onaylanması gereklidir. Bir iç hukuk işlemi olan onay işlemi; kimi devletlerde sadece yasamanın, kimi devletlerde sadece yürütmenin yetkili olduğu, kimi devletlerde ise yasama ve yürütmenin kolektif şekilde katıldığı bir süreç olarak düzenlenmiştir.

İsveç ve Finlandiya ile NATO üyesi ülkeler arasında akdedilen katılım protokolünün Türk iç hukukunda onaylanması 15 ayı aşkın bir sürede gerçekleşmiştir. Karmaşık bir şekilde işleyen süreç İsveç ve Finlandiya’nın

* Dr. Öğr. Üyesi, Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim dalı, İstanbul, Türkiye | Assistant Professor, Sabahattin Zaim University, Department of Constitutional Law, İstanbul, Türkiye.

✉ halit.ercivelek@izu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6303-3008.

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** CİVELEK, Halit Serhan: “Türk Anayasa Hukukunda Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına Dair Kural ve İstisnalar Rejiminin Analizi (İsveç ve Finlandiya’nın Nato’ya Katılım Süreci Örnekliliğinde Bir Değerlendirme)”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1285-1320.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

NATO üyesi devletler ile imzaladıkları katılım protokolü, Türkiye, İsveç, Finlandiya arasında imzalanan üçlü muhtıra, TBMM'nin onayı uygun bulma kanunu ve son olarak Cumhurbaşkanı'nın onay kararı olmak üzere farklı nitelikte hukuki işlemlerin tekemmülü ile tamamlanmıştır.

Çalışmada bu süreç milletlerarası antlaşmaların onaylanmasına dair Anayasal rejim ve uygulamalar ışığında irdelenmiştir.

İncelemede konuyu düzenleyen pozitif hukuk kaynakları, Anayasal sistemimiz, hükümet sistemi tercihi ve bu sistemin ana unsuru olan kuvvetler ayrılığı uygulaması birlikte değerlendirilerek hukuki bir perspektif ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anayasa hukuku bir yönüyle de politikanın hukukudur. Bu nedenle hukuktan kaynaklanan yetkilerin kullanılması ve/veya kullanılmaması tercihlerinde etkin olan politik ve diplomatik faktörlere de –işaret etmekle sınırlı olsa da – değinilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

- Milletlerarası Antlaşmalar • Tbm'nin Onayı Uygun Bulma Süreci
- Milletlerarası Antlaşmaların Onayının Uygun Bulunması Süreci •İstisnalar Rejimi •Nato Katılım Protokolü

ANALYSIS OF THE LEGAL REGIME -RULES AND EXCEPTIONS- ABOUT RATIFICATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN TURKISH CONSTITUTIONAL LAW (AN EVALUATION THROUGH THE EXAMPLE OF ACCESSION PROCESS OF SWEDEN AND FINLAND TO NATO)

Abstract

International treaties require a domestic legal process in order to become valid in domestic laws. In some states only legislature, some states only the executive, in some states the legislature and the executive organs corporately authorized in this procedure.

Accession protocol for Sweden and Finland to join NATO to be ratified in Turkish domestic law was passed through deeply complicated procedure including the accession protocol signed by Sweden and Finland with NATO member states, the trilateral memorandum signed between Turkey, Sweden and Finland, the law of ratification by the Turkish Grand National Assembly, and the President's approval decision.

This article to carry out a review about; Turkey's decision to ratify the accession protocols. Try to analyzed in the light of the general regulations on the ratification of international treaties by domestic law, our Constitutional Law framework and practices by trying putting forward a legal perspective by evaluating the positive legal sources with in constitutional regulations and govermental system rules.

Constitutional law is also law of politics. While presenting the legal perspective, political factors that are effective in the use or non-use of the powers arising from the law have also been tried to be analyzed, albeit in a limited way.

Keywords

• International Treaties • Ratification Process Of The Turkish Grand National Assembly • Regime Of Exceptions • NATO Accession Protocol

GİRİŞ

İsveç ve Finlandiya'nın Nato'ya katılmaları konusunda bu ülkeler ile Nato üyeleri arasında akdedilen katılım protokolü bir uluslararası antlaşmadır. Tüm uluslararası antlaşmalarda olduğu gibi bu anlaşmanın da yürürlük kazanabilmesi için akit devletlerin iç hukuklarında gerekli işlemlerin tamamlanması gerekmiştir.

Türkiye'nin antlaşmaya dair anılan süreçleri ifası birbiri içine geçen farklı süreçlerin ikmali ile mümkün olmuştur. Öncelikle Türkiye ile İsveç ve Finlandiya arasında üçlü muhtıra akdedilmiş bu muhtıranın uygulandığının gözlenmesini müteakip Cumhurbaşkanlığı tarafından Katılım Protokolünün onayının uygun bulunmasına dair kanun tasarısı TBMM'ye sunulmuş, TBMM'nin kanunu kabul etmesini takiben de her iki ülke ile ayrı ayrı imzalanan Katılım Protokolü Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmıştır.

Süreç uluslararası hukuk ve iç hukuka konu birden fazla hukuki işlem ile tamamlanan bir süreçtir. Bu işlemlerin bir kısmı uluslararası antlaşmalardan, bir kısmı Anayasa'dan bir kısmı ise kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinden kaynaklanan hukuki işlemlerdir.

Farklı hukuk disiplinleri ve normlar hiyerarşisinde farklı basamaklardaki hukuk kaynaklarından kaynaklan işlemler ile tamamlanan sürecin analizi kamu hukuku perspektifinde oldukça zengin bir içerik incelemesi imkânı sunar. Bu zengin içerik, uluslararası kamu hukukunun genel ilkeleri, uluslararası antlaşmalar hukuku, Anayasa

hukuku ve İdare hukukuna dair meselelerin ele alınmasını gerektiren bir bilimsel çalışmayı gerektirir.

I. SÜRECİ

A. Katılım Protokolü

NATO üyeleri ve İsveç – Finlandiya arasında ayrı ayrı Brüksel’de imzalanan 05 Temmuz 2022 tarihli katılım protokolünde¹ 10. md. uyarınca, NATO genel sekreterinin her iki ülkeyi NATO üyeliğine davet etmesini kararlaştırmış (1. md), Protokolün yürürlük kazanıp, NATO Genel Sekreterinin Finlandiya ve İsveç’i üyeliğe davet etmesi ise tüm üye ülkelerin Protokole resmi onaylarını vermesine bağlanmıştır (2.md).

Katılım Protokolü teknik olarak bir uluslararası antlaşmadır. Bir yönüyle uluslararası hukuka diğer yönüyle ise iç hukuka konu ve tabi bir hukuki işlemdir. Anayasamıza göre milletlerarası bir antlaşmanın iç hukukumuz bakımından hüküm ifade etmesi antlaşmanın uygun bulunmasına bağlıdır. Antlaşmanın iç hukuklara girmesini sağlayan hukuki işlem olan antlaşmanın uygun bulunmasına dair kanun bir iç hukuk işlemidir. Bu nedenle Katılım Protokolünün yürürlüğü için Anayasa’da (90.md) belirlenen prosedürün ikmali gerekmiştir.

Bu uygun bulma işlemi teorik olarak antlaşmanın içeriği ve geçerliliğine dair bir etki oluşturmaz. Zira 1986 tarihli, Devletlerarasında, Devletler ve Uluslararası Örgütler arasında veya Uluslararası Örgütlerin Kendi Aralarındaki Antlaşmaların Hukukuna dair Viyana Konvansiyonu² 46. maddesi uyarınca TBMM’nin uygun bulma iradesinin oluşmaması uluslararası hukuk anlamında Türkiye’nin Katılım Protokolü ile bağlanmasını etkisiz kılmayacaktır. Meğerki Viyana Konvansiyonu’nun 46. maddesinde belirtilen temsil yetkisi ihlal ve eksiklikleri oluşmuş olmasın.

Türkiye Cumhuriyeti’nin yürütme organı -Cumhurbaşkanlığı- ayrıntıları aşağıda açıklanacak olan Anayasa’da belirtilen süreci işletirken Katılım Protokolün onaylanması için güvenlik endişeli bazı gerekçelerle siyasi bir tavrı geliştirmiş ve Katılım Protokolünün kabulüne dair İsveç ve Finlandiya nezdinde bazı şartlar ileri sürmüştür. Bu şartlar taraflar

¹ www.NATO.int/NATO_static_fl2014/assets/pdf/2022/7/pdf/220705-accession-protocol-sweden.pdf, 2024) NATO antlaşmasının (https://www.NATO.int/cps/en/NATolive/official_texts, 2024).

² Konvansiyon bundan böyle kısaca Viyana Konvansiyonu olarak anılacaktır.

arasında imzalanan üçlü muhtıra ile kayıt altına alınmıştır. Milletlerarası antlaşmanın imzalanması ve yasama otoritesi olan TBMM'nin uygun bulma kanununa konu olmasından önce, üçlü muhtıra ile siyasi ve diplomatik bazı şartların teklifi ve kabulü hukuki olmaktan önce siyasi bir tavidir ki bu tavrın siyasi ve diplomatik analizi bu makalenin konusuna girmemektedir.

Siyasi saik ile geliştirilen geciktirici ve şarta bağlayıcı nitelikte bu tavrın hukuki analizi bizim için önemlidir. Türkiye bu tavrı ile NATO anlaşmasında belirtilen oy birliği ile mutabakatın oluşmasını engellemek suretiyle hukuk tekniği itibarıyla vetonun özel bir şekli olan “olumsuz veto” kartını kullanabileceğini ihsas etmiştir. “Olumsuz veto”, karara katılmama-onaylamama şeklinde kullanılan bir veto türüdür³. Bu veto türünde hak-yetki sahibi hukuk süjesi açık olarak alınan karara karşı çıkmamakla birlikte oy birliği ile karar alınacağı durumlarda karara katılmayarak kararın oluşumunu engeller. Süje, olumlu yani aktif bir tavır ile ret iradesi sergilememekle birlikte, olumsuz yani pasif tavır ile kararın oluşumunu engellemektedir. Olay örneğinde; Cumhurbaşkanı, AY 90. madde uyarınca Katılım Protokolünün uygun bulunmasına dair kanun çıkartması için TBMM'ye havale etmesi gerekirken kanun teklifini İsveç ve Finlandiya'nın bazı resmi taahhütlerine ve bu taahhütleri fiilen ifa ettiğine dair işaretlerin gerçekleşmesi şartına bağlamıştır.

B. Üçlü Muhtıra (Mamorandum)

Türkiye aday iki devlete iç güvenlik endişesi kaynaklı talep ve beklentilerini iletmış bu beklentilerin İsveç ve Finlandiya tarafından makul karşılanması üzerine, Türkiye – İsveç ve Finlandiya arasında 28 Haziran 2022 tarihinde memorandum, resmi adıyla bir “Üçlü Muhtıra” imzalanmıştır.

Muhtıranın genel çerçevesi ve gerekçesi NATO'nun kuruluş ve faaliyet amacına vurgu yapılarak belirtilir. NATO'nun, üye ülkelerin müşterek savunma ve güvenliğin bölünmezliği ilkeleriyle oluşan ortak değerlere dayalı bir İttifak olduğu, Türkiye, Finlandiya ve İsveç'in kuruluş anlaşmasında belirtilen ilkelere ve değerlere bağlı oldukları vurgulanır (2.md). NATO'nun temel varoluş amacı olan üye devletlerin güvenliğine sadece devletlerden gelebilecek dış tehditlerin değil, içeriden

³ SHAW, Malcolm N., International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 1084.

veya dışarıdan terör örgütlerinden gelebilecek tehditlerin de dahil olduğu ifade edilerek NATO'nun amacına dönük tehdit algısına iç ve dış terör tehditlerinin de dahil olduğu kabul edilir. Bu bağlama uygun olarak taraflar, milli güvenliklerine yönelmiş tehditlere karşı birbirlerine tam destek vereceklerini taahhüt ederler (3./4. md).

Muhtıra ile Finlandiya ve İsveç'in verdikleri taahhütlerin amacı, İsveç ve Finlandiya'nın NATO müttefiki olmaları halinde, ittifakın amaç ve ilkeleri doğrultusunda, Türkiye'nin milli güvenliğine tehdit olarak gördüğü iç ve dış terör örgütlerinden gelecek tehditlere karşı NATO anlaşmasına uygun olarak Türkiye'ye destek vermesini temin etmektir.

Bu niteliği ile muhtıra, kapalı bir uluslararası örgüte katılım konusunda üye ülkenin negatif vetosunu kaldırması için yapılan karşılıklı bir uluslararası anlaşma hükmündedir. Muhtıra her ne kadar NATO Genel Sekreterliğinin "kolaylaştırıcılığı" altında" (1.md) imzalanmış olsa da NATO'nun gerek muhtıra gerekse de muhtıra içeriğinin takibi süreçlerine bir katkısı öngörülmemiştir. Zira bu muhtıra NATO ve İsveç – Finlandiya arası ilişkileri dolaylı olarak ilgilendirir. Muhtıra'nın amacı yukarıda da değinildiği üzere Türkiye'nin NATO antlaşması 10. md uyarınca ihtiyaç duyulan mutabakatını sağlamak için de olsa bu mutabakata dair Türkiye'nin tavır ve kararı NATO ile değil, aday ülkeler İsveç ve Finlandiya'nın Türkiye'nin güvenlik endişelerine dair tutumları ile ilgilidir.

Üçlü muhtıra hukuken bir uluslararası antlaşmadır. İçerik itibarıyla ise siyasi bir antlaşmadır. Her ne kadar uluslararası hukukta "siyasi antlaşma" (*Political agreement*) olarak adlandırılan farklı bir antlaşma türü tanımlanmamış olsa da⁴, içeriği itibarıyla taraf devletlerin hukuki mülahazalarından çok politik yaklaşım ve önceliklerini öne çıkaran andlamalar siyasi antlaşma (*Political Agreement*) olarak değerlendirilebilir. Her ne kadar teorik ve hukuki bir tasnif olmasa da yine de siyasi antlaşmalar ile diğer uluslararası antlaşmalar farklılık arzeder. Siyasi antlaşmaları diğer uluslararası hukuk antlaşmalarından ayıran önemli unsur bu antlaşmaların, hukuken zorlayıcı olmalarından ziyade, "uluslararası nezaket" kuralları⁵. tesis ederek, uyulmaları konusunda

⁴ BAŞARAN, Halil Rahman, "The 2022–2023 Russia-Ukraine War and International Community: A View", *Indian Journal of International Law*, s. 273.

⁵ BAŞARAN, s. 286.

uluslararası nezaketten kaynaklanan ihtiyari bir tavır oluşturmalarıdır. Politik bir anlaşma olan muhtıranın zorlayıcılık eksikliğini gidermek sadedinde muhtıra katılım protokolünün adeta ön şartı olarak ihdas edilmiştir. Böylelikle Türkiye, katılım protokolünün onayını muhtıranın aktine ve uygulandığına dair emarelerin görünmesine ertelemiştir.

Üye devletin bir başka devletin NATO'ya katılım davetine onayı, üye devletin politik bir karardır. Politik kararlar uluslararası hukukta bir devletin başka bir devlet tarafından tanınmasında (*Recognition*) olduğu gibi⁶, benzer hukuki bir olguyu değil maddi anlamda gerçekleşmiş olguları niteler⁷. Bu tip politik kararlar karar mercii devletlere hukuk metodolojisinden kaynaklı bir yeknesaklık, istikrar eşit uygulama mükellefiyeti yüklemeyiz. Devletler tüm politik kararlarında sadece politik tercih ve kabulleri ile karar verecek şekilde bağımsızdır ki bu husus uluslararası hukukun en temel ilkelerinden olan; devletlerin eşit derece ve seviyede egemen oldukları kabulünden kaynaklanır.

Milletlerarası bir mutabakatın antlaşma (*Treaty*) niteliğinde olup olmadığını belirlemek için Viyana Konvansiyon⁸ (legal.un.org/ilc/texts/instruments, 2024) ile kabul edilen kriterlere göre değerlendirmede bulunmak gerekir. Konvansiyon'unun 2. md'ne göre; "Antlaşma"; Uluslararası hukuka göre hazırlanan ve hükümlerini icra eden, birden fazla devlet arasında veya bir devlet ile uluslararası örgüt arasında veya uluslararası örgütlerin kendi aralarında yaptıkları yazılı antlaşmadır. Birleşmiş Milletler Devletler Hukuku Komisyonu Antlaşmalar Hukuku tasarısında "Milletlerarası Antlaşma"; Devletler arasında, milletlerarası hukukun düzenlediği, verilen isim önemli olmaksızın, bir veya daha fazla sayıda belge ile akdedilmiş yazılı anlaşma olarak tanımlanır⁹.

Yukarıdaki tanımlamaya göre değerlendirildiğinde görülür ki "Memorandum" her ne kadar antlaşma olarak isimlendirilmemiş ise de, yazılı olarak aktedildiği, uluslararası hukuka tabi bir ahitleşme içerdiği ve NATO kurucu anlaşmasının hükümleri altında, NATO'nun amacına

⁶ SHAW, s. 368.

⁷ RAIC, David, Statehood and the Law of Self-Determination, The Hague 2002, s. 28, 30.

⁸ BAŞARAN, s. 273.

⁹ (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/, 2024).

matuf olarak (2., 3.md) imzalandığı için Viyana Konvansiyonu hükümleri uyarınca uluslararası antlaşma (*Treaty*)dır. Muhtıra adeta NATO anlaşmasının üye kabulüne dair 10. md'si hükmünün uygulanmasına dair bir uluslararası uygulama anlaşmasıdır.

C. Onayı Uygun Bulma Kanunu ve Onay Kararı

Türkiye, İsveç ve Finlandiya'nın arasında 28 Haziran 2022 tarihinde akdedilen Üçlü Muhtıra'yı müteakiben Türkiye, üçlü muhtırada İsveç ve Finlandiya'nın taahhütlerini ifa edip etmediklerini takibe başlamıştır. Türkiye muhataplarının taahhütlerini ifa ettiklerini değerlendirdiğinde de katılım protokolünün onaylanması sürecini harekete geçirmiştir.

TBMM Finlandiya Cumhuriyeti'nin Kuzey Atlantik İttifakına Katılımının Onaylanmasını 7448 sayı, 30.03.2023 gün, İsveç Krallığı'nın Kuzey Atlantik İttifakına Katılımının Onaylanmasını ise 7492 sayı, 23.01.2024 günlü kanun ile uygun bulmuştur. Bu kanunları müteakip Cumhurbaşkanı Erdoğan, 32151 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 02.04.2023 gün, 7025 sayılı CB kararı ile Finlandiya Cumhuriyeti'nin, 26.01.2024 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan, 8141 sayılı CB kararı ile de İsveç Krallığı'nın Kuzey Atlantik İttifakına Katılımını onaylamıştır.

II. HUKUKİ ÇERÇEVE

A. NATO Üyeliği

Uluslararası örgütlerin sınıflandırılmasında farklı kriterler kullanılır. Bu çeşitliliğin bir nedeni de uluslararası örgütlerin “uluslararası ilişkiler”, “siyaset bilimi”, “tarih”, “uluslararası hukuk” gibi farklı bilim alanlarının inceleme konusuna girmesidir. Yukarıda saydığımız disiplinlerin farklı çalışma metotları ve inceleme alanlarına sahip olmaları her birinin uluslararası örgütleri tasnif ederken kendi disiplinlerinden kaynaklanan farklı kriterler kullanmalarına sebep olur ki bu ölçüt farklılığı sınıflandırma çeşitliliğini doğurur.

Uluslararası örgütlere dışarıdan bakışın nitelik ve metot farkından kaynaklanan bu çeşitlilik kaynağından başka, doğrudan uluslararası örgütlerin kendi nitelik ve yapıları esas alınarak yapılan farklı sınıflandırma modelleri de vardır. Sayacağımız tasnif modelleri sınırlı sayıda olmamakla birlikte; Uluslararası örgütün fonksiyonu, hedefleri, politik – ekonomik – kültürel nitelikleri, uluslararası – ulusal üstü olması,

üyelik sistemi, bu modelleme esas alınarak yapılan sınıflandırmalardandır¹⁰.

Buradaki “açıklık” her müracaat eden devletin, herhangi bir kabul-onay mekanizması olmaksızın doğrudan üye olabilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Açık örgütlerde de adayın müracaatı üzerine başkaca bir inceleme gerektirmeyen değil, örgüte müracaat edebilmek için herhangi bir ön koşulun aranmadığı tür bir katılım süreci söz konusudur. Bu tip açık örgütlerde de yeni üye kabulü için bazı değerlendirme süreçleri ve kabul şartları ihdas edebilmiş olabilir.

Kapalı uluslararası örgütlerde ise örgütlere katılım ve hatta müracaat bazı şartlara bağlanmıştır¹¹. Kapalı örgütlerin bir kısmı örgütün niteliği gereği kapalıdır. Bunlar genellikle belirli bir amaç için veya belirli bir coğrafi alanda faaliyet göstermek üzere kurulmuş örgütler olup bu örgütlere üye olabilmenin ön şartı kuruluş amaç ve nitelikleri ile bağdaşabilir fiziki, maddi, coğrafi imkânın olmasıdır. Avrupa Birliği’ne -diğer şartların da tamamlanmış olması ile- sadece Avrupa ülkelerinin katılabilmesi buna karşın Afrika Birliğine herhangi bir Avrupa ülkesinin dahil olamaması bu nitelikte bir kapalılığın sonucudur. Bu tip örgütler coğrafi anlamda bölgesel olarak tanımlansa da üye kabul sistematığı bakımından kapalı olarak kabul edilir.

Kapalılık yukarıda belirtildiği üzere örgütün fonksiyonu, hedefleri veya coğrafi etki alanından kaynaklanabileceği gibi, yeni üye kabulünün örgütün kabulü şartına bağlanması ile de sağlanmış olabilir. Örgüt kararı ile sağlanan bu kapalılığın değerlendirilmesinde özel bir nitelik aranmalıdır. Aksi takdirde yukarıda değindiğimiz tüm uluslararası örgütlere üye kabulünün son kertede örgüt kararına bağlı olması kuralı ile tutarsız bir durum oluşacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, açık örgütlerde de örgüte üye katılımı örgütün kabulüne bağlıdır¹². Diğer bir ifade ile üyelik müracaatı herhangi bir kabul mekanizmasının işlemlerini gerektirmeksizin kendiliğinden üye kabulü sonucu doğurmaz. Bu takdirde örgütün

¹⁰ KLABBERS, Jan, International Law, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 253.

¹¹ KLABBERS, International Law, s. 253.

¹² KLABBERS, Jan, An Introduction to International Institutional Law, Cambridge University Press, Cambridge 2002, s. 109-110.

fonksiyonel, coğrafi kapalılık arz etmeksizin sadece üyeliğe kabulünün örgüt inisiyatifinde bırakıldığı kapalılık nasıl nitelendirilebilir?

Burada uygulanması gereken iki kriter vardır;

i) Kabul kararının kriter çerçevesi,

ii) Kabul inisiyatifinin sahibinin kim olduğu veya kararın nisap niteliği.

Kabul kararının niteliği kriteri bakımından değerlendirildiğinde yeni üye kabulünün herhangi bir kriter belirlenmeksizin üye devletlerin inisiyatifine bırakıldığı örgütler açık, buna karşılık üye kabulünün örgütün kurucu metinlerinde bazı şartların gerçekleşmesine, adayın bazı nitelikleri haiz olmasına bağlandığı örgütler kapalı örgütlerdir. Bu halde üye devletler yeni üye kabulüne dair kurucu hukuki belgelerde yer alan sınırlamalar ile bağlıdır bunlarda kabul kararının taşınması gereken bazı kriterler vardır ve bu kriterler kurucu metinlerde düzenlenmiştir. Bu kriter çerçevesi örgütü kapalı yapan bir unsurdur zira bu kriterler olmasa da her uluslararası örgüt hukuki çerçeve ve kendine has hukuki rejimi ile yeni üye kabulüne dair bir kabul-ret inisiyatifine sahiptir. Bu inisiyatif örgütü oluşturan üye devletlerin bağımsızlığının doğal sonucudur. Kurucu metinlerde özel kapalılık kriterleri düzenlenen örgütlerde üye devletlerin bağımsızlıklarından kaynaklanan kabul-ret iradeleri bazı şartlara bağlanmak suretiyle örgüt kendi hukuki rejimi ile kapalı hale getirilmiş olur.

Kapalılığı gerçekleştiren ikinci şart ise yeni üye kabulünün üye devletlere değil örgütün bir organına bırakılması, üye devletlerin inisiyatifine bırakılması halinde ise yeni üye kabulü kararında oy birliğinin aranmasıdır. Her ne kadar uluslararası örgütlerin karar organları üye devletlerin temsilcilerinden oluşsa da uluslararası örgütün karar ve yürütme organları onu oluşturan devletlerden ayrı bir nitelik ve irade taşımaktadır¹³. Yeni üyenin kabulünün üye devletlere değil de uluslararası örgütün karar – yürütme organına bırakıldığı örgütler kapalı örgüt olarak değerlendirilmelidir. Üye devletlerin kabul kararını oy birliği ile alması halinde ise tüm devletlerin katılım şartını arayan katı bir kapalılık aranır hale gelmiş olur.

04 Nisan 1949'da imzalanan Kuzey Atlantik Anlaşması ile kurulan NATO hem bölgesel hem de fonksiyonel olarak sınırlandırılmış bir

¹³ KLABBERS, International Law, s. 253.

uluslararası örgüttür. Anlaşmayı imzalayan taraflar, Kuzey Atlantik bölgesinde güvenlik, istikrar ve huzurun temini için güçlerini birleştirip ortak bir savunma ittifakı kurmak suretiyle barış ve güvenliğin korunmasını sağlamak istemişti¹⁴. Örgüt kurulurken belirlenen kuruluş hedefinin fonksiyonel (savunma, barış ve güvelik) ve coğrafi olarak (Kuzey Atlantik bölgesi) sınırlandırılması NATO'yu bir bölgesel örgüt kılar¹⁵

Anlaşmanın tarafların herhangi birine karşı gerçekleşecek saldırıları kolektif şekilde üstleneceklerini düzenleyen 5. maddesi hükmünde bu sınırlılık özellikle vurgulanmıştır. Düzenlemeye göre; "Taraflar, üye devletlere, Avrupa veya Kuzey Amerika'da gerçekleşecek bir silahlı saldırı halinde bu saldırıyı tüm üye devletlere yapılmış kabul edileceğini ve ortak refleks ile karşılık verileceğini kabul etmişlerdir." Görüleceği üzere örgütün amaçlarına matuf bir hareket ancak örgütün coğrafi alanında gerçekleştirilebilir.

Bu sınırlamalar ve yukarıda açıkladığımız kriterler örgütü üyelik bakımından da sınırlı bir örgüt haline getirmiştir. Zira artık bu amaca hizmet etme kabiliyetine sahip olmayan ve belirlenen coğrafi alana dönük faaliyette bulunamayacak devletlerin üye olarak kabulü mümkün değildir.

Örgüte fonksiyon ve coğrafi alan ile getirilen bu sınırlama yeni üye kabulünde de kendini gösterir. Anlaşmanın 10. maddesi uyarınca; "örgüte ancak bir Avrupa ülkesi Kuzey Atlantik bölgesinin savunmasına katkıda bulunması için katılabilir." Bu düzenleme ile örgüte katılımı hem coğrafi hem de fonksiyonel kapalılık esaslarına göre yeni üye kabulünün sınırları belirlenmiştir. Avrupa ülkesi olmayan ve Avrupa ülkesi olsa da Kuzey Atlantik bölgesinin savunmasına katkıda bulunma amacını kabul etmeyen bir devletin örgüte katılabilmesi mümkün değildir.

Örgüte üye katılımına getirilen sınırlamalar sadece coğrafi ve fonksiyonel değildir. Kuruluş antlaşmasının 10. maddesi uyarınca yeni bir üyenin katılabilmesi ancak tüm üye devletlerin oy birliği ile kabulüne bağlanmıştır.

¹⁴ NATO and. Giriş Paragrafı.

¹⁵ SHAW, s. 1168.

Bu iki grup sınırlandırma bir arada ele alınıp değerlendirildiğinde görülmektedir ki; NATO'ya yeni bir üyenin katılımı ancak aday ülkenin Kuzey Atlantik bölgesinin savunmasına katkıda bulunabilecek bir Avrupa ülkesi olması ve yanı zamanda tüm üye devletlerin oy birliği ile davet edilmesi şartına bağlıdır.

Coğrafi, fonksiyonel ve üye devletlerin kabule dair oy birliği sınırlamaları birlikte değerlendirildiğinde adeta kollektif üyelik sistemine sahip¹⁶ olan NATO'nun kapalı bir uluslararası örgüt olduğu kabul edilmelidir.

B. Milletlerarası Antlaşmaların Onayı

1. Önceki Anayasalar

Uluslararası hukuk ile iç hukuk sistemlerinin ilişkisine dair doktrinin kabul ettiği iki ana yaklaşım vardır. Bunlardan ilki, hukuk sistemini tek bir bütün olarak algılayan monist teori diğeri ise aynı anda iki farklı hukuk sisteminin varlığını mümkün ve gerekli gören düalist teoridir¹⁷.

Monist yaklaşım hukuk sisteminde tek bir hukuk sisteminin varlığını esas alır, ikili hukuk yapılanmasını kabul etmez. Bu yaklaşıma göre hukuk tek ve bütün bir sistemdir¹⁸. Monist teoriye göre uluslararası hukuk ve ulusal hukuk tek bir hukuk yapısı altında birbiri içine geçer. Bu iç içe geçişte monistler, uluslararası hukukun ulusal hukuka entegre olup onun içinde erimesini veya ulusal hukukun uluslararası hukuk altında eriyerek sonuçta tek bir hukuk sisteminin varlık ve etkilerini sürdürmesini kabul ederler.

İç hukuk esaslı monist anlayışa göre uluslararası hukuk kuralları iç hukuk mekanizmalarının ön gördüğü şekilde iç hukuka dahil olduktan sonra yürürlük kazanırlar. Bu eklemlenmeden sonra artık iç hukukun bir parçası haline gelirler ve ilgili devletin hukuk sistemi bütünlüğü (monizmi) içinde değer taşırlar¹⁹.

¹⁶ KLABBERS, *International Law*, 2021, s. 2.

¹⁷ CRAWFORD, James, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 280.

¹⁸ SHAW, s. 6.

¹⁹ ERCİVELEK, Halit Süleyman, *Devletler Üstü Hukukun Oluşumu ve Devletlerin Egemenlik Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 63.

Düalist teori ise, devletin ürettiği iç hukuk sistemi ile uluslararası hukuk sistemini fonksiyonel şekilde değerlendirip ikisine de ayrı kişilik ve varlık değeri atfeder. Buna göre; İç hukuk ve uluslararası hukuk birbirlerinden ayrı olarak var olmuştur. Bu nedenle birbirlerini ikame etmeleri veya birbirlerine üstünlük tesis etmeleri söz konusu değildir.

Bu ayrışık yapının teorik ve yapısal nedenleri vardır. Öncelikle uluslararası ilişkiler devletlerarası, iç ilişki ve yapılar ise devlet içi nitelik taşır. Bunun sonucu olarak uluslararası hukuk devletlerarasında, iç hukuk ise devletin içinde uygulanmak üzere ihdas edilir. Düalist sistemlerde uluslararası anlaşma iç hukukun parçası haline gelemeyebilir, uluslararası hukuk düzeninde varlığını devam ettirir.

Milletlerarası antlaşmaların tekemmülü biri uluslararası hukuka diğeri ise iç hukuklara göre oluşan ve tamamlanan iki süreçte gerçekleşir. Bu süreçlerin ilki milletlerarası antlaşmaların imzalanması diğeri ise iç hukuk otoriteleri tarafından onaylanmasıdır. Bu süreçlerin ilki uluslararası hukuka tabi olarak, Viyana Konvansiyonu hükümlerine göre gelişir ve sonuçlanır ikincisi ise iç hukuk kurallarına göre tamamlanır.

Bu süreçlerde hangi organın yetkili olduğu benimsenen kuvvetler ayrılığı türü ve hükümet sistemi modeline göre belirlenir. Kuvvetler birliği esaslı meclis hükümeti veya ağırlığın yasama organında olduğu parlamenter hükümet sistemlerinde bu süreç münhasıran yasama organınca ifa olunur. Başkanlık hükümet modellerinde sadece yürütme organı etkin iken, yürütme organının etkinliği artırılmış parlamenter sistemlerde ise iç hukuk süreci yasama – yürütme arasında paylaştırılır.

Yasama ve yürütme arası kuvvetler ayrılığı sistematığına göre belirlenen bu modelleme ile; *i*) imza ve onama yetkisini sadece yürütme veya yasama organına tanıyan, *ii*) imza yetkisini yürütme organına onama yetkisini sadece yasama organına tanıyan, *iii*) imza yetkisini yürütme organına tanımakla birlikte onama yetkisini yasama ve yürütme organları arasında paylaştıran üç ana sistem şekillenmiştir.

İlk model daha ziyade monarşilerde uygulanır, antlaşma imzalama yetkisini de onay yetkisini de sadece yürütme organına tanımıştır²⁰.

²⁰ **BAHREYN** Anayasası, md. 37, https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/BAHRAIN_Constitution.pdf (Erişim Tarihi: 26.06.2025).

Ağırlıklı olarak parlamenter hükümet sistemini benimseyen ülkelerde uygulanan ikinci modelde ise; antlaşma imzalama yetkisi yürütme organına tanınmakla birlikte onay yetkisi -ön izin veya sonradan onay şeklinde-münferiden yasama organına verilmiştir²¹.

İkinci modelden yola çıkmakla birlikte yasama organının mutlak yetkisini yürütme organı lehine biraz yumuşatan üçüncü modelde ise antlaşma imza yetkisi yürütme organına tanınmışken onaylanma yetkisi yasama ile yürütme organı arasında paylaştırılmıştır. Bu modelde, onay yetkisinin paylaşımına göre şekillenen iki alt model vardır. İlk alt modelde, onay yetkisi yürütme organına bırakılmışken -sınırlı sayıda belirlenmiş- bazı antlaşmaların onay yetkisi yasama işlemine tabi kılınmıştır. Kısacası kural olarak onama yetkisi kural olarak yürütme organına, istisnai olarak ise yasama organına tanınmıştır.

Fransa'da uygulanan bu modele göre; milletlerarası antlaşmaların müzakere ve tasdik yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir²². Ancak Barış antlaşmaları, ticaret antlaşmaları, uluslararası örgütlere ilişkin, Devletin mali sorumluluğuna matuf, yasama niteliğindeki düzenlemeleri değiştiren, kişilerin durumlarına ilişkin, toprak terki, değişimi yahut ilhakını öngören uluslararası sözleşme ya da antlaşmaların onayı ancak bir kanun ile gerçekleşebilir (53. md).

Ülkemizde Cumhuriyet dönemi Anayasalarımızda milletlerarası antlaşmaların akdi ve onaylanması süreçleri, benimsenen kuvvetler ayrılığı modeli ve onun ışığında şekillenen hükümet sistemi tercihinin göre düzenlenmiştir. 1924 Anayasasının hem ilk metninde hem de 10.01.1945 tarih, 4695 sayılı kanunu ile değişen metninde "Yasama Görevi" altında ikinci bölümde düzenlenen 26. madde ile milletlerarası sözleşme ve antlaşmaların ancak TBMM tarafından yapılacağı düzenlenmiştir.²³ İlk bakışta açık olarak milletlerarası antlaşmaların akdi

²¹ **JAPONYA** **Anayasası,** md. 73, https://web.archive.org/web/20131214104438/http://www.kantei.go.jp/foreign/constitution_and_government_of_japan/constitution (Erişim Tarihi: 26.06.2025).

²² **FRANSA** **Anayasası,** https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf (Erişim Tarihi: 26.06.2025).

²³ İlk Metin; Madde 26: Büyük Millet Meclisi Devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder. Değiştirilmiş Metin Madde 26: Devletlerle

görevini sadece TBMM'ye veren bu düzenleme Anayasa'daki hükümet sistemi kurgusundan dolayı uygulamada bu kadar net uygulanmamıştır. Anayasa'nın ilk dönemlerinde TBMM tarafından kullanılan milletlerarası antlaşmaların akti yetkisi, siyasi durumun dönüşümü ile gittikçe yürütme tarafından kullanılan bir yetki haline gelmiştir.

21 Mayıs 1927 ile 8 Mart 1932 tarihleri arasında akdedilen 128 milletlerarası antlaşma esas alınarak yapılan bir çalışmada; 1927 – 1928 yıllarında yapılan antlaşmaların büyük çoğunluğuna TBMM'nin katıldığı, 1929 yılında akdedilen antlaşmalarda bu çoğunluğun TBMM ile yürütme organı arasında eşit dağılıma dönüştüğü, 1931 yılından sonra ise TBMM'nin sadece yapılan antlaşmaları onayladığı, hiçbir antlaşmanın yapımına katılmadığı belirlenmiştir²⁴. 1924 Anayasası döneminde bir diğer ilginç uygulama da "İmzalanması ile yürürlüğe giren antlaşmalardır. Bunlar, yürütme organınca TBMM'den izin almadan yapılan ve imzası tarihinde yürürlüğe giren antlaşmalardır. Bunların başlıca örnekleri şunlardır:

- 23 Ağustos 1923 tarih ve 340 sayılı kanunla onaylanan Lozan barış antlaşmasına bağlı VII sayılı Türk-Yunan anlaşmasının sivil tutukluların iadesi ve savaş esirlerinin değiştirilmesi ile ilgili 7. maddesi
- 6 Mart 1934 tarih ve 2381 sayılı kanunla onaylanan 9 Şubat 1934 tarihli Balkan Antlaşmasının 3. maddesi
- 31 Temmuz 1936 tarih ve 3056 sayılı kanunla onaylanan Montreux Boğazlar sözleşmesine ek protokolün 3. maddesi
- 8 Kasım, 1939 tarih ve 3738 sayılı kanunla onaylanan 19 Ekim 1939 tarihli Türkiye, İngiltere ve Fransa arasındaki üç taraflı yardım antlaşmasının I numaralı protokolü;
- 2 Temmuz 1945 tarih ve 4780 sayılı kanunla onaylanan Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti arasında 23 Şubat 1945 tarihinde Ankara'da imzalanan ve Amerika Birleşik Devletleri'nin 11 Mart 1941 tarihli kanununda yazılı yardımla ilgili esaslara ilişkin olan antlaşmanın 9. maddesi
- 1 Eylül 1947 tarih ve 5123 sayılı kanunla onaylanan Türkiye Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti arasında 12 Temmuz

sözleşme, antlaşma ve barış yapmak görevleri Büyük Millet Meclisi ancak kendisi yapar.

²⁴ **BİLGE, A. Sahir**, Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 22, S. 2, 1967, s. 102-103.

1947 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye'ye yapılacak yardım hakkında antlaşmanın 7. maddesi.

Bu tip antlaşmalar imzalandıktan sonra TBMM'ye sunuluyor ve bir onaylama kanunu ile yürürlüğe giriyordu. Ancak bu yürürlük Türk hukuku bakımından geçerli olan yürürlük idi, uluslararası hukuk bakımından ise antlaşma imzalandığı tarihte yürürlüğe giriyordu.²⁵

1924 Anayasasının 26. maddesinde milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girmesine dair bir hüküm olmadığı için, antlaşmanın uluslararası hukukta yürürlüğünün akdi ile iç hukuktaki yürürlüğünün ise TBMM tarafından onaylandıktan sonra gerçekleşmesi doğal bir süreçmiş gibi gözükse de gerçekte bu uygulama AY'nın 26. maddesine aykırılık teşkil etmekteydi. AY 26. maddede sadece "devletlerarası antlaşmalar" yapmaktan bahseder. 61 ve 82 Anayasalarında olduğu gibi milletlerarası antlaşmanın akdi ile bu antlaşmaların onaylanması olarak iki farklı süreç düzenlenmemiştir. Süreçteki bu yeknesaklık gereği, milletlerarası antlaşmanın TBMM'nin katkısı hatta izni, haberi olmadan doğrudan yürütme organınca yapılması başlı başına anayasaya aykırılık teşkil ederken, üstüne üstlük bu tip bir antlaşmanın esas yetkili kamu organı olan TBMM henüz onaylama iradesini sergilemeden yürürlük kazanması Anayasaya açıkça aykırı bir uygulama olmuştur.

1924 Anayasasında kurgulanmış sistemin temelinde yatan anlayış yukarıda değindiğimiz gibi kabul edilen hükümet sisteminden kaynaklanır. 1924 Anayasası, 1921 Anayasasının benimsediği saf meclis hükümeti sistemini terk etmiş, ama tam olarak parlamenter sisteme de geçmemiştir. Parlamenter sisteme ait bazı unsurlar ile meclis hükümeti sisteminin bazı unsurlarını birleştirmek suretiyle karma bir hükümet modeli tesis etmiştir²⁶. Bu karma model adeta kuvvetler ve onların fonksiyonlarının belirginleştiği görevler arasında bir ayrıma giderek; "kuvvetler birliği, görevler ayrılığı" kurgusunu tesis etmiştir²⁷.

Uygulamayı Anayasa'ya aykırı olacak şekilde karıştıran, bu karma hükümet sisteminin zihinlerde oluşturduğu karmaşadır. Anayasanın 5. maddesi uyarınca yasama ve yürütme yetkisi TBMM'de toplanmıştır. TBMM bu yetkilerden yasamayı bizatihi kendisi kullanmak zorunda iken

²⁵ BİLGE, s. 105,106.

²⁶ ATAR, Yücel, Anayasa Hukuku, Ankara 2018, s. 44.

²⁷ EREN, Ali, Anayasa Hukuku Dersleri, Ankara 2023, s. 226.

(6. md), yürütme yetkisini ise Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar kurulu marifetiyle yani yürütme organı eliyle kullanır (7. md). Bu düzenlemeler ışığında milletlerarası antlaşma aktetme yetkisinin yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği bu nedenle de özellikle 1931'den sonra hemen hemen tüm milletlerarası antlaşmaların yürütme organı tarafından aktedildiği bazıları için ise TBMM'den izin de alınmadığı savunulabilir. Oysa 26. maddenin milletlerarası antlaşma akdetme yetkisinin münhasıran TBMM tarafından kullanılacağını düzenleyen açık düzenlemesi karşısında artık bu yetkinin yürütme fonksiyonu kapsamında olduğu yorumu kabul edilemez.

Anayasanın 7. maddesindeki yürütme yetkisinin yürütme organı tarafından kullanılacağı genel hükmü karşısında 26. maddenin hükmü özel hüküm niteliğindedir. Anayasa'nın 26. maddesinin açık düzenlemesi karşısında artık milletlerarası antlaşma akdetme yetkisi yürütme yetkisi kapsamında değerlendirilse bile 7. maddeye dönülmeksizin özel hüküm olan 26. madde uygulanmak durumundadır ve yetki bu madde uyarınca münhasıran TBMM'nindir.

Bazı yazarlar 1931 sonrası uygulamaları destekleme sadedinde; 1924 Anayasasının 26. maddesine rağmen uygulamada yerleşen teamül ile milletlerarası antlaşmaların akti yetkisinin yürütme ve yasama organları arasında paylaştırıldığını ileri sürmüşlerdir²⁸. Bu yoruma katılmak mümkün değildir. Yazılı anayasanın var olduğu bir hukuk sisteminde bir anayasal teamülden bahsedebilmek için öncelikle anayasada bir boşluk bulunması ve bu boşluğun bir başka yazılı norm ile doldurulmamış olması gerekir²⁹. Örneğin Anayasamızda Siyasi Partiler, Seçim Sistemleri hususlarında sadece temel kurallar belirtilmiş, uygulamaya dair teknik hususların ise kanunlar ile belirleneceği düzenlenmiştir (AY 67/3, 68 son, 69/1). Anayasada açıkça düzenlenen veya Anayasa'nın atfı ile bir başka yazılı norm ile düzenlenen alanlarda anayasa teamülünden bahsedilemez. Bu tip konularda ancak anayasa uygulamaları söz konusu olabilir. Anayasa teamülü oluşabilmesi için ise öncelikle anayasada gerçek boşluk olması gerekir. Yani bir boşluğun varlığı ve bu boşluğun ikame bir norm ile doldurulmasının mümkün olmaması gerekir. Anayasadaki boşluğun anayasanın yönlendirmesi ile

²⁸ BİLGE, s. 103.

²⁹ EREN, s. 226.

diğer normlar ile düzenlenmek suretiyle tamamlandığı konularda anayasa teamül oluşamaz hal böyle iken doğrudan anayasada düzenlenmiş bir konuda, üstelik anayasaya aykırı bir teamülün varlığından söz edebilmek ise evleviyetle mümkün değildir. Anayasa teamülleri ile yazılı anayasa hükmü ilga edilemez, değiştirilemez³⁰.

Bu temel ilkeler karşısında 1924 Anayasası'nın açık bir hükmü (26. madde) ile TBMM'ye hem de münhasıran bırakılmış bir yetkinin uygulamada yürütme organınca kullanılması anayasa teamülü olarak kabul edilemez. Zira açık anayasa hükmüne aykırı ne anayasa teamülü ne de anayasa uygulaması gelişebilir.

1961 (65/2,3) ve 1982 Anayasaları (90/2,3) onay için uygun bulma kanunu gerektirmeyen antlaşmaları sarih olarak düzenlemiş ve bunların sadece yürütme işlemi ile (Cumhurbaşkanlığı onayı) yürürlük kazanmalarını kabul etmiştir. Bu modele göre, milletlerarası antlaşmaların imza ve onay yetkisi yürütme organına bırakılmış ancak onay yetkisinin kullanılabilmesi, yasama organının uygun bulma şeklinde sonradan gelen –*Apostriori*- iznine tabi kılınmıştır. Anayasa TBMM iradesini antlaşmanın onayı sürecine katabilmek için onay sürecini, “onayın uygun bulunması” ve “onay” olmak üzere iki aşamalı bir yapıda düzenlemiştir³¹. Bu sistem Cumhuriyet döneminde klasik parlamenter sistem esaslarının en belirgin şekilde uygulandığı ilk anayasa olan 1961 Anayasasında uygulanan sistemdir³². 1961 Anayasasından itibaren hukuk sistemimiz, milletlerarası antlaşmaların akti ile onayını ayıran, onayı ise kendi içinde onay ve onayın uygun bulunması süreçlerine bağlayan karma modeli benimsemiştir.

2. 1982 Anayasası

a. Genel Kural

1982 Anayasası milletlerarası antlaşmaların iç hukuka dahil olmasında uygulanacak modeli 1961 anayasasına paralel şekilde düzenlemiştir. Anayasa ilk hali ile kuvvetlerin ılımlı ayrılığı ve iş birliği modelinde temellenen parlamenter sistemi benimsemiştir. 2017 değişikliğinden sonra ise kuvvetlerin sert ayrılığı modeli üzerine inşa edilmiş başkanlık sistemini benimseyen Anayasası her iki dönemde de

³⁰ ANAYURT, Ömer, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2021, s. 133, 445.

³¹ ATAR, s. 267.

³² BİLGE, s. 119.

milletlerarası antlaşmaların onayı sürecini 61AY'de olduğu gibi, "onayın uygun bulunması" ve "onay" şeklinde yürütme ve yasama organları arasında bölüştürmüştür.

Genel rejim bu olmakla beraber ayrıntıları aşağıda açıklandığı üzere, bazı özel nitelikli milletlerarası antlaşmaların onayında "uygun bulma kanunu" şartı aranmamış, Cumhurbaşkanına TBMM'den uygun bulma kanunu gerekmeksizin onay hakkı tanınmıştır.

Monist anlayışı benimseyen hukuk sistemimize göre; milletlerarası antlaşmaların iç hukuk bakımından uygulanır hale gelmesi Cumhurbaşkanınca onaylanarak Resmî Gazetede yayımlaması ile gerçekleşir (AY 104/11). Ancak Cumhurbaşkanı'na tanınan onay yetkisi bağımsız bir yetki değil, TBMM tarafından çıkartılacak "Onayın uygun bulunmasına dair kanun" ile kullanılabilen bir onay yetkisidir. Milletlerarası antlaşmaların vücut bulması ve iç hukuka dahil olması iki ayrı işlemin sonucu olan iki farklı süreçte gerçekleşir. İlk süreç, antlaşmanın uluslararası hukuka tabi olarak imzalanması, parafı vb. işlemleri ile tamamlanır. İkinci süreçte ise antlaşma iç hukuk işlemi olan onay ve Resmî Gazete'de yayımlanma suretiyle hükümlerini icra kabiliyetine sahip olacak şekilde yürürlük kazanır.

Milletlerarası antlaşmaların imza ve onayı yürütme organının yetkisindedir³³. Milletlerarası antlaşmaların parafe edilmesi, imzalanması, nota teatisine konu teşkil etmesi veya bu antlaşmalara katılma bildirilerinin yapılması Cumhurbaşkanlığı (CB) kararıyla (CBK) belirlenen Türkiye Cumhuriyeti temsilcilerince gerçekleştirilir (9 Sayılı CBK 1. md.). Evleviyetle yorum ilkesi uyarınca "çok içinde azı da barındırır" kuralından hareketle antlaşmaları imzalayacak temsilcileri tayin yetkisini haiz CB'nin herhangi bir temsilci görevlendirmeden antlaşmayı bizatihi imzalama yetkisini de haiz olduğu kabul edilmelidir. 9 Sayılı CBK uyarınca CBK ile tanınacak imza yetkisi CB'nin yetkilendireceği temsilciler için olup, CB'nin bizatihi kendisinin imza yetkisi doğrudan Anayasa'dan kaynaklanır.

İkinci aşamayı teşkil eden milletlerarası antlaşmanın onaylanması da yine Cumhurbaşkanı tarafından verilen onay kararı ile gerçekleşir (AY 104/11.md, 9 Sayılı CBKR 2/1, 3/1. md). Ancak CB'nin milletlerarası antlaşmaları onay yetkisi CB'nin serbest takdir ve tasarrufuna

³³ EREN, s. 789.

birakılmamış, TBMM tarafından çıkartılacak uygun bulma kanununa tabi kılınmış bir bağlı yetki olarak düzenlenmiştir (AY 90/1.md, 9 Sayılı CBK 2/1, 3/1. md). Milletlerarası antlaşmaların onayının uygun bulunması yetkisi ise Anayasa ile doğrudan TBMM'ye tanınmıştır (87.md).

Bağlı yetki, önceden belirlenmiş çerçevede kalınarak kullanılan bir yetki türüdür. Bağlı yetki ile yetkili kılınmış kamu organının takdir yetkisi yoktur, önceden belirlenmiş yetki çerçevesinde belirli yönde hareket etmek zorundadır³⁴.

Bu düzenleme sistematigi kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir yansımasıdır ancak bu yansıma iddia edildiği gibi milletlerarası antlaşmanın imza ve onay yetkilerinin yasama – yürütme arasında paylaştırılması³⁵ şeklinde değil yürütme organı tarafından başlatılan ve nihayetlendirilen sürece yasamanın katılması şeklindedir. Bu katılım sadece onay süreci için söz konusudur, genel olarak milletlerarası antlaşma akdi süreci sadece yürütme organının yetkisinde ve uhdesinde devam eden bir süreçtir.

AY 90. maddesinde yer alan kanun ile uygun bulma düzenlemesi temelde milletlerarası antlaşmayı akdeden yürütme organının siyasi denetimi ve antlaşmanın iç hukukta yasama organının süzgecinden geçirilerek iç hukukun en üst temsil makamı olan TBMM iradesinin antlaşma ile bağlanma iradesine katılımı olarak değerlendirilmelidir³⁶, uygun bulma kanunu ile yasama organı sürece –iç hukuk esaslı monist anlayışı gereği- milletlerarası antlaşmanın denetimi ve iç hukuka dahil edilmesi fonksiyonu ile katılmış olur³⁷. Şüphesiz bu katkı tali, destek verici bir katkı değil yürütme organının onay işlemine izin veren ön yetkilendirme işlemi niteliğinde kurucu bir katkıdır zira Anayasa'da sarıh olarak Cumhurbaşkanının onay yetkisini kullanabilmesinin TBMM tarafından onayı uygun bulan bir kanun çıkartılmasına *bağlı olduğu* belirtilmiştir (90/1). Yukarıda da değinildiği üzere Cumhurbaşkanı'nın

³⁴ YAYLA, s. 202.

³⁵ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2020, s. 227.

³⁶ ASAR ERSON, Banu., Uluslararası Hukukta Andlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi", <https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/ppil/article/uluslararasi-hukukta-andlasma-akdetme-yetkisi-ve-viyana-andlasmalar-hukuku-sozlesmesi> (Erişim Tarihi: 05.06.2024).s. 730.

³⁷ EREN, s. 790.

onay işlemini bağlı yetki niteliğinde bir işlem haline getiren işte bu onayı uygun bulma kanunudur. Diğer bir ifade ile Cumhurbaşkanı anayasa ve 9 Sayılı CBK ile tanınmış onay yetkisini TBMM tarafından çıkartılacak bir uygun bulma kanunu olmaksızın kullanamaz.

Onayı uygun bulma işlemi hem teknik hem de içerik olarak bir yasama işlemidir. Teknik olarak yasama işlemidir zira Anayasaya göre onayı uygun bulma işlemi kanun ile gerçekleştirilir (90/1. md). Bununla birlikte onayı uygun bulma kanunu özel nitelikte bir kanun olduğu için genel kanun yapma usulünden farklı bir usule tabidir. TBMM İç Tüzüğü'nün "Kanunların Yapılması" başlıklı dördüncü kısmında düzenleme uyarınca; *Anayasa gereği TBMM'nin bir kanun ile onayını uygun bulmasına bağlı antlaşmalar CB tarafından TBMM Başkanlığına gerekçesi ile sunulur* (TBMM İç Tüzüğü 90/1. md). Oysa 2017 değişikliği ile kuvvetlerin sert ayrılığı esasına dayalı başkanlık sistemini benimseyen Anayasa'nın 88 inci maddesi uyarınca kanun teklif yetkisi münhasıran yasama organına (milletvekillere) bırakılmıştır. AY 88 inci madde hükmündeki genel hükme karşılık TBMM İç Tüzüğü 90/1 hükmü milletlerarası antlaşmaların imza ve onay sürecinin yürütme organını yetkisinde kabul edilmesinden kaynaklanan özel bir düzenleme olup kanun teklifi vermede yasama organının inhisarına istisna getiren bir düzenlemedir.

Anayasamızda 2017 yılında yapılan değişiklik ile uygulanmaya başlanan başkanlık sistemi hükümet modeli kuvvetlerin sert ayrılığı ilkesini esas alır³⁸. Bu ilkenin sonucu olarak başkanlık sisteminde yürütme organının yasama faaliyetine karışması söz konusu olamaz³⁹. bunun sonucu olarak yürütmenin yasama organına kanun tasarısı sunma yetkisi yoktur⁴⁰. Nitekim anılan anayasa değişikliği ile Anayasanın 88. maddesi tadil edilmiş ve eski metinde yer alan; "*Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir*" ibaresi yerine "*Kanun teklif etmeye milletvekilleri yetkilidir*" düzenlemesi getirilmiştir. Başkanlık sistemi esasları ve Anayasa'nın 88. md. uygun olarak İçtüzükte milletlerarası antlaşmanın uygun bulunmasına dair kanun teklifi verme yetkisi milletvekillere tanınmıştır (TBMM İçtüzüğü 90/2. md). Cumhurbaşkanının kanunlaşma sürecine ilişkin tek fonksiyonu antlaşmanın imzalanmasına dair genel

³⁸ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2020, s. 502-503.

³⁹ TEZİÇ, s. 503.

⁴⁰ ANAYURT, s. 445.

gerekçesiyle birlikte TBMM Başkanlığına sunumudur (TBMM İç Tüzüğü 90/1). TBMM tarafından antlaşmanın kanun ile uygun bulunması işlemi hukuk tekniği bakımından artık uluslararası antlaşmanın bir iç hukuk düzenleyici işlemi olan kanun haline dönüşmesidir. Monist yaklaşımı kabul eden Türk Anayasal sistemine⁴¹. göre uluslararası hukuk kuralının iç hukuka girebilmesi için iç hukuk kuralı haline getirilmesi gerekir. İşte bu gereklilik milletlerarası antlaşmanın TBMM tarafından bir kanun ile uygun bulunması ile sağlanmış olur.

b. Anayasal İstisnalar Rejimi

Öncelikle belirlemek gerekir ki onaylanabilmesi için onayın uygun bulunmasına dair kanuna ihtiyaç duyan düzenlemeler milletlerarası antlaşmalardır, antlaşma hükmünde olmayan düzenlemeler böyle bir onayın uygun bulunması aşamasına ihtiyaç duymaz.

Milletlerarası bir antlaşma olarak değerlendirilse bile bazı antlaşmaların Cumhurbaşkanınca onaylanabilmesi için TBMM tarafından kanun ile onayının uygun bulunması zorunluluğu – ön şartı-yoktur. Bu istisnaların neler olduğu ve istisnaların uygulanması halinde onayın geçerlilik şartları vb. hususlar, diğer bir ifade ile kısaca milletlerarası antlaşmaların TBMM’ce onaylarının uygun bulunmasına tabii kılınması rejiminin istisnaları genel olarak Anayasa’nın 90. maddesinde, özel olarak ise 15. 7. 2018 gün, 30479 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Milletlerarası Antlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde düzenlenmiştir.

AY 90. md. ile getirilen istisnalar incelendiğinde, bazı milletlerarası antlaşmaların onayı için kanun ile uygun bulunma zorunluluğu olmadığı ancak yürürlük kazanabilmeleri için Resmî Gazetede yayım şartı arandığı görülür.

Onay kanununa ihtiyaç duymayan milletlerarası antlaşmalar niteliklerine göre iki ayrı kategoriye ayrılır. Bunlardan ilki gerek süre gerekse de içerik bakımından bazı özel nitelikleri haiz ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşmalardır. Düzenleme uyarınca; Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşma süresi bir yılı

⁴¹ EREN, s. 790.

geçmiyor, devlet maliyesi bakımından bir yük getirmiyor ve Türklerin⁴² yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmuyor ise onayı için TBMM tarafından bir uygun bulma kanunu çıkartılmasına gerek olmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanabilir (AY 90/2).

Onayı için TBMM tarafından onayın uygun bulunması kanununa ihtiyaç duymayan ikinci grup antlaşmalar ise; milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmalardır (AY 90/3). Her iki tür antlaşmanın da onaylanmasını müteakip yürürlüğe girebilmesi için Resmî Gazetede yayım şartı vardır (AY 90/2, 90/3).

Onay kanunu istisnasına sahip bu iki tür antlaşma sürecinin farklılaştığı nokta TBMM'ye bilgi arzıdır. 90/2'de sayılan ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşmaların yayımlanmasından itibaren iki ay içerisinde TBMM'nin bilgisine sunulması gerekir (90/2 son fıkra). TBMM'nin bilgisine arz, madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi sadece bilgilendirme amaçlı olup TBMM'nin onayı için değildir. Bu çıkarımımız madde metninde bir "onay" dan bahsedilmemiş olmasına dayanır. Zira yürütme organı tarafından TBMM'ye sunulan konularda, TBMM'nin onayının istenmesi halinde bu husus Anayasa'da açıkça belirtilir. Örneğin; AY 119/6. md'si uyarınca Cumhurbaşkanı, olağanüstü hallerde, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, AY 104/17. md. ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün TBMM'nin onayına sunulur. TBMM'nin kararnameleri onaylaması halinde artık CBK kanuna dönüşür ve kanunların tabi olduğu denetim rejimine tabi hale gelir (Eren, Anayasa Hukuku Dersleri , 2023, s. 952), (Atar, 2018, s. 282) Görüleceği üzere bir yürütme işlemi olan olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin TBMM'ye sunumu TBMM'nin onayı içindir. Arz işleminin onaya matuf bir amaç içerdiği madde metninde sarih olarak belirtilmiştir. Bu tip bir onaya yönelmeyen AY 90/2'de ki arz, sadece TBMM'yi bilgilendirme içindir.

⁴² Maddede geçen "Türk" kelimesini etnografik anlamda değil hukuki anlamda kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasa'nın 66. maddesi "Türk, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile olan kişidir" demek suretiyle Türklük kavramını hukuki bir kavram olan "vatandaşlık" ile izah etmiştir.

Onayın uygun bulunmasına ihtiyaç duymayan, istisna kategorisindeki antlaşmalara dair bir diğer konu da yürürlük meselesidir. Anayasaya göre istisna kapsamında kalan her iki antlaşma grubunun da yürürlük kazanabilmesi için Resmî Gazetede yayımlanması gereklidir (AY 90/2, 90/3 son). Bu yürürlük ve yayım rejimi bir diğer yürütme işlemi olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile paralellik arz eder. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri de -kararnamede yürürlük kazanması için daha ileri bir tarih düzenlenmemiş ise- Resmî Gazetede yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girer (AY 104/19). Bu açıdan bakıldığında onay için uygun bulma kanunu gerektirmeyen antlaşmaların sadece yürütme işlemi ile (Cumhurbaşkanlığı onayı) yürürlük kazanmaları kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Onayı uygun bulma kanunu istisnası, antlaşmanın içeriği, süresi ve niteliği ne olursa olsun Türk kanunlarında değişiklik yapması halinde geçersiz olur. Anayasa uyarınca “Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmanın yapılmasında birinci fıkra (90/1) hükmü uygulanır” (AY 90/4) yani antlaşmanın onaylanabilmesi için TBMM tarafından bir uygun bulma kanununa ihtiyaç vardır.

Yukarıdaki istisnalar incelendiğinde, istisna alanları belirlenirken, TBMM’nin milletlerarası antlaşmaların onay sürecine katılımı ile amaçlanan gaye ile uyumlu bir sistem kurulduğu göze çarpar. Yukarıda da değindiğimiz üzere TBMM’nin onay sürecine katılımında gerçekleşen işlem, antlaşmanın iç hukuka girerken yasama organının süzgecinden geçirilerek iç hukukun en üst temsil makamı olan TBMM’nin bağlanma iradesine katılmasını temin eden bir işlemdir.

Burada TBMM’nin onayının alınmaması dolayısıyla yasama iradesinin eksikliğinden doğabilecek sakıncalar bu tip antlaşmalara getirilen süre (bir yılı aşmama) ve konu (devlet maliyesine yük getirmeme ve Türklerin yabancı memleketlerdeki haklarına dokunmama) sınırları ile giderilmeye çalışılmıştır.

Bu konudaki esas güvence ise Anayasanın 90/4. maddesiyle getirilen Türk kanunlarına değişiklik getirmemeye dair konu sınırlamasıdır. Zira bir yılı aşmasa veya devlet maliyesine yük getirmeyip, yabancı memleketlerdeki Türk haklarına dokunmasa da bir milletlerarası antlaşma ile asli, genel ve devredilmez bir yetki olan yasama yetkisinin ihlali söz konusu olabilir. Daha derin bir inceleme sonucu şunu ifade etmek gerekir ki kuvvetlerin sert ayrılığına dayalı başkanlık sistemini benimseyen anayasal sistemimizde anayasal seviyede

belirlenen düzenlemeler ile milletlerarası antlaşmaları aktetme ve onaylama yetkisinin sadece yürütme organına bırakılması yasama yetkisinin yukarıda belirtilen niteliklerine aykırı bir düzenleme değildir. Ancak bir milletlerarası antlaşma ile iç hukukun temel hukuk metni olan kanunların değiştirilmesi, -felsefi ve teorik kökenleri öncelere uzansa da- soyluluk esaslı kişisel iktidarın kurumsal devlet egemenliğine dönüşmesinin yol taşlarından olan Westphalia anlaşması ile belirginleşmeye başlayan modern devlet anlayışı ve demokratik devlet teorisine aykırılık teşkil eder. Bu tip bir uygulama pozitif hukukta da anayasadan kaynaklanan yasama yetkisinin asliliği ve devredilmezliği (AY 7.md) ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

c. 9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İstisna Rejimi

TBMM tarafından uygun bulunma kanununa ihtiyaç gerektirmeyen bir milletlerarası antlaşma türü de 9 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Kararname uyarınca; 18.2.1952 tarih ve 5886 sayılı Kanunla onaylanmış olan Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak bu Antlaşmaya taraf olan devletlerle ve Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü ile yapılan ikili veya çok taraflı antlaşmalardan Türk kanunlarına değişiklik getirmeyenler, Cumhurbaşkanınca doğrudan onaylanır.

Bu istisnanın da Anayasa ile istisna kapsamına sokulan iki ana katagoride olduğu gibi iki olumlu bir adet de olumsuz şartı vardır. Olumlu (varlığı aranan) şartlar; *i)* antlaşmanın Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak yapılmış olması ve *ii)* Antlaşmaya taraf olan devletlerle ve Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü ile yapılmış olmasıdır.

Olumsuz (olmaması gereken) şart ise antlaşmanın Türk kanunlarına değişiklik getirmemesi gereğidir.

Bundan böyle kısaca “NATO antlaşmaları” olarak değineceğimiz bu istisna grubuna dair düzenlemenin Türk hukukundaki ilk kaynağı 20.03.1954 tarih, 6375 sayılı «Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne dair Sözleşme» nin ve Kuzey Atlantik Nazır Yardımcıları Konseyinin, işbu Sözleşme metninin tadiline mütedair, 4 Nisan 1952 tarihli Kararı ile Atlantik Konseyinin 25 Ağustos 1952 tarihli Kararının ve «Kuzey Atlantik Antlaşması Teşkilâtının, Millî Temsilcilerin ve Milletlerarası Personelin Statülerine dair Sözleşme»nin ve Kuzey Atlantik Nazır Yardımcıları Konseyinin, işbu Sözleşme metninin tadiline mütedair, 4 Nisan 1952 tarihli Kararının ve «Kuzey Atlantik Antlaşması mucibince kurulmuş Milletlerarası Askerî Karargâhların Statüsüne dair Protokol»ün, kabulüne dair kanundur.

Onayı uygun bulma kanunu niteliğindeki düzenlemenin 2. maddesinde; 19 Haziran 1951 tarihinde Londra'da imzalanan, «Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne dair Sözleşme», 20 Eylül 1951 tarihinde Ottawa'da imzalanan, «Kuzey Atlantik Antlaşması Teşkilâtının, Millî Temsilcilerin ve Milletlerarası Personelin Statülerine dair Sözleşme» ve 28 Ağustos 1952 tarihinde Paris'te imzalanan «Kuzey Atlantik Antlaşması mucibince kurulmuş Milletlerarası Askerî Karargâhların Statüsünü dair Protokol» ile ilgili devletler arasında yapılacak iki taraflı Anlaşmalarla belirlenen hususlar için, Bakanlar kurulu Kuzey Atlantik Antlaşmasına taraf Devletlerle iki taraflı Anlaşmalar yapmaya ve bunları tatbikata yetkili kılınmıştır.

Hukuk sistemimize 1954'te giren bu özel istisna türünün gerekçesi sonraları 1961 Anayasası hazırlanırken şu şekilde izah edilmiştir;

“Bu suretle, bağımsız bir millet olarak becamızı ve bağlı olduğumuz batı medeniyeti ideallerini, hürriyet ve demokrasi ilkelerini korumak için kendi serbest arzu ve rızamızla girdiğimiz ve içinde çok önemli ve şerefli bir rol oynadığımız hür dünya savunma sisteminin, behemehal tam bir gizlilik içinde kalması gereken bazı tertiplerinin gereği gibi yürütülmesi kabil olacaktır. Bütün demokratik memleketlerde mevcut mevzuat ve tatbikat, esas itibariyle bu istisnaları kabul etmektedir. Bu istisnaların kabul edilmemesi, hakikatte, hürriyet ve demokrasi prensiplerini korumak değil; bilâkis, bu ideallerin savunulmasını güçleştirmek neticesini doğururdu” (1961 AY 65/3)

Bu gerekçe her ne kadar doğrudan NATO antlaşmasına atıf yapmıyorsa da kullanılan *“kendi serbest arzu ve rızamızla girdiğimiz ve içinde çok önemli ve şerefli bir rol oynadığımız hür dünya savunma sistemi”* ibarelerinden kastın, bizatihi kuruluş anlaşmasında özgürlük, batı medeniyeti, demokrasi bireysel özgürlükler ve hukukun üstünlüğü ilkelerini korumak için oluşturulduğu beyan olunan NATO olduğu anlaşılmaktadır.

6375 sayılı kanun ile getirilen istisna sınırlı bir istisna iken, 31 Mayıs 1963 tarih, 244 sayılı “Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması Yürürlüğü ve Yayımlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” bu istisnanın alanını genişletmiştir. Mezkur kanun ile; “18 Şubat 1952 tarihli ve 5886 sayılı kanunla onaylanmış olan Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak bu Antlaşmaya taraf olan Devletlerle ve Kuzey Atlantik Antlaşması teşkilâtı ile yapılan iki veya çok taraflı antlaşmaları 2. maddenin dördüncü fıkrası

gereğince onaylamaya veya bunlara katılmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.”

244 sayılı kanun geçirdiği değişiklikler ile 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile uygulanmaya başlanan başkanlık sistemi hükümet modeline uygun hale getirilmiştir. Öncelikle kanunun adı “*Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*” iken 2 Temmuz 2018 tarihli 703 sayılı KHK’nin 18. maddesiyle, “*Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*” şeklinde değiştirilmiştir. Kanunun 6. maddesi de mülga edilmiş bunun yerine 15 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 9 sayılı CBK yürürlüğe koyulmuş ve NATO antlaşmalarına dair onaylama yetkisi TBMM’nin uygun bulma kanununa gerek olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanı’na verilmiştir. Bu düzenleme, kanunu 2017 anayasa değişikliğine uygun hale getirmiştir zira anılan değişiklik ile parlamenter sistemin düalist yürütme yapısı bakanlar kurulu kaldırılmak suretiyle (AY. 109 ila 116. maddeler) değiştirilmiş, başkanlık sistemi esaslarına uygun, sadece Cumhurbaşkanı’ndan oluşan monist yürütme organı tesis edilmiştir (AY 101).

244 sayılı kanun ve ona paralel olarak çıkartılmakla beraber yetkiyi Bakanlar Kurulundan alıp CB’ye veren 9 Sayılı CBK ile getirilen istisna 6375 sayılı kanun göre daha geniş kapsamlıdır. 6375 sayılı kanun sadece Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler arasında, Kuvvetlerinin Statüsüne dair Sözleşme ve Kuzey Atlantik Antlaşması Teşkilâtının, Millî Temsilcilerin ve Milletlerarası Personelin Statülerine dair Sözleşme ile Kuzey Atlantik Antlaşması mucibince kurulmuş Milletlerarası Askerî Karargâhların Statüsünü dair Protokol ile ilgili olarak NATO antlaşmasına taraf devletlerle yapılacak iki taraflı antlaşmalara dair TBMM’nin onayı uygun bulma kanunu aranmayıp yürütme organına (bakanlar kuruluna) yetki verilmiştir. 9 sayılı CBK ise bu istisnayı Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak bu Antlaşmaya taraf olan devletlerle ve Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü ile yapılan ikili veya çok taraflı antlaşmaların tamamına teşmil etmiştir.

NATO antlaşması ve ona dayalı olarak yapılan antlaşmalara dair getirilen bu istisnanın tartışılması gereken iki boyutu vardır. Bunlardan ilki böyle bir düzenlemenin hukuk tekniği bakımından gerekli olup olmadığı diğeri ise bu düzenlemenin doğru hukuki vasıtalar ile yapılıp yapılmadığıdır.

Anayasa 90/3 hükmü ile milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmalarının onay için TBMM tarafından uygun bulunmasına gerek olmadığı düzenlenmiş iken, 9 sayılı CBK ile ayrıca ve özel olarak NATO antlaşmasına dayalı uygulama antlaşmalarının doğrudan CB tarafından onaylanacağını tekrardan düzenlenmesi ilginç bir tekrardır. Zira, 9 sayılı CBK'nın 7. maddesi hükmü olmasa idi dahi Anayasa'nın 90/3 hükmü uyarınca, daha önceden yapılmış ve 18/2/1952 tarihli 5886 sayılı Kanunla onaylanmış olan Kuzey Atlantik Antlaşmasına dayanan uygulama antlaşmalarının onayı için onay kanuna ihtiyaç yoktur. Burada dikkatle değerlendirilmesi gereken bir konu; 9 sayılı CBK'da uygulama antlaşması sınırlamasının olmamasıdır.

Anayasa uyarınca önceden yapılan bir milletlerarası antlaşmaya dayanan tüm sonradan yapılan antlaşmalar değil, *“uygulama antlaşmaları”* için onay kanunu aranmaz. Bu düzenlemenin mantığını anlamak zor değil, zira esas antlaşma hükümleri ve içeriği ile TBMM onayından geçtikten sonra onun uygulanması anlamına gelen türev, ikincil antlaşmalarda tekrar TBMM onayı aramanın gereği yoktur. Ayrıca bu tip bir onay için gerekecek kanunlaştırma süreci çoğu kereler çok teknik ve hızlı çıkartılması gereken uygulama antlaşmalarını geciktirebilir.

Ancak 9 Sayılı CBK'da *“uygulama antlaşması”* ibaresi yerine *“Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak”* ibaresi tercih edilmiştir. Bir milletlerarası antlaşmanın gereği olarak yapılacak tüm antlaşmaların uygulama esaslı olacağını ileri sürmek güçtür. Bu konuda CBK düzenlenirken Anayasa hükmü ile paralel şekilde *“uygulama antlaşmaları”* ibaresi tercih edilip uygulama kanunun istisnası net olarak belirlenmiş olmalı idi. Böylelikle AY 87.md ile TBMM'ye verilen onayı uygun bulma yetkisinin istisnası CBK ile genişletilmiştir. Anayasal bir istisna ancak eş düzeyde bir başka Anayasa hükmü ile getirilebilir zira yukarıda da değinildiği üzere bu konudaki tüm istisnalar AY 87. madde ile TBMM'ye tanınan milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma yetkisinin kısıtlanması hatta AY 7. madde ile yasaklanan yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur.

9 Sayılı CBK 7. maddesine dair bir diğer tartışmalı alan ise düzenlemenin doğru hukuki vasıtalar ile yapıp yapılmadığı bir diğer ifade ile CBK ile bu tip bir düzenlemenin yapıp yapılamayacağıdır.

Anayasa uyarınca kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK çıkartılamaz (104/17). 244 sayılı kanunla açık olarak Kuzey Atlantik Antlaşmasının gereği olarak bu Antlaşmaya taraf olan devletlerle ve

Kuzey Atlantik Antlaşması teşkilâtı ile yapılan iki veya çok taraflı antlaşmaları 2. maddenin 4. fıkrası gereğince onaylamaya veya bunlara katılmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış idi. Bu hükmün bir ilga edilerek, kanun ile bakanlar kuruluna tanınan yetkinin bu kere CBK ile Cumhurbaşkanına tanınması kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK çıkartılamayacağına dair Anayasa hükmünün (104/17) dolanılması sonucunu doğurur. CBK'lar ancak yürütmeye dair konularda önceden bir kanunla düzenlenmemiş olmak şartıyla çıkartılabilir (AY101/17). Burada yapılması gereken, yürütme yetkisine dair olan milletlerarası antlaşmaların imza yetkisi, bu yetkinin delegasyonu, antlaşmaların onaylanması hususlarının CBK ile düzenlenip, bizzatı 244 sayılı kanuna konu olan istisna rejiminin yine kanun ile düzenlenmesi idi. Zira düzenlenen istisna rejimi bir yürütme işlemine değil, TBMM'nin onayı uygun bulma kanununa yani yasama işlemine dair bir düzenlemedir.

III. ONAY SÜRECİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İsveç ve Finlandiya'nın NATO'ya daveti için NATO üyeleri ve İsveç – Finlandiya arasında ayrı ayrı Brüksel'de imzalanan 05 Temmuz 2022 tarihli katılım protokolü Cumhurbaşkanı tarafından, TBMM İç Tüzüğü 90. madde uyarınca TBMM'ye sunulmuş, TBMM Finlandiya Cumhuriyeti'nin Kuzey Atlantik İttifakına Katılımının Onaylanmasını 7448 sayı, 30.03.2023 tarihli kanun, İsveç Krallığı'nın Kuzey Atlantik İttifakına Katılımının Onaylanmasını ise 7492 sayı, 23.01.2024 sayılı kanun ile uygun bulmuştur.

Bu kanunları müteakip Cumhurbaşkanı Erdoğan, 02.04.2023 gün, 32151 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 7025 sayılı CB kararı ile Finlandiya Cumhuriyeti'nin, 26.01.2024 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 8141 sayılı CB kararı ile de İsveç Krallığı'nın Kuzey Atlantik İttifakına Katılımını onaylamıştır.

Sürecin hukuki aşamaları Anayasanın 90. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen genel kural uyarınca gerçekleşmiştir. Diğer bir ifade ile AY 90/3 ve 9 sayılı CBK 7. maddede düzenlenen istisnalar uygulanmamış katılım protokolü genel hükme uygun olarak milletlerarası antlaşma olarak değerlendirilerek TBMM'ye sunulmuş ve TBMM'den çıkan onayın uygun bulunması kanununa istinaden CB tarafından onaylanmıştır.

Anayasa'nın öngördüğü istisna rejiminin burada uygulanmamış olması ilginçtir. Öncelikle TBMM'ye sunulan katılım protokolünün Anayasa madde 90 kapsamında kalan bir istisna olup olmadığının tespiti, eğer istisna kapsamında ise bu takdirde de istisna kapsamında kalan bir

antlaşmanın istisna hüküm uygulanmayarak genel hükme tabi kılınıp kılınamayacağına incelenmesi gerekir.

Kanımca İsveç ve Finlandiya'nın NATO'ya daveti için NATO üyeleri ve İsveç – Finlandiya arasında ayrı ayrı Brüksel'de imzalanan 05 Temmuz 2022 tarihli katılım protokolü net bir şekilde Kuzey Atlantik Antlaşmasının yeni üye kabulüne dair 10. maddesinin uygulanması için yapılmış bir “uygulama antlaşmasıdır” bu niteliği ile olumlu şartı haizdir. Antlaşma olumsuz şartı da sağlamaktadır, yani Türk kanunlarında değişiklik getiren herhangi bir hüküm de içermemektedir. Bu niteliği ile katılım protokollerinin hem Anayasa 90/3 hem de 9 Sy. CBK'nın 7. maddesi ile tanınmış istisna kapsamında kalan uygulama antlaşmaları oldukları aşikardır.

Bu tespitten sonra karışımıza çıkan ikinci soru şudur ki; Anayasa'nın istisna hükmünün niteliği nedir? İstisna kapsamına giren antlaşmalar için Cumhurbaşkanına tanınan “doğrudan onama” (CBK 7. md) yetkisi kullanım bakımından, mutlak surette kullanılması gereken bağlı bir yetki midir yoksa kullanılması Cumhurbaşkanı'nın takdirine bırakılan bir yetki midir?

Bu yetkinin şartlarının oluşması halinde mutlaka kullanılması gereken bir bağlı yetki olarak değerlendirilmesi halinde kullanılmaması olumsuz yetki aşımı olacaktır. Olumsuz yetki aşımı, kamu otoritesinin yetkinin konu unsurunda hata etmesi ve yetkisinde olan bir işlemi yapmamasıdır (Ulu, 2011, s. 281). Olumsuz yetki aşımı negatif yetki tecavüzüdür bu halde, kamu otoritesi kendisine tanınan ve kullanması emredilen yetkiyi kullanamayarak olumsuz yetki aşımında bulunmuş olur. (Ortak, İstanbul, s. 52). Burada oluşabilecek yetki aşımı yetki aşımının nitelikli hali olan; kamu otoritesinin kendine tanınmış fonksiyonu (yasama, yürütme, yargı) kullanmayıp ilgili fonksiyonu kullanmakta yetkisi olmayan bir organa devri anlamına gelen olumsuz fonksiyon gasbı yapması anlamına gelecektir.

Meseleyi somut olay üzerinde somutlaştırsak; Katılım Protokolü bir uygulama antlaşması olması hasebiyle Anayasa (90/3), NATO Antlaşması gereği olarak taraf devletlerle imzalanmış bir antlaşma olması hasebiyle de 9 Sy. CBK uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan onaylanacak mahiyette bir milletlerarası antlaşma olmasına rağmen. Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan onaylanmayarak, onayı uygun bulma kanunu çıkartılması için TBMM'ye sevki ve TBMM tarafından

çıkartılan uygun bulma kanununa müsteniden onaylanması olumsuz bir yetki aşımı – olumsuz fonksiyon gasbı olarak değerlendirilebilir mi?

Anayasa Mahkemesi 244 sayılı kanunun ilk hali döneminde bakanlar kuruluna tanınmış bu yetkiyi takdiri bir yetki olarak değerlendirip bakanlar kurulunun dilerse uygulama antlaşmasını kendisinin onaylayabileceğini dilerse de TBMM’ye uygun bulma kanunu çıkartması için sevk edebileceğini kabul etmiştir. AYM’ye göre; Bakanlar Kuruluna onaylama yetkisini veren Anayasa’nın 65. maddesi hükmüdür. Bakanlar Kurulu isterse onaylamayı uygun bulan bir kanun çıkartmak yoluna da başvurabilir. Fakat kanuna ihtiyaç duymayıp Anayasa’dan aldığı bu yetkisin kullanırsa bu tasarruf kanun hükmünde olduğundan ayrıca bir kanun çıkarılmasına yer kalmaması doğaldır⁴³.

Anayasanın ifadesinden bu sonuca ulaşmak daha kolaydır, 90/3 de; uygulama antlaşmalarının TBMM’de uygun bulunması zorunluluğu yoktur denilmek suretiyle bu konuda bir ihtiyarılık tanındığı açıktır. Ancak 9 Sy. CBK NATO antlaşmalarının CB tarafından “doğrudan onaylanacağını” belirtmek suretiyle yetkinin CB tarafından kullanılmasına dair net bir talimat içerir.

Anayasa’da düzenlenmiş Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin teorik kaynağı başkanlık sistemine hakim olan kuvvetlerin sert ayrılığı ilkesidir. Bu ilke ışığında yürütme organına sadece yürütmeyi ilgilendiren konularda yasama işlemi niteliğinde genel soyut ve objektif düzenleyici işlemler yapma yetkisi tanınmıştır (104/17). AY 90/3 ve 9 Sayılı CBK ile tanınan onay yetkisini münhasıran CB ya tanınan bir yürütme işlemi olarak değerlendirirsek CB’nin bu yetkisini kullanmayıp TBMM’ye devretmesi başkanlık sistemine hakim kuvvetlerin “işlevsel sert ayrılığı ilkesi”ne aykırılık teşkil edecektir. Ancak bu yetkiyi TBMM’ye ait olan yasama yetkisinin Anayasa ve CBK ile belirlenmiş bazı şartların tahakkuku halinde CB’na devri olarak kabul edersek CB’nin bu yetkiyi kullanmayıp asli sahibi olan TBMM’ye devretmeye yetkisi olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanımca TBMM’nin onay için uygun bulma kanunu çıkartma yetkisi her ne kadar Anayasal bir yetki de olsa yasama fonksiyonundan kaynaklanan bir yetki değildir. Yukarıda ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere; TBMM’nin uygun bulma kanunu çıkartması milletlerarası

⁴³ Esas No : 1963/311 Karar No : 1965/12 Karar tarihi: 4/3/1965.

antlaşma sürecine yasama fonksiyonu ile katılması amacıyla değil, TBMM'nin süreçten haberdar olmasını temin ve antlaşma ile yasama sürecine müdahale edilip "Türk kanunlarının" değiştirilmesini önlemek için getirilmiş bir düzenlemedir. Ancak bu teorik yaklaşımın bizi ulaştırdığı sonuç Anayasa'nın sarıh düzenlemesi karşısında anlamsız kalmaktadır. Zira pozitif hukukun önceliği gereği Anayasa'nın açık hükmü tercih edilmelidir. Anayasa 90/3'ün açık ifadesi ile uygulama antlaşmaları için CB'ye tanınan onay yetkisindeki ihtiyarılık -ki bu ihtiyarılık diğer açıdan TBMM'ye bir hak alanı tanımaktadır- CBK ile kaldırılamaz. Bu nedenlerle Anayasanın açık düzenlemesi sebebiyle NATO antlaşmalarının da CB tarafından takdir yetkisi kullanılarak, doğrudan onaylanmak yerine TBMM'ye uygun bulma kanunun için sevk edilebilmesi mümkündür. CBK'nın Cumhurbaşkanına ihtiyari bir alan tanıdığı ancak TBMM'nin yetkisini ortadan kaldırmadığını kabul etmek gerekir, aksi takdirde CBK ile AY 87 ve 90/3'e aykırı şekilde CB'ye mutlak onama yetkisi tanındığı sonucu doğar ki bu mümkün değildir. Zira kanunlarda değişiklik yapamayan bir hukuki işlem (CBK) ile Anayasa hükmünü değiştirebilmek evleviyetle mümkün değildir.

SONUÇ

1961 ve 1982 Anayasaları milletlerarası antlaşmaların onayını, yasama organınca çıkartılacak "onayı uygun bulma kanunu" ve yürütme organınca Cumhurbaşkanlığı kararı şeklinde verilecek "onay" ile tekemmül eden iki kademeli bir süreç olarak düzenlenmiştir. Anayasa ve 9 Sy CBK, uygulama antlaşmaları ve NATO antlaşmasına dayalı olarak yapılan antlaşmaların onayında ise yasama organının katılımını aramayarak genel kuraldan istisna rejimi belirlemiş bu tür antlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan onaylanabileceğini kabul etmiştir.

İsveç ve Finlandiya'nın NATO'ya katılmaları için NATO üyesi devletler ile akdettikleri katılım protokolü NATO antlaşmasının uygulanmasına matuf bir uygulama antlaşmasıdır. Protokolün bir uygulama antlaşması olması hasebiyle AY 90/3, NATO antlaşmasına dayalı antlaşma olması sebebiyle de 9 Sy.'lı CBK'nın 7.md.'de düzenlenen istisna kapsamında olduğuna şüphe yoktur. Ancak CB, kendine tanınan doğrudan onaylama hakkını kullanmayarak yasama organının devreye girmesini sağlamış, katılım protokollerini uygun bulma kanunu çıktıktan sonra onaylamıştır.

Bu tavır hukuk tekniği bakımından “olumsuz yetki aşımı” veya “olumsuz fonksiyon gaspı” olarak nitelendirilmemelidir. Bu müsamaha pozitif hukuk verilerinden ulaşılabilecek hukuki bir sonuç olduğu kadar Türk Anayasa hukuku geleneğine hakim olan yasamanın asliliği ve genelliği ilkelerine de uygun bir yaklaşım olarak değerlendirilmelidir.

Klasik parlamenter sistemin hakim olduğu 1961 AY’nın milletlerarası antlaşmaların onay sürecine dair hükmü 1982 AY’da başkanlık sisteminin kabulüne rağmen muhafaza edilmiştir. Bu paralellik Anayasal sistemimizin kimi alanlarda sert kuvvetler ayrılığını değil, 1921 ve 1924 Anayasalarını hazırlayan kurucu meclisten gelen yasamanın üstünlüğü ve öncelliği ilkesini kabul ettiğini gösteren işaretlerden biridir. Finlandiya ve İsveç’in NATO katılım protokollerinin AY ve CBK ile açıkça yetkilendirilmiş olsabile CB tarafından tek başına onaylanmayarak TBMM iradesinin devreye sokulması bu yargıyı pekiştirir.

Somut olayda teknik manada siyasi nitelikte bir karar olan Finlandiya ve İsveç’in NATO’ya katılım onayı kararının tek kişiden oluşan ve sadece halka karşı siyasi sorumluluğu olan Cumhurbaşkanınca kullanılmayarak TBMM’nin de adeta karar iradesinin içine çekilmesi Türk Anayasa hukuku politiğinde ilginç bir uygulama olmuştur. Kuvvetlerin sert ayrılığı ilkesine dayalı başkanlık sisteminin model ülkesi olan ABD’de başkanının üst düzey atama kararları, uluslararası antlaşmalarla bağlanma iradesi yasama organının onayına bağlanmış iken Türk başkanlık sistemi bu konularda Cumhurbaşkanı’na daha geniş ve münferit yetkiler tanımıştır. Bu yetkiler cümlesinden olan NATO antlaşmasına dayalı bir uygulama antlaşmasının onayı yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılmayarak adeta siyasi sorumluluğu paylaşırcasına TBMM ile paylaşılması ilginç bir Anayasa-politik uygulaması örneği olarak tarihe geçmiştir.

Tüm bu teorik çıkarımlarımız ve somut olaydaki uygulamanın bizlere gösterdiği şu olmuştur ki; somut olay örnekliğinde ele aldığımız “Milletlerarası antlaşmaların onaylanması” kesitinde, 2017 Anayasa değişikliği ile uygulanmaya başlayan başkanlık sistemi sui generis nitelikte, “Türk tipi” bir başkanlık sistemi hukuku ve uygulaması geliştirmiştir.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 4. Baskı, Ankara 2021.

ASAR ERSON, Banu: “Uluslararası Hukukta Andlaşma Akdetme Yetkisi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi”, <https://iupress.istanbul.edu.tr/tr/journal/ppil/article/uluslararasi-hukukta-andlasma-akdetme-yetkisi-ve-viyana-andlasmalar-hukuku-sozlesmesi> (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

ATAR, Yücel: *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2018.

BAHRAIN Constitution, https://adsdatabase.ohchr.org/IssueLibrary/BAHRAIN_Constitution.pdf (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

BAŞARAN, Halil Rahman: “The 2022–2023 Russia-Ukraine War and International Community: A View”, *Indian Journal of International Law*, May 2023, s. 267-286.

BILGE, A. Sahir: “Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 22, S. 2, 1967, s. 97-149.

BROWN-LIE (ed.) CRAWFORD, James: *Brownlie’s Principles of International Public Law*, Oxford University Press, Londra 2008.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL: *Constitution of the French Republic*, https://www.conseilconstitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

DÖNER, Ahmet: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2024.

ERCİVELEK, Halit Süleyman: *Devletler Üstü Hukukun Oluşumu ve Devletlerin Egemenlik Hakları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2024.

EREN, Ali: *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Ankara 2023.

JAPAN, Constitution and Government of Japan – Constitution (1947), https://web.archive.org/web/20131214104438/http://www.kantei.go.jp/foreign/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html (Erişim Tarihi: 12.06.2024).

KLABBERS, Jan: *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, New York 2002.

KLABBERS, Jan: *International Law*, 3. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

LEGAL.UN.ORG, *Draft Articles on the Law of Treaties* (1966), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_1_1966.pdf (Erişim Tarihi: 13.06.2024).

LEGAL.UN.ORG, *Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (1986), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_2_1986.pdf (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

NATO, “Accession Protocol for Sweden”, https://www.nato.int/NATO_static_fl2014/assets/pdf/2022/7/pdf/220705-accession-protocol-sweden.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2024).

NATO, “Official Texts”, https://www.nato.int/cps/en/NATolive/official_texts_17120.htm (Erişim Tarihi: 05.06.2024).

ORTAK, Yılmaz: *Danıştay Kararları Işığında İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.

ÖZÇELİK, Ali Sabri: *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri*, C. II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1976.

RAIC, David: *Statehood and the Law of Self-Determination*, Kluwer Law International, New York

SALİHPAŞAOĞLU, Yelda & Gümüş Boyacı, Özlem Tuğçe: “Bir Modern Devlet ve Egemenlik Miti: Westphalia Barışı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 15-1, 2020, s. 191-224.

SHAW, Malcolm N.: *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.

TBMM, Tutanak Dergisi (Dönem 0, Cilt 2), https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm_00002034.pdf (Erişim Tarihi: 05.07.2024).

TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 2012.

ULU, Gökhan: *İdari İşlemin Yetki Unsuru*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2011.

UNITED NATIONS, *Law of Treaties – Analytical Guide to the Work of the International Law Commission*, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (Erişim Tarihi: 01.04.2024).

ÜÇLÜ MUHTIRA, T.C. Cumhurbaşkanlığı, <https://www.tccb.gov.tr/assets/dosya/2022-06-28-uclu-muhtira.pdf> (Erişim Tarihi: 25.03.2024).

YAYLA, Yekta: “İdarenin Takdir Yetkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 30, S. 1-2, 1964, s. 201-211.

2024/2853 SAYILI AB DİREKTİFİ ÇERÇEVESİNDE YAZILIMDAN KAYNAKLANAN ÜRÜN SORUMLULUĞU VE BUNUN SINIRLARI

Doç. Dr. Ayşe ARAT*

Öz

Yazılımlar teknolojik gelişmelerin etkisiyle hayatımızın pek çok alanına girmiştir. Günümüzde yazılımlara sadece bir donanım aracılığıyla değil, bulut üzerinden de erişilebilmektedir. Buna bağlı olarak sağlıktan ulaşım, eğitimden iletişime kadar pek çok alanda yoğun biçimde kullanılan yazılımların, kişi ya da malvarlığı zararı verme ihtimali de artmıştır. 85/374 sayılı ürün sorumluluğu direktifinin ürün tanımı, yazılımların yaygınlaştığı günümüzde yeterli kapsayıcılıkta bulunmamaktaydı. Ürün sorumluluğu alanında yürürlüğe giren 2024/2853 sayılı yeni Direktif, bu konudaki tartışmaları sona erdirerek, yazılımları da açıkça ürün tanımına dahil etmiştir. Böylece yazılımın tedarik şekline veya kullanım biçimine bakılmaksızın ürün olduğu kabul edilmiştir. Bu durum yazılım üreticilerinin, ürün sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. Ancak yazılım konusunun kendine özgü dinamikleri ve teknolojik gelişmeleri engellememe kaygısı, bu sorumluluğa ilişkin sınırlamaları belirlemeyi gerekli kılmıştır. Bu çerçevede sorumluluğun ne zaman doğacağı, güncellemelerin durumu, sorumluluk kapsamı dışında kalan haller ve sorumluluktan kurtuluş (muafiyet) halleri incelenmiştir.

* Doç. Dr. Ayşe ARAT Akdeniz Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Roma Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, Türkiye | Associate Prof., Akdeniz University, Faculty of Law, Department of Private Law, Roman Law Department, Antalya, Türkiye.

✉ aysearat@akdeniz.edu.tr • ORCID 0000-0001-8261-4302.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ARAT, Ayşe: “2024/2853 Sayılı Ab Direktifi Çerçevesinde Yazılımdan Kaynaklanan Ürün Sorumluluğu ve Bunun Sınırları”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1321-1350.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

- Yazılım • Ürün Sorumluluğu • Güncelleme • 2024/2853 Sayılı AB Direktifi
- 85/374 Sayılı AB Direktifi

SOFTWARE-RELATED PRODUCT LIABILITY AND LIMITATIONS UNDER EU DIRECTIVE 2024/2853

Abstract

Software has entered many areas of our lives with the effect of technological developments. Today, software can be accessed not only through hardware but also through the cloud. Accordingly, the possibility of damage to persons or property by software, which is used extensively in many areas such as health, transportation, education and communication, has also increased. The product definition of the product liability directive numbered 85/374 was not sufficiently inclusive today, when software has become widespread. The new Directive No. 2024/2853, which entered into force in the field of product liability, ended the debates on this issue and explicitly included software in the definition of product. Thus, it is accepted that software is a product regardless of the way it is supplied or the way it is used. This situation results in software producers being held liable within the framework of product liability. However, the specific dynamics of software and the concern not to hinder technological developments have made it necessary to determine the limitations regarding this liability. In this framework, when the liability arises, the status of updates, the cases excluded from the scope of liability and the cases of exemption from liability are analysed.

Keywords

- Software • Product Liability • Updates • EU Directive No. 2024/2853 • EU Directive No. 85/374

GİRİŞ

Ürün sorumluluğu, hatalı üründen kaynaklanan malvarlığı zararları ile kişi varlığı zararlarını kusursuz sorumluluk hükümleri içinde tazmin etmeyi amaçlamaktadır. Bu sorumluluk anlayışının ortaya çıkışı ABD’de araçlardan doğan zararlar ile başlamış, Avrupa da ise özellikle ilaçtan kaynaklanan zararların tazmini ile gündeme gelmiştir. Konuya ilişkin ilk düzenleme 85/374 sayılı AB Direktiftir. Bu direktifin getirdiği açık, sade ve taraf menfaatlerini dikkate alan kusursuz sorumluluk anlayışı, 1985 yılından beri uygulama alanı bulmuştur. Ancak teknolojiadaki gelişmeler, döngüsel ekonomi anlayışının hâkim olması, 85/374 sayılı Direktif’in ürün sorumluluğu anlayışını gözden geçirmeyi

gerekli kılmıştır. Bu çerçevede AB’de konuya yönelik 2022/0302 (COD) sayılı bir direktif teklifi hazırlanmış ve Avrupa Parlamentosu’na sunulmuştur. Bu teklif üzerinde yapılan tartışmalar sonucunda oluşan yeni metin, 18 Kasım 2024 tarihinde AB Resmî Gazetesi’nde yayınlanmıştır. 2024/2853 sayılı bu yeni Direktif, 8 Aralık 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Yazılımların ürün niteliği 85/374 sayılı Direktif uygulamasında çok tartışılmış bir konudur. Hâkim görüş yazılımın fiziksel bir ürünün parçası olması halinde ürün kabul edileceği yönündedir. Zira 85/374 sayılı Direktifin ürün tanımı, maddi varlığı olan taşınır şeyleri ürün kabul etmeye uygundur. Buna karşılık taraftarı giderek artan diğer bir görüş, teknolojik gelişmeler karşısında yazılımın mutlaka maddi varlığı olan bir şekilde (cd, dvd, flash bellek gibi) sunulmasa da ürün olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Günümüz teknolojilerinin geldiği nokta, bu düşüncüyü haklı kılmaktadır. Nitekim 2024/2853 sayılı yeni Direktif, yazılımı açıkça ürün olarak kabul etmiştir. Bu önemli bir gelişmedir. Yazılımın açıkça ürün sorumluluğunun bir parçası haline gelmesi, teknolojik gelişmelerin hukuk kurallarını nasıl etkilediğinin ve hatta değiştirdiğinin güzel bir örneğini teşkil etmektedir.

Tüm bu gelişmeler çerçevesinde yazılımın ürün niteliğinin değerlendirilmesi önem taşımakta, AB’nin yeni Direktifte konuya yaklaşımının ortaya konulması gerekmektedir. Bu sebeple konu incelenirken, yazılım kavramı açıklanmış, 85/374 sayılı Direktif döneminde konuya ilişkin tartışmalardan söz edilmiş, 2024/2853 sayılı Direktifin yazılımla ilgili düzenlemeleri, özellikle sorumluluğun sınırlanması, güncellemelerin durumu ve üretici açısından muafiyet halleri, Direktifin gerekçesi de göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Ardından hukukumuz bakımından değerlendirme yapılarak, genel bir perspektif çizilmeye çalışılmıştır.

I. YAZILIM KAVRAMI, YAZILIM TÜRLERİ VE YAZILIMIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A.Yazılım Kavramı

Yazılım ile donanım, birbirini tamamlayan ve bilgisayar teknolojisini oluşturan kavramlardır. Bunlardan yazılım, bir programlama dilinde yazılmış ve çeviri sonrasında bilgisayarda çalıştırılabilen programları ifade ederken, donanım¹ bilgisayarın fiziki yapısını oluşturan, işlemci, anakart, bellek, ekran gibi parçaların tamamına verilen addır. Bu iki kavram aslında bilgisayarın "somut" (maddi) ve "somut olmayan" (gayrimaddi) öğeleri arasında ayrım yapmakta, donanım somut öğeyi yazılım ise soyut öğeyi oluşturmaktadır².

Bir yazılım, program akışı, algoritma, kaynak kodu ve nesne kodu (objektif kod) ile arayüzlerden oluşmaktadır. Program akışı, bir problemin çözülmesi için elde edilen verilerin, belirli bir mantık çerçevesinde sıralanarak taslak oluşturulması, bir başka deyişle verilere ilişkin işlem adımlarının bir dizi olarak birbirine bağlanması, şeklinde

¹ Sistem ve yazılım mühendisliği çalışmalarında ortak bir sözlük sağlayarak, terminolojiyi standartlaştırmayı amaçlayan ISO/IEC/IEEE 24765:2010'a göre donanım (3. 1781), "1. bilgisayar programlarını veya verilerini işlemek, depolamak veya iletmek için kullanılan fiziksel ekipmanı, 2. bir bilgi sisteminin fiziksel bileşenlerinin tamamını veya bir kısmını" ifade eder. <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:71952:en>

² **MÜLLER**, s. 16-17, dñn. 36-37. Yazara göre yazılım ve bilgisayar programı kavramları arasında bir ayırıma gidilse de bu iki kavram denk kabul edilebilir. Zira program dışında yazılım kapsamında sayılabilecek başkaca maddi olmayan (soyut) bir unsur bulunmamaktadır. Hukukumuzda genellikle yazılım ve bilgisayar programı kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı görölmektedir. **TOPALOĞLU**, s. 4; **ŞAHAN**, s. 51. İki kavramın farklı olduğu yönünde **YILDIRIM**, s. 8; **ERKEKOĞLU**, s. 3. ISO/IEC/IEEE 24765:2010'a göre yazılım (3.3783), "1. bilgisayar programları, prosedürleri, muhtemel ilişkili belgeleri ve bir bilgisayar sisteminin işletimine ilişkin verileri, 2. bir bilgi işlem sistemi programlarının, prosedürlerinin, kurallarının ve ilişkili belgelerinin tamamını veya bir kısmını, 3. bir bilgisayarı çalıştırmak için kullanılan program veya program seti"ni ifade eder. <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:71952:en>

tanımlanmaktadır³. Algoritma⁴ ise yazılımın bir parçası, hatta kalbidir⁵. Bir programlama dilinde yazılan algoritma, bilgi içermektedir. Bir başka deyişle her algoritma, girdi ve çıktı bilgisinden oluşmakta ve çeşitli programlama dillerine çevrilebilmektedir⁶. Algoritma ile yapılması istenen işlem için gereken işlem basamakları bilgisayara iletilmektedir. Bu aynı zamanda belirli çıktı bilgilerinin belirlenmesine yönelik bir hesaplama yöntemidir⁷. Kısacası algoritmalar bir yazılımdan sonuç olarak neyin beklendiğinin açıklamasıdır. Kodlama veya diğer bir ifadeyle kaynak koduna gelince, bu akış diyagramındaki bilgi düzeninin, bir programlama dili kullanılarak bilgisayara aktarılmasını ifade etmektedir. Bunun için kaynak kodun, 0 ve 1'lerden oluşan makine diline dönüştürülmesi gerekmektedir⁸. Kaynak kodun dönüştürülmüş son hali, objektif kod olarak isimlendirilmektedir⁹. Arayüz ise programların uygulanmasını, girişe ilişkin verilerin klavyeden alınmasını, çıktıların ekrandan görüntülenmesini sağlayarak kullanıcıya ulaşmaktadır. Kullanıcı ile bilgisayar arasında haberleşmeyi sağlayan bu unsur, kullanıcı arayüzüdür. Arayüz, donanım ile kullanıcı arasında, bilgisayarın görevini yerine getirebilmesi için bağlantı ve etkileşim sağlamaktadır¹⁰.

Tüm bu unsurlar yazılımın bir parçasıdır ve bir araya gelerek yazılımı oluştururlar. Bu şekilde bakıldığında yazılımın somut olmadığını, bilgisayarın donanım kısmının bu programlar vasıtasıyla çalıştığını ve kullanıcıya ulaşmanın da yazılımlar aracılığıyla olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple yazılıma bilgisayarın ruhu demek yanlış olmayacaktır¹¹.

³ TOPALOĞLU, s. 5-6; ŞAHAN, s. 53

⁴ ISO/IEC/IEEE 24765:2010'a göre algoritma (3.124) 1. "bir problemin sonlu sayıda adımla çözümü için iyi tanımlanmış sınırlı kurallar kümesini, 2. Belirli bir görevi gerçekleştirmek için yapılan işlemler dizisini, 3. bir problemin çözümü için iyi tanımlanmış sonlu sıralı kurallar dizisi" ni ifade eder. <https://www.iso.org/obp/ui/en/#iso:std:iso-iec-ieee:24765:ed-2:v1:en>

⁵ MÜLLER, s. 18.

⁶ MÜLLER, s. 16, 17.

⁷ TOPALOĞLU, s. 7; ŞAHAN, s. 53.

⁸ TOPALOĞLU, s. 9; ŞAHAN, s. 54.

⁹ TOPALOĞLU, s. 8; ŞAHAN, s. 54.

¹⁰ TOPALOĞLU, s. 9; ŞAHAN, s. 55

¹¹ ŞAHAN, s. 51.

B.Yazılım Türleri

Yazılımları çeşitli ayırimlara tabi tutmak mümkündür. İşletim sistemi ve uygulama programı bu ayırimlardan biridir. İşletim sistemi, bilgisayar çalıştırma yazılımdır. Donanıma bağlı olan, özel çözümler sunmayan, standart programları ifade eden işletim sistemleri olmadan, bilgisayar çalışmamaktadır. Uygulama programları ise kullanıcının özel ihtiyaçlarına göre hazırlanmaktadır ve kişiye veya işletmeye özgü programlardır. Bir bilgisayardaki işletim sistemi donanımın çalıştırılması ile ilgilidir. Uygulama programı ise donanımla değil, kullanıcının ihtiyaçlarına göre oluşan sorunların çözümünde kullanılmaktadır¹².

Bir başka ayırım, standart yazılımlarla bireysel yazılımlara ilişkindir. Standart yazılımlar, benzer ihtiyaçlar için üretilmiş, mantığı ve işleyişi önceden belirlenmiş programlardır. Bireysel yazılımlar ise kullanıcının özel ihtiyaçları için tasarlanmışlardır. Bu yazılımlar, baştan kullanıcı ihtiyaç ve isteklerine uygun olarak hazırlanabileceği gibi standart bir programın geliştirilmesi veya iyileştirilmesi yoluyla da hazırlanabilmektedir¹³.

Çevirici programlar, kaynak kodu şeklinde hazırlanan yazılımı bilgisayarın anlayacağı dil olan nesne koduna dönüştüren programlardır. Zira bilgisayar kaynak kodu şeklinde yazılanları değil nesne kodu şeklindeki yazılımları anlayabilmekte, bu da bir çevirme işlemini gerektirmektedir. Çevirme işlemi, çevirici yazılımlar aracılığıyla yapılmaktadır¹⁴.

Açık kod ve özgür yazılımlar ise telif hakkı olmadan serbest biçimde kullanılabilen yazılımlardır. Açık kaynak kodlarına erişmek, incelemek veya değiştirmek genellikle serbesttir. Açık kaynak kodlu yazılımların en yaygın türü özgür yazılımlardır. Bu yazılımlar izin ve ücret gerekmeden, kullanıcılara programı inceleme, değiştirme, dağıtma, değiştirilen programı yeniden paylaşabilme imkânı sunmaktadır. Özgür yazılımları korumak amacıyla yaygın olarak GPL (General Public Licence, Genel Kamu Lisansı) kullanılmaktadır¹⁵.

¹² YILDIRIM, s. 12-13; TOPALOĞLU, 12-14; ŞAHAN, s. 56-57; MÜLLER, s. 19; ERKEKOĞLU, s. 18-19

¹³ YILDIRIM, s. 13; ŞAHAN, s. 57; ERKEKOĞLU, s. 20.

¹⁴ TOPALOĞLU, s. 13; ŞAHAN, s. 58.

¹⁵ YILDIRIM, s. 14; ERKEKOĞLU, s. 21-25.

Donanıma entegre (gömülü) ve donanımdan ayrılabilen yazılımlar, bu konudaki diğer bir tasnifi oluşturmaktadır. İlk ve ikinci kuşak bilgisayarlar da yazılımlar donanımla birleşik, onun tamamlayıcısı olarak kullanılmaktadır. Donanımdan ayrılabilen yazılımlar ise üçüncü kuşak bilgisayarlarla birlikte ortaya çıkmıştır. Ancak günümüz bilgisayarlarında da donanıma yerleştirilen yazılımlar kullanılmaktadır. Örneğin, hesap makinelerinde, programlanabilen fırın, çamaşır ve bulaşık makinelerinde, yazılım donanıma gömülmüştür. Buna karşılık, donanımdan bağımsız, bir veri taşıyıcısında bulunan veya doğrudan bulut teknolojisi ile yüklenebilen yazılımlar da mevcuttur. Donanımdan ayrılabilen bu tür yazılımlar her donanımda fonksiyonel olarak kullanılabilir. Yazılım teknolojisinin ulaştığı düzey sonucunda, donanımdan ayrı olan yazılımların kullanımı hızla yaygınlaşmaktadır¹⁶.

Bu başlıkta bahsedilen yazılım türleri ve ayırımları haricinde, başka türlerden ve ayırımlardan söz etmek de mümkündür. Hatta hızla ilerleyen teknoloji karşısında yeni türlerin ve şu an kullanılanların dışında farklı yazılımların ortaya çıkması, yaygınlaşması da ihtimal dahilindedir. Bu sebeple çalışmamızın kapsamını aşmayacak şekilde sadece öne çıkan, konumuz bakımından önem arz eden ve AB Direktifinde de sözü edilen yazılımlar hakkında genel bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir.

C. Hukuki Niteliği

Medeni hukuk anlamında eşya, Alman¹⁷ ve İsviçre-Türk hukuku bakımından maddi şeyleri esas almaktadır¹⁸. Özellikle Alman hukukunun eşya tanımı, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır (BGB § 90). Her ne kadar direktifler, ürün sorumluluğu konusunda, iç hukuklardan bağımsız kavramlar ortaya koymuş olsa da ilgili direktiflerin iç hukuklara aktarılması ve doktrinde yorumlanması bakımından bu etki açıkça görülmektedir. Bu sebeple 85/374 sayılı Direktifin taşınır eşyayı esas alan düzenlemesi, maddi şeyleri kapsar biçimde yorumlanmıştır. Ancak teknolojik gelişmelerin hayatımıza

¹⁶ YILDIRIM, s. 11; ERKEKOĞLU, s. 16-17.

¹⁷ MUKO/SACKER, § 90, N. 4; STAUDINGER/JICKELI/STIEPER, § 90, N. 8.

¹⁸ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 5-6, N. 19-20. Benzer şekilde dijital verinin eşya olarak nitelendirilmesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. ANTALYA, s.1218-1220.

yazılımlar, programlar, güncellemeler gibi kavramları sokmasıyla birlikte bu konudaki tartışmalar sürmüş, doktrinde en azından bir cisim üzerinde somutlaşma (disk, cd, flash bellek gibi) halinde, gayrimaddi nitelikteki bu şeylerin de ürün olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Geldiğimiz teknolojik noktada bu tartışmalar artık anlamını yitirmektedir. Yazılımlar, yapay zekâ uygulamaları hayatımızın her alanında kullandığımız birer unsura dönüşmüşken bunları ürün olarak nitelendirmemek anlamlı görünmemektedir. Bu yüzden yasal düzenlemelerin bu durumu dikkate alması kaçınılmazdır. Nitekim bu konudaki önemli adım, 2024/2853 tarihli Ürün Sorumluluğu Direktifi ile atılmıştır. Yeni direktifin ürün tanımında yazılımlar açıkça ürün olarak tanımlanmıştır. Bu hukuken, önemli bir aşamadır. Söz konusu gelişme Medeni hukukların önceki yüzyıla ait bakış açısının, günümüz teknolojileri karşısında gözden geçirilmesi gerektiğine yönelik bir adım olarak da değerlendirilmekte ve eşyaya ilişkin tanımların yüz yıldan daha eski olduğu, yazılımların henüz kullanılmadığı bir zamanda oluşturulduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁹. Bu sebeple, yazılımların bir zarar vermesi halinde ürün sorumluluğunun doğacağını kabul etmek gerekmektedir.

II. 85/374 SAYILI DİREKTİF ÇERÇEVESİNDE YAZILIMLARIN DURUMU

Yazılımların ürün sorumluluğu kapsamında bir ürün olup olmadığı, üzerinde çok tartışılmış bir konudur. Doktrinde bazı yazarlar bunun bir hizmet olduğunu²⁰ bazı yazarlarsa bilgi olduğunu ileri sürerek Direktif dışında kalması gerektiğini²¹ savunmuşlardır. Ancak ileri sürülen en önemli gerekçe, yazılımın maddi bir niteliğe sahip olmamasıdır²². Direktifin ürün tanımı, taşınır mallara özgülenmiştir ve kural olarak sadece maddi malları kapsamaktadır. Aslında böyle bir düzenleme, ürünle hizmet arasında bir sınır çizilemeye yöneliktir. Zira bu,

¹⁹ KOCH, s. 121, 122, N. 25.

²⁰ Yazılımların hizmet karakteri taşıdığı konusunda REY, s. 270, N. 1186c. Genel olarak garimaddi malların ürün değil, hizmet karakteri taşıdığı konusunda Rey, s. 270, N. 1187; HONSELL, § 21, N. 31. Yazılım tedarik edilmesi bir hizmet olsa da yazılımın kendisi böyle değildir. Yazılım, hizmetin amacı veya sonucu olarak görüldüğünde, ürün teşkil etmektedir. Yazılımın geliştirilmesi bir hizmetken, yazılımın kendisi üründür (FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 46, N. 68, dnp. 149).

²¹ FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 46, N. 67.

²² KULLMAN, s. 85, N. 17.

sorumluluk getiren bir düzenlemede ürün kavramının çerçevesini belirlemek bakımından önemlidir²³. Bununla birlikte Direktifin ürün tanımında (m. 2), maddi olmayan mallar açıkça hariç tutulmamış, elektriğin ürün olduğu ise ayrıca belirtilmiştir²⁴. Bu durum doktrinde düzenlemenin mefhumu muhalifinden (zıt kavramından) hareketle değerlendirilmekte ve tanımda sadece maddi niteliği bulunmayan bir doğal güç olan elektriğin belirtilmesinin, diğer gayri maddi malların Direktifin ürün tanımının dışında bırakıldığı şeklinde yorumlanmaktadır²⁵. Buna karşılık diğer bir görüş, maddi varlığı bulunmayan elektrik ürün kabul ediliyorken, günümüzde önemli bir gayri maddi varlık olan yazılım için de aynı bakış açısının düşünülmesi gerektiğini ve 85/374 sayılı Direktifin müzakere ve kabul edildiği dönemde, bugüne ilişkin teknolojilerin öngörülmesinin beklenemeyeceğini ifade etmektedir²⁶. Öte yandan böyle bir ayırımın zarar verici etkisi aynı olmasına rağmen, donanım hatası ile yazılım hatası arasında zarar göreni korumak açısından bir fark oluşturacağı ihtimalini de gözden kaçırmamak gerekmektedir. Tüm bu görüşler çerçevesinde konu, doktrinde uzun süre tartışılmış, gayri maddi mallar tamamen kapsam dışında tutulmamış, zamanla teknolojik gelişmelerin de etkisiyle yazılımların bir veri taşıyıcısı üzerinde somutlaşması halinde ürün niteliği kazanacağı düşüncesi ağır basmıştır. Özellikle yazılım teknolojisinin erken dönemlerinde, depolandıkları bir veri taşıyıcısı (cd, disk, chip gibi) aracılığıyla kullanılması, genellikle tek başına piyasaya sürülmemesi, yazılımların bu taşıyıcılar içerisinde yer alan fiziksel varlığı bulunan, taşınır bir nesne olarak kabul edilebilmesine imkân vermiştir²⁷.

²³ STAUDINGER/OESCHLER, s. 513, N. 11; KULLMAN, s. 78, N. 2.

²⁴ 85/374 sayılı Direktifin ürün tanımı, başka bir taşınırla veya taşınmazla birleştirilmiş (dahil edilmiş) olsa dahi tüm taşınırları ve elektriği kapsamaktadır.

²⁵ FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 41, N. 56. Konuya ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. KIRCA, s. 192-196; HAVUTÇU, s. 70-71; AYDOS, s. 136-138; ÜNAL/KALKAN, s. 63; POLAT, s. 978-983; ARAT, s. 41.

²⁶ ROTT, s. 15. Ürün kavramının yazılımı kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği hususu AB komisyonunun konuya ilişkin yol haritasında da tartışılmıştır. European Commission, *Evaluation of the Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products – Roadmap*, Sep. 27, 2016, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/18842>

²⁷ KULLMAN, s. 85, N. 17; FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, PLD, s. 47, N. 69. Gayrimaddi malların depolandığı aygıtın taşınır niteliğini esas alarak bir değerlendirme ve ABAD'ın *Krone* kararının bu açıdan eleştirisi için bkz. WAGNER, s. 13; aynı yönde, Hacker, s. 15.

Bu sebeple yazılımın maddi bir mal üzerinde somutlaşp somutlaşmaması dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre flash, CD, DVD gibi maddi bir malda somutlaşan yazılım (gayrimaddi mal), ürün kabul edilirken, maddi bir mal üzerinde somutlaşmayan yazılım ürün olarak nitelendirilmemiştir. Bir başka görüş ise yazılımın fiziksel bir taşıyıcıya yerleştirilmesinin sorumluluğu haklı çıkarmaya yetecek bir unsur olmadığını, böyle bir ayırımın keyfi görüldüğünü ileri sürmektedir²⁸. Bu görüşe göre aslında yazılımın fiziksel bir taşıyıcıya yerleştirilmiş olması Avrupa Komisyonu'nun bir kararına dayanmaktadır ve böyle bir ayırım, Direktifin ürün tanımının sınırlarının belirli olması amacının da bir sonucudur²⁹.

Bireyselleştirilmiş yazılımların durumunu ayrıca ele almak gerekir. Bu tür yazılımların seri biçimde değil, kişiye özel olarak üretildiği, bu yüzden ürün sorumluluğuna dahil olmayacağı yönünde görüşler ileri sürülmüş olsa da ürün sorumluluğunun doğması seri üretimin bulunması şartına bağlı değildir. Zira yazılımın, endüstriyel olarak seri biçimde üretilmesi ile münferit bir üretimle piyasaya sürülmesi arasında ürün sorumluluğu bakımından fark bulunmamaktadır³⁰. Ancak bireyselleştirilmiş yazılımlarda eğer hizmet veya eser sözleşmesi niteliği ağır basıyorsa, o zaman ürün sorumluluğu kapsamı dışında kalabilmektedir³¹.

Yazılımlar hakkındaki önemli bir tartışma konusu da indirme (*download*) ve akış yoluyla dağıtım (*streaming*) halinde durumun nasıl değerlendirileceğidir³². Bir görüşe göre bir veri taşıyıcısına aktarılmayan yazılım, fiziksel bir nesne değildir ancak, ekonomik değeri olan bir maldır ve bunları ürün kabul etmek mümkündür. Ancak bu yorum, 85/374 sayılı Direktifin ürün tanımını oldukça genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir³³. Zira bu görüşe göre bir an için yazılımın veri taşıyıcısı kullanmadan yükleme ve indirme yoluyla, yüklendikleri mecraya

²⁸ MUKO/WAGNER § 2, N. 21.

²⁹ 706/88, 8 Mayıs 1989, OJ C 114/42 (AT Komisyonu Beyanı), STAUDINGER/OECHSLER, s. 526, N. 64.

³⁰ KULLMAN, s. 86, N. 17.

³¹ STAUDINGER/OECHSLER, s. 526, N. 69; KULLMAN, s. 86, N. 17, dpn. 55.

³² STAUDINGER/OECHSLER, s. 524, N. 64; KULLMAN, s. 86, N. 19; OLIPHANT/WILCOX, s. 182, N. 19; KOCH, s. 121, N. 24.

³³ KULLMAN, s. 86, N. 19. FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 47, N. 69; TASCHNER/ FRIETSCH, s. 231, N. 22.

depolandığı düşünülebilirse de maddi varlığı olan nesnelere ilişkin hukuk kurallarının, gayrimaddi varlığa sahip olan yazılımlara uygulanması başka sorunlar ortaya çıkarabilecektir³⁴. Bu görüşe karşı ise elektriğin fiziksel varlığı bulunmayan bir nesne olmasına ve benzer şekillerde iletilmesine rağmen ürün kabul edildiğine ilişkin eleştiri yöneltilmektedir. Ancak bu eleştiriye karşı, elektriğin Direktifte ayrıca ve açıkça ürün olarak kabul edildiği ve bu düzenlemenin istisna teşkil ettiği, istisnanın kıyas yoluyla genişletilmesinin söz konusu olamayacağı savunması yapılmaktadır³⁵. Tüm bu eleştiriler günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında güçlü argümanlar ortaya koyamamaktadır. Örneğin otonom bir araçta kullanılan bir yazılım, taşıdığı eksiklik veya hata sebebiyle kullanıcının haklı güvenlik beklentilerini karşılayamıyorsa, sorumluluğun yazılımın indirme yoluyla veya veri taşıyıcısıyla aktarılmasına göre belirleneceğini düşünmek uygulama açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Özellikle ürünün işleyişi için gerekli olan ve üründen ayrılmayacak biçimde ona dahil edilen (entegre) yazılımlarda, yazılımın gayrimaddi niteliğinden çok, ürünün bizzat kendisiyle olan ayrılmaz bağının öne çıktığını gözden kaçırmamak gerekir. Bu ihtimal bile yazılımı ürün kabul etmek için önemli bir argüman teşkil etmektedir³⁶.

Yapılan tüm bu tartışmalar göstermektedir ki 85/374 sayılı Direktifin ürün tanımı ve bunun iç hukuklarda uygulanma şekli, gayrimaddi malların ürün olabileceğini savunmak için dar bir çerçeve sunmaktadır. Öte yandan günümüzde hem yazılımlar hem de diğer dijital ürünler bakımından güncellemeler, yükseltmeler yaygınlaşmış, indirmeler yoluyla geleneksel teslim anlayışı değişmiştir³⁷. Nitekim AB Komisyonu, Avrupa Parlamentosu'na yaptığı açıklamada Direktifin somut bir ortamda depolanan yazılımlara uygulanabileceği yönünde

³⁴ KULLMAN, s. 87, N. 19. FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 47, N. 69. TASCHNER/ FRIETSCH, s. 231, N. 22.

³⁵ KULLMAN, s. 87, N. 19.

³⁶ FAIRGRIEVE/HOWELLS ve diğerleri, s. 47, N. 69; OLIPHANT/WILCOX, s. 182, N. 19; KOCH, s. 121, N. 25; SCHWENZER, s. 393, N. 53.35.

³⁷ MACHNIKOWSKI, s. 35, 41.

değerlendirmede bulunmuştur³⁸. Bu gelişmeler konunun açık bir düzenlemeye kavuşturulmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır³⁹.

III. 2024/2853 SAYILI YENİ DİREKTİFTE DURUM

A. Yazılımdan Doğan Ürün Sorumluluğu

Teknolojik gelişmeler, yapay zekâ uygulamaları ve yazılımlar yoluyla, hayatımıza yeni ürün biçimleri ve pazarlama yöntemleri getirmekte, üretim biçimleri karmaşılaşmakta ve dijital ürünler yaygınlaşmaktadır. Bununla birlikte ürün kavramını gayrimaddi malları kapsayacak şekilde yorumlamak, günümüzün teknolojik gelişmeleri karşısında daha da önem kazanmaktadır. Zira 85/374 sayılı Direktif, 80'lerin teknolojisinin ürün anlayışına dayanmaktadır. Artık somut bir veri aktarıcısı olmadan, doğrudan ağ üzerinden işlem yapılabilir ve klasik anlayış, günümüzün teknolojik aletlerinde sıkça kullanılan bu yolla yeni program yüklenmesi, güncelleme yapılması gibi uygulamaları kapsam dışı bırakmış olmaktadır. Ancak konunun kanuni bir çerçeveye oturtulması gerekliliği ortadadır. Nitekim Direktif Teklifinin gerekçesinde, mevcut ürün kavramının modern dijital ekonomi ve döngüsel ekonomi ürünlerine (örneğin akıllı cihazlar, otonom araçlar, bunların çalışması için gereken yazılım veya dijital hizmetler gibi) uygulanırken yetersiz kaldığı, bu kavramın yeni ihtiyaçlara uygun hale getirilmesi gerektiğinden söz edilmiştir⁴⁰. Böylece kanuni bir kesinlik sağlamak⁴¹ amacıyla yeni Direktifle birlikte ürün sorumluluğunun kapsamına yazılımlar da dahil edilmiştir (2024/2853 sayılı Direktif m. 2). Teknolojinin geldiği nokta ve geleceğe yönelik oluşturduğu vizyon karşısında, ürün sorumluluğunun uygulama alanını genişletmek bakımından bu, önemli bir gelişmedir. Artık günümüzde ürünler, dijital çağın bir sonucu olarak sadece maddi (somut) değil, gayrimaddi (soyut) de olabilmektedir. Bunun en önemli örneğini yazılımlar oluşturmaktadır. İşletim sistemleri, araç yazılımları, bilgisayar programları, uygulamalar

³⁸ 706/88, 8 Mayıs 1989, OJ C 114/42 (AT Komisyonu Beyanı)

³⁹ AB komisyonunun hazırladığı 2018 tarihli 5. Raporda ve ardından 2020 tarihli Beyaz Kitapta yazılımlarla ilgili ayrı bir düzenleme yapılmasına ilişkin görüşler ortaya konulmuştur.

⁴⁰ 2022/0302 sayılı Direktif Teklifi Genel Gerekçe s. 1; 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 1 (3).

⁴¹ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (13). Yazılıma ilişkin şüphelerin açık düzenleme ile çözülebileceği yönünde WAGNER, s. 14.

veya yapay zekâ sistemleri ile hayatımıza giren yazılımlar, giderek yaygınlaşmakta ve ürün güvenliği açısından daha fazla riski taşımaktadırlar. Yazılım, bir bileşen olarak diğer ürünlere entegre edilebilmektedir. Telefon, otomobil, bilgisayar gibi bir ürün içine entegre edilmiş olan ve sistemi çalıştıran bu entegre yazılımlardaki hatadan dolayı nihai üreticinin sorumlu olduğu genellikle kabul edilmektedir⁴². Yazılım bağımsız bir ürün olarak da piyasaya sürülebilmekte ve sonra diğer ürünlere entegre edilebilmektedir. Bu şekilde kullanılan bir yazılım, zarara da yol açabilmektedir. İşte bu nedenle yazılımın, ürün sorumluluğu bakımından nasıl temin edildiği veya kullanıldığının bir önemi olmamalıdır. Bir başka deyişle 2024/2853 sayılı yeni Direktif yazılımın, tedarik veya kullanım şekline, bir cihazda saklanıp saklanmadığına, bir iletişim ağı veya bulut teknolojileri aracılığıyla erişilip erişilmediğine veya bir hizmet olarak yazılım modeli aracılığıyla tedarik edilip edilmediğine bakılmaksızın, kusursuz sorumluluğun uygulanması bakımından bir ürün olduğunu açıklığa kavuşturmuştur⁴³.

Teknolojik gelişmeler böyle bir sorumluluğu gerekli de kılmaktadır. Daha dar bir alanda, daha küçük yazılımlarla başlayan süreç günümüzde yaygın ve kapsamlı bir ürün yelpazesini kapsayacak boyuta ulaşmıştır. Örneğin otonom sistemlerin mekanik bir kontrol ünitesine yerleştirilerek ürünün parçası haline gelmesinde durum böyledir. Bu yolla ev aletleri, trafik sistemleri, arabalar gibi pek çok alet kontrol edilebilmekte ve yazılımdan kaynaklanan zararlar ortaya çıkabilmektedir⁴⁴. Ürün sorumluluğu hükümleri ile bu zararları telafi edebilmek mümkün olmaktadır. Ancak yazılımların sadece yanlış bilgi vermesinin (veri, teşhis, tıbbi değerler hakkında) veya tavsiyede bulunmasının, tıpkı kitap ve diğer basılı ürünlerde olduğu gibi ürün sorumluluğu doğurmayacağı ifade edilmektedir⁴⁵.

Dijital dosyalar, Direktif kapsamında ürün sayılmamakla birlikte dijital üretim dosyaları için durum farklıdır. Zira dijital üretim dosyalarının hatalı olması durumunda bir zararın ortaya çıkabilmesi mümkündür ve zarar görenlerin korunmasını sağlamak için bu tür

⁴² WAGNER, s. 14.

⁴³ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe s. 2, (13).

⁴⁴ KULLMAN, s. 86, N. 18.

⁴⁵ KULLMAN, s. 86, N. 18.

dosyalar ürün kabul edilmiştir⁴⁶. Dijital üretim dosyaları, “*makine veya aletlerin otomatik kontrolünü sağlayarak somut bir ürün üretmek için gerekli işlevsel bilgileri içeren, bir taşınırın dijital versiyonu veya dijital şablonunu*” ifade etmektedir (Direktif m. 4 (2)). Makine veya aletlerin (gerekçede örnek olarak matkap, torna, freze ve 3D yazıcılar⁴⁷ gösterilmiştir) otomatik kontrolünü sağlayarak, somut bir ürün üretmek için gerekli işlevsel bilgiler, dijital üretim dosyalarında yer alır. Örneğin, üç boyutlu basılmış bir mal üretmek için kullanılan hatalı bir bilgisayar destekli tasarım dosyasının verdiği zarardan, böyle bir dosyanın ticari bir faaliyet sırasında geliştirildiği veya tedarik edildiği durumlarda sorumluluk doğmalıdır⁴⁸. Aslında dijital üretim dosyalarının, bir yazılım olması sebebiyle ayrıca belirtilmesine gerek bulunmadığı düşünülebilirse de bu düzenleme ile ortaya çıkabilecek tereddütler engellenmiştir⁴⁹.

Yapay zekâ sistemlerinden ürün tanımı içerisinde söz edilmemiştir. Ancak yapay zeka sistemleri, yazılımlar aracılığıyla oluşturulmaktadır ve bu açıdan yazılım kavramının kapsamı içinde bulunmaktadır⁵⁰. Direktifin gerekçesinin pek çok yerinde, yapay zeka sistemlerinin ve yapay zeka özellikli ürünlerin, ürün olduğunun belirtildiği⁵¹, yapay zekâ uygulamalarından, bunların yol açabileceği zararlardan söz edildiği ve bu durumun yeni Direktifin hazırlanma ihtiyacının doğmasındaki temel unsurlardan biri olduğunun ifade edildiği görülmektedir⁵². Ayrıca yeni Direktifte yazılım örnekleri arasında yapay zekâ sayılmış⁵³, yazılım

⁴⁶ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe s. 3 (16).

⁴⁷ Ürün sorumluluğunda üreticiler ile tüketiciler arasındaki geleneksel ayrımların, 3 boyutlu yazıcının bir bireyin eline verdiği üretim gücü nedeniyle belirsizleşebileceği yönündeki değerlendirme için bkz. **DUGAN**, s. 211.

⁴⁸ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe s. 3 (16).

⁴⁹ **WAGNER**, s. 14.

⁵⁰ Yapay zeka, nihayetinde karmaşık matematiksel model içeren bir yazılımdır ve ürün sorumluluğunun kapsamına, yeni direktifle yapay zeka da dahil tüm yazılımlar girmektedir. **HACKER**, s. 15, 16.

⁵¹ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 1 (3).

⁵² Avrupa Komisyonu, 11 Şubat 2025 tarihinde "2025 Çalışma Programı"nda Yapay Zekâ Sorumluluk Direktifi'ne ilişkin yeni teklifi geri çekeceğini açıklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://tr.euronews.com/next/2025/02/26/ap-avrupa-komisyonundan-yapay-zeka-aciklamasi-isteyecek>

⁵³ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (13). ELI'nin ürün sorumluluğu tasarısında da konu tartışılmış, dijital içeriğin geniş tanımının zaten yapay zekayı içerdiği, yapay zekâ sistemlerinin ürün tanımına dahil edilmesinin gerekli olmadığı,

geliştiricisi veya üreticisi gibi yapay zekâ sistem sağlayıcıları da üretici olarak değerlendirilmiştir⁵⁴. Böylece hem donanım üreticileri, hem de yapay zekâ içeren yazılım sağlayıcıları ve ürünün çalışmasını etkileyen dijital hizmet sağlayıcılarının ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmeleri sağlanmıştır⁵⁵. Aynı şekilde üreticiler, piyasaya sürdükleri ürünlerde yaptıkları değişikliklerden (yazılım güncellemeleri veya makine öğrenmesi ile gerçekleşenler de dahil olmak üzere) kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaklardır (2024/2853 sayılı Direktif m. 11/2).

Yeni Direktif'e göre bileşen, bir ürüne entegre edilen veya bir ürünle bağlantılı olan maddi veya gayrimaddi eşya, hammadde veya ilgili hizmet anlamına gelmektedir (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/4). Bu çerçevede yazılım bir bileşen olarak diğer ürünlere entegre edildiğinde ürün vasfını kaybetmemektedir⁵⁶. Zira tanımda belirtildiği üzere bileşen, maddi veya gayri maddi bir unsur, hammadde veya hizmet olarak ortaya çıkabilmektedir. Ürün sorumluluğu, bu anlamda üretim sürecine dahil olan her üreticinin, ürün veya tedarik ettiği bir bileşen hatalı olduğu sürece sorumlu tutulabilmesi sonucunu doğurur. Üretici, ürününe entegre ettiği başka bir üreticinin hatalı bileşenin yol açtığı zarardan sorumludur ve zarar gören bu zarar için hem ürünün üreticisinden hem de bileşenin üreticisinden tazminat talep edebilmelidir⁵⁷, yeni Direktif bunu sağlanmıştır (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/15, m. 8). Böylece bileşenin üreticisi olarak yazılım programcılarının sorumluluğunun da önü açılmıştır⁵⁸. Aynı şekilde yazılımın bir bedel karşılığında veya yazılımın güvenliğini, uyumluluğunu, birlikte çalışabilirliğini geliştirmek dışında kullanılan kişisel veriler için tedarik edilmesi halinde ya da bu

ayrıca belirtilmesinin tanıma önemli bir katkı sağlamayacağı sonucuna varılmıştır. ELI, s. 13.

⁵⁴ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (13).

⁵⁵ 2024/2853 sayılı yeni Direktif, Genel Gerekçe 2 (13). 2024/1689 sayılı AB Tüzüğü çerçevesinde , yapay zeka sistem sağlayıcıları da dahil olmak üzere bir yazılım geliştiricisi veya üreticisinin, ürün sorumluluğu bakımın üretici olarak değerlendirilmeleri gerektiği Direktifin Gerekçesinde belirtilmiştir. 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (13).

⁵⁶ Yazılımın bağımsız ürün olarak tanımlanmadan sadece bir bileşen olarak görülmesinin, bunların da zarar verme potansiyeli bulunması karşısında tutarsızlığa yol açacağı ifade edilmektedir. bkz. Koch ve diğerleri, s. 34.

⁵⁷ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 6 (36).

⁵⁸ WAGNER, s. 14.

nedenle ticari bir faaliyet sırasında temin edildiği durumlarda, Direktif yine uygulama alanı bulmaktadır⁵⁹.

B. Ürün Sorumluluğu Kapsamı Dışında Tutulan Durumlar

Öncelikle belirtilmelidir ki bilgi, bir ürün olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle ürün sorumluluğu kuralları, yazılımın salt kaynak kodu ile medya dosyaları veya e-kitaplar gibi dijital dosyaların içeriğine uygulanmamaktadır⁶⁰. Yazılımın kaynak kodu, salt bilgi niteliğinde olduğu için yeni Direktifin amacı doğrultusunda ürün olarak değerlendirilmemiştir⁶¹.

2024/2853 sayılı Direktif, yeni araştırmaları ve gelişmeleri engellemek için ticari faaliyet dışında sunulan, ücretsiz ve açık kaynaklı yazılımları da kapsam dışında tutmuştur. Bu yazılımlar, kaynak kodu ve değiştirilmiş versiyonları da dahil olmak üzere açık şekilde paylaşılan ve serbestçe erişilebilen, kullanılabilen, değiştirilebilen ve yeniden dağıtılabilen yazılımlardır. Açık kaynaklı yazılımlar, herkesin yazılımı çalıştırma, kopyalama, dağıtma, inceleme, değiştirme ve geliştirme özgürlüğüne sahip olmasını sağlayan lisanslara tabidirler. İşte bu şekilde araştırmalara ve yeniliklere katkıda bulunan özgür ve açık kaynaklı yazılımlar, ticari bir faaliyetin dışında geliştirilmek veya tedarik edilmek kaydıyla 2024/2853 sayılı Direktif'in uygulama alanı dışında tutulmuştur. Doktrinde bu yaklaşım farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Bir görüşe göre açık kaynaklı yazılımların hariç tutulmasının ne ölçüde işe yarayacağı şüphelidir, özellikle açık yazılımların, bir ürün gibi ücret karşılığında, hizmetlerle birlikte paket halinde dağıtılması

⁵⁹ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 3 (14).

⁶⁰ Yeni direktif gerekçe s. 2, (13).

⁶¹ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (13). Saf bilginin ürün olarak kabul edilemeyeceği ABAD'ın 2021 yılında verdiği *Krone* kararında ifade edilmiş ve ürün sorumluluğu içinde değerlendirilmemiştir. ABAD 10.6.2021, C-65/20 (VI./ *Krone Verlag*). Kaynak kodunun yeni Direktif'in yazılım tanımına dahil edilmemesi, doktrinde yazılım tanımının yalnızca makine tarafından çalıştırılabilir kodlamayı içerdiği şeklinde yorumlanmıştır. Spindler, s. 4. Buna karşılık yeni Direktif ile birlikte, ürün sorumluluğu artık yapay zeka sistemi için gerekli veri gruplarını da kapsar hale geldiğinden, örneğin yanlış eğitilen bir yapay zeka sisteminden kaynaklanan hatalı bilgi veya önerinin, bilginin ürün sorumluluğuna dahil olmaması sebebiyle kapsam dışında kalabileceği düşünülebilirse de özellikle yapay zekanın verdiği yanlış tıbbi bilginin, sağlığa ve vücuda zarar vermesi halinde sorumluluk kapsamında tutulması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. SPINDLER, 6.

halinde bileşen üreticisi olarak yazılımcının sorumluluğuna gidilmesi gerekmekte, ancak açık kaynaklı yazılımlar için tanınan istisnanın bunu engelleyebileceği ifade edilmektedir. Ancak 2024/2853 sayılı Direktif ile getirilmemiş olsa bile iç hukuklarda bunun dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁶². Buna karşılık diğer bir görüş, bu düzenlemeyi isabetli bulmakta, aksi halin açık kaynaklı yazılımlara katkıda bulunanları caydıracağını, pek çok ticari yazılımın açık kaynaklı yazılıma dayandığını, böyle bir istisna olmazsa ticari sağlayıcıların bu açık kaynaklı yazılımları kendi ürünlerine dahil etmelerinin sorun teşkil edebileceğini, ticari sağlayıcının açık yazılımcıya tazminatı rücu etmesi sonucunu doğurabileceğini, bu durumun ise açık kaynaklara katkıda bulunmayı engelleyeceğini belirtilmektedir. Bu sebeple ticari sağlayıcıların kendi yazılımlarına dahil ettikleri açık kaynaklı yazılımları geçmişte yaşanan bazı bilgisayar korsanlığı olaylarının açık kaynaklı yazılımlardan kaynaklandığını da göz önünde bulundurarak, kapsamlı şekilde incelemeleri, bu incelemeler için sağlayıcılara teşvik verilmesi gerektiği belirtilmekte, ancak bu durumda da hatalı yazılımdan kaynaklanan zarardan yine ticari yazılım sağlayıcılarının ürün sorumluluğu çerçevesinde sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir⁶³.

Kural olarak, kâr amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından ücretsiz ve açık kaynaklı yazılım tedariki, ürün sorumluluğu kapsamında değildir. Bu tür yazılımların açık depolarda sunulması ticari bir faaliyet sırasında gerçekleşmediği sürece, piyasada kullanıma sunulma olarak değerlendirilmemektedir⁶⁴. Ticari olarak kullanılan yazılımlar için ise bu istisna söz konusu değildir. Örneğin, yazılım bir ücret karşılığında temin ediliyorsa sorumluluk doğmaktadır. Buna karşılık ticari bir faaliyet dışında tedarik edilen özgür ve açık kaynaklı yazılımın, daha sonra bir üretici tarafından ticari faaliyet sırasında bir ürüne bileşen olarak entegre edilmesi ve bu şekilde piyasaya sürülmesi halinde, yazılımın üreticisi bir ürünü veya bileşeni piyasaya sürme koşullarını yerine getirmemiş olacağından, söz konusu yazılımın kusurlu olmasından kaynaklanan zarardan yazılımın üreticisi değil, yazılımı ürüne entegre ederek piyasaya sunan üretici sorumlu olmalıdır. Bir başka deyişle bu yazılımın hatalı

⁶² WAGNER, s. 14, 15; SPINDLER, s. 6.

⁶³ HACKER, s. 16.

⁶⁴ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (14).

olmasından kaynaklanan zararın sorumluluğu, yazılımı ürünün bileşeni yapan üreticinin üzerindedir⁶⁵.

C. Güncellemelerin Durumu

Direktifte güncellemelerin durumu ayrıca değerlendirilmektedir. Zira ürünün hatalarının, eksikliklerinin güncellemeler yoluyla giderilmesi yapılabilmekte hatta bu yolla yeni özellikler eklenebilmektedir⁶⁶. Bu durum gerekçede üründe esaslı değişiklik yapılmasına benzetilmekte ve esaslı değişiklikle aynı kurallara tabi tutulmaktadır⁶⁷. Bir değişikliğin dolayısıyla bir güncellenmenin esaslı değişikliğe yol açıp açmadığı ise Direktif m. 4/18'e göre belirlenmektedir. Bu çerçevede yapılan güncelleme sonucunda üründe esaslı değişiklik olursa sorumluluk doğmaktadır. Esaslı değişiklik, ürün piyasaya sürüldükten veya hizmete sunulduktan sonra ürün güvenliğine ilişkin AB kuralları veya iç hukuk kuralları bir ölçüt koymuşsa buna göre belirlenir. Böyle bir ölçüt yoksa ürünün orijinal performansını, amacını, türünü ilk risk değerlendirmesinde öngörülme-yen biçimde değiştiren ve tehlikenin niteliğini etkileyen, yeni bir tehlike riski doğuran veya mevcut riski artıran değişiklikler esaslı değişiklik kabul edilmektedir (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/18).

Güncelleme, bizatihi üretici tarafından yapılabileceği gibi onun bilgi ve denetimiyle üçüncü bir kişi tarafından veya bağımsız olarak üçüncü bir kişi tarafından yapılabilmektedir. Yeni Direktif, güncellemelerle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararlardan sorumluluğu, güncellenmenin ürünün üreticisinin kontrolünde olduğu durumlarla sınırlı tutmaktadır⁶⁸. Ürünün üreticinin kontrolünde olması ise söz

⁶⁵ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 3 (15).

⁶⁶ Yazılım güncellemelerinin ürün niteliği otonom araçlar bakımından da önem taşımaktadır. Özellikle güncellenmenin üçüncü kişiler tarafından yapılması halinde durumun ne olacağı veya bir hizmet olarak görülürse ürün kabul edilip edilemeyeceği konuları doktrinde tartışılmıştır. Genellikle yazılım güncellemesi dahil olmak üzere navigasyon ve aracın çalışması için gereken yazılımların (direksiyon ve fren yazılımı gibi) ürün olduğu, üçüncü kişilerce sağlanan eğlence yazılımı gibi diğer yazılım türlerinin sorumluluk kapsamında bulunmayacağı ifade edilmekte, ancak kanuni kesinlik sağlamak için açık bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Yeni Direktifin bu tereddütleri gideren düzenlemeler getirdiğini söyleyebilmek mümkündür. Rott, s. 18, 19.

⁶⁷ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 7 (40).

⁶⁸ ELL, s. 14.

konusu güncellemenin üretici tarafından yapılması veya onun rızasıyla kullanıma sunulmuş olması anlamına gelmektedir (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/5). Üçüncü kişilerin sağladığı, üreticiye atfedilemeyen güncellemeler ise bunun dışındadır. Üçüncü kişi, üreticinin izni olmadan üründe güncelleme yapar ve bunun sonucunda ürün hatalı hale gelir ve zarar ortaya çıkarsa, bu zarardan üretici değil üçüncü kişi sorumlu olmalıdır. Zira bu durumda üçüncü kişinin yaptığı güncelleme ile ortaya çıkan, ayrı bir ürün kabul edilmekte ve meydana gelen zarardan da güncellemeyi yapan kişi üretici sıfatıyla⁶⁹, Direktif uyarınca sorumlu tutulmaktadır (2024/2853 sayılı Direktif m. 8/2).

D. Piyasaya Sürme Anının Sorumluluğa Etkisi

Piyasaya sürülme anın belirlenmesi, ürün sorumluluğu için önemlidir. Zira ürün piyasaya sürülmemişse, bu üründen üretici için bir sorumluluk doğmamaktadır (2024/2853 sayılı Direktif m. 11). Direktif, piyasaya sunma ve piyasaya sürme kavramlarını ayrı ayrı tanımlamıştır. Buna göre bir ürünün ticari bir faaliyet sırasında, ücret karşılığında veya ücretsiz olarak AB pazarına dağıtılmak, tüketilmek ya da kullanılmak üzere tedarik edilmesi piyasaya sunma iken ürünün AB piyasasında ilk kez kullanıma sunulması piyasaya sürmedir⁷⁰ (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/7-8). Görüldüğü üzere bir ürünün piyasaya sürülmesi, üreticisinin kontrolünden çıktığı anda gerçekleşmektedir. Distribütörler⁷¹ için ise bu, ürünün piyasaya sunulma anıdır. Direktife göre üreticiler, ürünü piyasaya sürdüklerinde veya hizmete sunduklarında zarara neden olan hatanın mevcut olmadığını veya sonradan ortaya çıktığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir ((2024/2853 sayılı Direktif m. 11). O halde piyasaya sürülme anı, sorumluluğun doğmasında belirleyici bir rol oynamaktadır.

Bu noktada yazılım güncellemesi veya yükseltmesi yoluyla yapılan değişikliklerin de bir piyasaya sürme olarak değerlendirip

⁶⁹ ELI, s. 14.

⁷⁰ Hizmete sunma ise ürünün ilk kullanımından önce piyasaya sürülmediği durumlarda (örneğin, asansör, makine, tıbbi cihazlar gibi), ister ödeme karşılığında ister ücretsiz olsun, ticari bir faaliyet sırasında AB’nde ilk kez kullanılmasını ifade etmektedir (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/9).

⁷¹ Distribütör, tedarik zincirinde yer alan ve ürünü, ürünün üreticisi veya ithalatçısı dışında piyasaya sunan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. (2024/2853 sayılı Direktif m. 4/14)

değerlendirilemeyeceği tartışılmalıdır. Zira günümüzde ürünler, yükseltmeler de dahil olmak üzere yazılımlar yoluyla değişiklik yapılmasına izin verecek şekilde tasarlanabilmektedir ve 2024/2853 sayılı Direktife göre bu durumlar da diğer yollarla yapılan değişiklikler için geçerli olan ilkelere tabi olmalıdır⁷². Bu çerçevede bir yazılım güncellenmesi veya yükseltilmesi yoluyla ya da bir yapay zekâ sisteminin sürekli öğrenmesi yoluyla üründe esaslı bir değişiklik yapıldığında, önemli ölçüde değiştirilmiş bu ürünün, değişikliğin fiilen yapıldığı tarihte piyasaya sunulduğu veya hizmete alındığı kabul edilmelidir⁷³. Bunun sonucu olarak üreticiler, ister güncelleme veya yükseltme ister makine öğrenmesi algoritmaları yoluyla olsun, kontrolleri altındaki yazılım veya ilgili hizmetlerde, piyasaya sürülme anından sonra ortaya çıkan hatadan sorumlu tutulmaktadır.

Piyasaya sürme anı bakımından, açık kaynaklı yazılımların durumunu ayrıca değerlendirmek gerekir. Açık kaynaklı yazılımlar, daha önce ifade edildiği gibi ticari faaliyet dışında sunulurlar ve ücretsizdirler. Bu tür yazılımlar, 2024/2853 sayılı Direktifte kapsam dışında tutulmuştur. Bunun iki sebebi bulunmaktadır. İlk sebep açık kaynaklı yazılımlar yoluyla gerçekleştirilecek araştırma ve geliştirmelerin önüne geçmemektir. İkinci sebep ise açık kaynaklı yazılıma erişimin piyasaya sürme olarak değerlendirilememesidir. Zira bu şekilde geliştirilen veya tedarik edilen yazılımların paylaşılması, Direktifin benimsediği piyasaya sürme tanımına uymamakta, ticari bir faaliyet sırasında gerçekleşmediği sürece, bu tür yazılımların açık kaynaklarda kullanıma sunulması, piyasaya sunulma anlamına gelmemektedir⁷⁴. Kural olarak kâr amacı gütmeyen kuruluşlar tarafından ücretsiz ve açık kaynaklı yazılım tedariki, söz konusu tedarik ticari bir faaliyet sırasında gerçekleşmediği sürece, mesleki bir faaliyetle ilgili olarak değerlendirilmemektedir⁷⁵.

E. Kurtuluş Kanıtı Getirme (Sorumluluktan Muafiyet Halleri)

Direktifin adil bir risk dengesi oluşturmak amacıyla üreticiye sorumluluktan muafiyet sağladığı durumlar da bulunmaktadır.

⁷² Direktifte orijinal üreticisinin kontrolü dışında esaslı şekilde değiştirilen ürün, yeni bir ürün kabul edilmektedir ve bundan doğan zararlardan değişikliği yapan kişi üretici olarak sorumlu tutulmaktadır ((2024/2853 sayılı Direktif m. 8/11).

⁷³ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe s. 7 (40).

⁷⁴ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 2 (14).

⁷⁵ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 3 (14).

Sorumluluktan muafiyet başlığı altında m. 11'de düzenlenen durumlardan birinin ispatlanması halinde, hatalı ürünün neden olduğu zararlardan sorumluluk doğmamaktadır. Bu muafiyetlerden biri de hatanın, ürün piyasaya sürüldüğünde mevcut olmadığının, sonra ortaya çıktığının ispatlanmasıdır (2024/2853 sayılı Direktif, m. 11/I (c)). Ancak yukarıda açıklandığı üzere dijital unsurlu ürünlerin, piyasaya sürüldükten veya hizmete sunulduktan sonra üreticiler tarafından kontrol edilmeleri mümkündür. Günümüzün dijital teknolojileri, üreticilerin, ürünü piyasaya sürdükleri andan sonra da kontrol sahibi olmalarını sağlamaktadır. Üreticiler, yükseltmeler, güncellemeler veya makine öğrenmesi algoritmaları yoluyla dijital ürünleri kontrolleri altında tutabilmektedir. Bu sebeple üreticiler, sonra ortaya çıksa bile kontrolleri altındaki yazılım veya ilgili hizmetlerdeki hata sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmaya devam etmektedirler⁷⁶. Aynı şekilde bu tür yazılımlar veya ilgili hizmetler, üretici tarafından tedarik edildiği veya üreticinin buna izin verdiği ya da üçüncü bir tarafça tedarik edilmesini başka bir şekilde etkilediği durumlarda da üreticinin kontrolü dahilinde kabul edilmektedir⁷⁷. Bununla birlikte bu muafiyet, bir ürünlerdeki hatanın siber güvenlik açıklarını gidermek ve ürünün güvenliğini korumak için gerekli yazılım güncellemelerinin veya yükseltmelerinin eksikliğinden kaynaklandığı durumlarda tanınmamaktadır. Zira söz konusu güvenlik açıkları, ürünü zarara neden olacak şekilde etkileyebilecek niteliktedir⁷⁸. Bir başka deyişle müteşebbislerin⁷⁹, hatanın ürünü piyasaya sürdükten veya hizmete aldıktan sonra ortaya çıktığını kanıtlayarak sorumluluktan kaçınma olasılığı, bir ürünlerdeki hatanın siber güvenlik açıklarını gidermek ve ürünün güvenliğini korumak için gerekli yazılım güncellemelerinin veya

⁷⁶ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9 (50).

⁷⁷ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9 (50). Gerekçede buna örnek olarak şu durum gösterilmiştir: Bir akıllı televizyonun video uygulaması içeriyor gibi sunulmasına rağmen kullanıcının televizyonu satın aldıktan sonra uygulamayı, üçüncü bir kişinin web sitesinden indirmesi gerekiyorsa, video uygulamasının herhangi bir hatasından kaynaklanan zarardan televizyon üreticisi, video uygulamasının üreticisi ile birlikte, bu hata televizyon piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıkmış olsa bile sorumlu olur.

⁷⁸ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9 (51).

⁷⁹ 2024/2853 sayılı Direktif, tanımlar başlıklı 8. maddede kimlerin sorumlu tutulabileceğini belirtmiş, sayılan kişilerin tamamını kapsar biçimde müteşebbis kavramını kullanmıştır (m. 1).

yükseltmelerinin eksikliğinden kaynaklandığı durumlarda kısıtlanmalıdır. Bu tür güvenlik açıkları, ürünü 2024/2853 sayılı Direktifin kapsamı dahilinde zarara neden olacak şekilde etkileyebilir⁸⁰. Buna engel olmak için üreticiler, gelişen siber güvenlik risklerine karşı, ürünün güvenlik açıklarını gidermek için gerekli olan güvenlikle ilgili yazılım güncellemelerini veya yükseltmelerini tedarik etmemelerinden kaynaklanan zararlardan da sorumlu tutulmaktadır. Bir başka deyişle Direktif kural olarak bir ürün için güncelleme ve yükseltme sağlama yükümlülüğü getirmemektedir. Bununla birlikte üreticiler, AB’de geçerli kurallar çerçevesinde ürünlerin güvenli olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu sebeple gelişen siber güvenlik risklerine ilişkin açıkları gidermek amacıyla üreticinin, yazılım güncellemesi veya yükseltmeleri sağlaması beklenmektedir. Üretici bunu yapmadığında, bir başka deyişle güvenlik açığını ortadan kaldıracak güncelleme ve yükseltmeleri sağlayamadığında sorumlu tutulmaktadır⁸¹. Buna karşılık kurulumun veya yazılımın tedariki, üreticinin kontrolü dışında ise örneğin ürün kullanıcısı, ürünün güvenlik seviyesini sağlamak veya korumak amacıyla tedarik edilen bir güncelleme veya yükseltmeyi yüklemeyi yüklediğinde ise üretici sorumlu tutulmamaktadır⁸².

Yazılım sektörü yüksek inovasyonun gerekli olduğu bir alandır. Bu yüzden yazılım üreten küçük işletmelerin yenilikçi kapasitelerinin desteklenmesi gerekir. Bu amaçla küçük işletmelerin yazılımlarını ürününe entegre eden üreticiler, yazılımı üreten üreticilerle bir sözleşme yapmakta ve hatalı bir yazılım bileşeninin zarara yol açması halinde, yazılımın üreticisine rücu etmeyeceğini kararlaştırabilmektedir. Halihazırda bazı üye ülkelerde kullanılan bu tür sözleşmelerin yapılmasına bir engel yoktur. Zira yazılımı ürününe entegre eden üretici, bu bileşen de dahil olmak üzere bir bütün olarak ürünündeki hatanın verdiği zarardan sorumludur. Ancak bu sözleşme, üretici ile yazılım üretici arasındaki iç ilişkide bağlayıcıdır. Yoksa zarar gören kişiye karşı sorumluluğun böyle bir anlaşma ile sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması söz konusu değildir⁸³.

⁸⁰ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9, (51).

⁸¹ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9, (50).

⁸² 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9 (51).

⁸³ 2024/2853 sayılı Direktif Genel Gerekçe, s. 9, 10 (54)

IV. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Hukukumuzda ürün sorumluluğu, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde, sorumlulukla ilgili hükümlerde, 85/374 sayılı Direktifin esas alındığı belirtilmiştir. Ancak hukukumuzda ürün sorumluluğuna ilişkin hükümler ürün güvenliğine ilişkin kanun içerisine yerleştirildiğinden ürün tanımı, 85/374 sayılı Direktife göre oldukça geniştir. 7223 sayılı Kanun ürünü, her türlü madde, müstahzar veya eşya olarak tanımlamıştır. Bu tanım başka bir taşınır ya da taşınmaza dahil edilmiş, birleştirilmiş olsa bile sadece taşınırları ve elektriği kapsayan 85/374 sayılı Direktifin tanımı karşısında oldukça kapsamlı kalmaktadır. Doktrinde bu sebeple 7223 sayılı kanunda yapılan ürün tanımı eleştirilmekte ve tanımın dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte yazılımın bu kadar kapsamlı bir tanımın içine girebileceğini söylemek de mümkün görünmektedir⁸⁴.

Hukukumuzda gayrimaddi mallardan sorumluluk doğması, aslında beklenmedik bir durum değildir. Nitekim tüketici hukukunda böyle bir düzenlemeye yer verilmiştir. TKHK m. 3/I, h'de⁸⁵ yer alan mal tanımı, açıkça gayrimaddi malları kapsar biçimde düzenlenmiştir ve malın ayıplı olması halinde tüketicinin seçimlik haklarına ilişkin hükümler getirilmiştir (TKHK m. 11). O halde hukukumuzda gayrimaddi malların ayıplı olmasından bir satıcının, üreticinin, ithalatçının sorumluluğu doğabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında 7223 sayılı Kanunun geniş ürün tanımı karşısında yorum yoluyla hatalı yazılım sebebiyle ortaya çıkan zararlardan da ürün sorumluluğu doğduğu sonucuna varılabilir. Ancak tüketici hukukunda açık bir düzenleme ile bu sonuca varılmaktadır. Aynı yöntemin ürün sorumluluğunda da benimsenmesi isabetli olacaktır⁸⁶.

⁸⁴ ARAT/AKINCI, s. 373. Aksi yönde KESER, s. 83; SAĞLAM, s. 141.

⁸⁵ “Mal: Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları” ifade eder. Tüketici hukuku bakımından doktrinde bazı yazarlar sadece maddi varlıkta somutlaşan gayri maddi malları bu kapsamda değerlendirirken (Gümüş, s. 28, 29; Aydoğdu/Kahveci, s. 109), bazı yazarlar buna bakılmaksızın her türlü gayri maddi malı kanun kapsamında kabul etmektedir. ÇABRİ, s. 129; GEZDER, s. 1131.

⁸⁶ Açık bir düzenleme yapılması gerektiği yönünde ATAMER/KURTULAN GÜNER, s. 557; KARA, s. 294.

2024/2853 sayılı Direktif, getirdiği yeni yaklaşımlarla 85/374 sayılı Direktifi yürürlükten kaldırmıştır. Bu durum 85/374 sayılı Direktifi esas alarak ürün sorumluluğunu düzenleyen 7223 sayılı Kanun bakımından da değişiklikler yapılmasını gerekli kılmaktadır. Ürün güvenliğinden bağımsız bir ürün sorumluluğu düzenlemesi yapılması, sadece tanımlar açısından değil getirilen yeni yaklaşımların hukukumuzda yansıtılması bakımından da önem taşımaktadır.

SONUÇ

Yazılım, bir programlama dilinde yazılmış ve çeviri sonrasında bilgisayarda çalıştırılabilen programları ifade eder ve program akışı, algoritma, kaynak kodu ve nesne kodu (objektif kod) ile arayüzlerden oluşur. Yazılımların ürün sorumluluğu kapsamında bir ürün olup olmadığı, üzerinde çok tartışılmış bir konudur. 85/374 sayılı Direktifin getirdiği ürün tanımı, maddi malları kapsar şekilde yorumlanmış ancak teknolojik gelişmelerin de etkisiyle gayri maddi mallar tamamen kapsam dışında tutulmamıştır. Böylece, yazılımların bir veri taşıyıcısı üzerinde somutlaşması halinde ürün niteliği kazanacağı düşüncesi ağır basmıştır. Ancak günümüzde hem yazılımlar hem de diğer dijital ürünler bakımından güncellemeler, yükseltmeler yaygınlaşmış, indirmeler yoluyla geleneksel teslim anlayışı değişmiştir. Bu durum 85/374 sayılı Direktifin ürün tanımının gözden geçirilmesini ve konunun açık bir düzenlemeye kavuşturulmasının gerekli kılmasıdır.

2024/2853 sayılı yeni Direktifin gerekçesinde, mevcut ürün kavramının yetersiz kaldığı bu kavramın yeni ihtiyaçlara uygun hale getirilmesi gerektiğinden söz edilmiştir ve kanuni bir kesinlik sağlamak amacıyla ürün sorumluluğunun kapsamına yazılımlar da dahil edilmiştir (2024/2853 sayılı Direktif m. 2). Dijital çağın etkisiyle günümüzde ürünler yalnızca maddi(somut) varlıklardan ibaret değildir; aynı zamanda soyut (gayrimaddi) olarak da ortaya çıkmaktadır. Bu dönüşümün en çarpıcı örneklerinden biri yazılımlardır. İşletim sistemleri, araç yazılımları, bilgisayar programları, mobil uygulamalar ve yapay zekâ sistemleri gibi yazılımlar, hayatımızın bir parçası haline gelmiş ve giderek daha fazla yaygınlaşmıştır. Ancak bu durum, ürün güvenliği açısından yeni ve daha büyük riskleri de beraberinde getirmektedir. Yazılım, bir bileşen olarak diğer ürünlere entegre edilebildiği gibi bağımsız bir ürün olarak da piyasaya sürülebilmekte ve sonra diğer ürünlere entegre

edilebilmektedir. 2024/2853 sayılı yeni Direktif ile yazılım, tedarik veya kullanım şekline, bir cihazda saklanıp saklanmadığına, bir iletişim ağı veya bulut teknolojileri aracılığıyla erişilip erişilmediğine veya bir hizmet olarak yazılım modeli aracılığıyla tedarik edilip edilmediğine bakılmaksızın, ürün olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık ürün sorumluluğu kuralları, yazılımın salt kaynak kodu ile medya dosyaları veya e-kitaplar gibi dijital dosyaların içeriğine uygulanmamaktadır. 2024/2853 sayılı Direktif, yeni araştırmaları ve gelişmeleri engellemek için ticari faaliyet dışında sunulan, ücretsiz ve açık kaynaklı yazılımları da kapsam dışında tutmuştur.

2024/2853 sayılı Direktifte güncellemelerin durumu ayrıca değerlendirilmiş, güncellemelerle bağlantılı olarak ortaya çıkan zararlardan sorumluluk, güncelleme ürünün üreticisinin kontrolünde olduğu durumlarla sınırlandırılmıştır. Üreticiler, sonra ortaya çıksa bile kontrolleri altındaki yazılım veya ilgili hizmetlerdeki hata sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaktadırlar. Yeni Direktif, bir yazılım güncellenmesi veya yükseltilmesi yoluyla ya da bir yapay zekâ sisteminin sürekli öğrenmesi yoluyla üründe esaslı bir değişiklik yapıldığında, önemli ölçüde değiştirilmiş bu ürünün, değişikliğin fiilen yapıldığı tarihte piyasaya sunulduğunu veya hizmete alındığı kabul etmektedir. Ayrıca açık kaynaklı yazılımlar bakımından bu tür yazılımların açık kaynaklarda kullanıma sunulması, ticari bir faaliyet sırasında gerçekleşmediği sürece, piyasaya sunulma olarak değerlendirilmemektedir.

Yazılımların durumu, hukukumuz açısından değerlendirilecek olursa, 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun geniş ürün tanımı karşısında yazılımların hukukumuz bakımından da ürün olduğu sonucuna varabilmek mümkündür. Öte yandan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un mal tanımı, açıkça gayrimaddi malları kapsar biçimde düzenlenmesi, bu hususun hukukumuzda yabancı olmadığını da göstermektedir. Ancak tüketici hukukunda olduğu gibi ürün sorumluluğunu düzenleyen 7223 sayılı Kanunda da konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

2024/2853 sayılı Direktif, adil bir risk dağılımı çerçevesinde günümüzün teknolojik ürünlerini de dikkate alan, yeni yaklaşımlar

getirmiştir. Direktifin hem ürün tanımı hem de getirdiği yeni yaklaşımlar bakımından hukukumuza yansıtılabilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

ANTALYA, Gökhan: Eşya Olarak Dijital Veriler: Dijital Eşya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 29, Sayı 2, Özel Sayı, MÜHF-HAD Aralık 2023, s. 1208-1220.

ARAT, Ayşe: Ürün Sorumluluğunda Ürün Kavramı, İstanbul 2024.

ARAT, Ayşe/**AKINCI**, Elif: “2022/0302 Sayılı Avrupa Birliği Yeni Ürün Sorumluluk Direktif Teklifinin Getirdikleri Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 82, S. 2, Y. 2024, s. 363-407

ATAMER, Yeşim/**KURTULAN GÜNER**, Gökçe: “Ürün Güvenliği Ve Teknik Düzenlemeler Kanunu İle İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş Müdür?” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 70, C. 2, Y. 2021, s. 543-588.

AYDOĞDU, Murat/**KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.

ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2021.

ELI: European Law Institute, European Commission's Public Consultation on Civil Liability, Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence, Response of the European Law Institute, Hazırlayanlar, Bernhard A Koch/ Jean-Sébastien Borghetti/ Piotr Machnikowski/ Pascal Pichonnaz/ Teresa

Rodríguez de las Heras Ballell/Christian Twigg-Flesner /Christiane Wendehorst, 2022. (Kısaltılışı, ELI)

ERKEKOĞLU Eker, Ahu: Yazılım Lisans Sözleşmeleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

FAIRGRIEVE, Duncan/ **HOWELLS**, Geraint/ **MØGELVANG-HANSEN**/ **GERT STRAETMANS**, Peter/ **VERHOEVEN** Dimitri/**MACHNIKOWSKI**, Piotr/ **JANSSEN** André/**SCHULZE** Reiner: "Product Liability Directive", European Product Liability- An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies, Part I, 2017. (Kısaltılışı: Fairgrieve/Howells ve diğerleri).

GEZDER, Ümit: "Elektronik Ticaret Hukuki İşlemlerinin Ayrımı – Dijital İçerik ve Hukuki Niteliği" (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan-ı), MÜHF-HAD C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 1119-1132.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde 1-46), İstanbul 2014.

HACKER, Philipp: "The European AI Liability Directives- Critique of a Half-Hearted Approach and Lessons for the Future", Ocak 2023. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4279796

HAVUTÇU, Ayşe: İmalatçının Sorumluluğu Ankara 2005.

HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2005.

KANIŞLI, Erhan: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2020, Cilt: 78, Sayı: 3, s.1413 – 1468.

KARA, İlhan: İmalatçının Ürün Sorumluluğu, Ankara 2021.

KESER, Yıldırım: Ürün Sorumluluğu, Ankara 2021.

KIRCA , Çiğdem : Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007.

KOCH, Bernhard A.: "Product Liability In Austria", European Product Liability- An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies, Part II, 2017.

KULLMAN, H. J.: ProdHaftG, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, Kommentar, 5. Auflage, Erich Schmidt Verlag GmbH & Co., Berlin 2006 .

MACHNIKOWSKI, Piotr: “The Principles of European Tort Law and Product Liability”, De Gruyter, JETL 2024; 15 (1): 31–43, <https://doi.org/10.1515/jetl-2024-0003>

MÜLLER, Anne-Kathrin: Software als „Gegenstand“ der Produkthaftung, Zugleich eine Betrachtung des Verhältnisses von § 823 Abs. 1 BGB zum Produkthaftungsgesetz, Deutscher Wissenschafts-Verlag (DWV), Baden-Baden, 2019.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2021.

OLIPHANT, Ken/WILCOX, Vanessa: “Product Liability in England and Wales”, European Product Liability: An Analysis of the State of The Art in the Era of New Technologies, Cambridge 2016.

POLAT, Cemre: “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Ürün Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 70, S. 4, Y. 2021, s. 973-1041.

REY, Heinz: Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008.

ROTT, Peter: Rechtspolitischer Handlungsbedarf im Haftungsrecht, insbesondere für digitale Anwendungen, May 4, 2018. https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/04/gutachten_han_dlungsbedarf_im_haftungsrecht.pdf

SACKER, Franz Jürgen: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, allgemeiner Teil § § 1-240 AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001 (Kısaltılışı: MüKo/Sacker).

SAĞLAM, İlyas: 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik düzenlemeler Kanununa göre Üreticinin Sorumluluğu, Yetkin, Ankara 2023.

ŞAHAN, Gökhan: Bilgisayar Programı İmal Sözleşmesi, Ankara 2016.

SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Sechste überarbeitete Auflage, Basel 2012.

SPINDLER, Gerald: "Different Approaches for Liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems", Ocak 2023.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4354468

STAUDINGER, J. Von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1, allgemeiner Teil § § 90-133; § §1-54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren) Bearbeitung 2004 (Kısaltılışı: Staudinger/Jickeli/Stieper).

STAUDINGER, J. von /**OECHSLER**, J.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 826-829; ProdHaftG (Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzurechnungsfähigkeit und Produkthaftung), Berlin, Neubearbeitung 2021 (Kısaltılışı: Staudinger/Oechsler).

TASCHNER, Hans Claudius/ **FRIETSCH**, Edwin: Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungs-Richtlinie Kommentar, 2.völlig neubearbeitete Auflage 1990.

TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Adana 2005.

ÜNAL, Mehmet/**BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017.

ÜNAL, Akın/**KALKAN**, Arif: Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler, TAAD, Yıl: 11, Sayı: 39 (Temmuz 2019) s. 45-82.

WAGNER, Gerhard: "*Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect*" –
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4320285/374

WAGNER, Gerhard: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 Schuldrecht BT., IV §§705-85/3743 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz Produkthaftungsgesetz, (Hrsg.) Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina, 9. Aufl., München, 2024. (Kısaltılışı: MüKo/ Wagner).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl: Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri (Paket Yazılım Sözleşmeleri), İstanbul 1999.

GREV OYLAMASINA İLİŞKİN TÜRK İŞ HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİNE UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Muharrem Emre ULUSOY *

Öz

Grev hakkı, Türk hukukunda Anayasal olarak koruma altına alınan temel bir haktır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda grev kararı alma yetkisi işçi sendikasına tanınmıştır. Ancak Kanun'da işyerindeki işçilere grev oylaması yoluyla grevi engelleme imkânı da tanınmıştır. Böylece belirli sayıda işçinin talep etmesi halinde işyerinde grev oylaması yapılacaktır. Oylamaya katılanların salt çoğunluğunun iradesi yönünde grevin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenecektir. Bunun sebebi, grevin sosyal ve ekonomik başta olmak üzere etkileriyle işçilerin yüzleşecek olmasıdır. Grevin, işçiler tarafından engellenmesi, doğrudan uygulanan demokratik esaslara uygun bir yol olarak görülmektedir. Fakat grev oylamasına ilişkin usul ve esasların, grev hakkının özüne aykırı ve bu hakkın kullanılmasını zorlaştıran nitelikte olmaması önemlidir. Grev oylaması bakımından 6356 sayılı Kanunda yer alan düzenlemelerin değerlendirilmesinde, Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinden ve Örgüt'ün Denetim Organlarının kararlarından da yararlanılması gerekir.

* Dr. Öğr. Üyesi Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof. Dr., University of Selcuk Faculty of Law, Department of Labor and Social Security Law, Konya, Türkiye.

✉ meulusoy@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-5100-4445.

✉ **Atıf Şekli | Cite As:** ULUSOY, Muharrem Emre: “Grev Oylamasına İlişkin Türk İş Hukukundaki Düzenlemelerin Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerine Uygunluğunun Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C.33, S.2, 2025, s. 1351 – 1399.

✉ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Grev • Sendika • İşçi • Grev Oylaması • İşyeri

EVALUATION OF THE COMPLIANCE OF THE REGULATIONS IN TURKISH LABOR LAW ON STRIKE BALLOT WITH THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION DOCUMENTS

Abstract

The right to strike is a fundamental right under Turkish law and protected by the Constitution. According to Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining Agreements, the trade union has the authority to decide to strike. However, the Law also allows employees at the workplace to prevent a strike through a strike ballot. Thus, if a specific number of employees request it, a strike ballot will be held at the workplace. The will of the absolute majority of those voting will determine whether or not to go on strike. This is because the strike affects employees the most, socially and economically. The prevention of strikes by employees is compatible with democratic principles. However, it is important that the procedures and principles regarding strike balloting do not contradict the spirit of the right to strike. When evaluating the provisions of Law No. 6356 concerning strike ballot, it is imperative to utilize the documents of the International Labor Organization and the decisions from its supervisory bodies.

Keywords

• Strike • Trade Union • Employee • Strike Ballot • Workplace

GİRİŞ

Ülkemizde 1961 Anayasası'nın kabul edilmesiyle birlikte, temel hak ve özgürlükler özellikle sosyal ve ekonomik yönüyle yeni bir boyut kazanmıştır. Grev hakkı ve lokavtın bu dönemde anayasal düzlemde güvence altına alınması önemlidir. 274 sayılı Sendikalar Kanunu ve 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Anayasanın kabulünden itibaren kısa bir sürede hayata geçmiştir. Zaman içinde sendikal örgütlenme artmış ve toplu pazarlık sistemi işlevsel hale gelmiştir. 275 sayılı Kanuna göre, grev mücadelecisi bir yol olması nedeniyle başvuralacak son aşamadır. Tarafların toplu pazarlık yapmaları ve barışçıl yollardan sonuç alınamaması halinde, grev yoluna başvurulabilecektir. Kanun koyucu, grevin niteliği ve işçi ile işveren açısından etkilerini düşünerek alınmış grev kararına işçilerin müdahale edebilmesi adına demokratik bir yöntem olarak grev oylamasına da düzenlemiştir.

1982 Anayasası sonrasında aynı isimleri taşıyan 2821 ve 2822 sayılı Kanunlar kabul edilmiştir. 2822 sayılı Kanun'da da düzenlenen grev oylaması temelde 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na benzer olmakla beraber, uygulandığı dönemdeki yargı kararları ve doktrin görüşleri ışığında birtakım değişikliklerle yürürlüğe girmiştir.

Yirmi birinci yüzyılın başında, çalışma mevzuatımızın günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacı ile Avrupa Birliği Yönergelerine ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyumlu bir mevzuata ihtiyaç duyulması yeni kanunların kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu kanunlardan biri de 2821 ve 2822 sayılı Kanunların yerine kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu olmuştur. Kanun koyucu eski kanunlarda yer alan birçok hükümde kapsamlı değişiklikler yaparken, grev oylaması düzenlemesinde, uygulama dönemindeki yargı kararları ve doktrin görüşlerini de dikkate alarak küçük değişikliklerle aynı sistemi benimsemiştir. 6356 sayılı Kanunun grev oylamasını düzenleyen hükümlerinin, grev hakkı ve sendikal demokrasi bakımından ileriye atılmış bir adım olup olmadığı çalışmamızda özellikle tartışılacaktır.

Mevzuatımızda grev oylamasına ilişkin düzenlemeler bağlamında Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) normlarının bir etkisinin olduğunu söyleyebilmek güçtür. Bunun en önemli sebebi günümüzde halen grev hakkının UÇÖ' nün en çok tartışılan konulardan birisi olmasıdır. UÇÖ sözleşmelerinde grev hakkı açık olarak düzenlenmemiş ve denetim organlarının yorum ve kararları ile somutlaştırılmıştır. Bir diğer sebep ise, Örgüt' ün denetim organlarının değerlendirme yaptığı ülke mevzuatlarında, bizim sistemimizden farklı olarak grev kararı öncesinde yapılan zorunlu grev oylamasının düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten bakıldığında mukayeseli hukukta grev kararı öncesi uygulanan ve grev kararı alınabilmesinin zorunlu şartı sayılan grev oylaması uygulamasına daha fazla rastlanmaktadır. Bu durum Örgüt denetim organlarının yorumlarının, grev oylaması özelinde hukuk sistemimiz için dikkate alınamayacağı sonucunu doğurmamalıdır.

Çalışmamızda 6356 sayılı Kanun'da ve Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik'te düzenlenen grev oylaması, doktrin görüşleri ve yargı içtihatları ışığında değerlendirilecek, düzenlemeye ilişkin eleştirilere ve önerilere yer verilecektir. UÇÖ' nün grev hakkına bakış

açısı ve yıllar içindeki gelişimine öncelikle değinilecek, daha sonra Türk Hukukundaki düzenlemelerin, denetim organlarının grev oylamasına ilişkin ortaya koydukları esaslara uygunluğu incelenecektir.

I. ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ NORMLARI BAKIMINDAN GREV OYLAMASI

A. Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde Grev Hakkı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel amacı, asgari norm niteliğinde uluslararası çalışma standartlarını teşvik ederek çalışma koşullarının iyileştirilmesi yoluyla sosyal adaletin sağlanmasıdır. UÇÖ, 185 üye ülkesinin tamamından işveren, işçi ve hükümet temsilcilerini eşit bir şekilde bir araya getiren üç taraflı bir kuruluştur. Uluslararası Çalışma Ofisi (Örgüt'ün sekreteryası), üçlü bir yönetim organı (yürütme konseyi) ve üçlü temsilcilerin, UÇÖ belgelerini (sözleşmeler, protokoller, kararlar, deklarasyonlar ve tavsiyeler) tartıştığı ve kabul ettiği, örgütün bütçesini belirlediği ve UÇÖ Yönetim Organını seçtiği Uluslararası Çalışma Konferansı'ndan oluşmaktadır¹.

Çalışma standartlarının en önemli kaynağı olmasına rağmen, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün bağlayıcı belgelerinin hiçbirinde grev hakkı tanımlanmamıştır. Grev hakkı, Anayasası'nda veya Philadelphia Bildirgesi'nde yer almadığı gibi 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi'nde² de bu hakka ilişkin bir atıf bulunmamaktadır³. UÇÖ'nün normlar bütününe oluşturan sözleşme ve tavsiye kararlarının hiçbirinde metinsel bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte, UÇÖ'nün tarihi boyunca, 87 sayılı

¹ **HOVARY** Claire La, Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employers' Group's 2012 Challenge to the Right to Strike, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, No. 4, December 2013, 341; **FREY** Diane, Conflict over Conflict: The Right to Strike in International Law, *Global Labour Journal*, 2017, 8(1), 18.

² 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi, Türkiye tarafından 08.01.1993 tarih ve 3967 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmıştır (RG. 25 Şubat 1993, 21507).

³ **BORZAGA** Matteo/**SALOMONE** Riccardo, Challenging The Right To Strike Or Attacking The Ilos Monitoring System?, The Possible Consequences Of Recent Employers Claims On The Enforcement Perspectives Of International Labour Standards, SIS Working Paper No 2015-4, November 2015, 4; **REGENBOGEN** Sonia, The International Labour Organization And Freedom Of Association: Does Freedom Of Association Include The Right To Strike. *Canadian Labour & Employment Law Journal*, 16, 2011, 408.

Sözleşme'nin düzenlemelerinden kaynaklanan ve örgütlenme özgürlüğünün temel bir yönü olan grev hakkının varlığı konusunda bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkündür⁴.

Grev hakkının Uluslararası Çalışma Örgütü standartları bağlamında temel bir hak olarak tanınması, esas olarak Örgüt'ün iki denetim organı tarafından gerçekleştirilen çalışmaların bir sonucu olmuştur. Bunlar, Yönetim Kurulu'nun üçlü taraf teşkiline sahip olan *Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi* ve Yönetim Kurulu tarafından atanan bağımsız uzmanlar tarafından oluşturulan *Sözleşme ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına İlişkin Uzmanlar Komitesi*dir. Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, 87 sayılı Sözleşme'nin içeriğinin kapsamında, özellikle de 3., 8. ve 10. maddelerinden⁵ kaynaklanan temel bir grev hakkı olduğunu belirtmiştir⁶.

İşverenler ve işçiler arasında var olan pazarlık gücü eşitsizliği ancak toplu eylem yoluyla dengelenebilir. İşçilerin çalışma koşullarını iyileştirmeleri için işverenlere baskı yapabilmelerinin tek yolu grevdir. Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi bu gerçeği daha ilk günlerinden itibaren kabul etmiş ve grev hakkının, UÇÖ'nün Philadelphia Bildirgesi

⁴ **BELLACE** Janice, The ILO and The Right to Strike, *International Labour Review*, vol. 153, N.1, 2014, 29-70; **GARCÍA** Jorge Andrés Leyton. The Right To Strike As A Fundamental Human Right: Recognition And Limitations in International Law, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, no. 3, 2017, 781-804; **KÖSE** Sevdâ, ILO'da "Grev Krizi" ve Uluslararası Adalet Divanı Süreci, *Çalışma ve Toplum*, C.3, S.82, 927-962; **FREY**, 17-31; **VOGT** Jeffrey S, The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO), *King's Law Journal*, 27/1, 2016, 110-131.

⁵ "Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.". (m.3); "Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar." (m.8); " Bu sözleşmede "örgüt" terimi, çalışanların veya işverenlerin çıkarlarına hizmet ve bu çıkarları savunma amacını güden çalışanların ve işverenlerin her türlü kuruluşunu ifade eder.". (m.10) 87 sayılı Sözleşme'nin 3. maddesinde ifade edilen "etkinliklerin" ve 8. maddede belirtilen "hakların" içinde grevin de yer aldığı yönünde bkz. **KÖSE**, 932; **HOVARY**, 353; **VOGT**, 113.

⁶ **GERNIGON** Bernard/**ODERO** Alberto/**GUIDO** Horacio, ILO Principles Concerning The Right To Strike, First Published in The *International Labour Review*, Vol. 137, N.4, 1998, 441-482 (edition 2000), 8; **CREIGHTON** Breen/ **MCCRISTAL** Shae, Strike Ballots and the Law in Comparative Perspective, *Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 17/81* September 2017, 12; **GARCÍA**, 784; **KÖSE**, 931.

ve 87 sayılı Sözleşmesi'nden kaynaklanan “örgütlenme özgürlüğü” ilkesinin özünde yer alan bir unsur olduğunu kabul etmiştir⁷. Komite, grev hakkının “87 sayılı Sözleşme ile korunan örgütlenme hakkının doğal bir sonucu” ve “işçilerin ve örgütlerinin ekonomik ve sosyal çıkarlarını geliştirebilecekleri ve savunabilecekleri temel araçlardan biri” olduğunu belirtmiştir⁸.

Benzer yorumlar Uzmanlar Komitesi'nin raporlarında da yer almaktadır. Örneğin Komite, “Sözleşmelerin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanmasına ilişkin 2010 Tarihli Raporunda”, grev hakkına aynı terimlerle atıfta bulunmuş ve grev hakkının Örgüt standartları içindeki konumunu değerlendirirken, her iki organın da benimsediği yaklaşımların çok benzer olduğuna dikkat çekmiştir⁹.

Doksanlı yıllardan itibaren Uluslararası Çalışma Örgütü, grev hakkının örgütlenme özgürlüğündeki yeri ve özellikle Uzmanlar Komitesi olmak üzere denetim mekanizmasının rolü konusunda giderek artan bir tartışmaya sahne olmuştur¹⁰. İşveren temsilcileri, grev hakkının varlığını güçlü bir şekilde sorgulamış ve Uzmanlar Komitesi'nin, UÇÖ

⁷ REGENBOGEN, 409; HOVARY, 339, 352; GARCÍA, 785. Komite üyelerinin, grev hakkının Sözleşme'nin örgütlenme özgürlüğü güvencesinde örtülü olarak yer aldığına inandıkları sonucuna varmanın mümkün olduğu yönünde bkz. BELLACE, 48; BORZAGA/SALOMONE, 6; VOGT, 116.

⁸ VOGT, 114; GERNIGON/ODERO/GUIDO, 10; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, “Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO (Fifth (revised edition)”, 2006, s.109, para. 520-523; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, 6th edition, 2018, s.142, para.751-754.

⁹ INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, 99th Session “Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Report III (Part 1A) General Report and observations concerning particular countries”, 2010, s. 57,99,180. Komite; Şili, Avustralya ve Nikaragua değerlendirmelerinde, “grev hakkının örgütlenme hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu” belirtmiştir. Ayrıca bkz. VOGT, 114.

¹⁰ GERNIGON/ODERO/GUIDO, 9. İşveren grubunun grev hakkının tanınmasına karşı çıkmasının kökenleri, Soğuk Savaş'ın sona ermesi, işveren gücünün yükselişi ve UÇÖ'nün bağlayıcı olmayan bildirilerinin iç politika ile bölgesel ve yerel mahkeme kararlarındaki artan etkisi gibi çeşitli faktörlere bağlanmıştır. Bkz. FREY, 18-19; HOVARY, 365. Zaman içinde eleştirilerin artmasının altında, yıldan yıla Uzmanlar Komitesi'nin grev hakkına ilişkin daha fazla değerlendirme yapmasının yattığı yönünde bkz. KÖSE, 938.

Sözleşmelerinde herhangi bir dayanağı olmayan, aşırı ve sınırsız bir grev hakkı yaratarak yetkisini aştığını ifade etmiştir¹¹.

İşveren temsilcilerine göre, Örgüt belgeleri tarafından korunan standartları tanımlama yetkisi UÇÖ Konferansına aittir. Belirlenen standartların tanımlayıcı yorumlarını yapma yetkisine sahip tek organ ise Uluslararası Adalet Divanı'dır. Grev hakkının metinsel olarak tanınması söz konusu olmadığından, görevi Standartların Uygulanması Konferans Komitesi'nin çalışmalarına kaynak sağlamakla sınırlı teknik bir organ olan Uzmanlar Komitesi, diğer hususların yanı sıra grev hakkının tanımı, kapsamı ve sınırlarına ilişkin son derece ayrıntılı bir dizi ilke geliştirerek yetkisini aşmıştır¹².

İşveren tarafı Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin kararlarını da eleştirmekte, Komitenin geniş takdir yetkisi ile grev hakkı kapsamında ayrıntılı kararlar vererek Sözleşmelerin ötesinde bir hak tasarladığı belirtilmektedir¹³. Ancak her iki Komitenin de UÇÖ bileşenlerinin benimsediği şekilde rolünü yerine getirdiği ve 87 sayılı Sözleşme ve örgütlenme özgürlüğü ilkelerinin grev hakkını da içerdiği anlayışıyla çalıştığı söylenmelidir. Ayrıca, bir üye devletin ekonomik istikrarını tehdit edebilecek sınırsız bir grev hakkı fikrinin, UÇÖ standartlarına göre makul olarak değerlendirilmediği, Uzmanlar Komitesi ve Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin içtihatlarının, grev uygulanmasında bazı önemli kısıtlamalara da izin verdiği ortadadır¹⁴.

İşverenlerin tepkisi, 2012'de kritik bir seviyeye gelerek Standartların Uygulanması Konferansı Komitesi'ndeki işveren temsilcilerinin grev hakkını içeren tüm ihlalleri incelemeyi reddetmeleri ile Konferans Komitesi'nin inceleyeceği ihlallerin bir listesini belirlemek

¹¹ **WISSKIRCHEN** Alfred, The Standard-Setting And Monitoring Activity Of The ILO: Legal Questions And Practical Experience, International Labour Review, Vol. 144, Issue 3, 2005, 253-289; **GARCÍA**, 785. **KÖSE**, 936; **HOVARY**, 348. 87 sayılı Sözleşme'de grev hakkının Sözleşme kapsamında olmadığına ilişkin bir hükme de rastlanmadığı yönünde bkz. **VOGT**, 115;

¹² **VOGT**, 114, 115; **GERNIGON/ODERO/GUIDO**, 9; **FREY**, 19; **REGENBOGEN**, 404. Sürecin sonucunda, 87 sayılı Sözleşme'de hiçbir gerekçesi olmayan neredeyse sınırsız bir grev hakkının tanındığı yönünde bkz. **WISSKIRCHEN**, 288. Benzer yönde bkz. **REGENBOGEN**, 415.

¹³ **KÖSE**, 939.

¹⁴ **GARCÍA**, 786-787.

imkansız hale gelmiştir. Bu durum, Örgüt tarihinde ilk kez standartların denetlenmesi sürecini etkili bir şekilde sekteye uğratmıştır¹⁵. Bunun yarattığı çıkmaz ancak Şubat 2015'te üç tarafın katıldığı bir toplantıda çözülmeye çalışılmıştır. Denetim sisteminin işleyişi konusunda temel bir anlayışa varan işveren ve işçi temsilcileri tarafından UÇÖ'nün genel olarak denetim sistemini gözden geçirmek ve iyileştirmek için bir dizi öneriler sunulmuştur. Ancak, taraflarca yapılan açıklamada grev hakkı konusuna neredeyse hiç değinilmemiştir. Üçlü toplantının son raporu, işveren tarafının grev hakkı konusundaki pozisyonunun değişmediğini ve her iki grup arasındaki farklılıkların varlığını sürdürdüğünü göstermiştir¹⁶.

Üçlü toplantının yapıldığı 2015 yılını takiben, işveren tarafının 87 sayılı Sözleşme'nin yorumu yoluyla grev hakkına ulaşamayacağı yönündeki ısrarları devam etmiştir. Konuyu nihai olarak çözüme kavuşturmak amacıyla ve işçi temsilcileri ile bazı hükümetlerin bu yöndeki baskısının ardından, 10 Kasım 2023 tarihinde UÇÖ, Yönetim Kurulu'nun aldığı bir kararla Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD) danışma (İstişari) görüş talebini ileterek benzeri görülmemiş bir adım atmıştır. Talep, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 96/2. madde hükmü uyarınca yapılmıştır¹⁷. İlgili madde, BM.'nin uzmanlaşmış kurum ve organlarının Divan'dan danışma görüşü talep etmesine olanak tanıyan ve nadiren kullanılan bir hükümdür. Bu yönetime, Mahkeme tarihinde

¹⁵ BORZAGA/SALOMONE, 5; FREY, 19.

¹⁶ Rapora göre, İşveren sözcüsü, "İşverenler ile İşçiler arasında grev hakkıyla ilgili olarak 87 sayılı Sözleşmenin yorumlanması konusunda temel farkın çözülemediğini, ancak bunun işçilerin haklarını korumak için işleyen bir ILO denetim sisteminin yeniden kurulmasını engellememesi gerektiğini" açıklamıştır. Bkz. **INTERNATIONAL LABOUR OFFICE** "Final Report of the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), in Relation To The Right To Strike And The Modalities And Practices Of Strike Action At National Level", Geneva, February 2015, 8, para, 38. **BORZAGA/SALOMONE**, 13.

¹⁷ "Genel Kurulca bu konuda herhangi bir anda yetkili kılınabilecek olan tüm öteki Birleşmiş Milletler organları ve ihtisas kuruluşları da kendi çalışma alanları içinde karşılarına çıkacak hukuksal sorunlar konusunda Divan'dan görüş isteyebilirler.". (m.96/2).

BM'nin uzman bir kuruluşu tarafından çok fazla başvurulmadığı, UÇÖ tarafından ise ilk kez bu tür bir talepte bulunulduğu söylenmelidir¹⁸.

Danışma görüşü talebine Yönetim Kurulu'nun kararının bir kopyası eklenmiş olup, bu kararda 87 sayılı Sözleşme'nin yorumlanması konusunda örgütün üçlü bileşenleri arasında “ciddi ve ısrarlı anlaşmazlıklara” atıfta bulunulmakta ve bu anlaşmazlığın “UÇÖ'nün işleyişi ve standartlar sisteminin güvenilirliği” üzerindeki potansiyel etkileri konusunda ciddi endişeler dile getirilmektedir¹⁹. UÇÖ Anayasası'nın 37/1 maddesinin²⁰ herhangi bir uluslararası çalışma sözleşmesinin yorumlanmasına ilişkin bir sorun veya anlaşmazlığın karara bağlanması için Uluslararası Adalet Divanı'na havale edilmesini gerektirdiğine dikkat çekilen talepte UAD' nin, 87 sayılı Sözleşme'nin işçilerin ve örgütlerinin grev hakkını barındırıp barındırmadığı sorusunu ele alan UAD Statüsü'nün 65. maddesi²¹ uyarınca acilen bir danışma görüşü vermesi istenmiştir²².

Taraf Devletler ve ilgili örgütler tarafından yazılı materyallerin sunulması için son tarih olan 16 Eylül 2024 itibariyle, otuz bir yazılı beyan ve bu beyanlara cevaben on beş yazılı yorum Divan'a sunulmuştur. Örgütü'nün talebi üzerine yirmi dört Devlet ve iki uluslararası örgüt tarafından yapılan yazılı açıklamalara ek olarak, UÇÖ tarafından aday

¹⁸ Milletler Cemiyeti döneminde Daimi Uluslararası Adalet Divanı yıllarında, UÇÖ'nün sadece altı danışma görüşü talebinde bulunduğu ve sadece birinin 1919 tarihli Kadınların Gece Çalışmalarına İlişkin Sözleşme'ye ilişkin olduğu, geri kalanlarının UÇÖ Anayasası'nın yorumuna yönelik olduğu belirtilmiştir. Bkz. **BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence, *The ILO and International Judicial Mechanisms: A Story of Control and Trust*. In: *ILO 100 - Law for Social Justice*. George P. Politakis, Tomi Kohiyama, Thomas Lieby (Ed.). Geneva: International Labour Office, 2019, 199, dn.28; **KÖSE**, 944; **HOVARY**, 349.

¹⁹ ILO Governing Body, Minutes of the 349th bis (Special) Session of the Governing Body of the International Labour Office, 2023, s.34, para.147.

²⁰ “Bu Anayasanın ve bu Anayasa gereğince üyelerce daha sonra onaylanan sözleşmelerin yorumlanmasına ait her türlü sorun veya güçlükler Uluslararası Adalet Divanının değerlendirmesine sunulacaktır.” m.37/1.

²¹ “Divan, Birleşmiş Milletler Antlaşması gereğince ya da Antlaşma hükümlerine uygun olarak görüş istemeye yetkili kılınmış her organ ya da kuruluşun isteği üzerine her türlü hukuksal sorun konusunda görüş verebilir.”. m.65/1.

²² Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Uluslararası Adalet Divanı'na başvuru prosedürüne ilişkin geniş bilgi için bkz. **BOISSON DE CHAZOURNES**, 196-210; **KÖSE**, 946-948.

gösterilen altı işçi ve işveren örgütünden beşi tarafından da katkılar sunulmuştur. Bu yazılı katkılar, Uluslararası Çalışma Ofisi tarafından derlenen ve 14 Aralık 2023 tarihinde Mahkeme'ye iletilen taleple ilgili belgelerden oluşan dört bölümlük bir dosyayı tamamlamaktadır. UAD'nin bu materyalleri değerlendirmek ve görüşünü oluşturmak için ne kadar süreye ihtiyaç duyacağı şu an için belirsizdir. UÇÖ' nün acil karar talebi ışığında, Divan'ın görüşünü 2025 yılında bildirmesi makul bir beklenti olabilir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın kararının geniş kapsamlı etkileri olacaktır. Ancak işveren temsilcilerinin Divan'a başvuru konusunda da bazı çekincelere sahip oldukları söylenmelidir²³. Çok sayıda devletin taraf olduğu 87 sayılı Sözleşme, UÇÖ' nün en geniş çapta onaylanan uluslararası çalışma standartlarından biridir. Ayrıca, bu sözleşme UÇÖ' nün on bir temel belgesinden biri olarak belirlenmiş ve bu içeriği Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi'ne dahil edilmiştir. UAD'nin grev hakkının 87 sayılı Sözleşme'nin özünde var olduğunu tespit etmesi, konuyu kesin olarak çözüme kavuşturacak ve Örgüt içinde süregelen tüm anlaşmazlıkları ortadan kaldıracak ve bu şekilde dünya genelinde işçiler ve örgütleri için büyük bir kazanım anlamına gelecektir. Öte yandan, Divan'ın Sözleşme'nin daha kısıtlayıcı bir yorumunu benimsemesi ve bu tür bir koruma içermediği sonucuna varması halinde,

²³ Divan'ın danışma görüşleri kural olarak bağlayıcı değildir. Talepte bulunanlar Divan'ın istişari nitelikteki kararının etkisine kendisi karar verecektir. UAD'nin danışma görüşlerinin etkisi UÇÖ Anayasası 37/1 ve 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, Divan'ın vereceği danışma görüşü bağlayıcı nitelikte olacaktır. Bkz. ILO Office Note, The binding legal effect of ICJ advisory opinions, 2023. Ancak buna rağmen, sözlü rapora yanıt veren İşveren Başkan Yardımcısı, grubunun UAD'nin tavsiye niteliğindeki görüşlerinin yasal olarak bağlayıcı olduğu yönündeki Ofis görüşünün kabul edilemeyeceğini veya UAD'nin Uzmanlar Komitesi'nin grev hakkına ilişkin görüşlerini onaylamasının kabul görmeyeceğini veya tanınmayacağını, ancak bunun UAD'nin tavsiye niteliğindeki görüşlerinden hiçbirini kabul etmeyeceği anlamına gelmediğini açıklamıştır. Ayrıca, Örgüt'ün en üst organı olarak Uluslararası Çalışma Konferansı'nın müzakere ve karar verme özgürlüğüne sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. ILO Governing Body, Minutes of the 349th bis (Special) Session of the Governing Body of the International Labour Office, 2023, s.21, para.71. Bu açıklamalar ışığında UAD'nin kararına rağmen işverenlerin itirazlarını sürdürmeleri ihtimali olduğu görülmektedir. İşveren tarafının hukuki argümanlarına güvenmediği, belirsizliği kendi lehine kullanmak için uzatmaya çalıştığı, üçlü yapının mevcut uyuşmazlığı sona erdiremeyeceğinin açık olduğu yönünde bkz. VOGT, 125.

grev ve toplu eylem hakkını bastırmaya yönelik çabalara meşruiyet kazandırılması ve işçilerin haklarını savunmak, çalışma koşullarını güvence altına almak için önemli bir yoldan mahrum bırakılması tehlikesi doğacaktır²⁴.

Danışma görüşü istenmesinin şu an için ilgili Komitelerin raporları bakımından bir etkisi yoktur. Denetim organları olarak görev ve işlevlerini yerine getirmeye devam etmektedirler. Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesi raporlarında grev hakkı bağlamında grev oylaması da incelenmektedir.

B. Uluslararası Çalışma Örgütü Denetim Organlarının Grev Oylamasına İlişkin Kararları

Grev oylaması, bazı ülkelerde grev kararı alınması bakımından geçilmesi gereken zorunlu bir aşama olarak düzenlenmiştir²⁵. Bu

²⁴ UAD'nin grev hakkının 87 sayılı Sözleşme kapsamında korunmadığına yönelik bir görüş bildirmesi halinde, grev hakkının ulusal hukuk düzenlemelerine hapsolacağı ve bunun grev hakkının sınırlandırılması imkanını artıracığı yönünde bkz. KÖSE, 954.

²⁵ Birleşik Krallık'ta Avam Kamarası Kütüphanesi'nin (House of Commons Library) 2023 yılında yapmış olduğu bir araştırmaya göre, Hollanda ve Macaristan'da, grev kararı alınabilmesi için grev oylaması gerekli değildir. Avusturya, İtalya, Hırvatistan, Estonya, Fransa'da grev oylamaları için yasal olarak belirlenmiş yeter sayılar bulunmamaktadır. Çek Cumhuriyeti'nde grev oylamasında yüzde elli katılım barajı ve üçte iki lehte oy şartı uygulanmaktadır. Finlandiya'da grev oylamaları çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilir ve oylamaya ilişkin yeter sayılar sendikalar tarafından belirlenir. Norveç ve Almanya'da grev oylaması için genel bir yasal gereklilik bulunmamaktadır. Bunun yerine, her bir sendikanın anayasası veya özel tüzükleri, bir oylamanın gerekli olup olmadığını ve bu tür oylamaların yapılmasına ilişkin usulleri belirler. Almanya'da grev oylaması, çevrimiçi olarak yapılamazken, Norveç'te bu mümkündür ve çoğunlukla bu yol tercih edilir. Portekiz'de grev kararı alınabilmesi için grev oylaması gereklidir. Oylamalar internet üzerinden yapılamaz ve işyerindeki işçilerin en az yüzde yirmisi veya 200 işçiden oluşan bir işçi meclisi toplanmalıdır. Bu işçilerin salt çoğunluğu gizli oylamaya katılmalı ve oy verenlerin salt çoğunluğu grev lehine oy kullanmalıdır. Bkz. BRİONE Patrick/ZAİDİ Khadijah, Strikes and Minimum Services Laws in Europe, House of Commons Library, Research Briefing, March 2023. <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9751/>. Şili, Bolivya, Meksika gibi latin ülkelerinde de grev kararı öncesi zorunlu grev oylaması yapıldığı yönünde ve Meksika ile Almanya hukukunda grev oylaması bakımından geniş bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU Murat A., Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 2025, 67-68. Kanada, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık'ta zorunlu grev oylaması uygulaması söz konusuysa, Amerika Birleşik Devletleri ve Güney Afrika'da oylama yapıp yapılmaması ve yapılsa oylama

sistemde sendika, ancak üyesi işçilerin belirli bir çoğunluğunun greve onay vermesi halinde kanuni bir grev kararı alabilmektedir. Türk hukuk sisteminde olduğu gibi, alınmış bir grev kararını, işçilerin grev oylaması ile engellemesi, karşılaştırmalı hukukta istisna bir uygulama gibi durmaktadır. Grev kararı öncesinde başvuru zorunlu grev oylamasının yaygın olması neticesinde, UÇÖ denetim organlarının grev oylamasına ilişkin kararlarının “önkoşullar” başlığı altında değerlendirilmesi anlaşılır bir durumdur. Bu tablo Örgüt denetim organlarının ortaya koydukları normların, Türk hukuk sistemi için dikkate alınmaması sonucunu doğurmamalıdır.

Uluslararası Çalışma Örgütü denetim organları olan Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi ve Uzmanlar Komitesi grev kararı alınmasının önkoşullarını birçok kez ele almıştır. Genel ilkeler ana bir fikir etrafında geliştirilmiştir. Şöyle ki, grev ilan etmeden önce belirli prosedürleri yerine getirilmesini şart koşturmak, bunlar grev çağrısı yapmayı ve grev eylemi yapılmasını çok zorlaştıran bir engel teşkil etmediği sürece örgütlenme özgürlüğü ilkeleriyle uyumludur²⁶. Örneğin, Komite ulusal hukukun sendikalara grev çağrısı yapmadan önce bazı barışçıl yolları tüketme zorunluluğu getirdiği durumları da analiz etmiştir. Komite'ye göre yasal bir grevin uygulamada imkansız hale gelmesine veya etkinliğini kaybetmesine neden olacak kadar karmaşık veya yavaş olmaması koşuluyla, bir grev çağrısı yapılmadan önce uzlaştırma ve arabuluculuk süreçlerinin tüketilmesini zorunlu kılmak mümkündür²⁷.

Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, grev kararının alınmasında bir koşul olarak grev oylamasının düzenlenmesine kural olarak karşı çıkmamaktadır. Ancak oylama yöntemi, karar yeter sayısı ve gerekli çoğunluk bakımından değerlendirmeler yapmaktadır. Buna göre, işçi sendikalarının geniş bir alanı kapsayan çok sayıda üyeye sahip olduğu durumlarda karar yeter sayısına ulaşmanın zor olabileceğini, grev ilan

gereklikleri sendikaların tüzüklerine bırakılmıştır. Bkz. CREIGHTON/MCCRYSTAL, 8-11.

²⁶ GARCIA, 798; EWING Keith D., Myth and Reality of the Right to Strike as a 'Fundamental Labour Right, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 29, Issue 2, 2013, 153. Yazar, kanuni grev kararı alabilmek için devletler tarafından sendikalara getirilen belirli yükümlülüklerle atıfta bulunmak için “prosedürel kontroller” ifadesini kullanmaktadır.

²⁷ ILO, 2018, s. 150, para.789,792,793; ILO, Digest, s.114, para.547-549.

etmek için ilgili tüm işçilerin yarısından fazlasının kararının gerekliliğinin aşırı olduğunu ve bunun grevin fiilen gerçekleştirilmesi olasılığını engelleyebileceğini belirtmiştir²⁸. Özellikle çok sayıda üyeyi bir araya getiren sendikalarda, mutlak çoğunluk şartının sağlanmasının zor olabileceğini, bu yönde bir hükmün grev hakkının sınırlandırılması anlamına gelebileceği görüşünü benimsemiştir²⁹.

Komite, grev hakkını sınırlamamak kaydıyla, belirli bir yeter sayıya uyma zorunluluğunun ve gizli oy yönteminin grev hakkının kullanılması için kabul edilebilir koşullar olduğunu belirtmiştir³⁰. Bir değerlendirmede, özellikle sendika üyeliğinin yoğun olduğu işletmelerde, grev kararının, işçilerin yarısından fazlası tarafından alınması yönündeki yasal zorunluluğu değiştirecek tedbirlerin alınması talep edilmiştir³¹. Özellikle sendikaların geniş bir alanı kapsayan çok sayıda üyeye sahip olduğu durumlarda, üyelerin üçte ikisinden oluşan bir yeter sayıya ulaşmak zor olabilecektir³².

Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi, ulusal mevzuatın, çoğunluğu oluşturan bir sendikal örgütün ve bir işletmedeki işçilerin salt çoğunluğunun grev çağrısı yapabilmesini yahut devam etmekte olan bir grevi sona erdirebilmesini ve bir tahkim kurulu atanmasını talep edebilmesini öngördüğü durumda, söz konusu özel koşullarda, grev eylemine son verilmesi ve bir tahkim kurulu atanmasının örgütlenme özgürlüğü ilkelerine aykırı olmadığını değerlendirmiştir³³. Grev

²⁸ ILO, 2018, s. 151, para.806; ILO, Digest, s.115, para.556.

²⁹ ILO, 2018, s. 151, para.807; ILO, Digest, s.115, para.557.

³⁰ ILO, 2018, 151, para.809; ILO, Digest, s.115, para.559. Komite, ilk oylamadan itibaren üç ay içinde grev yapılmaması halinde ikinci bir grev oylaması yapılması zorunluluğuna ilişkin düzenlemenin örgütlenme özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. ILO, 2018, 152, para.814; ILO, Digest, 115, para.563.

³¹ ILO, 2018, 151, para.808; ILO, Digest, 115, para.558.

³² ILO, 2018, 151, para.810; ILO, Digest, 115, para.560.

³³ ILO, 2018, 152, para.813. Komite, Kolombiya mevzuatına göre; hem çoğunluk sendika örgütü hem de bir işletmedeki işgücünün salt çoğunluğunun grev çağrısı yapabileceği, devam eden bir grevi sonlandırabileceği ve ayrıca bir tahkim kurulu atanmasını talep edebileceği düzenlemeleri ışığında ("Substantive Labour Code" İş Kanunu'nun 445.2 ve 448. maddeleri) grev eylemine son verilmesi ve hakem kurulunun atanması yönündeki düzenlemenin, örgütlenme özgürlüğü ilkelerine aykırı olmadığı görüşündedir. Bkz. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 380th Report of the Committee on Freedom of Association, 2016, 97, para.324.

oylamasına ilişkin hukuk sistemimiz ile taşıdığı benzerlikler yönüyle, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün alınmış bir grev kararının işçiler tarafından engellenmesi ve uyuşmazlığın bir tahkim kurulu tarafından çözülmesini, örgütlenme özgürlüğüne aykırı bulmaması dikkate değerdir.

Uzmanlar Komitesi, belirli sınırlara uyulduğu sürece, ulusal mevzuat tarafından grev eylemi başlatmak için bir ön koşul olarak grev oylaması düzenlemesi yapılabileceğini kabul etmiştir. Buna göre, birçok ülkede mevzuat, grev hakkının kullanılmasını önceden işçilerin belirli bir yüzdesinin onayına tabi tutmaktadır. Bu gereklilik ilke olarak Sözleşme ile uyumluluk sorunları yaratmasa da, oylama yöntemi, karar yeter sayısı ve gerekli çoğunluk, grev hakkının kullanılmasını çok zorlaştıracak, hatta uygulamada imkânsız hale getirecek şekilde olmamalıdır. Eğer bir üye devlet, mevzuatında grev yapılmadan önce işçilerin oy kullanmasını gerektiren hükümler koymayı uygun görürse, sadece kullanılan oyların dikkate alınmasını ve gerekli karar yeter sayısı ve katılım çoğunluğun makul bir düzeyde tutulmasını sağlamalıdır³⁴.

Uzmanlar Komitesi'nin 2025 yılında yayınladığı raporda, ortaya koyduğu ilkeler ışığında değerlendirmelerde bulunmuştur. Komite, Etiyopya mevzuatına ilişkin değerlendirmesinde, grev kararının, sendika üyelerinin en az üçte ikisinin katıldığı bir oylamada, katılan işçilerin salt çoğunluğu tarafından alınabileceği düzenlemesini eleştirmiş, grev kararı alınmasını engelleyebilecek üçte iki yeter sayının azaltılması amacıyla mevzuatı gözden geçirmesini talep etmiştir³⁵.

Komite, Birleşik Krallık mevzuatına ilişkin değerlendirmesinde, ilgili Kanun'un sosyal taraflarla birlikte gözden geçirmesini ve grev oylamasında, oylamaya katılmaya hakkı olan tüm işçilerin yüzde kırkının

³⁴ **INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE**, Freedom of association and collective bargaining. General Survey of the reports on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98). Report III (Part 4B), , 81st Session, 1994, 74-75, para.170; **INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) Report III (Part A) 99th Session, 2010, 86. Ayrıca bkz. **GERNIGON/ODERO/GUIDO**, 29-30; **GARCÍA**, 798.

³⁵ **INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE**, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) Report III (Part A)113th Session, 2025, s. 177

onayının alınması şartının³⁶, eğitim ve ulaştırma sektörleri için geçerli olmamasını sağlamasını talep etmiştir³⁷. Komite ayrıca, grev oylamalarında, elektronik oylamayı (e-oylama) kolaylaştırmak için alınan tedbirler hakkında bilgi vermesini talep etmiş, modern ve güvenli elektronik oylama ve işyeri oylamalarına izin verileceğinin belirtilmesini olumlu karşılamıştır³⁸. Komite, hükümetin daha fazla gecikmeden elektronik oylamayı kolaylaştırmak için gerekli tüm tedbirleri almasını ve

³⁶ Grev kararı öncesi zorunlu grev oylaması uygulaması olan ülkelerden olan Birleşik Krallık'ta, grev oylamasına ilişkin düzenlemeler 1992 tarihli Sendika ve İş İlişkileri Kanunu (Trade Union and Labour Relations Act) 226-234 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun, 2016 yılında Sendika Kanunu (Trade Union Act) ile önemli değişikliklere uğramıştır. Sendika ve İş İlişkileri Kanunu 226. maddesine göre, grev oylamasına katılım ve karar yeter sayıları (oranları) düzenlenmiştir. Buna göre, oylamada oy kullanma hakkına sahip olanların en az yüzde ellisinin oy kullanması ve oy kullananların salt çoğunluğunun sağlanması halinde grev kararı alınabilmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, 1000 üyesi olan bir sendikanın katılım yeter sayısını sağlaması için en az 500 işçinin oylamaya katılması ve karar yeter sayısının sağlanması için bunların en az 251'inin grev lehinde karar vermesi gerektirir. Kanun'da önemli kamu hizmetlerinin sağlanması bakımından ek bir gereklilik getirilmiştir. Oylamaya katılım yeter sayısı aynı olmakla beraber, karar yeter sayısı oylamada oy kullanma hakkına sahip olanların en az yüzde kırkıdır. Az önce verdiğimiz örnek üzerinden devam edecek olursak, önemli kamu hizmetlerinde sendikanın 1000 üyesi varsa oylama en az 500 işçinin katılması gerekecek, ancak bu durumda katılanların salt çoğunluğunun grev lehine oy kullanması yetmeyecek ve daha nitelikli bir çoğunluk olan oy kullanma hakkı olan tüm işçilerin yüzde kırkı olan 400 kişinin onayı aranacaktır. Kanunda önemli kamu hizmetleri olarak (a)sağlık hizmetleri; (b)17 yaşından küçüklerin eğitimi; (c)itfaiye hizmetleri; (d)ulaşım hizmetleri; (e)nükleer tesislerin hizmetten çıkarılması ve radyoaktif atık ve kullanılmış yakıt yönetimi; (f)sınır güvenliği sayılmıştır. UÇÖ, nitelikli karar yeter sayısının eğitim ve ulaştırma sektörleri için aranmasını eleştirmiştir. **DUKES Ruth/KOUNTOURIS** Nicola, Pre-strike Ballots, Picketing and Protest: Banning Industrial Action by the Back Door?, *Industrial Law Journal*, Vol. 45, No. 3, September 2016, 345-346; **NOVİTZ** Tonia A., UK regulation of strike ballots and notices—Moving beyond 'democracy'?, *Australian Journal of Labour Law*, Vol.29, No.2, 2016, 226-242, 229.

³⁷ **ILO**, 2025, 350.

³⁸ 1993 yılından bu yana, TULRCA, grev öncesi oylamaların, bağımsız bir denetçinin gözetimi altında ayrıntılı kurallara uygun olarak yönetilen bir "*posta oylaması*" yoluyla yapılmasını düzenlemektedir TUA henüz bu kuralları değiştirmemiştir. Ancak 4. bölümde "*güvenli elektronik oylama*" yöntemlerinin sunulması ve pilot programların kullanılması konusunda bağımsız bir inceleme ve değerlendirme yapılmasını sağlayarak değişimin önünü açmaktadır. Bkz. **DUKES/KOUNTOURIS**, 346-347; **NOVİTZ**, 230.

bu konuda kaydedilen tüm ilerlemeler hakkında bilgi vermesini istemiştir³⁹.

Grev çağrısı yapmadan önce grev oylaması yapılması gerekliliğinin amacı; çalışma ilişkilerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak, kanun dışı grev olasılığını azaltmak ve ilgili işçiler için önemli bir karar üzerinde demokratik kontrol sağlamaktır. Bu bakımdan Uzmanlar Komitesi, grev oylamasının yetkililer tarafından denetlenmesi gerekliliğinin örgütlenme özgürlüğü ilkeleriyle bağdaşmadığını ifade etmektedir⁴⁰.

Her iki Komite kararları Uluslararası Çalışma Örgütü' nün grev oylamasına kural olarak karşı olmadığı ancak bazı ilkeleri benimsediğini ortaya koymaktadır. Bu ilkeler, oylamanın yapılma usulüne ilişkin demokratik esasların benimsenmesi ve karmaşık olmaması, oylamaya katılım ve karar yeter sayılarının makul seviyelerde tutulması, grev hakkını kullanmayı zorlaştırmaması veya imkânsız hale getirmemesi, grev lehine çoğunluk olup olmadığının belirlenmesinde yalnızca oylamaya katılanların oyların dikkate alınması şeklinde özetlenebilir. Bu nedenle, grev oylaması gibi ön koşullar kanunla getirilebilir ancak grev hakkının kullanılmasında önemli bir sınırlama meydana getirmemelidir.

II. TÜRK HUKUKUNDA İŞÇİLERİN GREV OYLAMASI İLE GREVİ ENGELLEMELERİ

A. Grev Oylaması Kavramı

Hukukumuzda grev kararının alınması ve uygulanması işçi sendikasına tanınmış bir yetkidir. Grev oylaması, kanuni grev sürecinin zorunlu bir unsuru olmaksızın, alınmış grev kararının uygulamasına işçiler tarafından müdahale edilerek, uygulanıp uygulanmamasına ilişkin seçimin işçilerin oyları ile belirlenmesidir. İhtiyari bir uygulama olan grev oylamasının yapılabilmesi işyeri veya işyerlerinde belirli oranda işçinin bunu talep etmesine bağlıdır. Bu koşulun yerine getirilmesi halinde artık

³⁹ ILO, 2025, 349.

⁴⁰ GARCÍA, 798. Komite, grev oylamasının bakanlık görevlisinin gözetimi altında yapılmasını gerektiren ve uyulmaması halinde grevi kanun dışı hale getiren ulusal mevzuat hükmünü eleştirmektedir. Grev hakkının uygulamada kullanılmasını etkileyebilecek, yetkililerin herhangi bir etkisinden veya baskısından uzak kalmayı sağlamak amacıyla, mevzuatın grev oylamasının yetkililer tarafından gözetimini öngörmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ILO, 2010, 62.

grev oylamasının yapılmasının zorunlu ve sonucunun da işçi sendikasını bağlayıcı olduğunu söylemek gerekir⁴¹. Aksi halde yapılan grev kanundışı kabul edilmelidir. Ancak usulüne uygun talep edilmeyen bir oylamanın yapılmamış olması grevin kanuniliğini ortadan kaldırmaz⁴².

Usulüne uygun olarak alınan grev kararının işçilerce engellenebilmesinin demokratik bir yolu olarak grev oylaması, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda⁴³ yer verildiği şekildedir. Küçük farklılıklarla 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda⁴⁴ da benzer şekilde düzenlenmiştir. Uygulama usulleri bakımından bazı değişiklikler yapılmakla birlikte temel esaslar aynı kalmıştır⁴⁵. Bir görüşe göre, kanun koyucunun bu yöndeki iradesinde 275 sayılı Kanun döneminde bu Kanunun bazı maddeleri için Anayasa'ya aykırılık iddiası ile açılmış iptal davasında, Yüksek Mahkeme'nin grev

⁴¹ **EKMEKÇİ Ömer/YİĞİT** Esra, Toplu İş Hukuku, B.6, İstanbul 2024, 676; **ARICI** Kadir, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, B.1, Ankara, 2022, 348; **AKYİĞİT** Ercan, Toplu İş Hukuku, B.5, Ankara, 2024, 613; **SÜMER** Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, B.8, Ankara 2024, 986.

⁴² **NARMANLIOĞLU Ünal**, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, B.2, İstanbul 2013, 648; **ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat/**ÖZKARACA** Ercüment, İş Hukuku, B.36, İstanbul 2023, 1118; **DEMİR** Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018, 722.

⁴³ RG., 07.05.1983, S.18040. Bu Kanun döneminde grev oylamasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ÇİFTER** Alun, Grev Oylaması, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 76-100; **DEMİR** Fevzi, Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011, S. 22, 121-137; **KABAKÇI** Mahmut, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004, 183 vd.; **NARMANLIOĞLU Ünal**, Grev, Ankara 1990, 200 vd.; **OĞUZMAN** Kemal, Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri, B.4, İstanbul 1987, 198 vd.; **REİSOĞLU** Seza, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi, Ankara 1986, 308 vd.; **AYDEMİR** Murteza, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul 2001, 188 vd.

⁴⁴ RG., 18.10.2012, S.28460. 6356 sayılı Kanunda grev oylamasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **CENTEL** Tankut, Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması, TİSK Akademi, 2014/I, C. IX, S. 16, 6-24; **ERKANLI** Betül, Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, 2209-2250; **GÜLER**, Şerafettin, Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, Mess Mercek Dergisi, S. 69, Ocak 2013, s. 128-145.

⁴⁵ Bu sebeple 2822 sayılı Kanun dönemindeki doktrin görüşlerine ve yargı kararlarına 6356 sayılı Kanun ile uyduğu ölçüde yer verilecektir.

oylamasına yönelik talebi reddetmesi de etkili olmuştur⁴⁶. İptal gerekçesi olarak, grev oylamasının grev hakkının kullanılmasını zorlaştıracak ve işverene işçilere baskı yapma imkânı vereceği, oylama yapılacaksa bile bunun sendika tüzüklerinde belirlenmesi gerektiği ve oylamanın sadece işyerinde yapılabilecek olmasının grev hakkının özüne dokunduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, grev oylaması düzenlemesinin işçilerin çoğunluğunun isteği hilafına alınan bir grev kararının uygulanmasını önlemeye yönelik demokratik usul ve esaslara uygun bir tedbir olduğundan bahisle iptal talebini reddetmiştir⁴⁷. Anayasa Mahkemesi 6356 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında da, grev oylaması hükmü için yapılan talepleri reddetmiştir⁴⁸. İptal talebi gerekçeleri, red sebepleri ve karşı oy yazıları ilgili konu başlıkları altında ilerleyen bölümlerde değerlendirilecektir.

Grev oylamasına 6356 sayılı Kanun'da 51. ve 61. maddelerde yer verilir. Temel düzenleme olan 61. madde hükmünde, grev oylamasının usul ve esasları hakkında bir Yönetmelik düzenleneceği belirtilmiş, anılan yönetmelik ise Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından "Toplu İş Sözleşmesi Yetki Tespiti ile Grev Oylaması Hakkında Yönetmelik" adıyla yürürlüğe girmiştir⁴⁹. Kanun'un 51. maddesinde ise Yüksek Hakem Kuruluna başvuru düzenlemiş, bu kapsamda grev oylamasında

⁴⁶ CENTEL, Oylama, 7.

⁴⁷ "Grev oylaması, sendikanın işçilerin çoğunluğunun isteğine aykırı bir kararın uygulanmasını önlemek üzere öngörülen bir tedbirdir. Bu tedbirin demokratik nitelikte olduğu açıktır. Böylelikle sendika yöneticilerinin durumu yanlış takdir ederek işçiler için istenilmeyen bir davranışa geçmesine fırsat verilmemiş olur. Bu oylamanın ancak ve ancak iş yerinde yapılabileceği anlamı, hükmün yazılışından kesin olarak anlaşılacakla birlikte, bunun ancak işyeri içinde yapılabileceği kabul edilse dahi, oylamayı gözetleyecek olan memurun uygulayacağı ve en büyük mülkiye amirinin belli edeceği tedbirler alınarak, işverenin işçiler üzerinde olumsuz etkide bulunması olanağı ortadan kaldırılabilir. Bu bakımdan bu hükmün, sendikaların tüzüklerine bırakılmayıp kanunda yer almasının grevin kullanılmasını zorlaştıracak ve işçilere baskı yapılmasına yol açacağı ve bundan ötürü Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilemez.". AYM., E. 1963/337, K. 1967/31, RG. 02.05.1969 S. 13188.

⁴⁸ AYM., E. 2013/1, K. 2014/161, RG. 11.11.2015 S.29529.

⁴⁹ RG., 11.10.2013, S.28792.

grev yapılmaması yönünde karar çıkması halinde, zorunlu tahkime başvuru esasları belirlenmiştir.

B. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Grev Oylamasına İlişkin Usul ve Esaslar

1. Grev Oylamasının Talep Edilmesi

Grev oylamasına gidilebilmesi için, işçi sendikasının kanuni grev kararı almış olması aranır. Hukukumuzda grev kararı öncesi ihtiyari yahut zorunlu grev oylaması yapılmasına dair bir düzenleme olmadığından, grev kararı olmadan grev oylaması söz konusu olmaz⁵⁰. Ancak işçi sendikasının tüzüğüne koymuş olduğu bir hüküm nedeniyle ya da belli bir toplu iş uyuşmazlığı için üyelerinin görüşlerini almak için yaptığı yahut yaptırdığı oylamalar, 6356 sayılı Kanun'da düzenlenen grev oylamasının sonuçlarını doğurmaz⁵¹. İşyerinde uygulanması mümkün olmayan kanun dışı grev için oylama yapılamaz⁵².

İşçi sendikası tarafından alınan grev kararının işyerinde ilan edilmiş olması gerekli ve zorunludur. İşçilerin durumdan haberdar olmaları ve grev oylaması talep edebilmeleri buna bağlıdır⁵³. Kanunda grev oylaması talep süresinin başlangıcı olarak bu ilan tarihinin esas alınması ve yine grev oylaması talep edebileceklerin grev kararının ilanı tarihinde işyerinde çalışan işçiler olması söz konusu gerekliliği ortaya koymaktadır⁵⁴.

⁵⁰ GÖKTAŞ Seracettin/YILMAZ Gökhan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, B.2, Ankara 2024, 1073; NARMANLIOĞLU, 201; DEMİR, 122; GÜLER, Grev Oylaması, 135.

⁵¹ ŞAHLANAN Fevzi, Toplu İş Hukuku, B.1, İstanbul 2020, 571.

⁵² KABAKÇI, 189; ÇİFTER, 89; ERKANLI; 2232; CENTEL, Oylama, 9; AYDEMİR, 191.

⁵³ İlanın, işçilerin grev kararı alındığını açıkça öğrebilecekleri bir yer ve şekilde yapılması gerektiği yönünde bkz. EKMEKÇİ/YİĞİT, 676.

⁵⁴ AKYİĞİT, 613; GÜLER Şerafettin, Grev Oylaması Yolu İle Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma, Çimento İşveren Dergisi, Kasım-Aralık 2008, 36; ERKANLI, 2233. 2822 sayılı Kanun döneminde verilen bu yönde bir karar için bkz. "Yine aynı kanunun "Grev ve Lokavtın başlaması" kenar başlığıyla düzenlenen 37. maddesinin üçüncü fıkrası "Grev oylaması yapılan hallerde altmış günlük süre oylamanın sonucunun kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayacağını" ifade eder. Her iki maddenin işlerliği grev ilanına bağlıdır. Grev ilanı yapılmazsa, grev ilanındaki işçi sayısı bilinemeyecek dolayısıyla grev oylaması yapılamayarak, kanundan doğan bir hak kullanılamayacağı gibi grev oylamasına bağlı altmış günlük süre de işletilemeyecektir.". Y9HD., 29.02.1996, 2465/3361. " Mahkemece de; grev

Kanuna göre, “Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, ... grev oylaması yapılır.” (STİSK.61/1). Düzenlemeye göre grev oylaması işçilere⁵⁵ tanınmış bir haktır ve işveren ile işletmenin bütününi yöneten işveren vekillerinin⁵⁶ oylama talebinde bulunması yahut oylamaya katılması mümkün değildir⁵⁷. İşyerinde iş sözleşmesi haricinde bir sözleşmeye

oylaması isteminde bulunan işçi sayısının yasanın öngördüğü üçte bir nisabı doldurmadığı ve grev kararının işyerinde ilan edildiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. 1-Grev Kanununun işyerinde usulüne göre ilan tarihi hem bir mehle başlangıç olması ve hem de grev oylaması yapılması isteminin nisabını tayin bakımından önem arzeder. Bu nedenle, söz konusu ilanın işyerinde yapılıp yapılmadığı ve yapılmışsa tarihinin kesin bir biçimde ispatlanması lazımdır. Davacı sendika 17/06/1976 günlü tutanakla ilanın işyerinde yapıldığını iddia etmiş, buna mukabil, davalı işveren ise belgedeki imza sahiplerinin o tarihte işyerinde bulunmadıklarını ve çalışmadıklarını öne sürmüş, dinlenen taraf tanıkları da kanaat verici beyanda bulunamamışlardır. Bu durumda tutanağın sahteliğine ilişkin iddianın etraflıca soruşturulması gerekir. 2-Grev oylamasına katılacak işçi sayısı esaslı bir şekilde tesbit edilmeden ve işçi giriş çıkışları dikkate alınmadan o ayki bordro yekununun oylama nisabını tayine esas alınması da isabetli sayılamaz.”. Y9HD., 09.09.1977, 11901/13263.

⁵⁵ “Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.” (STİSK. 2/3). Hüküm uyarınca “Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi olarak kabul edilecektir (İşK. 2/1).

⁵⁶ Kanunda işveren adına işletmenin bütününi yönetenler işveren vekili olarak kabul edilmekte ve Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılmaktadır (STİSK. 2/1,e). Yönetmelikte de bu durum “grev oylamasına grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde veya işletmede çalışan işçiler katılabilir. Ancak, işveren veya işveren adına işletmenin bütününi yöneten işveren vekilleri grev oylamasına katılamaz” şeklinde düzenlenmiştir (Yön. 13/3). Dolayısıyla bu kapsamda yer almayan işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri için bir engelin olmadığı söylenebilir.

⁵⁷ CENTEL Tankut, Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK Akademi, 2013/I, C. VIII, S.15, 14; DEMİR, 132; CENTEL, Oylama, 9; OĞUZMAN, 199; REİSOĞLU, 310; KABAKÇI, 190; ERKANLI, 2234; ÇİFTER, 90; GÜLER; Yüksek Hakem Kurulu, 36; GÖKTAŞ/YILMAZ, 1074.

dayanarak işgörenler, çıraklar, stajyerler ve kanun hükmü gereği greve katılamayan kişiler⁵⁸ için de aynı yönde değerlendirme yapılır⁵⁹.

Grev oylaması talep edecek olan işçilerin sendikalı/sendikasız yahut başka sendika üyesi olması önemli olmayıp, grev kararı alınan işyerinde çalışıyor olmaları yeterlidir⁶⁰. Doktrinde çalışmak ile kastedilenin fiilen çalışmayı değil, iş sözleşmesi ile bağlı olmayı işaret ettiği ifade edilmektedir⁶¹. Grev kararının ilanının sonrasında işyerinde çalışmaya başlayan işçilerin, grev oylaması prosedürlerine dahil olmadığı açıktır⁶². Ancak grev kararının ilan edildiği tarihte işyerinde çalışmakla birlikte daha sonra ayrılacak olmaları sebebiyle oylamaya katılamayacak işçilerin, dörtte birlik oranının hesabında dikkate alınmaları mümkündür⁶³. Oylamanın yapılması için bu işçilerin asgari dörtte birinin istekte

⁵⁸ Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un (RG. 10.06.2004 S.25504) 17. maddesinde özel güvenlik görevlilerinin greve katılmayacağı ve 20. maddesinde ise grev yasağına uymayan özel güvenlik görevlileri altı ay süreyle özel güvenlik alanında görev alamayacağı düzenlemiştir. Özel güvenlik görevlilerinin de işçi sayında dikkate alınacağı ve oylamaya katılabilecekleri yönünde bkz. **AKYİĞİT**, 618.

⁵⁹ **DEMİR**, 133; **ERKANLI**, 2235; **CENTEL**, Oylama, 9; **GÜLER**, Yüksek Hakem Kurulu, 36; **REİSOĞLU**, 310. Kapsam dışı personelin grev oylamasına katılmaması gerektiği yönünde bkz. **KABAKÇI**, 190.

⁶⁰ **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1073; **CENTEL**, Oylama, 9; **GÜLER**, Greve Müdahale, 19; **GÜLER**, Grev Oylaması, 133; **AYDEMİR**, 192; **ERKANLI**, 2234; **ÇİFTER**, 90; **REİSOĞLU**, 309; **OĞUZMAN**, 199. İşverenin aile üyelerinin iş sözleşmesi ile çalışması halinde diğer işlerden ayrı düşünülmemesi gerektiği yönünde bkz. **NARMANLIOĞLU**, 202. Alt işverenin işçilerinin asıl işverenin işyerinde yapılacak grev oylamasına katılmayacağı söylenmelidir. Bkz. **DEMİR**, 133; **AKYİĞİT**, 614; **SÜMER**, Uygulama, 987. Ödünç alınan işçilerin dikkate alınmayacağı yönünde bkz. **GÜLER**; Yüksek Hakem Kurulu, 36; **AKYİĞİT**, 615.

⁶¹ **EKMEKÇİ/YİĞİT**, 677. İşçinin işverenin başka bir işyerinde çalışması, hasta yahut izinli olması bu yönde bir engel teşkil etmeği yönünde bkz.; **REİSOĞLU**, 310; **KABAKÇI**, 191; **CENTEL**, Oylama, 11; **DEMİRCİOĞLU**, 78. İş sözleşmesinin türünün önem arzetmediği yönünde bkz. **AVCI** Mustafa, 6356 Sayılı Kanun'un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013, S. 30, 89; **AKTAY** Ahmet Nizamettin, Toplu İş Hukuku, B.2, Ankara 2019, 292. Sözleşmesi askıda olan işçilerin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **GÜLER**; Yüksek Hakem Kurulu, 37.

⁶² **REİSOĞLU**, 310; **ERKANLI**, 2235; **DEMİR**, 134; **CENTEL**, Sınırlama, 14; **DEMİR**, Uygulama, 722.

⁶³ **NARMANLIOĞLU**, 204. Grev kararının ilan edildiği tarihten önce sözleşmeleri feshedilen ancak işe iade davası açmış işçilerin de hesaba katılması gerektiği yönünde bkz. **CENTEL**, Oylama, 11; **ŞAHLANAN**, 572; **AKYİĞİT**, 614.

bulunması gerekir. Söz konusu oran kamu düzenine ilişkindir ve taraflarca değiştirilmesi mümkün değildir⁶⁴. Sonuç olarak gerekli orana ulaşıp ulaşılmadığı görevli makamca resen belirlenir (Yön.12/5). Belirlemede hata yapılması halinin de, yargı denetimine tabi olduğu kabul edilmelidir. Ancak bunun usulüne ilişkin kanunda bir düzenleme yoktur. Bu durumda dahi oylamanın yapılmasının ve sonucuna itiraz edilmesinin uygun çözüm olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁶⁵.

Grev oylamasına ilişkin talep kural olarak işyeri esas alınarak yapılır. İşyeri ve grup toplu iş sözleşmesinde, her işyeri ayrı bir birim olarak kabul edilir ve oylama süreçleri işletilir. Ancak işletme toplu iş sözleşmesinde oylamaya ilişkin süreçler her işyerinde ayrı olmakla birlikte, dörtte bir oranının sağlanıp sağlanmadığında işletmenin bütünü göz önünde bulundurulur. Örneğin, işletmeye dahil bazı işyerlerinde oylama talep edilmese de, işletmenin tamamı bakımından yeter sayıya ulaşıldığında, işletmeye dahil bütün işyerlerinde grev oylaması yapılır. Talep her bir işyerinin bağlı olduğu görevli makama yöneltilir. Görevli makam, Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüdür⁶⁶. Ancak işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta oylamanın sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu görevli makamda toplanır ve toplu sonuç orada belirlenir (STİSK.61/4,5).

Grev oylaması talebinin, grev kararının ilanından başlayarak altı iş günü içinde ve yazılı yapılması gerekir. Bu talebin, işyerinde çalışan her bir işçi tarafından ayrı ayrı ya da tek bir dilekçenin işçiler tarafından topluca imzalanması şeklinde yapılması mümkündür (Yön.12/4). Düzenlemede yer verilen yazılılık geçerlilik şartı, altı iş günlük süre ise

⁶⁴ TUNCAY Aziz Can/SAVAŞ KUTSAL Burcu/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz, Toplu İş Hukuku, B.9, İstanbul 2025, 488; ERKANLI, 2233; AKYİĞİT, 617.

⁶⁵ AKYİĞİT, 618.

⁶⁶ 2822 sayılı Kanunda yer alan düzenlemenin aksine, oylama talebi, yürütümü ve denetimi işi mahallin en büyük mülki amiri yerine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine bırakılmıştır. Bu değişikliğin uygulamada önemli bir değişiklik yaratmadığı, önceki dönemde de oylama talep makamının, oylamanın yapılması ve denetimi işini Bölge Çalışma Müdürlüklerine havale ettiği, mevcut durumda sadece oylamanın talep edileceği merciinin değiştiği yönünde bkz. CENTEL, Sınırlama, 19; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 488.

hak düşürücüdür⁶⁷. Bu sebeple altı iş günlük süreye uyulup uyulmadığı görevli makamca resen incelenmelidir⁶⁸.

Kanunda ve ilgili Yönetmelikte belirlenen usullere uygun talep edilmeyen grev oylaması yapılamaz. Bu durum uygulanan grevi kanundışı hale getirmez. Ancak grev oylaması için görevli makama usulüne uygun başvuru yapılmasından, oylama sonucunun kesinleşmesine kadar geçen sürede grevin uygulamaya konulması mümkün olmaz. Oylamanın sonucu beklenmeksizin uygulanan grev kanundışı kabul edilmelidir⁶⁹.

2. Grev Oylamasının Yapılması

Grev oylaması, usulüne uygun talebin yapılmasından başlayarak görevli makamca görevlendirilmiş memurların gözetimi altında altı iş günü içinde işyerinde yapılır (Yön.13/1). Düzenleme uyarınca oylama işyeri dışında yapılamaz. Altı iş günlük sürenin düzenleyici nitelikte olduğunun ve aşılması halinde oylamanın geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmelidir⁷⁰. Oylama olgusunun amacına uygun olarak, her oylama gibi grev oylaması da demokratik esaslara uygun olmalıdır. Oylamanın serbest, eşit, gizli oy, açık tasnif ve döküm esasına göre yapılacağını ve işçi-işveren sendika temsilcileri ile işveren temsilcisinin oy sayımı sırasında gözlemci sıfatıyla bulunabileceğini düzenleyen

⁶⁷ NARMANLIOĞLU, Toplu İş, 649; GÖKTAŞ/YILMAZ, 1073-1074; GÜLER; Yüksek Hakem Kurulu, 37; NARMANLIOĞLU, 202; OĞUZMAN, 200; AYDEMİR, 192. Yeterli oranın sağlanması halinde, oylama talebi için düzenlenen altı iş günlük sürenin sonunu beklemeye gerek olmadığı yönünde bkz. KABAKÇI, 194; REİSOĞLU, 312. Altı iş günlük sürede ilan gününün hesaba katılmayacağı yönünde bkz. ERKANLI, 2236; ÇİFTER, 91; DEMİR, 132; CENTEL, Sınırlama, 14; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 487. Yazılı talebin mutlaka noter kanalıyla yapılmasının gerekmediği yönünde bkz. AKYİĞİT, 616. Okuma yazması olmayanlar için bu konudaki özel hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde bkz. DEMİRCİOĞLU, 75.

⁶⁸ CENTEL, Oylama, 12; ERKANLI, 2236.

⁶⁹ DEMİR, 134; ÇİFTER, 91; KABAKÇI, 192; NARMANLIOĞLU, 201. Grev oylamasına ilişkin talepte bulunulduğunun görevli makamca işçi sendikasına bildirilmesine yönelik kanunda bir düzenleme olmadığı ve uygulamada görevli makama bu yönde bir yükümlülük getirilmesinin ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. CENTEL, Oylama, 12-13.

⁷⁰ REİSOĞLU, 312.

yönetmelik hükmü bu amacı sağlamaya yöneliktir (Yön.13/4)⁷¹. Tarafların temsilcilerinin bulunması bir zorunluluk olarak düzenlenmediğinden görevli makamın ve görevlendireceği memurların tek başlarına tüm oylama işlemlerini yapmalarına engel yoktur.

İlgili düzenlemelere göre grev oylaması talep edebilecek kişiler kural olarak grev oylamasına da katılabilir. Dolayısıyla grev oylaması talep edebilecek işçiler bakımından yapmış olduğumuz yorumlar, greve katılabilecek işçiler için de geçerlidir⁷². Ancak belirtelim ki, oylama talep edebilecek nitelikte olmasına rağmen talepte bulunmamış bir işçi de grev oylamasına katılabilir⁷³.

Grev oylamasının yapılma zamanını gün ve saat olarak görevli makam belirler. Bu belirlemede oylamanın çalışma saatleri dışında olması ve işyerinde faaliyetleri kesintiye uğratmaması gerekir. Belirlenen gün ve saat en az bir iş günü önceden işyerinde işçilerin görebilecekleri bir yerde ilan edilir (Yön.13/2). İşçilerin grev oylamasından haberdar olmaları bakımından ilan edilmesi önemlidir. Ancak kanaatimizce ilanın bir gün önceden dahi yapılabilmesi, işçilerin oylamadan haberlerinin olması ve değerlendirme yapmaları bakımından yeterli olmadığından yerinde değildir. Kanun ve Yönetmelik sistematığına de daha uyumlu olduğunu düşündüğümüz üç günlük süre ilanının amacının gerçekleşmesi yönünden daha uygundur. Hükümde ilanının kim tarafından yapılacağı açıkça ifade edilmediğinden, ilanının işveren veya görevli makamdaki hangisi tarafından yapılacağı duraksamaya neden olur. Katıldığımız bir görüşe göre; ilan, grev oylamasını gerçekleştiren görevli makam tarafından yapılmalıdır⁷⁴.

Grev oylaması talebinde olduğu gibi, oylamanın yapılmasında da kural olarak işyeri esas alınarak yapılır. İşyeri ve grup toplu iş sözleşmesinde, her işyeri ayrı bir birim olarak kabul edilir ve oylama süreçleri işletilir. Bu yönüyle, grev oylamasının sonuçları da her bir işyeri

⁷¹ CENTEL, Oylama, 14; ERKANLI, 2238. 2822 sayılı Kanun döneminde taraf müşahitlerinin oylamayı gözlemci sıfatıyla takip ettikleri ve tutanağı imzaladıkları yönünde bkz. OGUZMAN, 200; KABAKÇI, 193.

⁷² Bkz. İB,2/p.2. Ayrıca bkz. “Grev oylamasına grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde veya işletmede çalışan işçiler katılabilir. Ancak, işveren veya işveren adına işletmenin bütününe yöneten işveren vekilleri grev oylamasına katılamaz.” (Yön. 13/3).

⁷³ ÇİFTER, 91-92; KABAKÇI, 194.

⁷⁴ CENTEL, Oylama, 14; ERKANLI, 2239.

veya işletme için ayrı ayrı belirlenir. Anayasa Mahkemesi, açılan iptal davasında, grup toplu iş sözleşmelerinde grev oylaması usulünün uygulamayı fiilen imkânsız hale getirdiği gerekçesiyle yapılan talepleri reddetmiştir. Karşı oy yazısında ise, belirlenen oylama usulünün süreci küçük parçalara bölerek fiilen kullanılamaz hale getirdiği ifade edilmiştir⁷⁵. Grup toplu iş sözleşmesinin kendine özgü yapısı içinde karşı oy yazısında belirtilen görüş yönünde bir yorum yapılamayacağı kanaatindeyim⁷⁶.

Ancak işletme toplu iş sözleşmesinde oylamaya ilişkin süreçler her işyerinde ayrı yürütülmekle birlikte, sonuçların belirlenmesinde işletmenin bütünü göz önünde bulundurulur. Oylama her bir işyerinin bağlı olduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından aynı tarihte⁷⁷ yapılır. Oylamanın sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu görevli makamda toplanır ve toplu sonuç orada belirlenir (Yön.13/5,6).

3. Grev Oylamasının Sonucu

Grev oylamasının sonucu uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Oylama sonucunda grevin uygulanması lehine yahut aleyhine bir karar verilir. Grev oylamasına katılanların salt çoğunluğunun grevin uygulanması aleyhine oy kullanmaları halinde o grev uygulanamaz (STİSK.61/3, Yön.14/1). Grev kararının uygulanmaması için aranan yeter sayının “*oylamaya katılanların salt çoğunluğu*” olması haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir⁷⁸.

⁷⁵ AYM., E. 2013/1, K. 2014/161, RG. 11.11.2015 S.29529.

⁷⁶ Grup toplu iş sözleşmesi uyuşmazlıklarında oylamanın aynı tarihte yapılmasının fiilen güç olduğu ve uygulamada bir yararının olmayacağı yönünde ayrıca bkz. CENTEL, Oylama, 13.

⁷⁷ İşletme toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev oylamasının işletmeye dahil olan işyerlerinde aynı tarihte yapılmasının amacının, “*farklı işyerlerinde ve vardiyalarda yer alan işçilerin diğerlerine baskı ya da tehdit uygulayarak sonucu etkilemelerini önlemek*” olduğu ifade edilir. TUNCAY/KUTSAL/GÜMRÜKÇÜOĞLU, 489.

⁷⁸ 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununda, grevin uygulanmaması için, “*işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğunun*” aranmasına rağmen, yeni Kanunda oylamaya katılanların salt çoğunluğunun yeterli görülmesinin greve engel olunmasını kolaylaştırıldığı yönünde bkz. ALPAGUT Gülsevil, 6356 Sayılı Yasa’nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, Legal İş Hukuku ve Sosyal

Kanaatimizce de, düzenleme mevcut haliyle grev kararı aleyhine bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini artıran, sendikal demokrasiye uygun olmayan bir yöndedir. Şöyle ki, oylamaya katılım düştükçe, az sayıdaki işçinin tercihleri işyerindeki çoğunluğun geleceğini belirler. Bu bakımdan doktrinde grev oylaması için belirli bir katılım yeter sayısı önerilmektedir⁷⁹. Grev öncesi zorunlu grev oylaması uygulamasının aksine, hukukumuzda grev kararının asıl, oylama ile grevin engellenmesinin istisna olması nedeniyle bu görüşe katılıyoruz. Örneğin, oylama için grev kararının ilan edildiği tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğunun oylamaya katılması yeter sayı olarak belirlense dahi, bu sayıya ulaşılabilmesi; oylamanın yapılamaması yahut yapılsa bile sonucunun bağlayıcı olmaması sonucunu doğurur. Bu durumda grev kararı uygulanabilir. Kuşkusuz ulaşılan sonuç, grev hakkının özüne ve sendikal demokrasiye uygun olur.

Anayasa Mahkemesi, 6356 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında, "oylamaya katılanların" ibaresi yönünden yapılan talepleri reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre önemli olan grev ilanı tarihinde işyerinde bulunun tüm işçilerin oylamaya katılabilmesidir. Hükmün bunu kısıtlayan, engelleyen yahut yasaklayan bir yönü yoktur. İşçilerin özgürce oylamaya katılabilirdikleri düşünüldüğünde, oylamaya katılanların salt çoğunluğunun aranması, grev hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturmaz⁸⁰.

Güvenlik Hukuku Dergisi, 2012, C.9, S. 35, 42; CENTEL, Oylama, 14; ERKANLI, 2240; AVCI, 90-91; AKTAY, 291; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 490; AKYİĞİT, 620.

⁷⁹ CENTEL, Oylama, 14. Oylama talebinde yeter sayının işyerinde çalışan işçilerin dörtte biri olarak düzenlenmesi ile tutarlı olabilmesi için, karar yeter sayısının da işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ŞAHLANAN, 574.

⁸⁰ "Madde ile bir işyerinde grev kararının ilan edilmesinde herhangi bir engel ya da zorlama öngörülmemekte, kararın ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin, sendikal olsun veya olmasın, en az dörtte birinin işyerinin bağlı bulunduğu makama yazılı olarak başvurması üzerine belirlenecek günde oylama yapılması esası benimsenmemekte, oylamada ise grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grev yapılmaması yönünde karar vermesi halinde alınan grev kararının uygulanamayacağı belirtilmektedir. Burada önemli olan sendika üyesi olsun veya olmasın, grev ilanında bulunsun veya bulunmasın, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan tüm işçilerin oylamaya

Karşı oy yazılarında ise, daha çok işçi tarafından alınan grev kararının, daha azının kararıyla iptal edilmesi eleştirilmiştir. Grev hakkının uygulamasının pratikte zorlaştırılması, demokratik ilkeler ve örgütlenme özgürlüğü ile bağdaşmaz. İşçi-işveren arasındaki güç eşitsizlikleri dikkate alındığında, oylamaya katılan işçilerin işveren tarafından farkı yollarla baskı altına alınması ihtimali göz ardı edilmemelidir. İşverenin grev ilanı tarihi ile grev oylaması tarihi arasında çeşitli yollarla sendikalı işçi sayısını azaltması ve oylamada grev aleyhine bir sonucun çıkmasını sağlaması mümkündür.

Karşı oy yazısında yer verilen çekincelerden, daha çok işçi tarafından alınan grev kararının daha azının kararıyla iptal edilmesi kısmı hariç olmak üzere, tümüne katılıyoruz. Grev kararının alınması aşamasında işçilerin süreçte bir yetkisi olmadığı ancak dolaylı bir etkilerinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Burada kastedilen herhalde grev yapılması yönünde kanaat taşıyan çok sayıda işçinin bir şekilde oylamaya katılamaması olarak düşünülebilir. Ancak bu durumda, sendikal aidiyet duygusuna, kendi hak ve çıkarlarını koruma bilincine sahip bir işçinin oylamaya katılmasının beklendiği, aksinin tartışma konusu yapılamayacağı da savunulabilir. Karşı oy yazısında ayrıca ilk bölümde değerlendirdiğimiz Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin bazı kararlarına atıf yapılması dikkate değerdir.

Grev oylamasının sonucu üç nüsha olarak düzenlenecek bir tutanakta belirtilir. Tutanağın bir nüshası görevli makamda saklanır. Diğer nüshalar ise, işveren veya işveren sendikasına ve grev kararı veren işçi sendikasına gönderilir (Yön.14/2). Hükümde açıkça belirtilmese de tutanak görevli makamca düzenlenir. Tutanağın bir nüshasının görevli makamda saklanacağını belirtmesi bu sonuca ulaşmayı sağlar. Kaldı ki oylama sürecini baştan sona yürüten de görevli makamdır⁸¹. Tutanağın şekli ve içeriğine ilişkin bir sınırlama olmamakla birlikte, görevli

katılabilmesinin önünde bir engelin var olup olmadığıdır. Maddede buna dair bir yasak veya engel bulunmamakta; grev yapılması ya da yapılmamasını isteyen işçiler oylamaya katılıp özgürce oylarını kullanabilmektedir. Bu nedenle, grevin yapılabilmesi için grev ilanı tarihi yerine grev oylaması tarihinde çalışmakta olan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun aranmasının, grev hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.”. AYM., E. 2013/1, K. 2014/161 para.212.

⁸¹ CENTEL, Oylama, 15; ERKANLI, 2243.

makamca imzalı olması ve oylamanın yer, gün, saati ile oylamaya ilişkin önemli istatistikleri içermesi beklenir. İşyerindeki toplam işçi sayısı, oy kullanan işçi sayısı, geçerli/geçersiz oy sayıları ile grev lehine ve aleyhine oyların sayıları bunlara örnek olarak verilebilir⁸².

Oylamayı talep eden işçilerin, oylamanın sonucu hakkında da bilgilendirilmeleri gerekir. Ancak tutanağın veya bir şekilde oylama sonucunun işyerinde ilanına ilişkin Kanun ve Yönetmelikte bir düzenleme yoktur. Doktrinde bu durumun işçilere grev oylamasına itiraz etme hakkının tanınmaması ile bağlantılı olduğu belirtilir⁸³. Oylamanın işyerinde yapılması ve tarafların müşahit atayabilmeleri gibi düzenlemeler nedeniyle, sonucun işyerinde ilan edilmesinin pratikte bir anlamı olmadığı söylenebilir. Ancak oylamaya itiraz süresinin tutanağın taraflara ulaşması ile değil, oylama tarihi ile başlayacağı düşünüldüğünde; sonuç tutanağının işyerinde ilan edilmesinin zorunlu olması gerektiği kanaatindeyim. Doktrinde bir görüşe göre, tutanağın düzenlenmemesi yahut taraflara gönderilmemesi, oylamanın geçerliliğini etkilemez. Ancak taraflar idareye başvurma yoluna gidebilir⁸⁴.

4. Grev Oylamasına İtiraz

Grev oylamasının sonucuna, grevin lehine yahut aleyhine olduğuna bakılmaksızın itiraz edilebilir. Kanun ve Yönetmelik'te yer alan özdeş düzenlemeye göre; *"Oylamaya ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz, mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır."* (STİSK.61/2, Yön.15/1).⁸⁵ Grev oylamasına ilişkin itirazların neler olabileceğine ilişkin bir açıklık yoktur. Ancak grev oylamasının talep edilmesinden sonucun ilan edilmesine

⁸² DEMİRCİOĞLU, 78; ÇİFTER, 92; OĞUZMAN, 201; REİSOĞLU, 315; KABAKÇI, 196.

⁸³ CENTEL, Oylama, 15.

⁸⁴ CENTEL, Oylama, 15; ERKANLI, 2243.

⁸⁵ Grev oylamasının iptaline ilişkin uyuşmazlığın niteliği gereği dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı söylenmelidir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir özel hukuk uyuşmazlığı olmaması, ihtiyari arabuluculuğa da engel teşkil eder. Bu konuda bkz. ÖZKARACA Ercüment/ÜNAL Canan, Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.42, 2019, 36; AKYİĞİT, 620.

kadar olan tüm sürecin itiraz konusu olabileceği kabul edilmelidir⁸⁶. Bu bakımdan oylama talebi yeter sayısına ulaşılmaması, işçilerin oylamaya katılımının engellenmesi veya zorlanması, hakkı olmayanların oy kullanması, işçinin birden fazla oy kullanması, işçilerin tehdit ya da cebirle iradelerinin sakatlanması⁸⁷, gizli oylama/açık sayım gibi demokratik seçim usullerine aykırılıklar olması, oylamanın yetkisi olmayan bir kişi tarafından yürütülmesi ve işyeri dışında yapılması gibi durumlar itiraz nedeni olabilir⁸⁸.

İtirazın oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde yapılacak olması, itiraz süresinin içinde oylama gününün de sayılması anlamına gelir. Bu durumda oylama sonucu taraflara gönderilmeden sürenin başlayacak olması eleştiriye açıktır. İtiraz sürecinin hızlandırılması bakımından mantıklı görünse de, genel hukuk esaslarına aykırıdır⁸⁹. Kaldı ki, bu süre hak düşürücü niteliktedir ve sürenin geçirilmesi halinde mahkeme itirazı inceleyemez⁹⁰. Bu yönüyle oylama sonuç tutanağının

⁸⁶ SÜMER, Uygulama, 988; GÖKTAŞ/YILMAZ, 1076; REİSOĞLU, 315; OĞUZMAN, 202. İtiraz sebeplerinin esasa yahut şekle ilişkin, oylama sonucuna etki eden konulara ilişkin olabileceği yönünde bkz. NARMANLIOĞLU, 205; DEMİR, 134; AYDEMİR, 195.

⁸⁷ 2822 sayılı Kanun'un 76. maddesindeki " Bir grev oylamasının sonucuna tesir etmek maksadıyla hile veya tehdit veya cebir kullananlar, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmüne Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda yer verilmemiştir. Anılan boşluğu Türk Ceza Kanunun genel hükümleri ile doldurulmasının amaca hizmet etmeyen zorlama bir yöntem olacağı yönünde bkz. AVCI, 91.

⁸⁸ NARMANLIOĞLU, 205; OĞUZMAN, 202; REİSOĞLU, 315; KABAKÇI, 196.

⁸⁹ CENTEL, Oylama, 16; AKYİĞİT, 620.

⁹⁰ GÖKTAŞ/YILMAZ, 1076; REİSOĞLU, 316; ÇİFTER, 92. "29.4.1989 tarihinde grev oylaması yapılmıştır. Davacı (...) Sendikası bu grev oylamasına 3.5.1989 tarihli dilekçe ile mahkeme nezdinde itiraz etmiştir. Mahkemece oylama gününü takip eden günden itibaren üç işgünü içinde itiraz edilmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. İtiraz eden sendika, mahkemece üç işgününün yanlış hesap edildiğini bildirerek mahkemeye hitaben verdiği dilekçe ile bu yanlışlığın düzeltilmesi niteliğini taşıyan bir dilekçe vermiştir. Gerçekten itiraz için oylamanın yapıldığı 29.4.1989 günü üç işgünü hesabına dahil edilemez. Onu takip eden 30.4.1989 günü ise pazar gününe raslamakta olup, pazar günü işgünü olmadığından üç işgünü hesabına dahil olmaz. Davacı sendikanın da açıklaması bu hususa ilişkindir. Ne var ki, sendika kararı temyiz etmemiş az önce açıklandığı gibi mahkemeye dilekçe vererek bu maddi hataya işaret etmiştir. Buna rağmen mahkemenin, söz konusu dilekçeyi temyiz dilekçesi gibi görerek kararın kesin

tarafra tebliğ edilmemesi ve oylama hakkında bilgi sahibi olamamaları halinde, itiraz haklarını kullanamama sonucunda zarara uğramaları mümkün hale gelir. İtirazın yapılacağı mahkeme, STİSK.79 uyarınca görevli makamın bulunduğı yerdeki iş davalarına bakmakla görevli mahkeme⁹¹ olmalıdır. İtiraz davasında husumetin, grev oylamasını yürütmekle görevli olan makama yöneltilmesi gerekir⁹².

Grev oylamasına itirazın mahkemece üç iş günü içinde karara bağlanacağı hükmü, yargılama faaliyetinin düzenli işlemlerine yöneliktir. Mahkeme kural olarak bu süreye uymak zorunda olsa da sürenin aşılması kararın geçerliliğini etkilemez⁹³. Kanımca yargılama faaliyetinin süresi, somut olaydaki itiraz sebepleri ile birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin, oyların yanlış sayıldığı itirazı ile işyeri girişine barikat kurulduğu ve bazı işçilerin işyerine alınmadığı itirazı birbirinden farklıdır. Hakimın tanık dinlemesi, keşif yapması gibi durumlarda, -özellikle duruşma açması halinde- üç günlük sürenin aşılması makul kabul edilebilir. Ancak dosya üzerinden karar vermesi halinde mahkemenin süreye uyması beklenmelidir. Ayrıca, mahkemenin kararı kesin olduğundan kanun yoluna başvuru mümkün değildir⁹⁴.

olduğundan bahisle "temyiz dilekçesinin reddi" şeklinde karar vermesi isabetli olamaz. Sendikanın bu şekilde verilen karara karşı temyiz itirazı haklı olup mahkemenin 22.5.1989 gün ve 1989/193 Esas-1989/217 Karar sayılı kararının bozulması gerekmiştir". Y9HD., 10.07.1989, 6457/6424.

⁹¹ Yetki kuralının kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu ve yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerektiği yönünde bkz. **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1076.

⁹² **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, 491; **CENTEL**, Oylama, 16. Davanın toplu iş uyuşmazlığı taraflarının menfaatini etkileyeceğinden hareketle husumetin görevli makam yanında uyuşmazlığın diğer tarafına da yöneltilmesi gerektiği yönünde bkz. **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1077; **SUR** Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, B.11, Ankara, 2024, 468; **EKMEKÇİ/YİĞİT**, 680.

⁹³ **ÇİFTER**, 93; **REİSOĞLU**, 315; **ERKANLI**, 2244; **CENTEL**, Oylama, 17; **CENTEL**, Sınırlama, 16; **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, 491. Mahkemenin üç iş günü içinde kararını verememesinin oylamanın sonucunun kesinleşmesi sonucunu doğurmayacağı yönünde bkz. **SÜMER**, Uygulama, 988.

⁹⁴ **REİSOĞLU**, 316. "...6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Grev oylaması" başlıklı 61'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre "Oylamaya ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz, mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır." Açık kanuni düzenleme gereğince somut olayda ilk derece mahkemesince verilen karar kesin niteliktedir. Bu itibarla Bölge Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun usulden reddine karar

Grev oylamasına itiraz edebilecekler Yönetmelik'te tahdidi olarak sayılmıştır. İtiraz hakkı olanlar, işçi ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverendir (Yön.15/2). Doktrinde işyerinde çalışan taraf sendikaya yahut başka bir sendikaya üye olan işçilerle sendikasız işçilere itiraz hakkının tanınmamış olması eleştirilir⁹⁵. Mevcut düzenlemeler ışığında, grev oylaması talep edebilen ve sonucundan etkilenen işçilerin de oylama sonucuna itiraz edebilmeleri hukuk mantığının gereğidir. Ancak sonraki bölümlerde detaylandıracağımız çekince ile görüşe kısmen katılıyor ve taraf sendika üyesi işçilere itiraz hakkı verilmesi gerektiğini düşünüyoruz⁹⁶.

Mahkeme tarafından itirazın kabulüne veya reddine karar verilir. İtirazın reddine karar verilmesi halinde, kesinleşen grev oylamasının sonucuna göre davranmak gerekir. İtirazın kabul edilmesi halinde ise oylama iptal edilir. Eğer oylama; *“oylamanın tekrarlanmasını gerektiren bir nedene dayanarak”* iptal edilirse, mahkeme kararının görevli makama tebliğinden itibaren altı iş günü içinde oylama aynı esaslara göre tekrarlanır (Yön.15/3). Bu durumda işçilerin ayrıca talepte bulunması aranmaksızın oylamanın görevli makamca yapılması gerekir⁹⁷. Ancak iptal nedeninin oylamanın tekrarlanmasını gerektirmemesi de mümkündür. Örneğin; grev oylaması talep yeter sayısının sağlanmadığı itirazında, mahkemenin kabulü halinde grev oylaması tekrarlanmaz⁹⁸.

verilmesi gerekirken işin esasının incelenmesi de hatalıdır...” Y22HD., 01.10.2019, 6724/17767. Bkz. **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1076, dn.1204.

⁹⁵ **SUR**, 468. Oylamanın sonucundan etkilenen herkesin bireysel olarak itiraz hakkına sahip olması gerektiği yönünde bkz. **ERKANLI**, 2244. Kanunda yer almayan bir hususun Yönetmelik hükmü ile sınırlayıcı şekilde düzenlenmesinin yerinde olmadığı, bireysel itirazlar için belirli yeter sayı öngörülebileceği ve böylece grev sürecinin uzatılması endişesinin de ortadan kalkacağı yönünde bkz. **CENTEL**, Oylama, 16; **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1076. Oylamaya katılan her işçiye bu yönde bir hak tanınması gerektiği, ancak imkanı varken oylamaya katılmayan işçinin bu haktan yararlanamaması gerektiği yönünde bkz. **AKYİĞİT**, 621.

⁹⁶ Bkz. II,B,5. 2822 sayılı Kanunda kimlerin itiraz edebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. O dönem doktrinde herhangi yeter sayısı aranmaksızın bir işçinin bile bu yetkiye sahip olduğu kabul edilmiştir. Bkz. **KABAKÇI**, 197; **ÇİFTER**, 93; **DEMİR**, 134.

⁹⁷ **NARMANLIOĞLU**, 206; **DEMİR**, 134.

⁹⁸ **REİSOĞLU**, 319; **KABAKÇI**, 198; **DEMİR**, 134.

Oylamanın tekrarlanması gereken hallerde, bu oylamanın yapılmaması ve grev uygulanması, grevi kanundışı hale getirir⁹⁹.

5. Grev Oylaması Sonucunun Kesinleşmesi

Grev oylamasına ilişkin itiraz süresinin geçmesi yahut itirazın kesin olarak sonuca bağlanması halinde grev oylamasının sonucu uygulamaya konulabilir (Yön.16/1). Oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grev lehine karar vermeleri halinde STİSK.60/1 doğrultusunda grev ve dolayısıyla lokavt uygulanabilir. Buna göre, grev kararı, uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Ancak mülga 2822 sayılı Kanun'un 37/3. madde hükmünde yer verilen, grev oylaması yapılan hallerde altmış günlük sürenin oylamanın sonucunun kesinleşmesinden sonra başlayacağına ilişkin kuralın, 6356 sayılı Kanun'a alınmayışı tartışmalara neden olmaktadır.

Grev oylaması yapılamadan yahut kesinleşmeden altmış günlük sürenin geçmesi, grevin bildirilen günde başlayamaması gibi ihtimaller tartışmanın işçi sendikasının yetkisine ilişkin boyutudur. Mahkemenin grev oylamasına ilişkin itirazları kesin olarak karara bağlayacak olması önemli olmakla birlikte, karar için öngörülen sürenin düzenleyici bir hüküm olduğu ve mahkemeyi bağlamadığı açıktır. Hukuk sistemimizde davaların kısa sürede sonuçlanmadığı da herkesin malumudur. Yine grev oylamasına itirazın nedeni de somut olayda sürecin uzamasına neden olabilir. Böyle bir durumda uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün geçmesine rağmen oylamanın sonucunun kesinleşmesini bekleyen işçi sendikasının yetki belgesinin düşmesini engelleyen bir düzenleme yoktur. 6356 sayılı Kanun'un getirdiği sistem, işçi sendikasının yetki belgesinin hükümsüz kalması tehlikesi karşısında, grev oylaması sonucunu beklemeden grev kararını uygulamaya zorlamaktadır¹⁰⁰.

⁹⁹ NARMANLIOĞLU, 206; ÇİFTER, 93; CENTEL, Oylama, 18.

¹⁰⁰ Kanunda, grev oylaması talebi, oylama yapılması ve itiraz prosedürünün on sekiz günlük bir süreye bağlandığı, işlemlerin muhataplarının resmi merciler olmasının bu süreyi daha da uzatabileceği, işçi sendikasının grev kararını uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren görece geç bir tarihte alması halinde, ufak bir sapma yahut aksamanın grevin yasal olarak uygulanmasını tehlikeye sokabileceği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. AVCI, 91.

Grev oylaması sonucu kesinleşmeden grev kararının uygulanmasının mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirme önemlidir. Grev mücadele aracı olarak, uyuşmazlıkların çözümünde son seçenek olarak değerlendirilir. Çalışma hayatında işçiler ile işveren için sosyal ve ekonomik başta olmak üzere birçok etki yaratır. İşçilerin sendikaya üye olması ve sendikanın işçiler adına yapmış olduğu toplu pazarlık dolaylı (temsili) demokrasinin bir tezahürüdür. Grev oylaması ile işçilere doğrudan uygulanan demokratik esaslarla grev kararına müdahale imkânı tanınır. Bunun sebebi grev kararından en fazla etkilenen olan kişilere söz hakkı tanımadır. Hak arama mücadelesinin iş barışına ve işçi-işveren ilişkilerine etkileri olacağı kuşkusuzdur. Bundan kaçınmak isteyen işçilerin çoğunlukta olduğu bir işyerinde, grev oylamasının sonucu beklenmeden alınacak grev kararı olumsuz sonuçlara neden olabilir.

Oylamanın sonucu beklenmeden, uygulamaya konulan grevin akıbeti, oylama sonucunun kesinleşmesi halinde değişebilir. Oylamanın sonucunda grev aleyhine bir karar çıkarsa uygulanan grev kararının durdurulması ve zorunlu tahkim süreci ile devam edilmesi gerekir. Teorik olarak mümkün olmakla birlikte, pratikte grev oylamasının amaçlarına uymadığı kanaatindeyim. İşçiler alınan grev kararına katılıp katılmamakta serbesttir. Ancak oylama sonucunun beklenmemesi işçiye gereği olmayan bir ikileme sürükler. Greve katılmamanın işçi-sendika; katılmanın ise işçi-işveren ilişkilerini zorlayacağı söylenebilir. Kanaatimizce, grev oylamasının grev sürecini kesintiye uğratan, sonucuna göre hareket edilmesi gereken bir uygulama olduğunun kabulü, amacına daha uygundur.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, ilgili hükmün 6356 sayılı Kanun'a alınmayışını, kanun koyucunun sistemi değiştirme yönündeki iradesi olarak görmek doğru olmaz¹⁰¹. 2822 sayılı Kanun döneminde m.37/3 hükmüne ilişkin somut bir eleştirinin olmaması, 6356 sayılı Kanun genel gerekçesi ve ilgili madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmemesi, mevcut durumun bir unutkanlık sonucu olduğu izlenimi vermektedir¹⁰². Bu açıklamalar ışığında, grev oylamasının

¹⁰¹ EKMEKÇİ/YİĞİT, 684.

¹⁰² EKMEKÇİ/YİĞİT, 683. Oylama sonucunun kesinleşmesine kadar altmış günlük sürenin dolması haline işçi sendikasının sadece zorunlu tahkime başvurabileceği yönünde bkz. CENTEL, Oylama, 20. Grev oylamasının kesinleşmesi ile birlikte,

sonucu kesinleşmeden, altmış günlük sürenin devam ettiğini yahut grevin uygulanabileceğini kabul etmek mümkün olmamalıdır¹⁰³. Kanaatimizce, bu yönde bir uygulama hakkın kötüye kullanımı koşullarını dahi barındırabilir. Grevin son çare olması ilkesine de uygun düşmez.

Bir başka görüşe göre; grev kararı alınması, grev oylaması ve grevin uygulanması için sadece, uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren başlayacak olan altmış günlük süre dikkate alınmalıdır. Grev oylamasının, grev kararı alınması ve uygulamaya konulmasını etkileyecek yahut kesilmesine neden olacak bir olgu olmadığı ifade edilir. Buna göre altmış günlük sürede uygulamaya konulan grev halinde, grev lehine çıkan oylama sonucunda greve devam edilmesi, grev aleyhine çıkan sonuçta ise grevin durdurulması gerekir¹⁰⁴. Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır¹⁰⁵.

uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren başlayan altmış gün süre dolmadıysa bu süre içinde, dolmuş ise oylama sonucunun kesinleşmesinden itibaren yeni bir altmış günlük süre içinde altı işgünü öncesinden haber vererek grevin uygulanabileceği yönünde bkz. **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/ BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, 490.

¹⁰³ **NARMANLIOĞLU**, Toplu İş, 651; **ARICI**, 351. Grev oylamasını düzenleyen kanun koyucunun, oylama sonucu belli olmadan grevin başlayabilmesine izin vermesinin işin niteliğine ve eşyanın tabiatına aykırı olduğu yönünde bkz. **EKMEKÇİ/YİĞİT**, 684.

¹⁰⁴ **ŞAHLANAN**, 575.

¹⁰⁵ Yargıtay kararı için bkz. Y9HD., 19.02.2015, 3584/7508 "Diğer taraftan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 60/1 maddesine göre "Grev kararı, 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer". 2822 sayılı kanunda süre grev veya lokavt kararının tebliğinden sonra işlerken, yeni bu düzenlemede artık uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren başlayacaktır. Grev kararı alınmıştır. Grev kararı almak ve uygulamak işçi kuruluşuna sağlanmışken, grevin uygulanmasını işyerinde çalışanların grev oylaması yolu ile önlemleri olanağı da getirilmiştir. Ancak grev oylaması grevin zorunlu şartlarından değildir. Grev oylamasına başvuru zorunlu olmadığı gibi uygulamaya koyma sırasında grev oylamasını beklemeye, grev oylaması talep edilmesini beklemek de zorunlu değildir. Davacı sendikanın istemi, Yasada açıkça düzenlenen 60 günlük sürenin başlangıcının tespiti istemidir. Grev oylamasının grevin zorunlu şartı olmaması karşısında ve Yasanın açık düzenlemesi dikkate alındığında, davacı sendikanın bu tespit isteminde hukuki yararı

Oylama sonucunda grev aleyhine karar verenlerin çoğunlukta olması ve kararın kesinleşmesi halinde işçi sendikası tarafından alınan grev kararının uygulanma şansı kalmaz (STİSK 61/3). Aksi halde, uygulanacak bir grevin kanundışı olduğu belirtilmelidir¹⁰⁶. Böylece, işçi sendikasının mevzuatta belirtilen süreler içinde karşı tarafla (işveren yahut işveren sendikası) anlaşması ya da Yüksek Hakem Kurulu'na başvurması gerekir¹⁰⁷. İki yoldan birine başvurmeyen işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yetkisi düşer¹⁰⁸. Grev gücü olmayan bir sendikaya belirli bir süre toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin tanınması doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre, sendikalar arasındaki rekabet de dikkate alındığında, taraf işçi sendikasının hangi şartlarda olursa olsun karşı tarafla anlaşma yönünde irade ortaya koyması, işçilerin sosyal ve ekonomik çıkarlarını ne kadar koruduğu tartışmalı olan bir toplu iş sözleşmesine sebebiyet verebilir¹⁰⁹.

Grev oylamasının, grevin uygulanması aleyhine kesinleşmesi halinde, işçi sendikasının karşı tarafla anlaşabileceği yahut Yüksek Hakem Kurulu'na başvuracağı süre bakımından mevzuatımızdaki düzenlemeler duraksamaya neden olur. Yüksek Hakem Kurulu'na başvuruyu düzenleyen Kanun hükmüne göre, grev oylaması sonucunda grev yapılmaması yönündeki kararın kesinleşmesinden itibaren altı iş

bulunmamaktadır. Davanın bu gerekçe ve dava şartı yokluğu nedeni ile usulden reddi gerekir.”.

¹⁰⁶ OĞUZMAN, 203; REİSOĞLU, 317; KABAKÇI, 199.

¹⁰⁷ Grup toplu iş sözleşmesi bakımından bazı işyeri ve işletmeler bakımından Yüksek Hakem Kurulu'na başvurulması halinde, grup içinde yer alan işyeri ve işletmeler arasında bağtlanan toplu iş sözleşmelerinde farklılık oluşacağı yönünde eleştiri için bkz. CENTEL, 19. İşçi sendikasının zorunlu tahkime başvurusu sonrasında karşı tarafla bağtlayacağı toplu iş sözleşmesinin geçerli olacağı yönünde bkz. REİSOĞLU, 318.

¹⁰⁸ ARICI, 350; GÖKTAŞ/YILMAZ, 1077. Her iki durumunda taraflarca benimsenmeyecek haller olduğu ve uyuşmazlığın çözümsüzlüğü anlamına geldiği yönünde bkz. KABAKÇI, 199. Bu durumda sendikanın yetkisinin düşeceğinin düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1121.

¹⁰⁹ Zorunlu tahkime başvurma yetkisi sadece işçi sendikasına ait olduğundan, işveren tarafının bunu engellemesinin tek yolu, altı günlük sürede işçi sendikasıyla anlaşmasıdır. Bkz. KABAKÇI, 200; OĞUZMAN, 203. İşçi sendikasının bağtladığı sözleşmenin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu iddiasında olan işçilerin sözleşmenin iptalini isteyebilecekleri yönünde bkz. REİSOĞLU, 318.

günü içinde işçi sendikası, Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer (STİSK.51/1). Grev oylamasını düzenleyen hükme göre, uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün içinde taraflar arasında anlaşma sağlanamazsa yahut işçi sendikası altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kurulu'na başvurmazsa yetki belgesi hükümsüz kalır (STİSK.61/3). Yönetmeliğe göre ise, yetki belgesinin düşmemesi için tarafların anlaşabileceği veya işçi sendikasının Yüksek Hakem Kurulu'na başvurması gereken süre altı iş günü olarak belirlenir (Yön.16/3). Zorunlu tahkime ilişkin süre aynı olmakla beraber, işçi sendikasının karşı tarafla anlaşma yoluna gitmesi ihtimalinde hangi sürenin esas alınacağı belirlenmelidir.

Bir görüşe göre, STİSK.61/3 hükmü grev oylamasını kaybeden işçi sendikasına seçimlik bir yetki tanır. Buna göre, toplu iş sözleşmesi yetkisinin düşmesi her iki yolun da tüketilmiş olmasına bağlıdır. Zorunlu tahkime başvurmayıp, uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış günlük sürede anlaşmaya ulaşan sendikanın yetkisi düşürülmemelidir. Altmış günlük sürenin geçmesine rağmen anlaşma sağlanamamışsa, yetki belgesinin hükmü kalmaz. Ancak sendikanın seçeneklerden sadece birini izleyebileceği, zorunlu tahkime başvurduktan sonra karşı tarafla geçerli bir toplu iş sözleşmesi yapmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir¹¹⁰.

İşçi sendikasının daha önce başlayan süreçte altmış gün içinde anlaşmaya varamamış olması ve grev oylamasının sonucunun tebliğinden itibaren altı iş günü içinde zorunlu tahkime başvurmaması halinde yetki belgesinin hükümsüz kalacağı ifade edilmektedir. Buna göre, altı iş günlük sürede de tarafların anlaşmaya varması önünde bir engel yoktur¹¹¹.

Kanunun grev oylamasını düzenleyen hükümlerinin STİSK.60/1 hükmüne yaptığı atıfta yer alan altmış günlük sürenin, uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden değil, grev oylamasının sonucunun tebliğinden itibaren başlayacağı görüşünde olanlar da vardır¹¹².

Bir başka görüşe göre ise, oylama sonucunun grevin uygulanmaması yönünde kesinleşmesi halinde, altı iş günlük sürede

¹¹⁰ CENTEL, Oylama 20-21; CENTEL, Sınırlama, 15.

¹¹¹ SUR, 468. Benzer yönde AVCI, 90. AKTAY, 291.

¹¹² DEMİR, Uygulama, 723-724.

zorunlu tahkime başvurmayan işçi sendikasının yetkisi düşeceğinden, işçi sendikasının hangi yetkiye dayanarak altmış günlük süre sonuna kadar toplu iş sözleşmesine ilişkin anlaşma yapacağı belirsizdir. Bu noktada Yönetmelik hükmünün açıklık ve netlik sağladığı; Kanun'da yapılan yanlışı düzelttiği ifade edilmektedir¹¹³. Bizce de, Yönetmelik hükmünün daha uygun bir düzenleme olduğu söylenebilir. Ancak yine de, Kanunda olması gereken bir düzenlemeye, Kanun hükmünü sınırlayan tarzda Yönetmelikte yer verilmesinin, kanun yapma tekniği bakımından sakıncalı olduğu söylenmelidir. Böylece, grev kararı aleyhine oylama sonucunun tebliğinden itibaren altı iş günü içinde tarafların anlaşamaması yahut zorunlu tahkime başvurulmaması halinde işçi sendikasının yetkisi düşer¹¹⁴.

Oylamanın grevin aleyhine kesinleşmesinden sonra altı iş günü içinde zorunlu tahkime başvurmayan işçi sendikasının yetki belgesinin hükümsüz kalacağı görüşünde olsak da, bu başvuruda bulunulmaması ancak uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış günlük sürede yahut bu süre dahi geçtikten sonra tarafların anlaşarak bir toplu iş sözleşmesine ulaşması halinde, bu sözleşmenin akıbeti değerlendirilmelidir. Kanunda yetki belgesi bulunmadan yapılan toplu iş sözleşmelerinin iptaline ilişkin esaslar düzenlenmiştir (STİSK.45)¹¹⁵. Yetki belgesinin bulunmamasının; yetki belgesinin alınmaması ve yetki belgesinin düşmesini kapsadığı belirtilmiştir¹¹⁶. Grev oylamasının grev aleyhine kesinleşmesinden sonra altı iş günü içinde Yüksek Hakem Kuruluna başvurmayan işçi sendikasının yetkisi düşeceğinden, toplu iş sözleşmesinin yetkisiz sendika tarafından yapıldığı kabul edilmelidir. Bu durum tek başına toplu iş sözleşmesinin iptal edilmesi için yeterli değildir. Ayrıca, işçi sendikasının gerçekte yetkili olmaması da aranır. Başka bir ifade ile, Kanunda yetki için öngörülen çoğunluğa sahip

¹¹³ EKMEKÇİ/YİĞİT, 683; ŞAHLANAN, 574-575.

¹¹⁴ ARICI, 350; GÖKTAŞ/YILMAZ, 1078; SÜMER, Uygulama, 989; ŞAHLANAN, 575; ALPAGUT, Değerlendirme, 43.

¹¹⁵ “ (1)Yetki belgesi bulunmaksızın yapılan bir toplu iş sözleşmesinde taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumun tespitinden itibaren kırk beş gün içinde, ilgililerce veya Bakanlıkça mahkemede dava yolu ile ileri sürülebilir. (2) Talep hâlinde mahkeme, toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını dava sonuna kadar durdurabilir.”. STİSK. 45.

¹¹⁶ SÜMER, Uygulama, 990; OĞUZMAN, 61; EKMEKÇİ/YİĞİT, 447.

olmayan yahut yetki belgesi düştüğü anda bu çoğunluğunu kaybetmiş bir işçi sendikası olması gerekir¹¹⁷. Bu şartlar altında, grev yapılmaması yönünde karar alınan bir oylamadan itibaren altı iş günü içinde zorunlu tahkime başvurmayan bir işçi sendikasının bağitlayacağı toplu iş sözleşmesinin hüküm ifade etmesi söz konusu olabilir¹¹⁸.

Grev oylamasında, grev lehinde karar verilmesi halinde, işçi sendikası Kanun'da belirtilen usulleri takip ederek grev uygulamasına gidebilir. Bu durumda işverenin de lokavt yoluna başvurması mümkündür. Oylama neticesinde grev aleyhine çıkan sonuç, grevin uygulanmasını engellemektedir. İşçi sendikası altı iş günlük sürede karşı tarafla anlaşamaz yahut zorunlu tahkime başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmayacağından, işverenin lokavt yapamayacağı söylenmelidir.

¹¹⁷ ŞAHLANAN, 506; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1028; SUR, 317; 2822 sayılı Kanun uygulaması bakımından Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlar için bkz. Y9HD., 08.04.1992, 3561/3931. "Öte yandan, uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak TİS yapabilirler. 36. maddenin 3. fıkrası Sendikaya YHK'ye başvurma hakkını tanımaktadır. Orada öngörülen süre içinde anlaşma sağlanamaması veya YHK'ye başvurulmamış olması tarafların kendi aralarında anlaşarak TİS yapmalarına engel değildir.". Y9HD., 08.04.1992, 3561/3931. Kararlara yönelik eleştiriler için bkz. KABAKÇI, 200. "Yukarıda yapılan tespit ve açıklamalar doğrultusunda Mahkemece Dairemiz bozma ilâmı sonrasında yapılacak yargılamada; belirtmek gerekir ki bir toplu ... sözleşmesinin yetki belgesi olmadan imzalanması, behemehâl sözleşmenin hükümsüz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bu noktada önemli olan ve tespiti gereken husus, toplu ... sözleşmesinin taraflarının yetki şartlarına sahip olup olmadığıdır. Nitekim Kanun'da bu husus açık olarak "taraflardan birinin veya ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin hükümsüzlüğü" şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla, İlk Derece Mahkemesince öncelikle sözleşmenin imza tarihi itibarıyla tarafların yetki şartlarına sahip olmadığı, bu kapsamda bilhassa davalı Sendikanın kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartını (işkolu baraj şartı) sağlayıp sağlamadığı ve imza tarihi itibarıyla işyeri/işletme çalışan sayısı ile sendika üye sayısı duraksamaya yer vermeyecek şekilde gerekçede tartışmalı, bu suretle dayanağı deliller gösterildikten sonra oluşacak sonuca göre karar verilmelidir.". Y9HD., 08.02.2023, 1816/1678. Aynı yönde bkz. Y9HD., 01.07.2024 8585/10382. Kararlara yönelik eleştiriler için bkz. EKMEKÇİ/YİĞİT, 451.

¹¹⁸ SÜMER, Uygulama, 990; SUR, 468; AKYİĞİT, 622; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ ÖZKARACA, 1121; DEMİR, Uygulama, 723.

Bu sürede¹¹⁹ tarafların anlaşması halinde yine ortada bir uyuşmazlık kalmayacağından lokavta başvuru mümkün olmaz¹²⁰.

Ancak işverenin, grev oylamasına ilişkin usulüne uygun bir talep halinde, oylama sonucunu beklemeden lokavt kararını uygulamaya başlamasının mümkün olup olmadığı önemlidir. Mülga 2822 sayılı Kanunda yer alan 37/3 hükmüne 6356 sayılı Kanunda yer verilmemesi bu durum için de tartışma yaratmaktadır. Bazı doktrin ve Yargıtay kararlarında kabul edildiği şekliyle grev oylamasının sonucunu beklenmeden grev kararı alınabileceği görüşünün takip edilmesi halinde, işverenin de bu sürede lokavt kararı alması ve uygulaması mümkün görünür. Kanaatimce grev oylamasının sonucunu beklemezsizin lokavt uygulanamaz. Bu sonuç grev ve lokavtın son çare olması ilkesinin gereğidir. Böyle bir uygulama, lokavtın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.

III. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ BELGELERİNE UYUMU

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun getirilme sebeplerinden birisi, toplu iş ilişkilerine dair ulusal mevzuatımızın uluslararası normlara uygun hale getirilmesidir. Ülkemizin özellikle UÇÖ' nün 87 ve 98 sayılı Sözleşmeleri ile bağdaşmayan bazı hükümler üzerinden hem UÇÖ denetim organları hem de iç dinamikler tarafından eleştiriye uğradığı bilinmektedir. Grev yasak ve sınırlamaları bu eleştirilerde büyük bir yer kaplamıştır¹²¹. Grevi engelleme

¹¹⁹ Altı iş günlük süre çok kısa olmakla beraber, bu sürede grevin uygulanamayacağının açıkça belirtilmesi fakat lokavta ilişkin bir düzenleme yapılmaması, mücadele araçları bakımından silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Amaca göre yorum yapılırsa, bu sürede işverenin lokavt uygulamasına gidememesi gerekir. 2822 sayılı Kanun döneminde yapılan değerlendirmeler için bkz. SUR Melda, Lokavtın Meşruluğu ve Sınırları, Fransız Hukuku Örneği, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara 1993, s.349-368; KABAKÇI, 202; OĞUZMAN 295.

¹²⁰ REİSOĞLU, 319; DEMİR, 135; AVCI, 92; GÜLER; Yüksek Hakem Kurulu, 40; TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, 490; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, 1121.

¹²¹ ALPAGUT Gülsevil, 6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uymu Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Kadir Has Üniversitesi, Seminer 22 Aralık 2012, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2013 140-147; CENTEL, Sınırlama, 19.

yöntemlerinden olan grev oylamasının ise bu kapsamda çok fazla üzerinde durulmamıştır. 275 sayılı Kanun ile başlayan, 2822 sayılı Kanun ile devam eden ve nihayetinde 6356 sayılı Kanun ile hali hazırda uygulanan grev oylaması, hem yoğun eleştirilere uğramaması hem de iki defa Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'ya uygun bulunmasının etkisiyle çok fazla değişime uğramadan bugünlere gelmiştir. Her bir sonraki Kanuna geçiş döneminde ufak değişiklikler yapılmış ancak temel mantık ve usulünde kapsamlı bir farklılık olmamıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü Denetim Organları' nın grev oylaması ile ilgili kararları, kural olarak grev oylamasına karşı olmadıklarını ancak grev kararı alınmasını zorlaştıran yahut imkânsız hale getiren uygulamaları eleştirdiklerini ortaya koymaktadır. Değerlendirilen mevzuat hükümlerinde grev oylamasının, grev kararı öncesi zorunlu bir aşama olarak düzenlenmesi, hukuk sistemimiz açısından karşılaştırma yaparken duraksamaya neden olabilir. Türk hukuk sisteminde grev kararı alınmasının asıl ve oylama ile grevin engellenmesinin istisna olması, ilgili kararların dikkate alınmayacağı anlamına gelmemelidir. Grev kararı alınmasını aşırı zorlaştıran oylama hükümleri ile alınmış grev kararının engellenmesini ölçüsüz şekilde kolaylaştıran grev oylaması düzenlemelerinin aynı nitelikte olduğu kanaatindeyim. Mevcut düzenlemelerimizin bu bakış açısı ile değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Hukukumuzda grev oylamasına ilişkin tartışmalar yeni değildir. 275 sayılı Kanun döneminden günümüze kadar, doktrinde bir takım eleştiriler söz konusu olmuştur. Grev oylamasının, grev hakkının özüne dokunan bir uygulama olduğu ve işçi sendikasının yetkisi olan bir konuda devreden çıkarıldığı eleştirisi en ağır olanıdır¹²². Anayasa'ya

¹²² Grev oylamasının grev hakkının özüne dokunur nitelikte olduğu ve işverenlere grevi kırma imkanı verdiği yönünde bkz. **ULUCAN** Devrim, Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/4, 280. Grev oylamasının greve müdahale ve olumsuz grev özgürlüğünü genişlettiği ve bu yönüyle grev hakkını önemli ölçüde sınırlandırdığı yönünde bkz. **DEMİRCİOĞLU**, 83. Benzer yönde bkz. **TAŞKENT** Savaş, Grev Hakkı ve Sorunları, Çalışma Hayatının Güncel Sorunları, İstanbul 1987, 232. Yazar ayrıca, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin sendikada olduğunu ve grev kararı alınmasının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini, işçilere greve engel olma olanağının tanınmasının sendikal demokrasi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Benzer yönde bkz. **ULUCAN**, Devrim: "Greve Katılan İşçilerin Salt Çoğunluğunun Greve Hayır Demesi İle Grevin Uygulanmaması", İHU., TSGLK.22, No.3, 1977, 3. Grev oylamasının toplu pazarlık sistemimize aykırı olduğu, sendikanın varlık sebebi olduğu işçiler aleyhine grev

aykırılık iddiaları ve iptal taleplerinde de yer alan bu bakış açısının kısmen yerinde olmadığı kanaatindeyim. Sendikanın “üyesi” işçilerin menfaati için iş ve işlemlerde bulunması gerektiği, çoğunluğun isteğine aykırı bir uygulamanın bu nitelikte kabul edilemeyeceği, oylamanın bu yönde bir önlem olduğu ve demokratik nitelik taşıdığı kabul edilebilir. Çoğu ülkede olduğu gibi, grev kararı alınmasının bir ön koşulu olarak düzenlenmemiş olması da isabetlidir. Grevin uygulanmasının asıl, oylama ile engellenmesinin istisna olması, grev hakkının bir gereğidir. Ancak oylamanın usulüne ilişkin ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Oylamayı kimlerin talep edebileceği, oylamaya kimlerin katılabileceği, oylamada katılım ve karar yeter sayıları eleştiriye açıktır.

Grev oylamasını talep edebilen ve oylamaya katılan işçiler açısından yapılacak değerlendirmede, sadece yetki sahibi olan ve grev kararı almış sendika üyesi işçilerin bu hakka sahip olması gerektiği kanaatindeyim. Doktrinde ağırlıklı olarak, grev kararının uygulanmasının işyerindeki tüm işçileri bir çok yönden etkileyeceği ve onlara da bu konuda söz hakkı tanınması gerektiği görüşü kabul edilmektedir¹²³. Toplu iş sözleşmesinin tarafları, işçi sendikası ile işveren sendikası yahut sendika üyesi olmayan işverendir. Bu açıdan, işçilerin grev oylaması ile grev kararını engellemeleri kural olarak toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olarak değerlendirilebilir. Doğrudan ve temsili demokrasi ayrımında olduğu gibi, grev kararı alan sendikanın üyesi işçilerin bu yöndeki girişimi makul görülmelidir. Ancak sendika üyesi olmayan yahut başka bir sendikaya üye olan işçilere de böyle bir hak tanınması, toplu iş sözleşmesi özerkliğine müdahale olarak kabul edilmelidir.

Grev ve lokavt, toplu iş uyuşmazlıklarında başvurulacak son çaredir. Sendikalar, yetki süreçleri ile başlayan bir çok prosedürü geçerek bu

uygulanmasının akıl dışı olduğu yönünde bkz. **KABAKÇI**, 188. Yazar ayrıca grev kararını onaylamayan işçinin sendika ile ilişkisini kesmesinin dolaylı olarak grevin sona ermesi sonucunu doğuracağını, bunun sebebinin ise mevzuatımızda sendikanın üyelerinden dördte üçünü kaybetmesinin grevi sona erdiren bir hal olarak düzenlenmesi olduğunu belirtmiştir. Grev oylamasına ilişkin olumsuz görüşlere ilişkin geniş bilgi için bkz. **AYDEMİR**, 196-199; **ERKANLI**, 2227-2229; **DEMİR**, 127-128.

¹²³ **GÖKTAŞ/YILMAZ**, 1073; **AKTAY**, 292; **TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL/BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU**, 486; **SUR**, 466; **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA**, 1119.

noktaya gelirler. Sendika üyesi olmayan ve özellikle başka bir sendikaya üye olan işçilere, uzun uğraşlar sonucu alınmış bir grev kararını engelleme imkanı tanınmamalıdır. Kaldı ki, sendikaların işyerinde yaşadıkları yetki rekabeti ve ülkemizde işçilerin kollektif düzeydeki hakları bakımından bilinç düzeyleri dikkate alındığında istenmeyen sonuçların ortaya çıkması mümkün hale gelebilir. Örneğin, ağırlıklı olarak sendika üyesi olmayan veya başka bir sendikaya üye olan işçilerin talep ettiği bir grev oylamasına, grev kararı alan işçi sendikasının işçilerinin yeterli katılımı sağlamaması halinde, grev kararının engellenmesi söz konusu olabilecektir.

Sadece yetkili sendika üyesi işçilerin dikkate alınması, oylamanın işyerinde yapılması zorunluluğunu da ortadan kaldıracak niteliktedir. Yine, işverenlerin grevi engellemek için sendikalı işçilerin sözleşmelerine son vermesi veya grev kısıcılığı yapacak işçileri işe alması gibi kötüniyetli uygulamaların da önüne geçilmiş olacaktır.

Grev oylaması talep yeter sayısı 275 sayılı Kanun'da o işyerinde çalışan üçte biri olarak düzenlenmişken, 2822 ve 6356 sayılı Kanun, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin dörtte birinin talebini yeterli görmüştür. Bu durum sadece grev kararı alan sendika üyesi işçilerin oylama talep edebildikleri ve oylamaya katılabildikleri bir sistemde, anlamlı bir değişiklik yaratmaz. Ancak mevcut sistemimizde, söz konusu oran değişikliğinin grevin engellenmesini kolaylaştırdığı açıktır¹²⁴.

Grev oylamasında karar yeter sayısına ilişkin STİSK.61 ve ilgili Yönetmelik, önceki düzenlemenin aksine, "grev ilanı tarihinde işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğunu" değil, "oylamaya katılan işçilerin salt çoğunluğunu" esas almıştır. Denetim organları ülke mevzuatlarına ilişkin raporlarında, karar yeter sayısı bakımından, sadece oylamaya katılanların dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yorum, grev kararı öncesinde uygulanan zorunlu grev oylamasında, oylamaya katılmayanların, oylamaya grev aleyhine oy kullanmış gibi etki etmelerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, yüz işçinin olduğu bir işyerinde salt çoğunluk ile karar alınması için elli bir işçinin grev lehinde oy kullanması gerekir. Elli işçinin oylamaya katılmaması halinde,

¹²⁴ İşçilerin dörtte biri gibi bir oran ile oylama kararı alınması ve oylamaya katılanların salt çoğunluğu ile grevin yapılmaması kararı verilmesini kanun yoluyla grev kısıcılığın özendirilmesi olarak değerlendiren görüş için bkz. ULUCAN, 280.

oylamaya katılanların tümü olan elli işçi grev lehinde karar verse dahi, grev kararı alınamayacaktır. Denetim organlarının grev kararı alınmasını kolaylaştırıcı bir yorum yaptıkları söylenmelidir.

Grev oylamasında karar yeter sayısı bakımından 6356 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin sebebi, UÇÖ Denetim Organlarının bahsettiğimiz yorumu ile bağlantılı gibi görünmektedir. Ancak Türk hukukunda oylamaya katılanların salt çoğunluğunun dikkate alınması farklı bir sonuç doğurur. Bunun sebebi, bizim sistemimizin alınmış bir grev kararını engellemeye yönelik olmasıdır. Hüküm mevcut haliyle grev kararının engellenmesini ölçüsüz olarak kolaylaştıran ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına aykırı bir niteliktedir¹²⁵.

SONUÇ

Türk toplu iş hukukunda grev oylaması, dünyadaki genel eğilimin aksine grevin zorunlu bir aşaması olarak değil, alınan grev kararının engellenmesi amacına hizmet edecek şekilde düzenlenmiştir. Grev hakkının niteliği gereği grev kararı alınmasının kural, engellenmesinin istisna olması gerekir. Bu yönden bizim sistemimizin esas olarak daha uygun olduğu kabul edilebilirse de, usul bakımından birtakım eleştirilere açıktır. Hem grev oylamasını talep hem de karar alınması açısından yetkili işçi sendikası işçileri haricinde işyerinde bulunan diğer işçilerinde dikkate alınmasının toplu iş sözleşmesi özerkliğine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Talep yeter sayısı ile karar yeter sayılarının mevcut haliyle grev hakkının özüne aykırı olduğu söylenmelidir. Sadece oylamaya katılanların salt çoğunluğu ile grevin engellenebilmesi, sendikal bilincin tam olarak oturmadığı ülkemiz açısından uygun değildir.

Hukukun değişen ve gelişen yönü, düzenlemelerin zaman içinde eleştiriler ve uluslararası standartlar dikkate alınarak değerlendirilmesini gerektirir. Toplu iş hukukunun doğumundan itibaren, işçi-işveren ilişkisinin eşit olmayan doğası gereği, işçilerin ve örgütlenmelerinin korunması ile toplu pazarlık haklarının geliştirilmesi prensiplerine bağlı kalınmıştır. İşveren tarafının grev hakkına ilişkin olumsuz tutumuna rağmen Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de bu yönde bir tavır takındığı

¹²⁵ Benzer yönde bkz. **ŞAHLANAN**, 574. Yazar, 6356 sayılı Kanundaki düzenlemenin sonucu olarak oylamaya katılmamanın grevi desteklememek anlamına geldiğini ve tutarsız bir düzenleme olduğunu haklı olarak belirtmiştir. Aynı yönde bkz. **EKMEKÇİ/YİĞİT**, 679.

açıktır. Mevzuatımızın grev oylaması özelinde, grev hakkının korunmasında geriye gittiği kanaatindeyim. Grev kararının uygulanmasını engellemeye yönelik bir oylama sisteminin benimsendiği Türk hukukunda, yukarıda değerlendirdiğimiz bunu ölçüsüz şekilde kolaylaştırıcı hükümlerde değişiklik yapılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKTAY** Ahmet Nizamettin, Toplu İş Hukuku, B.2, Ankara 2019.
- AKYİĞİT** Ercan, Toplu İş Hukuku, B.5, Ankara, 2024.
- ALPAGUT** Gülsevil, 6356 sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), Kadir Has Üniversitesi, Seminer 22 Aralık 2012, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi. 113-149.
- ALPAGUT** Gülsevil, 6356 Sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2012, C.9, S. 35, 24-55. (Değerlendirme)
- ARICI** Kadir, Türk İş Hukuku-II Toplu İş İlişkileri Hukuku, B.1, Ankara, 2022.
- AVCI** Mustafa, 6356 Sayılı Kanun'un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2013, S. 30, 87-92.
- AYDEMİR** Murteza, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Grev Hakkı ve Lokavtın Sınırları, İstanbul 2001.
- BELLACE** Janice, The ILO and The Right to Strike, International Labour Review, vol. 153, N.1, 2014, 29-70.
- BOISSON DE CHAZOURNES** Laurence, The ILO and International Judicial Mechanisms: a Story of Control and Trust. In: ILO 100 - Law for Social Justice. George P. Politakis, Tomi Kohiyama, Thomas Lieby (Ed.). Geneva : International Labour Office, 2019, 186-216.
- BORZAGA** Matteo/**SALOMONE** Riccardo, Challenging The Right To Strike Or Attacking The Ilos Monitoring System?, The Possible Consequences Of Recent Employers Claims On The Enforcement Perspectives Of International Labour Standards, SIS Working Paper No 2015-4, November 2015, 1-16.
- BRİONE** Patrick/**ZAİDİ** Khadijah, Strikes and Minimum Services Laws in Europe, House of Commons Research Briefing, March 2023.

<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9751/>

CENTEL Tankut, Grev Yasak ve Sınırlamalarına Topluca Bakış, TİSK Akademi, 2013/I, C. VIII, S. 15, 6-22. (Sınırlama)

CENTEL Tankut, Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması, TİSK Akademi, 2014/I, C. IX, S. 16, 6-24. (Oylama)

CREIGHTON Breen/ **MCCRISTAL** Shae, Strike Ballots and the Law in Comparative Perspective, Sydney Law School Legal Studies Research Paper No. 17/81 September 2017. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3039166 (ET.03.02.2025)

ÇELİK Nuri/**CANİKLİOĞLU** Nurşen/**CANBOLAT** Talat/**ÖZKARACA** Ercüment, İş Hukuku, B.36, İstanbul 2023.

ÇİFTER Algun, Grev Oylaması, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 76-100.

DEMİR Fevzi, Grev Oylamasının Önemi ve Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 2011, S. 22 121-137.

DEMİR Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir, 2018. (Uygulama)

DEMİRCİOĞLU Murat A., Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 2025.

DUKES Ruth/**KOUNTOURIS** Nicola, Pre-strike Ballots, Picketing and Protest: Banning Industrial Action by the Back Door?, Industrial Law Journal, Vol. 45, No. 3, September 2016, 337-362.

EKMEKÇİ Ömer/**YİĞİT** Esra, Toplu İş Hukuku, B.6, İstanbul 2024.

ERKANLI Betül, Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, 2209-2250.

EWING Keith D., Myth and Reality of the Right to Strike as a 'Fundamental Labour Right, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol. 29, Issue 2, 2013 145-165.

FREY Diane, Conflict over Conflict: The Right to Strike in International Law, Global Labour Journal, 2017, 8(1), 17-31.

- GARCÍA** Jorge Andrés Leyton, The Right To Strike As A Fundamental Human Right: Recognition And Limitations In International Law, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, no. 3, 2017, pp.781-804.
- GERNIGON** Bernard/**ODERO** Alberto/**GUIDO** Horacio, ILO Principles Concerning The Right To Strike, First Published in The International Labour Review, Vol. 137, N.4, 1998.
- GÖKTAŞ** Seracettin/**YILMAZ** Gökhan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi, B.2, Ankara 2024.
- GÜLER** Şerafettin, Grev Oylaması Yolu İle Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma, *Çimento İşveren Dergisi*, Kasım-Aralık 2008, 24-42 (Yüksek Hakem Kurulu).
- GÜLER** Şerafettin, Türk İş Hukukunda Grev Oylaması, *Mess Mercek Dergisi*, S. 69, Ocak 2013, 128-145 (Grev Oylaması).
- HOVARY** Claire La, Showdown at the ILO? A Historical Perspective on the Employers' Group's 2012 Challenge to the Right to Strike, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, No. 4, December 2013, 338-368.
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE**, "Final Report of the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), in Relation To The Right To Strike And The Modalities And Practices Of Strike Action At National Level", 2015. <https://www.ilo.org/meetings-and-events/tripartite-meeting-freedom-association-and-protection-right-organise> (ET. 04.04.2025)
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE**, "Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO (Fifth (revised edition)", 2006. (ILO, Digest) <https://www.ilo.org/publications/freedom-association-digest-decisions-and-principles-freedom-association> (ET. 01.03.2025)
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE**, Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, 6th edition, 2018. (ILO, 2018) <https://www.ilo.org/publications/freedom-association-compilation-decisions-committee-freedom-association-pdf> (ET. 01.03.2025)

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, Freedom of association and collective bargaining. General Survey of the reports on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87), and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98). Report III (Part 4B), 81st Session, 1994. https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay?vid=41ILO_INST:41ILO_V1&search_scope=ALL_ILO&tab=Everything&docid=alma993005643402676&lang=en&context=L (ET.01.03.2025)

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) Report III (Part A) 113th Session, 2025. (ILO, 2025). https://www.ilo.org/sites/default/files/2025-02/Report%20III%28A%29-2025-%5BNORMES-241219-002%5D-EN_0.pdf (ET. 02.03.2025)

INTERNATIONAL LABOUR CONFERENCE, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, (articles 19, 22 and 35 of the Constitution) Report III (Part A) 99th Session, 2010. (ILO, 2010) <https://www.ilo.org/international-labour-conference/99th-session-international-labour-conference> (ET. 02.03.2025)

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, 380th Report of the Committee on Freedom of Association, 2016. https://labordoc.ilo.org/discovery/fulldisplay/alma994940393202676/41ILO_INST:41ILO_V2 (ET. 03.04.2025)

KABAKÇI Mahmut, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'na Göre Toplu Pazarlık Sürecinde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Çözüm Aracı Olarak Grev ve Lokavt, İstanbul 2004.

KÖSE Sevda, ILO'da "Grev Krizi" ve Uluslararası Adalet Divanı Süreci, Çalışma ve Toplum, C.3, S.82. 927-962.

NARMANLIOĞLU Ünal, Grev, Ankara 1990 (Grev)

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, B.2, İstanbul 2013. (Toplu İş)

- NOVİTZ** Tonia A., UK regulation of strike ballots and notices–Moving beyond ‘democracy’?, *Australian Journal of Labour Law*, Vol.29, No.2, 2016, 226-242.
- OĞUZMAN** Kemal, *Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri*, B.4, İstanbul 1987.
- ÖZKARACA** Ercüment/ÜNAL Canan, Dava Şartı Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.42, 2019, 16-41
- REGENBOGEN** Sonia, The International Labour Organization And Freedom Of Association: Does Freedom Of Association Include The Right To Strike. *Canadian Labour & Employment Law Journal*, 16, 2011, 383–417.
- REİSOĞLU** Seza, *Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Şerhi*, Ankara 1986.
- SUR** Melda, *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, B.11, Ankara, 2024.
- SUR** Melda, *Lokavtın Meşruluğu ve Sınırları*, *Fransız Hukuku Örneği*, Münir Ekonomi Armağanı, Ankara 1993, 349-368
- SÜMER** Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, B.8, Ankara 2024.
- ŞAHLANAN** Fevzi, *Toplu İş Hukuku*, B.1, İstanbul 2020.
- TAŞKENT** Savaş, *Grev Hakkı ve Sorunları*, *Çalışma Hayatının Güncel Sorunları*, İstanbul 1987.
- TUNCAY** Aziz Can/**SAVAŞ KUTSAL** Burcu/**BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU** Yeliz, *Toplu İş Hukuku*, B.9, İstanbul 2025.
- ULUCAN** Devrim, Greve Katılan İşçilerin Salt Çoğunluğunun Greve Hayır Demesi İle Grevin Uygulanmaması, *İHU.*, TSGLK.22, No.3, 1977, 1-3.
- ULUCAN** Devrim, *Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları*, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2013, S. 4, 275-288.
- WISSKIRCHEN** Alfred, The Standard-Setting And Monitoring Activity Of The ILO: Legal Questions And Practical Experience, *International Labour Review*, Vol. 144, Issue 3, 2005, 253-289.
- VOGT** Jeffrey S, The Right to Strike and the International Labour Organisation (ILO), *King's Law Journal*, 27/1, 2016, 110-131.

GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİP BAKIMINDAN ADİ KEFİLİN TARTIŞMA DEF'İ

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat ÇELİK*

Öz

Kefalet sözleşmesinde kefil, alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Bu sözleşmenin esas türü olarak kabul edilen adi kefalette alacaklı, kural olarak önce asıl borçluya başvurmadan kefilin takibi yapamaz. Aksi takdirde kefil, alacaklıya karşı, önce asıl borçluya başvurulması gerektiği yönünde “tartışma def’i” savunmasında bulunabilir. Ancak bazı istisnai hâllerin gerçekleşmesi durumunda kefil, alacaklıya karşı bu def’iyi ileri süremez. Diğer bir ifadeyle, bu durumda alacaklı, doğrudan adi kefile başvurabilir. Tartışma def’inin ileri sürülmesi ve konuyla ilgili diğer hususlar, dava ve takipler bakımından, hatta takipler bakımından da kendi içinde farklılaşmaktadır. Bu nedenle çalışmanın konusu, ilamsız icra türlerinden biri olan “genel haciz yoluyla takip” çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

- İcra Hukuku • Genel Haciz Yoluyla Takip • Kefalet Sözleşmesi • Adi Kefalet
- Tartışma Def’i

* Dr. Öğr. Üyesi Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Tokat, Türkiye | Asst. Prof. Dr., University of Tokat Gaziosmanpaşa Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement and Bankruptcy Law, Tokat, Türkiye.

✉ ferhat.celik@gop.edu.tr • ORCID 0000-0001-5840-6562.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇELİK, Ferhat: “Genel Haciz Yoluyla Takip Bakımından Adi Kefilin Tartışma Def’i” SÜHFD, C.33, S.2, 2025, s. 1401 – 1445.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

THE DISPUTE DEFENCE OF ORDINARY SURETY IN TERMS OF ORDINARY EXECUTION PROCEEDINGS

Abstract

In a suretyship contract, the surety undertakes to be personally liable to the creditor for the consequences of the debtor's non-performance. In ordinary suretyship, which is accepted as the main type of this contract, the creditor, as a rule, cannot commence a legal proceeding against the surety without first effecting this procedure against the principal debtor. Otherwise, the surety may assert the “dispute defence” against the creditor that the principal debtor should be subjected to a legal proceeding first. However, in certain exceptional circumstances, the surety can not assert this defence against the creditor. In other words, in this condition, the creditor may commence a legal proceeding directly against the ordinary surety. The assertion of the dispute defence and other issues related to the subject differ in terms of cases and proceedings, and even in terms of proceedings themselves. For this reason, the subject of the study is limited within the framework of “ordinary execution proceedings”, which is one of the types of execution without judgment.

Keywords

• Law of Execution • Ordinary Execution Proceedings • Suretyship Contract • Ordinary Suretyship • Dispute Defence

GİRİŞ

Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK)¹ özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin tanımı TBK m. 581’de yapılmıştır. Anılan hükme göre, “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir”. Burada iki ayrı hukuki ilişki bulunmaktadır. Bunlar; asıl borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisi ve bu borcun ödenmemesi durumunu kişisel olarak teminat altına alan alacaklı ile kefil arasındaki ilişkidir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi, fer’i (asıl borca bağılı) bir niteliğe sahip olsa da her iki hukuki ilişkinin tarafları farklı olup sözleşme olarak birbirinden bağımsız şekilde nitelendirilir².

¹ 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011/27836).

² REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 22-24; AKARTEPE, Alpaslan, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2023, s. 18-23; BÖRÜ, Levent/PARLAK BÖRÜ, Şafak: “Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1245-1246.

Kefalet sözleşmesinde asıl borcun yerine getirilmemesinden dolayı alacaklının uğrayacağı zararın bir miktar para ödenerek karşılanması taahhüt edilir. Dolayısıyla kefilin borcu her zaman için bir para borcudur³. Asıl borcun konusunu oluşturan edim; bir şey vermeye, yapmaya veya yapmamaya ilişkin olabilse de kefilin edimi, tek tip olup borcun yerine getirilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararı karşılayacak bir miktar paranın ödenmesidir⁴.

Kefalet sözleşmesinde asıl borç ilişkisine bağlı olarak fer'i bir sorumluluk söz konusudur. Ayrıca bu sözleşmenin diğer bir özelliği de tali (ikinci derecede) bir sorumluluk doğurmasıdır. Buna göre kefalet sözleşmesi yapılmış olsa da asıl olan borçlunun bizzat ifayı yerine getirmesidir⁵. Bunun sağlanması için kefile başvurulmadan önce asıl borçlunun takip edilmesi gerekir. Ancak bu durum bazı kefalet türlerinde oldukça sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır⁶.

Kefalet sözleşmesinin en yaygın türleri adi kefalet ve müteselsil kefalettir. Adi kefalette, kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin yanında tali niteliği de geniş anlamda uygulanmaktadır. Buna göre, adi kefalette bazı istisnalar haricinde borçlu takip edilmeden ve varsa rehinler paraya çevrilmeden kefile başvurulamaz (TBK m. 585). Burada asıl amaç, borçlunun kendisinin borcu ödemesidir. Fakat müteselsil kefalette alacaklı, asıl borçluyu takip etmeden ve rehinleri paraya çevirmeden kefilin takip edebilir. Ancak, burada da oldukça sınırlı bir şekilde talilik

³ **ÖZEN**, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 65; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2023, s. 511-512, 514; **AYAN**, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018, s. 41.

⁴ **ÖZEN**, s. 65-66; **AYAN**, s. 40-41; **PEKSÖZ**, Vildan: "Kefilin İcra ve İflâs Yoluyla Takibi", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç'a Armağan, 2020, s. 483-484.

⁵ Kefil hiçbir zaman asıl borçlunun yerine geçmez (**EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 760; **REİSOĞLU**, s. 27).

⁶ Kefalet sözleşmesinin özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZEN**, s. 72 vd.; **AYAN**, s. 18 vd.; **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 11. Baskı, İstanbul 2022, s. 1521-1533; **EREN**, s. 762-765; **AKARTEPE**, s. 18-26.

sağlanmaya çalışılmış ve doğrudan kefile başvurulması için bazı şartlar aranmıştır (bkz. TBK m. 586)⁷.

Kefalet sözleşmesinin özellikleri gereği kanun koyucu, kefile korumak için kendisine çeşitli savunma imkânları tanımıştır. Bunların bir kısmı kefalet sözleşmesinin temel özellikleri gereği her kefalet türünde kefilin ileri sürebileceği (*örneğin, zamanaşımı def'i, muacceliyet eksikliği gibi*) savunmalar olup bunlar, asıl borç ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bazı savunma araçları ise kefil ile alacaklı arasındaki kişisel ilişkilere dayanmaktadır. Bunların yanında, taraflar arasında yapılan kefalet sözleşmesinin niteliği gereği tanınmış birtakım savunmalar da bulunmaktadır⁸. Kefil, asıl borçlunun sahip olduğu savunma imkânlarından yararlanabileceği gibi yapılan kefalet sözleşmesinin türü gereği kanun koyucu tarafından kendisine tanınan veya alacaklı ile aralarındaki kişisel ilişkiden kaynaklanan savunmalardan da yararlanabilir⁹. Kefilin, menfaatlerini koruyabilmesi için kendisine tanınan savunma araçlarını usulüne uygun bir şekilde kullanması gerekir. Bu çalışmada kefalet sözleşmesinin türlerinden olan adi kefalette talilik niteliğinin bir sonucu olarak öngörülen kefile özgü savunma araçlarından biri olan tartışma def'i ele alınacaktır. Bu veya diğer savunma araçlarının ileri sürülmesi dava veya takip türleri bakımından farklılaştığından çalışma konusu ilamsız takip (İİK¹⁰ m. 42 vd.) türlerinden olan genel haciz yoluyla takip çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

⁷ Kefalet sözleşmesinin türleri hakkında bkz. **ÖZEN**, s. 283 vd.; **AYAN**, s. 291 vd.; **BULUŞ**, Kasım, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri, Ankara 2017, s. 77 vd.; **AKARTEPE**, s. 76-97. Talilik ilkesi bakımından adi ve müteselsil kefaletin ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmesi hususunda bkz. **ERİŞİR**, Evrim, Kefilin Talilik İlkesini Haciz Yoluyla Takipte İleri Sürmesi, İstanbul 2024, s. 11-14, 19 vd.

⁸ Kefilin alacaklıya karşı savunmaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **ELÇİN GRASSINGER**, Gülçin, Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996, s. 17 vd.; **ÖZEN**, s. 399 vd.; **AYAN**, s. 429-456; **AKBAŞ**, Başak: "Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma Olanakları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 1, 2009, s. 197 vd.

⁹ Aynı yönde bkz. **ÖZEN**, s. 399-419.

¹⁰ 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (RG. 08.12.2001/24607).

I. ADİ KEFALET VE GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİP HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Adi Kefalet

Borçlar hukuku sistemimizde asıl kefalet türü olarak kabul edilen adi kefalet¹¹, TBK m. 585'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, adi kefalette alacaklı, kural olarak borçluya başvurmadıkça kefilî takip edemez. Ancak, daha sonra ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, bazı hâllerde alacaklı, doğrudan kefile başvurabilir¹². Bunlar, çalışmada tartışma def'inin ortadan kalktığı hâller olarak ifade edilmiştir.

Adi kefalet için doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan birine göre, adi kefalet, alacaklının önce asıl borçluyu takip (veya dava) edip daha sonra kefile başvurduğu kefalet türüdür¹³. Başka bir tanımlamaya göre, müteselsil kefalet niteliğinde olmayan bütün kefalet sözleşmeleri adi kefalet olarak kabul edilir¹⁴. Bunların tümünü içeren geniş bir tanıma göre, adi kefalet, alacağın tahsili için önce asıl borçluya

¹¹ TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Basım, İstanbul 2010, s. 762; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1560; ÖZEN, s. 283; REİSOĞLU, s. 160; AYAN, s. 291; AKBAŞ, s. 202; BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ, s. 1247; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara 2023, s. 581.

¹² Adi kefaletle ilişkin TBK m. 585 hükmü, “Adi kefalette alacaklı, borçluya başvurmadıkça, kefilî takip edemez; *ancak, aşağıdaki hâllerde doğrudan doğruya kefile başvurabilir*: 1. Borçlu aleyhine yapılan takibin sonucunda kesin aciz belgesi alınması, 2. Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi, 3. Borçlunun iflasına karar verilmesi, 4. Borçluya konkordato mehli verilmiş olması.

Alacak, kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, adi kefalette kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteyebilir. Ancak, borçlunun iflasına veya kendisine konkordato mehli verilmesine karar verilmişse, bu hüküm uygulanmaz.

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir” şeklindedir.

¹³ GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 543.

¹⁴ PESTALOZZI, Christoph M.: “Die Bürgschaft, Art. 495”, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Editörler), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Baskı, Basel 2007, N. 1; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 543; ÖZEN, s. 283; REİSOĞLU, s. 160; AYAN, s. 291-292; ARAL/AYRANCI, s. 581.

ve rehne başvurulma zorunluluğu bulunan ve kefilin asıl borçlu ile beraber müteselsil sorumluluk altına girmediği kefalet türüdür¹⁵.

Yukarıda da değinildiği üzere adi kefalet, kefalet ilişkisinin asıl borç ilişkisine bağlı olması anlamına gelen fer'iliğin yanında esas olarak talilik üzerinde yapılandırılmıştır¹⁶. Adi kefalette oldukça önemli olan talilik gereği, alacaklı kural olarak önce asıl borçluyu takip etmeden ve varsa rehinler paraya çevrilmeden kefile başvuramaz¹⁷. Bunun sağlanması için adi kefaletle özgü olarak tartışma (önce esas borçlunun takip edilmesi gerektiği) def'i ve önce rehnin paraya çevrilmesi def'i hakkı tanınmıştır¹⁸. Ancak bu çalışmada sadece tartışma def'inin genel haciz yoluyla takipte ileri sürülmesine ilişkin hususlara değinilecektir.

B. Genel Haciz Yoluyla Takip

İlamsız icra yollarından biri olan genel haciz yoluyla takip, sadece bir paranın ödenmesine¹⁹ veya bir teminatın verilmesine ilişkin olan alacaklar için başvurulabilmektedir (İİK m. 42/f. 1). Doktrindeki bir tanıma göre, genel haciz yoluyla takip, *“rehinle temin edilmemiş olan; bir kambiyo senedine dayanmayan ve abonelik sözleşmesinden kaynaklanmayan*²⁰

¹⁵ BULUŞ, s. 77.

¹⁶ GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 543; AKARTEPE, s. 76. Benzer şekilde bkz. ERİŞİR, s. 12, 19.

¹⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1531, 1562; ÖZEN, s. 284; AKARTEPE, s. 76-77.

¹⁸ ÖZEN, s. 297 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1562; AKARTEPE, s. 77-87.

¹⁹ Nitekim yukarıda da değinildiği üzere, kefalet borcu da daima bir para borcudur (bkz. yuk. Giriş).

²⁰ Rehin varsa kural olarak önce rehnin paraya çevrilmesi gerekir; bu yola başvurulması neticesinde alacağın karşılanamayan kısmı için haciz veya iflâs yoluyla takip yapılabilir. Ancak bazı istisnai durumlarda önce rehne müracaat kuralı uygulanmamakta ve doğrudan haciz veya iflâs yoluyla takip yapılabilmektedir (İİK m. 45). Öte yandan, kambiyo senedine bağlanmış alacaklarda alacaklı ister kambiyo senetlerine özgü haciz yoluna isterse genel haciz yoluyla takibe başvurabilir. Ancak abonelik sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarda, bu alacaklara ilişkin olarak öngörülen ilamsız takip yönteminin kullanılması zorunludur (7155 sayılı Kanun m. 2). Ayrıca bkz. ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 163 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, İstanbul 2024, s. 96 vd.

*bütün para (ve teminat) alacakları için başvurulabilen bir ilâmsız icra yoludur"*²¹.

Genel haciz yoluyla takip, iflâsa tabi olsun veya olmasın her borçluya karşı yapılabilir²². Bu takibe başvurmak için alacaklının elinde herhangi bir belgenin bulunması şart değildir. Ancak alacağın sebebinin belirtilmesi gerekir (İİK m. 58)²³. İcra takibi bir takip talebiyle başlar. Takip talebini alan icra dairesi borçluya²⁴ ödeme emri gönderir. Kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, usulüne uygun bir şekilde ödeme emrine itiraz ederse takip durur. Takibe devam edilebilmesi için alacaklının başvurusuyla genel mahkemelerde itirazın iptali davası veya icra mahkemesinde itirazın kaldırılması süreçlerinin işletilmesi gerekir. Burada borçlunun itirazı haklı görülürse takip sona erer. Ancak ödeme emrine hiç itiraz edilmez veya itiraz üzerine alacaklı tarafından başvuru söz konusu hukuki yollar neticesinde bu itiraz bertaraf edilirse kural olarak takip kesinleşir ve hâlen borç ödenmemişse icra takibinde haciz ve sonraki aşamalara geçilir²⁵.

²¹ KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 1988, s. 169; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 163.

²² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 171; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 172.

²³ Bu konuda ve ayrıca genel olarak takip talebine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, El Kitabı, s. 189 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 174-184; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 101-105; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 115-120.

²⁴ Burada borçlu denilse de bu ifade, yapılan takip açısından geçerli olup bu kişi asıl borçlu veya kefil olabilir. Çalışmamız açısından, kefile karşı genel haciz yoluyla takip yapılması üzerine ortaya çıkan bir durum ele alınmaktadır.

²⁵ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 96 vd.; KURU, El Kitabı, s. 189 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 163 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 114 vd.; KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 135-136.

II. GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİPTE ADİ KEFİLİN TARTIŞMA DEF'İNİ İLERİ SÜRMESİ VE BU DEF'İNİN ORTADAN KALKTIĞI HÂLLER

A. Adi Kefilin Tartışma Def'ini İleri Sürmesi

1. Genel Olarak Tartışma Def'i

Adi kefalette kural olarak asıl borçlu takip edilmeden kefile başvurulamaz (TBK m. 585/f. 1). Bu kural adi kefaletin tali niteliğini gösterir. Adi kefalette tali niteliğini veren savunma aracı, “tartışma def'i”dir²⁶. Bu def'inin sağlamış olduğu savunmaya göre, kural olarak alacaklı, ilk önce asıl borçludan alacağını tahsil etmeye çalışır; eğer alacağını borçludan tahsil edemezse elde edemediği kısım için kefile başvurabilir²⁷. Aksi takdirde, doğrudan kefile başvurulduğunda tartışma def'i ile karşılaşılabilir²⁸. Doktrinde bu def'i için “peşin dava def'i” teriminin de kullanıldığı görülmektedir²⁹.

Eski hukuk sistemlerinden beri kefilin korumak amacıyla kendisine birtakım def'ilerin³⁰ tanındığı görülmektedir. Bunlardan bir tanesi de tartışma def'idir³¹. Bu def'i, esasında kefilin korumayı amaçlar. Her ne kadar kefil, söz konusu borç için kendisinin de takip edilebileceğini bilerek kefil olsa da burada asıl borçlunun borcunu ödeyeceğine güvenerek teminat altına girer. Tartışma def'i ile kefilin bu güveni korunmaya çalışılmıştır³². Böylece, kefil olarak ağır bir yükümlülük

²⁶ GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 543, 545; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 373-374.

²⁷ ELÇİN GRASSINGER, s. 204. Benzer yönde bkz. EREN, s. 774.

²⁸ GÜMÜŞ, C. 2, s. 374-375.

²⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1562; ELÇİN GRASSINGER, s. 204 vd.; AYAN, s. 293; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 545; ARAL/AYRANCI, s. 581.

³⁰ Yapılan bir tanıma göre def'i, “alacağın varlığı hususu tartışma konusu yapılmaksızın, alacaklının iddia ettiği hakka karşı yöneltilen, borçlunun borçlu olduğu edimi, kendisine kanun ya da sözleşmeyle tanınmış özel bir nedene dayanarak ifa etmekten kaçınmasına imkân veren maddî savunma vasıtasıdır” (ÇUKADAR, Neslihan, Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014, s. 19-20). Belirtmek gerekir ki, çalışmanın konusu olan tartışma def'i, kefile geçici bir kaçınma imkânı vermektedir (ÇUKADAR, s. 20, 64-65, 72; BULUŞ, s. 80-81).

³¹ REİSOĞLU, s. 161. Def'i kavramının tarihçesi hakkında ayrıca bkz. ÇUKADAR, s. 23 vd.

³² ELÇİN GRASSINGER, s. 204-205.

üstlenen kişiye, önce asıl borçlunun takip edilmesi yönünde savunma imkânı tanınmıştır. Ancak burada alacaklı da korunarak menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır. Nitekim aşağıda da görüleceği üzere, kanunda düzenlenen bazı istisnai durumların bulunması hâlinde alacaklı, doğrudan kefile başvurabilecektir. Diğer bir ifadeyle, bu durumlarda kefil, tartışma def'ine dayanamayacaktır.

2. Tartışma Def'inin İleri Sürülmesi

a. Ödeme Emrine Karşı İleri Sürülmesi

Maddi savunma araçlarından olan tartışma def'i, gerçek anlamda bir def'i olduğundan dolayı bunun kendiliğinden dikkate alınması mümkün olmayıp kefil tarafından ileri sürülmesi gerekir³³. Aksi takdirde, kefile karşı genel haciz yoluyla takip yapıldığında ödeme emrine, süresinde ve usulüne uygun olarak tartışma def'i veya başka bir (ödeme emrine) itiraz sebebi ile karşı çıkılmadığında takip kesinleşir. Dolayısıyla adi kefile karşı genel haciz yoluyla takip başlatılması üzerine kefil, ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde herhangi bir sebep bildirmeksizin veya çeşitli sebepler ileri sürerek ödeme emrine itiraz edebilir (bkz. İİK m. 62)³⁴. Bunlardan biri de tartışma def'inin ileri sürülerek ödeme emrine itiraz edilmesidir. Buna göre kefil, ödeme emrine itiraz yoluyla öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini (tartışma def'i) ifade eder. Burada kısaca belirtmek gerekir ki, adi kefil, klasik anlamda bir tartışma def'inde bulunabileceği gibi asıl borcun muaccel olması şartıyla süreli olmayan kefalette TBK m. 601'e³⁵ dayanarak asıl

³³ ELÇİN GRASSINGER, s. 205; AKARTEPE, s. 78; ERİŞİR, s. 27-28, 31; AYAN, s. 293, 300. Bu savunmanın hukuki niteliği hakkında ayrıca bkz. ERİŞİR, s. 20-28.

³⁴ Benzer şekilde bkz. PEKSÖZ, s. 497; AYAN, s. 479-480. Ayrıca genel olarak konu hakkında bkz. AKİL, Cenk, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz, Ankara 2017, s. 31 vd.; KURU, İcra, s. 235 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 190-204; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 109-113; KURU, El Kitabı, s. 222-240; GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2023, s. 81-85; AŞIK, İbrahim/ORUÇ, Yakup/TOK, Ozan/SAÇAR, Ömer Faruk/AŞİT, Recep, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2024, s. 103-106.

³⁵ Kefalet sözleşmesinin sona ermesi kısmında yer alan TBK m. 601, "Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.

borçluya başvurulmasını da isteyebilir³⁶. Bu durumda alacaklının yapması gerekenlere uymaması hâlinde kefilin sorumluluğunun sona ermesi söz konusu olacağından bu husus, maddi hukuk bakımından “def’i” değil de “itiraz” olarak gündeme gelir³⁷. Bunun da mevcut takipte ödeme emrine itirazın hükümden düşürülmesi süreçlerinde ve borçtan kurtulma, menfi tespit veya istirdat davalarında ileri sürülmesi konusunun ayrıca (başka bir çalışmada) ele alınması gerekir³⁸.

Yukarıda da belirtildiği üzere, tartışma def’i, maddi hukuktan ve taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklanmakta olup buna uyulmadan takip yapılmış olması, icra dairesinin kendiliğinden dikkate alabileceği bir durum değildir. Bu nedenle, kanaatimizce takip talebinin icra dairesince kabul edilerek (reddedilmeyerek) kefile ödeme emrinin tebliğ edilmesi, icra dairesinin kanuna veya somut olaya uygun olmayan işlemlerinden dolayı başvurulmuş “şikâyet” yolunun (İİK m. 16-18) konusu olamaz³⁹.

Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirimi yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.

Alacaklı, kefilin bu istemlerini yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur” şeklindedir. Bu hüküm çerçevesinde kefalet sözleşmesinin sona ermesinin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKARTEPE, s. 145 vd.; ÖZEN, s. 587-601; AYAN, s. 732 vd.

³⁶ Kefilin ödeme emrine itirazında veya alacaklıya ayrıca yönelteceği irade beyanında TBK m. 601’e dayanıldığına anlaşılmaması gerekir (aynı yönde bkz. REİSOĞLU, s. 303-304; AKARTEPE, s. 153). Aksi takdirde kanaatimizce, asıl borçluya karşı dava ve takip haklarının kullanılmasının istenmesi, normal bir tartışma def’i olarak değerlendirilir ve dolayısıyla TBK m. 601’deki hüküm ve sonuçlar (gerekli şartlar sağlanana kadar) gerçekleşmez.

³⁷ Bu ihtimalde kefilin, borcunun sona erdiğini borca itiraz olarak ileri sürebileceği yönünde bkz. ERİŞİR, s. 51.

³⁸ Öte yandan, doktrinde katıldığımız bir görüşe göre, tartışma def’inin ortadan kalktığı hâllerden birinin (bkz. aşa. II, B) bulunması durumunda kefilin TBK m. 601’e dayanması mümkün değildir; bu yönde bir talebi olsa da bunun herhangi bir hükmü yoktur (AKARTEPE, s. 147, 158-159; AYAN, s. 743, 747). Dolayısıyla kefilin bunu ödeme emrine itirazında ileri sürmesi, icra takibini durdursa da veya sonradan da ileri sürmesi söz konusu olabilse de alacaklının itirazın kaldırılması sürecinde veya takip boyunca açılan davalarda tartışma def’inin ortadan kalktığı hâllerden birini ispatlaması üzerine mahkeme, kefil aleyhine karar verir.

³⁹ Aynı görüşte bkz. AYAN, s. 70-73, s. 480, dn. 1353; PEKSÖZ, s. 496; ERİŞİR, s. 27-28, 31-33. Ayrıca ödeme emrine itiraz ile şikâyet müesseselerinin karşılaştırılması hakkında bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 144-145;

Dolayısıyla kefilin tartışma def'ini kural olarak, ödeme emrinin usulüne uygun bir şekilde tebliğinden itibaren yedi gün içinde, ödeme emrine itiraz yoluyla⁴⁰, takibin yapıldığı icra dairesine, yazılı, elektronik ortamda UYAP üzerinden veya sözlü bir şekilde ileri sürmesi gerekir (İİK m. 62)⁴¹.

Hak düşürücü nitelikte olan yedi günlük ödeme emrine itiraz süresini⁴², kusuru olmaksızın elinde olmayan sebeplerle kaçırarak takip borçlusu (kefil), haczedilen malların paraya çevrilme işlemleri bitinceye kadar gecikmiş itiraz yoluna (bkz. İİK m. 65/f. 1) başvurarak tartışma def'ini ileri sürebilir. Bu yola başvurulması için kefilin, ödeme emrine süresi içinde itiraz edememesinin doğal afetler, ağır hastalık gibi kabul edilebilir bir mazeretinin bulunması gerekir⁴³. Böyle bir durumda kefil,

ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 210-212; KURU, İcra, s. 275-277; KARSLI, s. 147-149; AKİL, s. 43-47; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 91.

⁴⁰ Aynı şekilde, önce asıl borçluya başvurulması gerektiği yönündeki savunmanın ödeme emrine itiraz yoluyla ileri sürülebileceği yönünde bkz. ERİŞİR, s. 31-33; AYAN, s. 70-73, s. 480, dn. 1353; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 132; PEKSÖZ, s. 496. Ancak çalışmada ele alınan bazı kararlarda bu durumun kendiliğinden dikkate alınamayacağı yönünde değerlendirmeler olmakla birlikte (Y. 13. HD, 06.06.2012, E. 2012/9963, K. 2012/14779), bazı kararlarda da önce asıl borçluya başvurulmamış olması bir şikâyet sebebi olarak kabul edilmiştir. Örneğin, bir kararda, "... alacaklı bankanın, kefil olan şikâyetçi borçlu hakkında icra takibi yapabilmesi için, TBK. nun 585.maddesinde ön görülen koşullardan birinin bulunması zorunludur. Bu konudaki başvuru ise İİK'nun 16. maddesi kapsamında şikâyet olup, anılan hüküm emredici nitelikte ve kamu düzeni ile ilgili olmakla borçlunun, aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca süreye bağlı olmaksızın icra mahkemesine başvuru hakkı vardır..." denilmiştir [Y. 12. HD, 07.06.2016, E. 2016/12838, K. 2016/16097 (Lexpera, Erişim Tarihi: 02.11.2024)]. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 12. HD, 11.03.2014, E. 2014/3880, K. 2014/6806; Y. 12. HD, 28.02.2018, E. 2016/28414, K. 2018/2087 (Lexpera, Erişim Tarihi: 02.11.2024). Yukarıda açıklanan gerekçelerle bu yöndeki kararlara katılmıyoruz. Yargıtay'ın belirtilen şekildeki değerlendirmesi ve bunun eleştirisi hakkında aynı yönde bkz. AYAN, s. 70-73; PEKSÖZ, s. 496.

⁴¹ Ödeme emrine itirazın yapılmasına ilişkin hususlar hakkında bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 202-204; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 138-140; KURU, El Kitabı, s. 234-238.

⁴² Söz konusu sürenin kesin ve hak düşürücü nitelikte olduğu hususunda bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 140; AKİL, s. 151.

⁴³ UYUMAZ, Alper, İcra ve İflâs Hukukunda Gecikmiş İtiraz, İstanbul 2011, s. 47-64; ULUKAPI, Ömer: "İcra ve İflâs Hukukunda Gecikmiş İtiraz", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10.

söz konusu engelin kalktığı günden itibaren üç gün içinde icra mahkemesine hem delilleriyle birlikte bu mazeretini hem de tartışma def'ini bildirmelidir (bkz. ve karşı. İİK m. 65/f. 2)⁴⁴. Gecikmiş itiraz, süresinde yapılan ödeme emrine itirazdan farklı olarak icra takibini kendiliğinden durdurmadığından icra mahkemesi, öncelikle takibin durdurulmasının gerekip gerekmediğine karar verir (bkz. İİK m. 65/f. 3)⁴⁵. Daha sonra icra mahkemesince kural olarak dosya üzerinden yapılacak inceleme (İİK m. 65/f. 3) neticesinde kefilin mazereti kabul edilmezse gecikmiş itiraz başvurusu reddedilir ve icra takibine devam edilir. Ancak mazeretin kabulü hâlinde takip durur⁴⁶. Takibin durması hâlinde, aşağıda ele alınacağı üzere alacaklı, duruma göre altı ay içinde itirazın kaldırılmasını (İİK m. 68-70) veya bir yıl içinde itirazın iptalini (İİK m. 67) isteme hakkına sahip olmakla beraber, gecikmiş itirazda konuyla ilgili bazı özel hükümler de düzenlenmiştir. Şöyle ki, borçlunun (kefilin) gecikmiş itiraza ilişkin mazeretinin kabul edildiği oturumda alacaklı, itirazın kaldırılmasını sözlü olarak da isteyebilir. Bu durumda mahkeme, tahkikata devam ederek gerekli kararı verir (İİK m. 65/f. 4). Ayrıca, daha önce haciz konulmuşsa mazeretin kabulü kararının tefhim veya tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde, itirazın kaldırılması veya aynı süre içinde itirazın iptali talebinde bulunulmazsa söz konusu haciz kalkar (İİK m. 65/f. 5). Belirtmek gerekir ki, bu durum, sadece hacizler için geçerlidir;

Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s. 310-318; KURU, İcra, s. 263-267; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 206-207; KURU, El Kitabı, s. 241-242; AKİL, s. 255-266.

⁴⁴ Gecikmiş itirazda bulunma usulü hakkında bkz. KURU, El Kitabı, s. 242-244; ULUKAPI, s. 319-325; UYUMAZ, s. 66-91; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 206-208; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 141-144; AKİL, s. 250 vd.; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 87-90.

⁴⁵ Aynı şekilde bkz. KURU, İcra, s. 270; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 208; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 142-144; ULUKAPI, s. 325-326. Ayrıca aşağıda ele alınacağı üzere, burada icranın durdurulması sonucu çıkmazsa kefil, TBK m. 590/f. 2 hükmü çerçevesinde aynı güvence karşılığında takibin durdurulması kararı alabilir (bkz. aşağı. dn. 53).

⁴⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. UYUMAZ, s. 91 vd.; ULUKAPI, s. 326-329; AKİL, s. 282 vd.

yoksa alacaklı, altı ay içinde itirazın kaldırılmasını veya bir yıl içinde itirazın iptalini isteyebilir⁴⁷.

b. İtirazın İptali Davasında İleri Sürülmesi

Kefilin ödeme emrine itirazı dolayısıyla takibin durması (bkz. İİK m. 66) üzerine alacaklının icra takibine devam edebilmesi için itirazın hükümden düşürülmesi (giderilmesi) gerekir. Bunun için alacaklı, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir (İİK m. 68-70) ya da genel veya özel görevli mahkemelerde itirazın iptali davası açabilir (İİK m. 67). Alacaklının elinde itirazın kaldırılmasını sağlayacak belgelerden birinin bulunması hâlinde itirazın kaldırılması yolu alacaklı için daha avantajlı olsa da itirazın iptali davası da açılabilir. Ancak söz konusu belgelerin bulunmaması durumunda, sadece itirazın iptali davası açılarak kefilin ödeme emrine itirazı giderilebilir⁴⁸.

İtirazın iptali davası, alacaklı tarafından takip borçlusuna (kefile) karşı, genel hükümler çerçevesinde görevli ve yetkili mahkemede açılmaktadır⁴⁹. Kural olarak bütün ödeme emrine itiraz türlerinde (imzaya veya borca itiraz) açılabilen bu dava için süre, itirazın alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıldır (İİK m. 67/f. 1)⁵⁰.

Tartışma def'i ile ilgili hususlar itirazın iptali davasında iki şekilde gündeme gelebilir. Birincisi, adi kefilin ödeme emrine itiraz yoluyla bu def'iyi ileri sürmesi ve takibin durması üzerine, alacaklının tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden (bkz. TBK m. 585/f. 1) birinin

⁴⁷ Bu özel hükümlerle ilgili olarak ayrıca bkz. KURU, El Kitabı, s. 245; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 209-210; UYUMAZ, s. 107-110; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 143-144.

⁴⁸ KURU, İcra, s. 278-279; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 117; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR/AŞİT, s. 110 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 213-214; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 92, 97-99.

⁴⁹ Burada belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, bazı alacaklarla ilgili olarak açılacak itirazın iptali davası ile (aşağıda ele alınacak) menfi tespit ve istirdat davalarının dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğunu açıkça ifade etmiştir (örneğin bkz. TTK m. 5/A; İş Mah. K m. 3). Böyle bir alacakla ilgili olarak söz konusu davalar açılmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur.

⁵⁰ KURU, İcra, s. 280 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 214-229; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 147-157; KURU, El Kitabı, s. 248 vd.; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 92-93.

bulunduğunu belirterek itirazın iptali davası açması ihtimalidir⁵¹. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacak bu hâllerden birinin bulunması ve bunun ispat edilmesi⁵² durumunda mahkeme, itirazın iptaline karar verir ve icra takibine devam edilir⁵³.

İkinci bir ihtimal ise kefilin, ödeme emrine itirazında sebep belirtmemiş veya başka bir sebep belirtmiş olup alacaklının açtığı itirazın

⁵¹ Tartışma def'i ile takibe itirazın mümkün olduğu ve bu savunmaların itirazın iptali davasında da ileri sürülebileceğiyle ilgili bir karara göre, "... Somut olayda, takibe konu senetlerin tanzim yerlerinin olmaması sebebiyle bono vafında olmadıkları kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabittir. Senetler adi belge niteliğinde olup, senetleri kefil sıfatıyla imzalayan davalı A. F. T.'ın kefilliği adi kefillik niteliğindedir. Her ne kadar davacı, borçlu hakkında kefil birlikte icra takibi başlatmış ise de, söz konusu icra takibinin semeresiz kaldığına dair dosyada her hangi bir belge ve bilgi yoktur. Bu sebeple davacının, öncelikle asıl borçlu Ş. T.'dan alacağına dair talepte bulunması gerekirken, asıl borçluyla birlikte kefil A. F. T. hakkında da takip başlatıp, itiraz üzerine eldeki itirazın iptali davası açıldığından, adi kefil A. F. T. hakkında açılan davanın reddine karar verilmesi gerekir" [Y. 3. HD, 27.01.2014, E. 2013/15870, K. 2014/999 (Kazancı, Erişim Tarihi: 16.10.2024)]. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 6. HD, 21.05.2012, E. 2012/5302, K. 2012/7518; Y. 13. HD, 22.01.2004, E. 2003/10580, K. 2004/469; Y. 6. HD, 12.12.2005, E. 2005/9223, K. 2005/11442 (Kazancı, Erişim Tarihi: 16.10.2024).

⁵² Bu durumların alacaklı tarafından ispat edileceği yönünde bkz. **ÖZEN**, s. 295; **PESTALOZZI**, Art. 495, N. 2; **EREN**, s. 774; **ARAL/AYRANCI**, s. 582; **AYAN**, s. 294, 300; **BÜYÜKAY**, Ferhat, Menfi Tespit Davası (İİK m. 72), Ankara 2024, s. 427-428; **CELEP**, Ayça Ebru: "Kefilin Savunma İmkanları", Çetiner, Bilgehan/Korkmaz, Abdullah Furkan (Editörler), Teminat Hukuku, Ankara 2023, s. 1078. Bu hâllerle ilgili devam eden bir dava varsa itirazın iptaline veya kaldırılmasına bakan mahkemenin, asıl borçluyla ilgili davayı bekletici sorun yapabileceği yönünde bkz. **ERİŞİR**, s. 65, 77.

⁵³ Bununla birlikte, **TBK m. 590/f. 2** hükmü uyarınca "... kefil, aynı güvence karşılığında hâkimden, mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınıncaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebilir". Dolayısıyla bu şartlarla takibin durdurulması söz konusu olabilir (aynı yönde bkz. **ERİŞİR**, s. 294). Bu konuda ayrıca bkz. **ERİŞİR**, s. 261 vd.; **AYAN**, s. 486-511; **PEKSÖZ**, s. 509-519; **ÖZEN**, s. 83-88; **BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ**, s. 1255-1257; **AYDEMİR**, Dilek: "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi", **MİHDER**, C. 15, S. 43, 2019, s. 548-552. Doktrindeki bir görüş, haklı olarak burada takibin durdurulması kararını verecek mercinin takibin yapıldığı yerdeki icra mahkemesi olduğunu belirtse de (bkz. **ERİŞİR**, s. 270-277; **PEKSÖZ**, s. 510; **AYAN**, s. 495; **BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ**, s. 1256; **AYDEMİR**, s. 550) kanaatimizce, özellikle aşağıda ele alınacak menfi tespit davasına bakan mahkeme de bu konuda gerekli kararı verebilmelidir. Dava açılmış olsa da söz konusu hüküm çerçevesinde takibin durdurulması talebi bakımından icra mahkemesinin görevli olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **ERİŞİR**, s. 274-277.

iptali davasında tartışma def'ini ileri sürmek istemesidir. İtirazın iptali davasında yargılama, genel hükümlere göre yapıldığından borçlu, bu davada ödeme emrine itirazında bildirdiği sebeplerle bağlı değildir. Takip borçlusu, daha önce belirtmediği itiraz sebepleri dahil tüm ödeme emrine itiraz sebeplerini iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde (HMK m. 141, m. 319) bu davada ileri sürebilir⁵⁴. Dolayısıyla kefil, ödeme emrine itirazında tartışma def'ini bildirmemiş olsa bile kendisine karşı itirazın iptali davası açıldığında, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına uyararak bu def'iyi ileri sürebilir⁵⁵. Davacı (alacaklı) ise buna karşılık olarak varsa tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birini iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde ileri sürerek itirazın iptalini ve icra takibine devam edilmesini sağlamaya çalışır.

İtirazın iptali davasının reddi durumunda itiraz neticesinde duran icra takibi iptal edilmiş sayılır. Bu hâlde alacaklı, tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden biri gerçekleştikten sonra adi kefile başvurabilir. Aksi takdirde alacaklı, aynı şartlarla, aynı alacak için tekrar kefile başvuramaz. Zira itirazın iptali davasında verilen kararlar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir⁵⁶. İtirazın iptali davasının kabul edilmesi durumunda ise kefilin itirazı iptal edilerek icra takibine devam edilir⁵⁷; haciz ve sonraki aşamalara geçilir. Bu karar da maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden kefil, alacaklıya karşı aynı alacakla ilgili olarak, aynı sebebe dayanarak artık menfi tespit veya istirdat davası açamaz⁵⁸.

⁵⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 120; KURU, El Kitabı, s. 255-256; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 219; AKİL, s. 198-199.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. AYAN, s. 293.

⁵⁶ KURU, İcra, s. 318; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 220, 229; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 152; KURU, El Kitabı, s. 257, 271; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 102-103; KARSLI, s. 238.

⁵⁷ Ayrıca davanın kabulünün diğer sonuçları, özellikle de icra inkâr tazminatı hakkında bkz. KURU, El Kitabı, s. 260-271; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 221-229; KARSLI, s. 238-249.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. ve karşı. KURU, İcra, s. 318-319; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 152; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 229.

c. İtirazın Kesin Kaldırılmasında İleri Sürülmesi

Kendisine ödeme emri tebliğ edilen kefilin süresi içinde usulüne uygun olarak yaptığı ödeme emrine itirazı, tartışma def'inden ibaretse ya da sebep bildirilmemiş veya başka bir borca itiraz sebebi ileri sürülmüşse alacaklının itirazın iptali davası açma haricinde, (ödeme emrine itirazın kendisine tebliğinden itibaren) altı ay içinde icra mahkemesinden itirazın kesin kaldırılmasını (İİK m. 68) isteme hakkı da mevcuttur. Dolayısıyla kefilin itirazı imzaya değil de bu şekilde borca itiraz ise alacaklı, itirazın kesin kaldırılmasına başvurabilir⁵⁹. Ancak İİK m. 68/f. 1'e göre bu yola başvurmak için alacaklının elinde "imzası ikrar edilmiş veya noterlikçe onaylanmış borç ikrarını içeren bir senet ya da resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri bir belge" olmalıdır⁶⁰.

İtirazın kaldırılmasında takip borçlusu ödeme emrine itirazda bildirdiği sebeplerle bağlıdır. Borçlu daha sonra icra mahkemesinde ancak alacaklının dayanmış olduğu senet metninden anlaşılan itirazları ileri sürebilir (İİK m. 63)⁶¹. Adi kefil, ödeme emrine itirazında tartışma def'ini ileri sürmüştü kural olarak bu sebep genişletilip değiştirilemez. İcra mahkemesi, alacaklının başvurusu üzerine, basit yargılama usulüne göre (bkz. İİK m. 18, 70), tartışma def'i çerçevesinde incelemeyi yapar. Öte yandan, ödeme emrine itirazda herhangi bir sebep belirtilmemiş veya başka bir borca itiraz sebebinde bulunulmuşsa bu def'i, ancak varsa

⁵⁹ Bkz. ve karşı. **AYAN**, s. 480-481. Ayrıca genel olarak konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **KİRAZ**, Taylan Özgür, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara 2013, s. 7 vd.; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR** **AYVAZ/HANAĞASI**, s. 230 vd.; **KURU**, İcra, s. 320 vd.

⁶⁰ Bu belgeler, İİK m. 68/b ve bazı özel kanunlarda öngörülen aynı işlevdeki belgeler hakkında bkz. **KİRAZ**, s. 119 vd.; **KARSLI**, s. 162-184. Yazarlara göre kredi sözleşmeleriyle ilgili İİK m. 68/b hükmünün kefil bakımından geçerli olabilmesi için ilgili belgelerin kefile de tebliğ edilmesi gerekir (**KİRAZ**, s. 158-159; **KARSLI**, s. 166, 172). Doktrinde haklı olarak, söz konusu hüküm çerçevesinde, asıl borçluya yapılan ihtara kayıtsız kalınmasının olumsuz sonuçlarının kefile yüklenemeyeceği belirtilmiştir (**AYAN**, s. 483-484; **KARSLI**, s. 166, 172, 441). İİK m. 68/b hükmü kapsamındaki ilgili belgelerin itirazın kaldırılmasında kefil aleyhine kullanılmaması gerektiği yönünde bkz. **PEKSÖZ**, s. 497-498. Bu hükmün kefalet bakımından değerlendirilmesiyle ilgili olarak ayrıca bkz. **REİSOĞLU**, s. 145-147.

⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz. **KİRAZ**, s. 293-309; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR** **AYVAZ/HANAĞASI**, s. 197-199; **KURU**, İcra, s. 241-245; **GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU**, s. 111; **AKİL**, s. 190-200.

alacaklının dayandığı senetten anlaşılması hâlinde ileri sürülebilir (bkz. ve karş. İİK m. 63). Alacaklının itirazın kesin kaldırılmasında böyle bir senede dayanması, bu senet metninden tartışma def'inin anlaşılabilmesi ve kefil tarafından iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde (HMK m. 319)⁶² usulüne uygun olarak ileri sürülmesi durumunda (*veya en başta ödeme emrine itirazda ileri sürülmüşse*) alacaklı da tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin bulunduğunu yukarıdaki belgelerden biriyle (özellikle *resmi dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belgeler*) ispatlamaya çalışır. Ancak kefil de buna karşılık birtakım savunmalar ileri sürebilir⁶³.

Duruşmalı bir şekilde (bkz. İİK m. 70), fakat sınırlı bir inceleme yetkisine sahip icra mahkemesinde alacaklı, tartışma def'inin ortadan kalktığı bir hâli, belirtilen belgelerden biriyle ispatlar ve kefil de itirazlarını belgeyle ispatlayamaz ise itirazın kaldırılmasına karar verilerek takibe devam edilir. Aksi takdirde, alacaklının talebi reddedilir ve (*itirazın iptali davası da açılmazsa*) itirazla duran takip sona ermiş olur⁶⁴. Ancak icra mahkemesinin bu kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için duruma göre alacaklı, (*dava açma süresi geçmemişse*) itirazın iptali veya alacak davası açabileceği gibi kefil de aşağıda ele

⁶² İtirazın kaldırılmasında söz konusu yasağa ilişkin hükümlerin uygulandığı yönünde bkz. KURU, El Kitabı, s. 305, 308; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 253; KİRAZ, s. 297.

⁶³ Örneğin, bu konuda bir Yargıtay kararına göre, "... Borçlunun icra dairesine verdiği itiraz dilekçesinde hiçbir tereddüte yer vermeyecek biçimde borca itiraz edildiği ve kiracılık sıfatının bulunmadığının da ileri sürüldüğü görülmektedir. Tüm bunların ötesinde takip taleptnamesinde alacaklı vekilinin dayanak belgesinin yukarıda sözü edilen kira sözleşmesi olduğu anlaşılmış buna göre de borçlunun sözleşmede adi kefil olduğu saptanmıştır... Ayrıca BK'nun 486/1. maddesi gereğince adi kefil hakkında takip yapılabilmesi için öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi ve bu takibin alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması gereklidir. Oysaki asıl borçlu hakkındaki Ankara 18. İcra Müdürlüğü'nün ... sayılı kesinleşmiş takibi alacaklının feragati sebebiyle sona ermiştir. Bu durumda takip konusu borçtan sorumlu tutulamayacağı için borçlunun itirazının kaldırılmasına yönelik alacaklı isteminin reddi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir" [Y. 12. HD, 19.09.2000, E. 2000/12141, K. 2000/13131 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.10.2024)]. Benzer yönde kararlar için bkz. Y. 6. HD, 11.06.2003, E. 2003/4335, K. 2003/4430; Y. 12. HD, 29.09.1994, E. 1994/10958, K. 1994/11344 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.10.2024).

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KİRAZ, s. 117 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 245-256; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 158-167.

alınacağı üzere, menfi tespit veya istirdat davası (İİK m. 72) gibi davaları açabilir⁶⁵.

d. İtirazın Geçici Kaldırılmasında ve Borçtan Kurtulma Davasında İleri Sürülmesi

Alacaklının adi senede dayanarak takip yapması ve kefilin ödeme emrine itirazında bu senet altındaki imzaya ayrıca ve açıkça itiraz etmesi⁶⁶ hâlinde alacaklı, altı ay içinde icra mahkemesinde itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurabilir (İİK m. 68/a, f. 1). İmzaya itiraz eden takip borçlusu sadece imzaya itiraz edebileceği gibi imzaya itirazla çelişmeyen borca itiraz sebeplerini de ileri sürebilir. Bu tür sebepler ileri sürüldüğünde bunlar da imzaya itiraz gibi işlem görür ve itirazın geçici kaldırılmasına konu olur⁶⁷. İmzaya itirazın söz konusu olması durumunda tartışma def'i de imzaya itirazla çelişmeyen bir borca itiraz sebebi olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla kefilin, *"Senetteki imza bana ait değildir; kaldı ki, bu itirazım kabul edilmese bile burada adi kefalet ilişkisi bulunduğundan alacağın tahsili için önce asıl borçluya başvurulması gerekir"* şeklinde bir ödeme emrine itirazı olabilir.

Burada gerçekleşebilecek bir başka ihtimal ise ödeme emrine itirazda sadece imzaya itiraz edilmesine rağmen itirazın geçici kaldırılması aşamasında tartışma def'inin de ileri sürülmek istenmesidir. İtirazın kesin kaldırılması ele alınırken de değinildiği üzere, itirazın kaldırılmasında takip borçlusu, ödeme emrine itirazda belirttiği sebeplerle bağlı olup alacaklının dayandığı senetten anlaşılanlar dışında, itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez (İİK m. 63). Dolayısıyla tartışma def'i, önceden ileri sürülmemişse itirazın geçici kaldırılmasında ancak alacaklının elindeki senet metninden bunun anlaşılması hâlinde ileri sürülebilir⁶⁸.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 133-135; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 254-255; KİRAZ, s. 104-105; KURU, El Kitabı, s. 308, 311; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR/AŞİT, s. 127.

⁶⁶ İmzaya itiraz hakkında bkz. KURU, İcra, s. 238-240; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 194-196; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 109-111; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 133-135.

⁶⁷ KURU, El Kitabı, s. 224-225; KURU, İcra, s. 239, 393; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 195-196.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. ve karşı. KURU, İcra, s. 402, dn. 294a, s. 417-420; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 136.

Her iki ihtimalde de icra mahkemesi, öncelikle kefilin tartışma def'inin haklı olup olmadığını, sonrasında ise söz konusu imzanın kefile ait olup olmadığını incelemelidir⁶⁹. İleri sürülen tartışma def'inin haklı görülmesi durumunda imza incelemesine geçmeksizin alacaklının talebi reddedilirken; tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin bulunması durumunda ise imza incelemesine geçilir⁷⁰. Kanaatimizce bu şekilde inceleme usul ekonomisine daha uygundur. Zira icra mahkemesindeki diğer yargılamalara göre, uzun ve teknik bir süreçten geçen imza incelemesinden sonra imzanın kefile ait olduğu anlaşılabilir bile tartışma def'inin haklı bulunması durumunda yine de alacaklının talebinin reddine karar verilecektir. Dolayısıyla burada önce imzaya itirazla çelişmeyen bu tür borca itirazların incelenmesi daha isabetli olur. Yapılacak imza incelemesi neticesinde imzanın takip borçlusuna (kefile) ait olup olmamasına göre itirazın geçici kaldırılmasına veya bu talebin reddine karar verilir⁷¹.

İtirazın geçici kaldırılması üzerine kefil, itirazın geçici kaldırılması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde (İİK m. 69/f. 2) tartışma def'ine dayanarak alacaklıya karşı, genel veya özel görevli

⁶⁹ Bu husus imza inkârının hâlen devam etmesi durumunda geçerlidir. Buna karşılık, ilk başta inkâr edilen imzanın icra mahkemesi önünde kabul (ikrar) edilmesi durumunda alacaklının dayandığı senet, İİK m. 68/f. 1 anlamında imzası ikrar edilmiş adi senet hâline gelir ve itirazın geçici kaldırılması talebi kesin kaldırmaya dönüşür (KURU, İcra, s. 415-416; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 261; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 135-136). Yazarlara göre bu hâlde, senedin aslı takip talebiyle birlikte icra dairesine verilmemişse takip borçlusu, senet metninden anlaşılamayan itirazları dahi ileri sürebilmelidir (KURU, İcra, s. 417-420; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 136). İmzanın ikrarı ve sürecin artık itirazın kesin kaldırılması olarak kabul edilmesi durumunda, tartışma def'inin ileri sürülmesi ve haklı olup olmadığı hususları bir önceki başlıkta ele alındığı gibi incelenir.

⁷⁰ Aynı yönde bkz. ve karşı. KURU, İcra, s. 402; KURU, El Kitabı, s. 319-320; KARSLI, s. 199-200.

⁷¹ Burada icra mahkemesinin inceleme usulü, kararları ve bunların sonuçları hakkında bkz. KURU, El Kitabı, s. 317-327; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 259-264; KURU, İcra, s. 394-414. Alacaklının talebi reddedilirse bu karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, dava açma süresi geçmemişse itirazın iptali veya daha sonra alacak davası açılabilir (ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 170).

mahkemelerde menfi tespit davası niteliğinde⁷² olan borçtan kurtulma davasını açabilir⁷³. Süresi içinde bu dava açılmazsa itirazın geçici kaldırılması kararı ve varsa geçici haciz kesinleşir (İİK m. 69/f. 3)⁷⁴. Borçtan kurtulma davası, hakkında özel kurallar bulunsa da genel hükümlere göre bakılan bir davadır⁷⁵. Önceki aşamalarda ileri sürülüp sürülmediğine bakılmaksızın, bu davada tartışma def'ine ilişkin hususlara (*iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı çerçevesinde*) dayanılabilir⁷⁶. Zira icra mahkemesinin konuyla ilgili kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemektedir.

Borçtan kurtulma davasında mahkeme, kefilin tartışma def'inin haklı olduğu kanaatine varırsa davanın kabulüne karar verir. Bu kararın kesinleşmesiyle beraber, söz konusu icra takibi (*bilhassa itirazın geçici kaldırılması kararı ve varsa geçici hacizler*) hükümsüz kalır; artık takibe devam edilemez⁷⁷. Borçtan kurtulma davasının kabulü kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden, alacaklının artık aynı alacak için aynı şartlar çerçevesinde, kefile karşı itirazın iptali veya alacak davası açması mümkün değildir⁷⁸. Öncelikle tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin gerçekleşmesi gerekir; yoksa doğrudan adi kefile

⁷² Bu davanın menfi tespit davası niteliğinde olduğu yönünde bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 264; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 171; KURU, El Kitabı, s. 328; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 122-123.

⁷³ Borçtan kurtulma davası hakkında genel olarak bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 264-266; KURU, İcra, s. 422 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 171-173; KURU, El Kitabı, s. 327-335; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 122-125.

⁷⁴ Ancak takip borçlusu, borç ödeninceye kadar normal bir menfi tespit davası; borç ödendikten sonra ise istirdat davası açabilir. Aynı yönde bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 266.

⁷⁵ KURU, İcra, s. 424-425, 430-439; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 171-174; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 265-267; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 139.

⁷⁶ Benzer yönde bkz. ve karş. KURU, İcra, s. 439.

⁷⁷ KURU, İcra, s. 440-441; KURU, El Kitabı, s. 334. Benzer şekilde bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 268; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 139-140; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 175.

⁷⁸ Aynı yönde bkz. ve karş. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 268.

başvurulamaz (TBK m. 585/f. 1). Öte yandan, tartışma def'inin haklı görülmemesi veya bu def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin gerçekleştiğinin alacaklı tarafından ispat edilmesi durumunda mahkeme, borçtan kurtulma davasının reddine karar verir. Böylece itirazın geçici kaldırılması ve varsa geçici hacizler kesinleşir (İİK m. 69/f. 3) ve icra takibine devam edilerek takibin diğer aşamalarına geçilir. Ayrıca bu karar da maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiğinden kefil, tartışma def'ine dayanarak artık alacaklıya karşı normal bir menfi tespit davası veya istirdat davası açamaz⁷⁹.

e. Tartışma Def'i Nedeniyle Menfi Tespit ve İstirdat Davasının Açılıp Açılmayacağı Sorunu

İcra hukukunda menfi tespit davası için yapılan bir tanım⁸⁰, *“borçlunun hukuki yararı bulunmak koşuluyla, takip konusu yapılan ya da yapılacak olan alacağın borçlusu olmadığına tespiti için açtığı ve icra takibine ilişkin sonuçları bulunan bir tespit davası”* şeklindedir⁸¹. İİK m. 72'de düzenlenen bu dava, takip borçlusu tarafından alacaklıya karşı borç ödeninceye kadar, genel veya özel görevli mahkemelerde açılmakta ve bu davaya genel hükümler çerçevesinde bakılmaktadır⁸².

Kendisine karşı genel haciz yoluyla takip yapılan kefil, ödeme emrine itiraz yoluyla veya itirazın kaldırılmasında (senet metninden anlaşılabilen) tartışma def'ini ileri sürmemiş olabileceği gibi buna

⁷⁹ Aynı yönde bkz. ve karşı. KURU, İcra, s. 443-444; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 268-269; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 139-140.

⁸⁰ Bkz. TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s. 47. Başta tanımlar için bkz. BÜYÜKAY, s. 137-138; TÜRK, s. 46-47.

⁸¹ Tanımdan da anlaşılacağı üzere, menfi tespit davası icra takibinden önce veya sonra açılabilse de bu çalışmada genel haciz yoluyla takip sürecinde tartışma def'inin ileri sürülmesine ilişkin hususlar ele alındığından, burada sadece icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası bakımından değerlendirmelerde bulunulacaktır.

⁸² KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 60 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 278, 280; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 146-147; UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 474 vd.; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 126-131; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2016, s. 53 vd.

dayanmış olsa da icra mahkemesinde haklılığını ispatlayamamış veya alacaklı, tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin bulunduğunu ispatlayarak itirazın kaldırılmasını⁸³ sağlamış olabilir. Buna rağmen mevcut durumda borçlu olmadığını, önce asıl borçlunun takip edilmesi gerektiğini düşünen adi kefil, tartışma def'ine dayanarak menfi tespit davası açmak isteyebilir. Burada geçici de olsa kefilin bir def'i hakkı var ve bu hak mevcut durumda kefile borçtan kaçınma imkânı sağlamaktadır. Hatta alacağın asıl borçludan tahsil edilmesi hâlinde, kefilin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkma ihtimali de bulunmaktadır. Dolayısıyla burada kefilin tartışma def'ine dayanarak menfi tespit davası açmasında hukuki yararı vardır⁸⁴.

Menfi tespit davasının açılması durumunda genel hükümler çerçevesinde iddia ve savunmaların ileri sürülmesi ve bunların incelenmesi neticesinde mahkeme, davacının (kefilin) talebinin haklı olduğuna kanaat getirirse davanın kabulüne karar verir. Bu durumda icra takibi derhâl durur ve kararın kesinleşmesiyle birlikte icra takibi iptal edilerek yapılan işlemler eski hâle iade edilir⁸⁵. Buna karşılık davalının

⁸³ Öte yandan, itirazın iptali davası açılmışsa zaten bu davada verilen karar maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğundan, aynı sebebe dayanılarak daha sonra menfi tespit davası açılamaz. Ayrıca, itirazın geçici kaldırılması neticesinde menfi tespit davası niteliğinde olan borçtan kurtulma davası açılmışsa artık aynı şartlar çerçevesinde normal bir menfi tespit davasının açılması da mümkün değildir. Borçtan kurtulma davasının açılmaması durumunda normal bir menfi tespit davasının açılmasında hukuki yararın bulunduğu hususunda benzer şekilde bkz. ve karş. **TÜRK**, s. 194, 202-205.

⁸⁴ Bu def'ie dayanılarak menfi tespit davasının açılması konusunda aynı yönde bkz. **ERİŞİR**, s. 36-44; **BÜYÜKAY**, s. 271-272, 282-283, 427-428. Ayrıca bkz. **TÜRK**, s. 167, dn. 188, s. 216; **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 531; **AYAN**, s. 479. Bu konuda bir kararda, "... adi kefilin borçtan sorumlu tutulabilmesi "kefalet akdinden sonra borçlunun iflas etmesi veya hakkında takibat icra olunup da alacaklının hatası olmaksızın semeresiz kalması yahut borçlu aleyhinde Türkiye'de takibat icrasının imkânsız hale gelmesi" koşuluna bağlanmıştır. Davada bu koşullar gerçekleşmediğine göre sözü edilen madde hükmü uyarınca adi kefil olan davacı hakkında doğrudan icra takibi yapılması ve buna dayanılarak dava açılması olanaksızdır. Bu durumda asıl borçluya gidilmeden adi kefil hakkında takip yapılmış olması nedeni ile davacı tarafından açılan menfi tespit davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru değildir" ifadelerine yer verilmiştir (Y. 6. HD, 20.11.2013, E. 2013/4414, K. 2013/15589). Aynı yönde bkz. Y. 6. HD, 11.02.2013, E. 2013/307, K. 2013/2248 (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.11.2024). Benzer şekilde başka kararlar için bkz. **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 168-169, 201, 371.

⁸⁵ **KURU**, Menfi Tespit, s. 159-166; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR** **AYVAZ/HANAĞASI**, s. 281; **KURU**, El Kitabı, s. 381-388;

(alacaklının), tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin bulunduğunu ispatlaması⁸⁶ durumunda ise davanın reddine karar verilir. Böylece mevcut durumda kefilin borçlu olduğu ve kendisine başvurulabileceği mahkeme kararıyla tespit edilmiş olur. İstisnai olarak⁸⁷, ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulması kararı verilmiş ise bu ihtiyati tedbir kalkar ve alacaklı takibe devam edebilir⁸⁸. Bu dava sonucunda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm niteliğindedir⁸⁹. Öte yandan, icra takibinin durdurulması kararının verilmemiş ve bu süreçte borcun kefil tarafından alacaklıya ödenmiş olması durumunda menfi tespit davası, kendiliğinden istirdat davasına dönüşür (bkz. İİK m. 72/f.

GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 133-134; **AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR/AŞİT**, s. 143; **MUŞUL**, s. 375-384.

⁸⁶ Bu konuda ispat yükünün alacaklıya ait olduğu yönünde bkz. **PESTALOZZI**, Art. 495, N. 2; **EREN**, s. 774; **BÜYÜKAY**, s. 427-428; **ÖZEN**, s. 295; **AYAN**, s. 294, 300; **ARAL/AYRANCI**, s. 582.

⁸⁷ Zira, icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında kural olarak, ihtiyati tedbir yoluyla takibin durdurulmasına karar verilememektedir (İİK m. 72/f. 3, c. 1). Ancak bu konuda Kanun'da düzenlenen (İİK m. 72/f. 3, c. 2) ve uygulamada geliştirilen çözümlerle tedbir kararı verilebilmektedir (bkz. **KURU**, Menfi Tespit, s. 50-59). Ayrıca, daha önce de ele alındığı üzere, TBK m. 590/f. 2 hükmü çerçevesinde takibin durdurulması da söz konusu olabilir (bkz. dn. 53). Benzer şekilde bkz. **ERİŞİR**, s. 274-275.

⁸⁸ **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 148; **KURU**, İcra, s. 524-525; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 279-281; **MUŞUL**, s. 423-434.

⁸⁹ **KURU**, İcra, s. 524; **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 397 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 147-148; **ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN**, s. 356. Buna karşılık, doktrindeki bir görüşe göre, burada maddi anlamda kesin hükümle ilgili bir durum yoktur. Zira geçici def'ilere dayanılarak menfi tespit davası açılması ve davanın kabulü durumunda def'i hakkı devam ettiği sürece alacaklı, hakkını talep edemezse de bu def'i ortadan kalktığında alacağı için kefile karşı takip yapabilir (**TÜRK**, s. 167, dn. 188). Çalışmanın birçok yerinde ifade edildiği üzere, maddi anlamda kesin hükmün söz konusu olabilmesi için zaten aynı şartların devam etmesi gerekir; aksi takdirde, tartışma def'ini ortadan kaldıran bir durum gerçekleşince kesin hükmün etkisi doğal olarak sona erecektir. Dolayısıyla aynı şartlar çerçevesinde, davayı kaybeden kefilin artık alacaklıya karşı borcu ödedikten sonra istirdat davası açması; davayı kaybeden alacaklının ise (aynı şartlarla) tekrar kefile başvurması kesin hüküm nedeniyle mümkün değildir.

6). Önceden açılmış bir menfi tespit davası olmasa bile borç ödendikten sonra, belirli şartların varlığı hâlinde doğrudan istirdat davası açılabilir⁹⁰.

İstirdat davası, borçlu olmadığı bir parayı icra takibinin kesinleşmesi (ödeme emrine itiraz edilmemesi veya itirazın icra mahkemesince kaldırılması) üzerine cebri icra tehdidi altında ödeyen takip borçlusu tarafından alacaklıya karşı, bu paranın geri verilmesi için genel hükümler çerçevesinde, görevli mahkemede açılmaktadır. Bu dava, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde açılabilir (İİK m. 72/f. 7)⁹¹.

Doktrinde tartışma def'i ileri sürülmeksizin alacaklıya yapılan ödemelerin⁹² geri istenemeyeceği savunulsa da⁹³ kanaatimizce, cebri icra

⁹⁰ Aynı şekilde bkz. **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 282-283; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 149. Nitekim bu konuda kefilin ödeme emrine itirazına rağmen itirazın icra mahkemesince kaldırılması üzerine, adi kefil tarafından açılan menfi tespit davasıyla ilgili Yargıtay'ın bir kararına göre, "... kefalet sözleşmesinde önce asıl borçluya gidilmeden kefile müracaat edilemeyeceğine dair düzenlemenin bir def'i olup kefil tarafından ileri sürülmeden mahkemece re'sen gözetilemeyeceğinin kabulü zorunludur. Somut olayda davacının, kefil olduğu senetlerden dolayı da borçlu olmadığını iddia ettiğine göre, davacının bu iddiasının önce asıl borçluya gidilmesi gerektiğine dair def'i olduğu kabul ile bu senetler yönünden de davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. İİK'nın 72/6. maddesi, "Borçlu, menfi tespit davası zımında tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir." gereğince menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşeceği gibi, davacı da bu hususta ayrıca talepte bulunmuştur. Bu nedenle mahkemece söz konusu takip nedeniyle davacının ne miktar ödeme yaptığı, fazla ödeme yapıp yapmadığı belirlenerek, fazladan ödeme yapılmışsa yapılan bu ödemenin istirdadına karar verilmesi gerekirken, aksine düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir" [Y. 13. HD, 06.06.2012, E. 2012/9963, K. 2012/14779 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.10.2024)].

⁹¹ İstirdat davasının şartları hakkında bkz. **KURU**, Menfi Tespit, s. 237-256; **DEMİR**, Ömer Faruk, İstirdat Davası, Ankara 2020, s. 119 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES**, s. 149-150; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 282-285; **KURU**, İcra, s. 566-579; **MUŞUL**, s. 489-496.

⁹² Doğrudan kefile başvurulduğunda kefilin ödeme yapması doktrinde bir görüş tarafından fiili olarak tartışma def'inden feragat şeklinde kabul edilmiştir (**REİSOĞLU**, s. 162).

⁹³ **TANDOĞAN**, s. 762; **ELÇİN GRASSINGER**, s. 205; **ÖZEN**, s. 295; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 1562; **GÜMÜŞ**, Ders Kitabı, s. 545; **AYAN**, s. 293-294; **GÜMÜŞ**, C. 2, s. 373, 375; **AKARTEPE**, s. 78. Ancak *Reisoğlu*'na göre, önceden yapılan feragatin geçersiz olduğunu bilmeden, kendisini borçlu zannedip ödeme yapan kefilin, bu ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri istemesi mümkündür (**REİSOĞLU**, s. 162). Yapılan ödemenin istirdat davasıyla

tehdidi altında ödeme yapan adil kefil de ödediği paranın geri verilmesi için tartışma def'ine dayanarak istirdat davası açabilir. Zira adi kefaletle ilgili kanun hükmüne aykırı bir şekilde doğrudan kefile başvurulmuşsa kefilin, mevcut durumda borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kaldığı söylenebilir. Üstelik tartışma def'inin ortadan kalktığı bir hâl yoksa alacaklının asıl borçluya başvurup alacağını ondan tahsil etmesi ihtimalinde kefilin sorumluluğu hiç doğmayacaktır. Borcu ödeyen adi kefil, her ne kadar alacaklının haklarına halef olsa ve rücu hakkı bulunsa da (bkz. TBK m. 596) kefile bu aşamada (*daha alacaklı asıl borçluya hiç başvurmadan*) asıl borçluya başvurma külfetinin yüklenmesi hakkaniyetli olmaz ve adi kefalet kurumunun amacıyla da bağdaşmaz. Bu gerekçelerle, şartların oluşması durumunda adi kefil de ödediği parayı tartışma def'ine dayanarak istirdat davasıyla geri isteyebilmelidir. Ancak alacaklı, söz konusu def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin gerçekleştiğini genel hükümler çerçevesinde ispatlarsa mahkeme, davanın reddine karar verir ve uyuşmazlık, maddi anlamda kesin hüküm niteliğini haiz bir kararla sonuca bağlanmış olur⁹⁴.

B. Tartışma Def'inin Ortadan Kalktığı Hâller

1. Genel Olarak

Adi kefalette alacaklının, önce asıl borçluya karşı icra takibi yapıp borç ödemediği kesin aciz belgesi alması veya TBK m. 585/f. 1'de açıkça düzenlenen diğer hâllerden birinin bulunması durumunda artık kefilin takip etmek mümkün hâle gelir. Buna rağmen kendisine karşı genel haciz yoluyla takip yapılan kefilin tartışma def'ini ileri sürmesi⁹⁵ veya konuyla ilgili başka bir savunmasının (*örneğin, asıl borçluya karşı yapılan takibin özensiz yürütüldüğü gibi*) bulunması durumunda, yukarıda da sıklıkla belirtildiği üzere, alacaklının, tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin gerçekleştiğini ispatlaması gerekir. Burada söz konusu istisnai

istenebileceği bir durum için, doktrindeki bir görüşe göre, kefil, aleyhine yapılan icra takibinin kesinleşmesi sebebiyle, daha önce asıl borçlu tarafından ödenmiş olan borcu tekrar ödemek zorunda kalmış ise alacaklıya karşı istirdat davası açabilir (KURU, Menfi Tespit, s. 256-257; DEMİR, s. 172, dn. 923; MUŞUL, s. 485). Benzer şekilde bazı durumlar için ayrıca bkz. AYAN, s. 193, s. 205 dn. 642, s. 479.

⁹⁴ Genel olarak istirdat davasında yargılama usulü ve bu davanın sonuçları hakkında bkz. KURU, Menfi Tespit, s. 256 vd.; DEMİR, s. 165 vd.

⁹⁵ Tabi bu durumda itirazın kaldırılması veya iptali sonucunda kefil aleyhine ayrıca icra tazminatına da mahkûm edilebileceğini (bkz. İİK m. 67-69) unutmamak gerekir.

hâller ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Ancak bu hâller ele alınmadan önce kanunda açıkça düzenlenmeyen bir hususa da kısaca değinmekte fayda vardır. Şöyle ki, adi kefil, kendisine tanınan tartışma def'i hakkından feragat etmiş olabilir. Bunun hangi şartlar çerçevesinde geçerli olduğunu ve etkisini çalışma konusu çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Kefil, tartışma def'inden bu hak doğmadan önce veya doğduktan sonra feragat etmiş olabilir. Kefilin tartışma def'inden önceden feragatinin geçerli olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bu konuda bir görüşe göre, adi kefaletle ilişkin TBK m. 585 hükmü emredici nitelikte olmayıp, kefilin sahip olduğu def'i haklarından önceden feragat etmesi mümkündür. Zira kanun koyucu TBK m. 586'da daha ağır şartlarla müteselsil kefalet kurumunu kabul ederek, alacaklıya önce asıl borçluyu takip etmeden ve taşınmaz rehinlerini paraya çevirmeden kefile başvurma imkânı getirmiştir. Bu bakımdan kefilin sorumluluğunun adi kefalet yerine müteselsil kefalet sözleşmesiyle ağırlaştırılması söz konusu olabilecekken; adi kefalette kefilin sorumluluğunun önceden müteselsil kefalet tesis edilmeksizin daha düşük oranda, bazı savunma imkânlarından feragat edilerek ağırlaştırılmasına müsaade etmemenin hiçbir mantığı bulunmamaktadır⁹⁶. Ancak belirtmek gerekir ki, bu görüşe göre haklı olarak, adi kefilin sahip olduğu ve talilik ilkesiyle bağlantılı olan tartışma def'inden feragat edilmesi üzerine, söz konusu sözleşme adi kefalet niteliğini kaybeder ve rehnin paraya çevrilmesi def'iyile güçlendirilmiş bir müteselsil kefalet dönüşür⁹⁷.

Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, kefilin tartışma def'inden önceden feragati geçersizdir (bkz. ve karşı. TBK m. 582/f. 3). Sonradan ise açık ya da örtülü bir şekilde feragat mümkündür⁹⁸. Şöyle ki,

⁹⁶ GÜMÜŞ, C. 2, s. 373-374; AYAN, s. 50-51, 294-297, 443-444. Kefilin tartışma def'inden başlangıçta veya sonradan feragat edebileceği hususunda ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 762; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1562; ELÇİN GRASSINGER, s. 214. Ayrıca, kefalet sözleşmesi yapılırken veya sonrasında feragat TBK m. 583/f. 1 ve f. 3 hükümleri gereğince kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılmak üzere geçerli olur (GÜMÜŞ, C. 2, s. 373; ELÇİN GRASSINGER, s. 214).

⁹⁷ GÜMÜŞ, C. 2, s. 373-374.

⁹⁸ REİSOĞLU, s. 162. Aynı görüşte bkz. EREN, s. 775; AKARTEPE, s. 78-79.

kefil doğrudan kendisine başvuran alacaklıya ödeme yaparsa tartışma def'inden feragat ettiği kabul edilir⁹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, TBK m. 585'e ilişkin gerekçede, *"Maddenin son fıkrasının nisbî emredici nitelikte olması dışında, birinci ve ikinci fıkralarının mutlak emredici nitelikte hükümler içermesi, kefilin korunması ilkesine daha uygun görüldüğü için, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 495 inci maddesinin son fıkrasındaki "Aksine anlaşmalar saklıdır." şeklindeki hüküm, Tasarı metnine alınmamıştır"*¹⁰⁰ denilerek tartışma def'ine ilişkin hükmün emredici nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında, TBK m. 582/f. 3'te *"Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez"* şeklinde düzenlenen hükümle de kefilin tartışma def'i hakkından önceden feragat etmesine izin verilmemiştir. Zaten ilk görüş ele alınırken de belirtildiği üzere, adi kefalet talilik niteliğini veren tartışma def'i imkânından mahrum bir sözleşme, adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edilemez. Ancak bu def'i hakkından sonradan feragat edilebildiğinden, böyle bir durumda alacaklı, adi kefile doğrudan başvurabilir. Buna rağmen tartışma def'i ileri sürülürse alacaklı, geçerli bir şekilde tartışma def'inden feragat edildiğini ispatlayarak itirazı hükümden düşürüp icra takibine devam edilmesini sağlayabilir.

Tartışma def'inin ortadan kalktığı aşağıdaki hâller ise TBK m. 585/f. 1'de açıkça düzenlenmiş olup bunlardan birinin varlığı hâlinde alacaklı, doğrudan kefile başvurabilir.

2. Borçlu Aleyhine Yapılan Takibin Sonucunda Kesin Aciz Belgesi Alınması

Haciz yoluyla yapılan takiplerin aşamaları; "takip talebi, ödeme emri ve kesinleşmesi (veya icra emri), haciz, paraya çevirme (satış) ve paraların ödenmesi (veya paylaştırılması)" şeklindedir¹⁰¹. Paraya çevirme ve paraların ödenmesine (veya paylaştırılmasına) ilişkin işlemler¹⁰²

⁹⁹ REİSOĞLU, s. 162; AKARTEPE, s. 78-80.

¹⁰⁰ Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c050/tbmm23050003ss0321.pdf> (Erişim Tarihi: 25.09.2024). Kanun gerekçesinin eleştirisi ve söz konusu hükmün emredici nitelikte olmadığı konusunda bkz. GÜMÜŞ, C. 2, s. 373-374; AYAN, s. 50-51, 295-296, 443.

¹⁰¹ Aynı şekilde bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 7, 96, 308-310; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 114-115.

¹⁰² Bu kapsamda, borçlunun haczedilebilir başka bir mal varlığının bulunmaması veya böyle bir mal varlığı varsa ve buna yönelik olarak İİK m. 139 çerçevesinde

tamamlandıktan sonra¹⁰³, alacağını tamamen alamayan alacaklıya karşılanmayan alacak kesimi için verilen belgeye “kesin aciz belgesi” veya “borç ödemededen aciz belgesi (vesikası)” denilir (bkz. İİK m. 143)¹⁰⁴. Bunun yanında, İİK m. 105 hükmü gereği, borçlunun haczedilebilecek bir malının bulunmaması hâlinde hazırlanan haciz tutanağı kesin aciz belgesi niteliğindedir. Burada alacaklıya ayrıca bir aciz belgesi verilmez¹⁰⁵.

Alacaklı, adi kefalet ile teminat altına alınmış bir borç için asıl borçluyu icra yoluyla takip eder ve yürütülen takip neticesinde kesin aciz belgesi ya da borçlunun haczedilebilir malının bulunmaması üzerine düzenlenen ve kesin aciz belgesi niteliğinde olan haciz tutanağını alırsa artık doğrudan kefile başvurabilir (bkz. TBK m. 585/f. 1, b. 1)¹⁰⁶. Belirtmek gerekir ki, burada bahsedilen kesin aciz belgesi icra takipleri neticesinde alınan belge olup iflâs tasfiyesinde düzenlenen aciz belgesi (İİK m. 251)¹⁰⁷ değildir. Zira aşağıda ele alınacağı üzere, borçlu hakkında henüz (*iflâs*

tamamlama haczi yapılmışsa da alacağın tam olarak karşılanamamış olması gerekir (ÖZTEK, Selçuk, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), İstanbul 1994, s. 50; İŞİK, Melih, İcra Hukukunda Borç Ödemededen Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanaqları (İİK m. 143, 105), İstanbul 2019, s. 88-89, 100-101). Bu belgenin düzenlenmesi için gerekli şartlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEK, s. 48-53; İŞİK, s. 84-103.

¹⁰³ Bununla birlikte doktrinde alıcının çıkmaması veya yeterli teklif yapılamaması nedeniyle satışın gerçekleşmemesi durumlarında da bu belgenin düzenleneceği savunulmuştur (ÖZTEK, s. 12; İŞİK, s. 94-100, 223).

¹⁰⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 432. Başka tanım için bkz. ÖZTEK, s. 13 vd.; İŞİK, s. 8-11; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 261; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 335.

¹⁰⁵ KURU, El Kitabı, s. 748-749; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 262; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s. 336; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR/AŞİT, s. 337-338.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, s. 764; ERİŞİR, s. 44-57; ELÇİN GRASSINGER, s. 211; PEKSÖZ, s. 489. Konuyla ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında (22.06.2011, E. 2011/304, K. 2011/438) bu husus, “... kredi verenin, şahsi teminat veren kefiliden asıl borcun ödenmesini isteyebilmesi için, asıl borçlu hakkında İİK’nun 105 ve 143.maddeleri kapsamında kesin aciz vesikası alması gerekir...” şeklinde belirtilmiştir (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.11.2024).

¹⁰⁷ İflastaki borç ödemededen aciz belgesi hakkında bkz. ÖZTEK, s. 106 vd.; İŞİK, s. 26-55.

prosedürünün başında) iflâs kararının verilmesi hâli de ayrıca, kefile doğrudan başvurulabilecek hâllerden biri olarak kabul edilmiştir¹⁰⁸.

Asıl borçluya karşı yapılan takipte alacağın karşılanamamasında alacaklının kusurunun bulunmaması gerekir¹⁰⁹. Diğer bir ifadeyle, alacaklı, takibi özenle yürütmüş olmalıdır. Alacağın bir kısmı veya tamamı, alacaklının takibi gereği gibi yürütmemesi (*örneğin, sürelerle uymama, elindeki belgeleri sunmama gibi*) nedeniyle karşılanamamışsa kefilin bunları ispat etmesiyle alacaklı, kefile karşı olan haklarını kaybedebilir¹¹⁰.

Alacaklının TBK m. 585/f. 1, b. 1 hükmü gereği doğrudan kefile başvurabilmesi için kesin aciz belgesinin, kefalet ile teminat altına alınan borç için yapılan takip neticesinde alınmış olması gerekir. Dolayısıyla aynı alacaklının başka bir alacağı için asıl borçluyu takip etmesi neticesinde almış olduğu bir kesin aciz belgesi, kefile doğrudan başvurma imkânı sağlamaz¹¹¹. Bunun yanında, söz konusu kesin aciz belgesi, asıl borç ilişkisinin alacaklısı tarafından borçlu aleyhine yapılmış bir icra takibi neticesinde alınmış olmalıdır. Borçlunun başka bir alacaklısı tarafından alınan böyle bir belge de alacaklıya doğrudan kefile başvurma imkânı vermez¹¹².

Ayrıca, TBK m. 585/f. 1, b. 1'de açıkça ifade edildiği üzere, alacaklının elinde bir kesin aciz belgesinin bulunması gerekir. Dolayısıyla

¹⁰⁸ Bkz. ve karşı. TANDOĞAN, s. 763-764; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1563; PESTALOZZI, Art. 495, N. 3; ARAL/AYRANCI, s. 582-583.

¹⁰⁹ PESTALOZZI, Art. 495, N. 6; TANDOĞAN, s. 765; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 546-547; AYAN, s. 299.

¹¹⁰ TANDOĞAN, s. 765; REİSOĞLU, s. 165; ÖZEN, s. 308; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1563; AYAN, s. 299-300; AKARTEPE, s. 81-82; CELEP, s. 1077. Benzer şekilde bkz. EREN, s. 774; MARKUS, Vischer: "Art 495", Hochstrasser, Michael/Huber-Purtschert, Tina/Maissen, Eva (Editörler), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge, 4. Baskı, Zürich, 2023, N. 4; PESTALOZZI, Art. 495, N. 6; ERİŞİR, s. 50-52; BULUŞ, s. 81. Nitekim daha önce de ele alınan bir kararda, asıl borçluya karşı yapılan icra takibi, alacaklının feragati nedeniyle sona erdiğinden, kefile doğrudan başvurma şartının gerçekleşmediği kabul edilmiştir [Y. 12. HD, 19.09.2000, E. 2000/12141, K. 2000/13131 (Kazancı, Erişim Tarihi: 17.10.2024)].

¹¹¹ ÖZEN, s. 308; REİSOĞLU, s. 164; AKARTEPE, s. 81. Benzer şekilde bkz. TANDOĞAN, s. 765. Aksi yönde görüş için bkz. ERİŞİR, s. 66-67.

¹¹² ÖZEN, s. 308; CELEP, s. 1076.

geçici aciz belgesi (İİK m. 105/f. 2)¹¹³, geçici (İİK m. 150/f) veya kesin rehin açığı (İİK m. 152) belgeleri¹¹⁴ tartışma def'ini ortadan kaldırmaz¹¹⁵. Çünkü bu belgeler, alacağın asıl borçlunun mal varlığından karşılanamayacağını kesin olarak göstermez.

3. Borçlu Aleyhine Türkiye’de Takip Yapmanın İmkânsız Hâle Gelmesi veya Önemli Ölçüde Güçleşmesi

Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlu hakkında Türkiye’de takip yapılması imkânsızlaşırsa veya imkânsız olmamakla birlikte önemli ölçüde güç hâle gelmişse alacaklı, adi kefile doğrudan başvurabilir (bkz. TBK m. 585/f. 1, b. 1)¹¹⁶. Bu durum, özellikle borçlunun Türkiye’deki yerleşim yerini terk ederek yabancı bir ülkede yerleşim yeri edinmesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bunun için borçlunun yerleşim yerini Türkiye dışındaki bir ülkeye alması ve Türkiye’de herhangi bir mal varlığının bulunmaması nedeniyle veya başka bir sebeple aleyhine takip yapılmasının imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi gerekir¹¹⁷. Dolayısıyla yerleşim yeri değişmesine rağmen borçlunun Türkiye’de takibe konu edilebilecek malları varsa kefil, tartışma def'ini

¹¹³ Haciz sırasında borçlunun haczedilebilen bazı malları bulunmasına rağmen, bunların takdir edilen kıymetlerinin alacağı karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması üzerine, buna ilişkin hazırlanan haciz tutanağı “geçici aciz belgesi” niteliğindedir (ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 433; KURU, El Kitabı, s. 749; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 261).

¹¹⁴ Rehin açığı belgesi bir “borç ödemedenden aciz belgesi” değildir. Burada sadece rehlin alacağı karşılamadığı tespit edilmekte; buna karşılık, borçlunun haczedilebilir başka mal varlığının bulunup bulunmadığı veya varsa bunların alacağı karşılayıp karşılayamadığı tespit edilmemektedir. Bu nedenle, elinde rehin açığı belgesi bulunan alacaklının borç ödemedenden aciz belgesine özgü hükümlerden yararlanması mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBAY, İbrahim/ÇELİK, Ferhat: “İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Açığı Belgesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, S. 34, 2018, s. 3 vd.

¹¹⁵ REİSOĞLU, s. 165; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 546; TANDOĞAN, s. 764; AYAN, s. 297-298; ARAL/AYRANCI, s. 583.

¹¹⁶ GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 547; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1564; ÖZEN, s. 305, 307; ERİŞİR, s. 67-74; AKARTEPE, s. 83. Benzer şekilde bkz. PESTALOZZI, Art. 495, N. 7.

¹¹⁷ ÖZEN, s. 306-308; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 547; TANDOĞAN, s. 765; AKARTEPE, s. 83; AKBAŞ, s. 204. Benzer şekilde bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1564.

ileri sürebilir¹¹⁸. Ayrıca borçlu, Türkiye'deki yerleşim yerini terk etmesine rağmen yabancı bir ülkede yerleşim yeri edinememişse kendisine karşı son ikamet adresinde takip yapılabilir. Bu durumda da doğrudan kefile başvurulamaz¹¹⁹. Özellikle ifade etmek gerekir ki, tek başına tebligatın yapılmasındaki engel veya güçlükler tartışma def'ini ortadan kaldırmaz¹²⁰. Zira bu konudaki engel veya güçlükleri bertaraf edecek çözümler, iç hukuk düzenlemelerimizde (Teb. K m. 25-31; İİK m. 62/f. 3, m. 148/a, f. 1) ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde (*örneğin, Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayrîadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi*) bulunmaktadır¹²¹.

Kefalet sözleşmesi yapılırken asıl borçlunun yerleşim yeri zaten yabancı bir ülkedeyse adi kefil tartışma def'inden yararlanabilir¹²². Ancak borçlunun daha sonra yerleşim yerini başka bir ülkeye alması üzerine, burada kendisi hakkında takip yapılmasının çok güç olması hâlinde, alacaklının doğrudan adi kefile başvurup başvuramayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, böyle bir durumda doğrudan adi kefile başvurmak mümkün değildir; aksi takdirde kefil, tartışma def'ini ileri sürebilir¹²³. Diğer bir görüşe göre ise borçlunun yerleşim yerinin Türkiye'de olup daha sonra yabancı bir ülkeye alınması durumuna bağlanan sonucun burada da uygulanması amaca uygun olur. Dolayısıyla asıl borçlunun yerleşim yeri yabancı bir ülkede olmasına rağmen daha sonra bunu, başka bir (yabancı) ülkeye

¹¹⁸ REİSOĞLU, s. 166; ELÇİN GRASSINGER, s. 213; ÖZEN, s. 307; AKARTEPE, s. 83. Aksi yönde görüş için bkz. AYAN, s. 303. Ayrıca konumuzla doğrudan ilgili olmasa da TBK m. 590/f. 4'te kefile "Yerleşim yeri yabancı bir ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hâle gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye'de olan kefil, takibe bu sebeple itiraz edebilir" şeklinde bir imkân da sağlanmıştır (REİSOĞLU, s. 166).

¹¹⁹ ÖZEN, s. 306-307; REİSOĞLU, s. 166; ELÇİN GRASSINGER, s. 213; AKARTEPE, s. 83.

¹²⁰ GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 547.

¹²¹ Bu konuda ayrıca bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 114-115; ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 107-111.

¹²² TANDOĞAN, s. 765; ÖZEN, s. 307; REİSOĞLU, s. 166; AKARTEPE, s. 83; AKBAŞ, s. 204; ERİŞİR, s. 68.

¹²³ REİSOĞLU, s. 166; TANDOĞAN, s. 765-766.

nakletmesi ve burada takibin yürütülmesinin aşırı derecede güçleşmesi hâlinde, doğrudan adi kefile başvurmak mümkün olmalıdır¹²⁴. Kanaatimizce burada ikinci görüşü kabul etmek, kanun koyucunun amacına daha uygun olsa da bu konuda tereddütleri gidermek için açıkça bir düzenleme yapılması isabetli olur.

4. Borçlunun İflâsına Karar Verilmesi

Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra asıl borçlu iflâs ederse¹²⁵ alacaklı, doğrudan adi kefile başvurabilir. Bu durumda tartışma def'i ortadan kalkar (bkz. TBK m. 585/f. 1, b. 3)¹²⁶. Adi kefile başvurulabilmesi için iflâsın açılması¹²⁷ yeterli olup iflâs prosedürünün sonuçlanmasına gerek yoktur¹²⁸. Borçlunun iflâsına, asıl alacaklının, üçüncü bir kişinin (örneğin, başka bir alacaklısının) veya bizzat borçlunun talebi neticesinde

¹²⁴ ÖZEN, s. 307; AKARTEPE, s. 83. Aynı yönde bkz. ELÇİN GRASSINGER, s. 213; AYAN, s. 303-304. Ayrıca konuyla ilgili kaynak İsviçre Borçlar Kanunu (*Obligationenrecht*) m. 495/f. 1'de, asıl borçlunun yabancı bir ülkedeki yerleşim yerini diğer bir yabancı ülkeye nakletmesi dolayısıyla kendisine karşı takip yapılmasının önemli ölçüde güçleşmesi durumunda adi kefile doğrudan başvurulabileceği hususu açıkça düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. PESTALOZZI, Art. 495, N. 7; ÖZEN, s. 307; MARKUS, Art. 595, N. 1, 5; ELÇİN GRASSINGER, s. 213; CELEP, s. 1080-1082.

¹²⁵ Burada asıl borçlunun iflâsa tabi kişilerden biri olması gerekir. İflâsa tabi kişilerle ilgili olarak bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 565-571; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 394-403; KURU, El Kitabı, s. 1093-1101; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR/AŞİT, s. 519-529.

¹²⁶ Bu konuda ayrıca bkz. ERİŞİR, s. 74-81; ÖZEN, s. 303; MARKUS, Art. 595, N. 1-2; ELÇİN GRASSINGER, s. 207; AKARTEPE, s. 84; TERCAN, Erdal, İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996, s. 264-265.

¹²⁷ Asliye ticaret mahkemesi tarafından iflâs kararı verildiği anda borçlu hakkında iflâs açılmış olur ve bu kararda iflâsın açılma anı gösterilir (İİK m. 165).

¹²⁸ PESTALOZZI, Art. 495, N. 3; MARKUS, Art. 595, N. 2; AYAN, s. 304; ÖZEN, s. 303; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1563; GÜMÜŞ, C. 2, s. 376; ELÇİN GRASSINGER, s. 207; ERİŞİR, s. 74-75; TERCAN, s. 264; AKARTEPE, s. 84; PEKSÖZ, s. 490; ARAL/AYRANCI, s. 582-583. Bununla birlikte, adi kefaletin özel bir türü olan açığın kapatılmasına (zarara) kefalet hâlinde kanun koyucu, TBK m. 585/f. 3'te "*Sadece açığım kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir*" şeklinde bir hüküm öngörerek icra veya iflâs yolları bakımından ayırım yapılmaksızın, takibin kesin aciz belgesiyle sonuçlanmış olmasını aramaktadır (ÖZEN, s. 397; REİSOĞLU, s. 163, 166-167).

karar verilmiş olmasının söz konusu hüküm (TBK m. 585/f. 1, b. 3) açısından bir önemi yoktur¹²⁹.

Borçlunun iflâsına karar verilmesi üzerine alacaklı, doğrudan kefile başvurabilse de kefilin menfaatlerinin de korunması için alacaklının, TBK m. 594/f. 2’de belirtilen yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir¹³⁰. Buna göre, asıl borçlunun iflâsına karar verilmiş ise alacaklı, alacağını (iflâs masasına) kaydetdirmek ve haklarının korunması için gerekenleri yapmak zorundadır. Ayrıca alacaklının, borçlunun iflâs ettiğini öğrendiği anda bu durumu kefile bildirmesi gerekmektedir. Alacaklı, bu gerekliliklerden birini yerine getirmezse bundan dolayı kefilin uğramış olduğu zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder (TBK m. 594/f. 3).

İflâsın açılmasıyla beraber alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için kefalet borcunun da muaccel hâle gelmesi gerekir. Yani iflâs üzerine asıl borç, vadesinden evvel muaccel hâle gelse bile (İİK m. 195/f. 1) ilk başta belirlenen vadeden önce kefile karşı takip yapılamaz (TBK m. 590/f. 1)¹³¹.

Burada son olarak asıl borçlu hakkında iflâsın kaldırılması kararı verilmesi hâlinde bunun, alacaklının kefile başvurma hakkına etkisine değinmekte fayda vardır¹³². İflâsın kaldırılmasının sebepleri, İİK m. 182/f. 1’de *“Borçlu bütün alacaklılarının taleplerinin geri aldıklarına dair bir beyanname veya tekmil alacakların itfa olunduğu hakkında bir vesika gösterir veya akdolunun konkordato tasdik edilirse mahkeme, iflâsın kalkmasına ve borçlunun serbestçe tasarrufu için mallarının kendisine iadesine karar verir”* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, burada belirtilen sebepler

¹²⁹ REİSOĞLU, s. 163; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 546; ÖZEN, s. 304; ELÇİN GRASSINGER, s. 208; AKARTEPE, s. 84; AYAN, s. 304; ERİŞİR, s. 74.

¹³⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 303-304, 419-426; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 546, 597-599; KURU, El Kitabı, s. 1255-1256; REİSOĞLU, s. 154-157, 163; AYAN, s. 687 vd.; TERCAN, s. 265.

¹³¹ Bu konuda ayrıca bkz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1563; REİSOĞLU, s. 163; ELÇİN GRASSINGER, s. 208; AKARTEPE, s. 85; AYAN, s. 304-305; PEKSÖZ, s. 485-486; TERCAN, s. 265; CELEP, s. 1079.

¹³² İflâsın kaldırılmasının, iflâsla birlikte ortaya çıkan kefile başvuru imkânını kural olarak engellemediği hususunda bkz. ELÇİN GRASSINGER, s. 208; REİSOĞLU, s. 163; ÖZEN, s. 304.

gerçekleşirse talep üzerine mahkemece iflâsın kaldırılmasına karar verilir¹³³.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bütün alacakların itfa edilmesi sebebiyle iflâsın kaldırılması söz konusu ise bu durumda zaten asıl alacak sona erdiğinden, kefilin sorumluluğu da sona erecektir (bkz. TBK m. 598/f. 1). Alacaklı, henüz kefile başvurmamışsa söz konusu alacak için kefile başvurusu artık mümkün değildir¹³⁴. Ancak alacaklı, adi kefile başvurmuş ve genel haciz yoluyla takip başlatmışsa maddi hukuk bakımından bir “itiraz” sebebi olan asıl borcun itfa edildiği savunması ileri sürülerek takibin sona ermesi; ödeme yapılmışsa da duruma göre istirdat davası veya sebepsiz zenginleşme davası açılarak yapılan ödemenin iadesi sağlanabilir.

Konuyla ilgili olarak asıl tartışmalı husus, bütün alacaklıların (*iflâs sürecine ilişkin*) taleplerini geri alması¹³⁵ nedeniyle iflâsın kaldırılmasının, alacaklının, adi kefile doğrudan başvurma hakkına etkisidir. Bilindiği üzere, iflâsın kaldırılmasıyla, kural olarak iflâsın açılmasına bağlanan bütün hukuki sonuçlar ortadan kalkar¹³⁶. Dolayısıyla, bu konuda doktrinde katıldığımız bir görüşe göre, alacaklı, asıl borçluya karşı olan talebini geri almışsa ve bunun üzerine iflâs kararı kaldırılmışsa artık doğrudan kefile başvuramamalıdır¹³⁷. Aksi takdirde, adi kefil, yeniden sahip olduğu tartışma def’ini ileri sürebilir¹³⁸. Ancak kefilin rızasının bulunup bulunmamasına göre ayırım yapan doktrindeki çoğunluk görüşe göre ise alacaklı, kefilin rızası olmaksızın İİK m. 182/f. 1 hükmü çerçevesinde talebini geri almışsa (*iflâsın kaldırılmasına muvafakat etmişse*) adi kefile doğrudan başvurma hakkını yitirir; yani kefil, tartışma def’ine

¹³³ ALBAYRAK, Hakan, İflasın Kaldırılması, Ankara 2007, s. 63 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 673-675; KURU, El Kitabı, s. 1380-1382; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 633-634.

¹³⁴ Benzer şekilde bkz. TANDOĞAN, s. 764; ELÇİN GRASSINGER, s. 209.

¹³⁵ Doktrinde belirtildiği üzere, geri alma beyanı, alacaklarını iflâs masasına kaydetmiş olan alacaklıların, iflâs tasfiyesinin vaktinden önce sonlandırılmasına verdikleri usule ilişkin bir onaydır (ALBAYRAK, s. 71).

¹³⁶ ALBAYRAK, s. 127 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 634; ERİŞİR, s. 77; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 675; KURU, El Kitabı, s. 1383.

¹³⁷ ELÇİN GRASSINGER, s. 208-209. Benzer yönde bkz. ERİŞİR, s. 77-80.

¹³⁸ ERİŞİR, s. 79.

dayanabilir¹³⁹. Fakat burada kefilin rızası varsa iflâsın kaldırılmasının, alacaklının, kefile doğrudan başvurmasına bir etkisi olmaz¹⁴⁰.

Konkordatonun tasdik edilmesi dolayısıyla iflâsın kaldırılmasına ilişkin olarak da belirtmek gerekir ki, iflâs içi konkordatoda mühlet kararı verilmediğinden¹⁴¹, burada ayrıca “konkordato mühleti” sebebiyle tartışma def'inin ortadan kalkması söz konusu değildir¹⁴². İflâs içi konkordatonun tasdiki kararının kesinleşmesi ve bunun üzerine iflâsın kaldırılması (bkz. İİK m. 309/f. 5; m. 182) durumunda ise İİK m. 390/f. 2'deki atıf gereği alacaklının, kefile karşı haklarının tam anlamıyla korunabilmesi için İİK m. 303'ün¹⁴³ dikkate alınması gerekir¹⁴⁴.

5. Borçluya Konkordato Mühleti Verilmiş Olması

Mali durumu bozulmuş borçlular için kabul edilmiş bir icra-iftlâs kurumu ve iyileştirme aracı¹⁴⁵ olan konkordato, İİK m. 285 vd.

¹³⁹ GÜMÜŞ, C. 2, s. 376; REİSOĞLU, s. 163; ÖZEN, s. 304. Bu görüşle ilgili değerlendirmeler hakkında bkz. ERİŞİR, s. 77-80. Yazara göre, burada rızanın alınması, tartışma def'inin ileri sürülüp sürülemeyeceği bakımından değil, iflâsın kaldırılmasının adi kefile verebileceği muhtemel zararlardan dolayı alacaklının, kefile karşı haklarını kaybetmemesi için gerekli olabilir (ERİŞİR, s. 79-80).

¹⁴⁰ Bunun tartışma def'ini kullanmaktan vazgeçme (feragat) anlamını taşıdığı yönünde bkz. ÖZEN, s. 304; AKARTEPE, s. 85; GÜMÜŞ, C. 2, s. 376.

¹⁴¹ PEKCANITEZ, Hakan/ERDÖNMEZ, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 177; KARSLI, s. 534; ERİŞİR, s. 81; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 720; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 723.

¹⁴² ERİŞİR, s. 81. Ayrıca bkz. aşa. II, B, 5.

¹⁴³ “Borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı haklar” başlıklı İİK m. 303/f. 1 ve 2'ye göre, “Konkordatoya muvafakat etmeyen alacaklı borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı bütün haklarını muhafaza eder.

Konkordatoya muvafakat eden alacaklı da kendi haklarını, borçtan birlikte sorumlu olan kişilere ödeme mukabilinde devir teklif etmek ve onlara toplantıların günü ile yerini en az on gün önce haber vermek şartıyla bu hükümden yararlanır”. Kefalet sözleşmesi çerçevesinde bu hükümle ilgili değerlendirmeler için bkz. AYDEMİR, s. 523 vd.; BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ, s. 1258-1273; PEKSÖZ, s. 517-519; ÖZTEK, Selçuk/TUNÇ YÜCEL, Müjgan: “Madde 303”, Yeşilova, Bilgehan (Editör), Yeni Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 577-584.

¹⁴⁴ Benzer yönde bkz. ERİŞİR, s. 81; ELÇİN GRASSINGER, s. 208-209.

¹⁴⁵ Konkordatonun tanımı için bkz. KURU, El Kitabı, s. 1443-1444; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 693; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 511;

hükümlerinde düzenlenmiştir. Konkordato talebi başlıklı İİK m. 285/f. 1 ve 2'e göre, *"Borçlarını, vadesi geldiği hâlde ödeyemeyen veya vadesinde ödeyememe tehlikesi altında bulunan herhangi bir borçlu, vade verilmek veya tenzilat yapılmak suretiyle borçlarını ödeyebilmek veya muhtemel bir iflâstan kurtulmak için konkordato talep edebilir. İflâs talebinde bulunabilecek her alacaklı, gerekçeli bir dilekçeyle, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebilir"*¹⁴⁶.

Adi kefilin tartışma def'ini ortadan kaldıran diğer bir durum, asıl borçluya konkordato mühleti verilmiş olmasıdır (bkz. TBK m. 585/f. 1, b. 4). Alacaklının kefile başvurabilmesi için mühlet verilmesi yeterli olup konkordato sürecinin tamamlanmasına lüzum yoktur¹⁴⁷.

Konkordato kurumunda geçici (İİK m. 287-288) ve kesin (İİK m. 289 vd.) olmak üzere iki tür mühlet bulunmaktadır. Geçici mühlet, talep üzerine mahkemenin konkordato talebi için gerekli belgelerin (İİK m. 286) eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit etmesi üzerine üç ay¹⁴⁸ olarak verdiği ve borçlunun mal varlığının muhafazası için gerekli gördüğü bütün tedbirleri aldığı süreye denilir (İİK m. 287)¹⁴⁹. Geçici mühlet ile kesin mühletin sonuçları aynıdır (İİK m. 288/f. 1). Kesin mühlet ise konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunun anlaşılması hâlinde borçluya bir yıl olarak verilen¹⁵⁰ ve ayrıca duruma göre altı ay kadar da uzatılabilen süredir (İİK m. 289/f. 3, 5). Mühlet içinde borçlu aleyhine kural olarak Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ, s. 1243; **PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ**, s. 4; **SARISÖZEN**, M. Serhat, Konkordato, Ankara 2020, s. 75-77; **GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU**, s. 607.

¹⁴⁶ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ**, s. 7 vd.; **SARISÖZEN**, s. 89 vd.; **ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI**, s. 695 vd.

¹⁴⁷ **ÖZEN**, s. 305; **REİSOĞLU**, s. 164; **ERİŞİR**, s. 85; **AYAN**, s. 305; **AKARTEPE**, s. 86. Benzer yönde bkz. **SARISÖZEN**, s. 269; **KÖKSOY**, Mesut: Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri, Ankara 2022, s. 170. Ancak daha önce de değinilen (adi kefaletin bir türü olan) açığın kapatılmasına (zarara) kefalet hâlinde, kefile doğrudan başvurulabilmesi için konkordatonun kesinleşmesi şartı aranmıştır (TBK m. 585/f. 3).

¹⁴⁸ Bu süre, İİK m. 287/f. 4 çerçevesinde en fazla iki ay daha uzatılabilir.

¹⁴⁹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ**, s. 21-43; **KÖKSOY**, s. 5 vd.; **SARISÖZEN**, s. 156-198.

¹⁵⁰ Belirtmek gerekir ki, mahkeme, kesin mühlet ile ilgili kararını geçici mühlet içinde verir (İİK m. 289/f. 1).

Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve önceden başlamış takipler durur (İİK m. 294/f. 1)¹⁵¹.

Dolayısıyla aynı sonuçları doğurmaları sebebiyle, borçlu hakkında gerek geçici mühlet gerekse kesin mühlet kararı verilmesi hâllerinde, alacaklı TBK m. 585/f. 1, b. 4'e göre doğrudan adi kefile başvurabilir. Böyle bir durumda, tartışma def'ine dayanılamayacağı Kanun'da açıkça düzenlenmiştir¹⁵². Belirtmek gerekir ki, geçici mühlet sırasında kesin mühlet kararı verilmesi veya gerek geçici mühlet gerekse kesin mühlette bazı durumların (İİK m. 287/f. 5 ve m. 292) gerçekleşmesi üzerine konkordato talebinin reddedilerek iflâsa tabi borçlu hakkında iflâs kararı verilmesi hâllerinde alacaklı, her halükârda TBK m. 585/f. 1'den yararlanabilir (*adi kefile doğrudan başvurabilir*)¹⁵³. Ancak kanaatimizce, üç ay veya uzatılması hâlinde beş aylık geçici mühlet sırasında kefilik takip etmemiş olan alacaklı, bu mühlette borçlunun mali durumunun düzelmesi veya kanunda belirtilen durumların gerçekleşmesi hâllerinde (İİK m. 291-292) geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilmesinden sonra, artık doğrudan adi kefile başvuramaz. Alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması gerekir¹⁵⁴.

Borçlunun bizzat kendisi veya iflâsa tabi borçlunun, hakkında iflâs isteyebilecek alacaklıları ya da özel kanunlarda belirtilen kişiler konkordato talebinde bulunabilirler (İİK m. 285/f. 1-2; TTK m. 377; Kop. K m. 63/f. 3)¹⁵⁵. Şartların sağlanması durumunda, asıl borç ilişkisinin alacaklısının talebi üzerine konkordato süreci başlamış ve borçluya mühlet verilmişse bu durumda acaba alacaklı, doğrudan adi kefile başvurabilecek midir? Kanaatimizce iflâsta olduğu gibi¹⁵⁶ konkordato mühletinin de kimin talebi üzerine verildiğinin bir önemi yoktur.

¹⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARISÖZEN, s. 198 vd.; PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 43 vd. Ancak İİK m. 294/f. 2 uyarınca, "206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir". Doktrinde bir görüşe göre, mühlet içinde asıl borçluya karşı haciz yoluyla takibe konu edilebilen bu alacaklar için tartışma def'inin ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir (ERİŞİR, s. 87-88).

¹⁵² PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 33-34; BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ, s. 1254; PEKSÖZ, s. 490; ERİŞİR, s. 86-87; AYAN, s. 305-306.

¹⁵³ Benzer yönde bkz. ERİŞİR, s. 90-91.

¹⁵⁴ Benzer durumlarda tartışma def'inin avdet edeceği yönünde bkz. ERİŞİR, s. 88-90.

¹⁵⁵ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 662-664; KÖKSOY, s. 29-42.

¹⁵⁶ Bkz. yuk. II, B, 4.

Asıl borçluya konkordato mühleti verildiğinde alacaklı, iflâsta olduğu gibi birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir. Asıl borçlu, konkordato talebinde bulunmuşsa alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekenleri yapmak zorundadır. Ayrıca, alacaklının borçluya konkordato mühleti verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir (TBK m. 594/f. 2). Alacaklı, bahsedilen bu hususları yerine getirmemezse bundan dolayı kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder (TBK m. 594/f. 3)¹⁵⁷.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesinin asıl türü olarak kabul edilen adi kefalette kefalet sözleşmesinin temel özelliği olan fer'i sorumluluğun yanında tali sorumluluk ön plana çıkmaktadır. Buna göre asıl olan, kefilen evvel borçlunun takip edilmesi ve varsa rehin konusunun paraya çevrilmesidir (TBK m. 585). Bunun sağlanması amacıyla, kanun koyucu adi kefaletle özgü olarak savunma araçları tanımıştır. Kefili koruyucu hükümler niteliğinde olan bu savunma araçlarından biri de tartışma def'idir.

Tartışma def'i, kural olarak kefilen önce asıl borçluya başvurulması gerektiğini ifade eder. Buna uyulmaksızın doğrudan kefile başvurulduğunda adi kefil bu def'iyi ileri sürecektir. Tartışma def'i gerçek anlamda bir def'i olduğu için kefil tarafından ileri sürülmesi gerekir; re'sen dikkate alınamaz. Bunun genel haciz yoluyla takip sürecinde (İİK m. 42 vd.) ileri sürülmesi ve bu def'inin ortadan kalktığı hâller çalışmada ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Kendisine karşı genel haciz yoluyla takip yapıldığında kefil ilk aşamada tartışma def'ini ödeme emrine itiraz yoluyla usulüne uygun bir şekilde (bkz. İİK m. 62) ileri sürmelidir. Asıl borçluya başvurmadan doğrudan kefile başvurulmasının bir şikâyet (İİK m. 16-18) sebebi olduğu yönünde Yargıtay kararları olsa da kanaatimizce, burada maddi hukuktan ve taraflar arasındaki ilişkiden kaynaklanan gerçek anlamda bir def'i bulunduğu ve icra müdürü kendiliğinden bunu dikkate alamadığından, belirtilen kararlara katılmak mümkün değildir. Ayrıca kefil, kusuru bulunmaksızın elinde olmayan sebeplerle süresi içinde

¹⁵⁷ Bu konuda bkz. **AYDEMİR**, s. 533-535; **BÖRÜ/PARLAK BÖRÜ**, s. 1259-1270; **ÖZEN**, s. 305; **GÜMÜŞ**, Ders Kitabı, s. 546; **AYAN**, s. 687 vd.; **BULUŞ**, s. 83. Ayrıca bkz. yuk. II, B, 4.

ödeme emrine itiraz edememişse belirli şartlar çerçevesinde gecikmiş itiraz yoluna (İİK m. 65) başvurarak da tartışma def'ini ileri sürebilir.

İtiraz nedeniyle takibin durması üzerine itirazın hükümden düşürülerek takibe devam edilebilmesi için alacaklı tarafından başvurulmuş itirazın kaldırılması yolu (İİK m. 68-70) veya itirazın iptali davasında (İİK m. 67) da tartışma def'i çeşitli ihtimallerle gündeme gelebilir. İtirazın iptali davası, genel hükümlere göre görüldüğünden ödeme emrine itirazda ileri sürülmemiş olsa bile bu davada tartışma def'ine dayanılabilir. Ancak icra mahkemesinde görülen itirazın kaldırılmasında ödeme emrine itiraz ederken ileri sürülmeyen tartışma def'i, ancak varsa alacaklının dayandığı senet (belge) metninden anlaşılırsa ileri sürülebilir.

İtirazın iptali davası değil de itirazın kaldırılması yoluna başvurulmuşsa burada verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için bu yola başvurulmasına rağmen icra takibi sürecinde duruma göre itirazın iptali, borçtan kurtulma (İİK m. 69), menfi tespit veya istirdat (İİK m. 72) davaları da açılabilir. Ayrıca, ödeme emrine itirazda bulunulmamış veya itiraz edilmesine rağmen tartışma def'inin ileri sürülmemiş olması hâlinde de sonradan belirli şartlar çerçevesinde menfi tespit veya istirdat davaları açılabilir. Genel hükümler çerçevesinde görülen ve kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bu davalarda da tartışma def'ine ve bu def'inin ortadan kalktığı hâllere dayanılabilir. Doktrinde genel olarak, tartışma def'i ileri sürülmeksizin yapılan ödemenin geri istenilemeyeceği savunulsa da kanaatimizce, alacağın asıl borçludan tahsil edilerek kefilin sorumluluğunun sona ermesini de sağlayabilecek bu def'ie dayanılarak istirdat davası açılabilir. Ancak tartışma def'inin ortadan kalktığı hâllerden birinin alacaklı tarafından ispat edilmesi durumunda bu veya diğer davalarda kefil aleyhine karar verilir.

Tartışma def'i, bazı durumların gerçekleşmesi hâlinde ortadan kalkar. Bunlar; alacaklının, borçlu aleyhine yaptığı icra takibi neticesinde kesin aciz belgesi alması; borçlu aleyhine Türkiye'de takip yapmanın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi; talebin kimden geldiğine bakılmaksızın borçlunun iflâsına karar verilmesi ve borçluya konkordato mühleti verilmiş olması hâlleridir (bkz. TBK m. 585/f. 1). Ayrıca, kanunda düzenlenmemiş olsa da tartışma def'inden feragat edilmiş olması da tartışma def'inin ortadan kalktığı bir durum olarak

kabul edilebilir. Tartışma def'inden önceden feragatin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunsada bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 582/f. 3 hükmü gereğince tartışma def'inden önceden feragat mümkün değildir; ancak, sonradan feragat söz konusu olabilir. Zira, adi kefaletle talilik niteliğini veren tartışma def'i imkânından mahrum bir sözleşme, zaten adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edilemez. Dolayısıyla sonradan geçerli bir şekilde yapılan feragat varsa bu durumda da tartışma def'inin ortadan kalktığını kabul etmek gerekir.

Tartışma def'ini ortadan kaldıran hâllerden kesin aciz belgesi (İİK m. 143) ya da haczedilebilir mal varlığının bulunmaması üzerine düzenlenen ve kesin aciz belgesi niteliğinde olan haciz tutanağının (İİK m. 105), alacaklının, kefaletle güvence altına alınmış alacağı için asıl borçluya karşı yürüttüğü icra takibi neticesinde alınmış olması gerekir.

Ayrıca, diğer bir istisna olan “borçlu aleyhine Türkiye’de takip yapmanın imkânsız hâle gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi” ile ilgili olarak, kefalet sözleşmesi yapılırken asıl borçlu zaten yabancı bir ülkedeyse adi kefilin tartışma def'inden yararlanabileceği kabul edilmekle birlikte, borçlu, yerleşim yerini daha sonra başka bir ülkeye almış olabilir. Bu ülkede borçlu hakkında takip yapılmasının çok güç olması nedeniyle alacaklının doğrudan adi kefile başvurup başvuramayacağı konusunda hukukumuzda açık bir hüküm bulunmadığından, doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, borçlunun yerleşim yerinin Türkiye’de olup daha sonra yabancı bir ülkeye alınması durumuna bağlanan sonucun burada da uygulanması amaca uygun olur. Dolayısıyla İsviçre Borçlar Kanunu m. 495/f. 1’de olduğu gibi, asıl borçlunun yerleşim yeri yabancı bir ülkede olmasına rağmen daha sonra bunu, başka bir yabancı ülkeye nakletmesi ve burada takibin yürütülmesinin aşırı derecede güçleşmesi hâlinde, doğrudan adi kefile başvurmak mümkün olmalıdır. Bu konuda Türk hukukunda da açıkça bir düzenleme yapılması tereddütleri gidermek bakımından isabetli olur.

Asıl borçlu hakkında iflâs kararı verilmesi, ancak daha sonra bu iflâsın kaldırılması (İİK m. 182) hâlinde, bunun, alacaklının kefile doğrudan başvurma hakkına etkisi konusunda farklı değerlendirmeler olsa da kanaatimizce, burada iflâsın kaldırılması sebebine göre değerlendirme yapmak gerekir.

Son olarak, konkordato kurumunun değışmesiyle beraber kefaletle ilgili bazı hükümlerin de yorumlanması oldukça önemlidir. Konkordato talebi üzerine ilk başta verilen geçici mühlet de kesin mühlet ile aynı sonuçları doğurduğundan (İİK m. 288/f. 1), geçici mühlet veya sonrasında kesin mühlet kararı verilmesi hâllerinde alacaklı, doğrudan adi kefile başvurabilir. Geçici mühlet içinde kesin mühlet kararının verilmesi veya gerek geçici mühlet gerekse kesin mühlette bazı durumların (İİK m. 287/f. 5 ve m. 292) gerçekleşmesi üzerine, konkordato talebinin reddedilerek iflâsa tabi borçlu hakkında iflâs kararı verilmesi hâllerinde, alacaklı, her halükârda TBK m. 585/f. 1'den yararlanabilir. Ancak kanaatimizce, geçici mühlet sırasında kefile takip etmemiş olan alacaklı, bu mühlette borçlunun mali durumunun düzelmesi veya kanunda belirtilen durumların gerçekleşmesi hâllerinde (İİK m. 291-292) geçici mühletin kaldırılarak konkordato talebinin reddine karar verilmesinden sonra, artık adi kefile doğrudan başvuramaz. Öncelikle asıl borçluya başvurulması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKARTEPE**, Alpaslan: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2023.
- AKBAŞ**, Başak: "Borçlar Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma Olanakları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 1, 2009, s. 197-215.
- AKİL**, Cenk: Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz, Ankara 2017.
- ALBAYRAK**, Hakan: İflasın Kaldırılması, Ankara 2007.
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Baskı, Ankara 2023.
- ARSLAN**, Ramazan/**YILMAZ**, Ejder/**TAŞPINAR** **AYVAZ**, Sema/**HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2023.
- AŞIK**, İbrahim/**ORUÇ**, Yakup/**TOK**, Ozan/**SAÇAR**, Ömer Faruk/**AŞİT**, Recep: İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2024.
- ATALI**, Murat/**ERMENEK**, İbrahim/**ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2023.
- AYAN**, Serkan: Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018.
- AYDEMİR**, Dilek: "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi", MİHDER, C. 15, S. 43, 2019, s. 519-558.
- BÖRÜ**, Levent/**PARLAK** **BÖRÜ**, Şafak: "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, s. 1239-1277.
- BULUŞ**, Kasım: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Birlikte Kefaletin Türleri ve Hükümleri, Ankara 2017.
- BÜYÜKAY**, Ferhat: Menfi Tespit Davası (İİK m. 72), Ankara 2024.
- CELEP**, Ayça Ebru: "Kefilin Savunma İmkanları", Çetiner, Bilgehan/Korkmaz, Abdullah Furkan (Editörler), Teminat Hukuku, Ankara 2023, s. 1073-1103.
- ÇUKADAR**, Neslihan: Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014.
- DEMİR**, Ömer Faruk: İstirdat Davası, Ankara 2020.

- ELÇİN GRASSINGER**, Gülçin: Borçlar Kanununa Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- ERİŞİR**, Evrim: Kefilin Talilik İlkesini Haciz Yoluyla Takipte İleri Sürmesi, İstanbul 2024.
- GÖRGÜN**, L. Şanal/**BÖRÜ**, Levent/**KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2023.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 3. Bası, İstanbul 2014 (**GÜMÜŞ**, C. 2).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 7. Baskı, İstanbul 2023 (**GÜMÜŞ**, Ders Kitabı).
- IŞIK**, Melih: İcra Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Belgesi ve Bu Nitelikteki Haciz Tutanakları (İİK m. 143, 105), İstanbul 2019.
- KARSLI**, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2014.
- KİRAZ**, Taylan Özgür: İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması (İİK md. 68-70), 4. Baskı, Ankara 2013.
- KÖKSOY**, Mesut: Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri, Ankara 2022.
- KURU**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 1988 (İcra).
- KURU**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU**, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003 (Menfi Tespit).
- MARKUS**, Vischer: “Art 495”, Hochstrasser, Michael/Huber-Purtschert, Tina/Maissen, Eva (Editörler), CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Einzelne Vertragsverhältnisse - Art 184-529 OR und Innominatverträge, 4. Baskı, Zürich, 2023.
- MUŞUL**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukukunda; Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, 2. Baskı, Ankara 2016.
- ÖZBAY**, İbrahim/**ÇELİK**, Ferhat: “İcra ve İflâs Hukukunda Rehin Açığı Belgesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 9, S. 34, 2018, s. 1-36.

- ÖZBAY**, İbrahim/**YARDIMCI**, Taner Emre: Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZEN**, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZTEK**, Selçuk: İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası (İİK m.143; m.251), İstanbul 1994.
- ÖZTEK**, Selçuk/**TUNÇ YÜCEL**, Müjgan: “Madde 303”, Yeşilova, Bilgehan (Editör), Yeni Konkordato Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 577-584.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ERDÖNMEZ**, Güray: 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**SUNGURTEKİN ÖZKAN**, Meral/**ÖZEKES**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 11. Bası, İstanbul 2024.
- PEKSÖZ**, Vildan: “Kefilin İcra ve İflâs Yoluyla Takibi”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Sempozyumu II ve Makaleler, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Başkanı Merhum Mehmet Kılıç’a Armağan, 2020, s. 481-525.
- PESTALOZZI**, Christoph M.: “Die Bürgschaft, Art. 495”, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Editörler), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4. Baskı, Basel 2007.
- REİSOĞLU**, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- SARISÖZEN**, M. Serhat: Konkordato, Ankara 2020.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, 5. Basım, İstanbul 2010.
- TERCAN**, Erdal: İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.
- TÜRK**, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.
- ULUKAPI**, Ömer: “İcra ve İflâs Hukukunda Gecikmiş İtiraz”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s. 299-334.
- UYAR**, Talih/**UYAR**, Alper/**UYAR**, Cüneyt: Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Baskı, Ankara 2015.
- UYUMAZ**, Alper: İcra ve İflâs Hukukunda Gecikmiş İtiraz, İstanbul 2011

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 11. Baskı, İstanbul 2022.

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ (TCK M. 109/5)

Dr. Öğr. Üyesi Fulya KORKMAZ*

Öz

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, TCK m. 109/5'te cezayı ağırlaştıran bir neden olarak öngörülmüştür. "Cinsel amaç" ile ne anlaşılması gerektiği, "evlenme maksadı"nın "cinsel amaç" kavramına dahil olup olmadığı hususları öteden beri tartışılmaktadır. Bugün için bunların aynı anlama gelmediği, evlenme maksadının cinsel amacı içermediği -uygulama aksi yönde olsa bile- düşünülebilir. Ne var ki bir çocuğun evlenmek maksadıyla kaçırılması durumunda da failin cinsel amacının bulunmadığı söylenebilir mi? Üstelik çocuğun evlenmek veya kaçmak konusunda bir de rızası varsa, bu husus ceza sorumluluğu bakımından nasıl değerlendirilmelidir? Cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında öngörülen yaş aralıkları, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi yönünden nasıl ele alınmalıdır? Bu makalenin amacı tüm bu sorulara birer cevap bulmaya çalışarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi hâlinde ortaya çıkan bazı hukuki sorunlara dikkat çekmek ve konuya ilişkin bazı çözüm önerileri sunmaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ufuk University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Türkiye.

✉ fulyakorkmaz_88@hotmail.com • ORCID 0000-0002-5800-9812.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: **KORKMAZ**, Fulya: "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi (TCK M. 109/5)" SÜHFD, C.33, S.2, 2025, s. 1447-1486.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma • Cinsel Amaç • Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar • Evlenme Maksudıyla Kaçırma • Çocuğun Rızasının Geçerliliği

COMMITTING THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY FOR SEXUAL PURPOSE (TPC ART. 109/5)

Abstract

Committing the crime of deprivation of liberty for sexual purpose is foreseen as a reason aggravating the penalty in Article 109/5 of the TPC. What should be understood by “sexual purpose” and whether “intention to marry” is included in the concept of “sexual purpose” has been discussed for a long time. Today, it may be thought that these do not mean the same thing - even if the practice is in the opposite direction. However, in the case of abduction of a child for the purpose of marriage, can it be said that the perpetrator does not have a sexual purpose? Furthermore, if the child consents to marriage or elopement, how should this be evaluated in terms of criminal responsibility? How should age ranges in sexual offenses be handled in terms of Article 109/5? The purpose of this article is to draw attention to all these legal issues.

Keywords

• Deprivation Of Liberty • Sexual Purpose • Crimes Against Sexual Inviolability • Abduction For The Purpose Of Marriage • Validity Of Consent Of The Child

GİRİŞ

İnsan varlığının aslı menfaatini oluşturan özgürlük, demokratik niteliğe sahip olan ve bireyi merkezine koyan bir anayasanın adeta omurgasını, lenf dolaşımını oluşturur.¹ Temellerini ve belki de özünü devletin kendi kendini sınırlamasında bulan, devlet merkezli negatif özgürlük modelinin ötesine geçen demokratik bir anayasa, insan özgürlüğünün referans noktası olarak insan kişiliğinin merkeziliğini benimser.² Nitekim böyle bir anayasal düzende özgürlük, bireysel haklar kapsamında yer alır ve doğası gereği dokunulmaz haklardan biri olarak kabul edilir.³

¹ MANTOVANI, Ferrando, Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona, Padova 2005, s. 241.

² MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 241.

³ MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 241.

Türk Anayasasında pek çok temel hak ve özgürlük güvence altına alınmıştır. Bunlardan biri de “hareket etme özgürlüğü”dür. Belirtilen bu özgürlük sayesinde, insanlar günlük yaşamlarında bir yerden başka bir yere gidebilirler, orada diledikleri gibi kalabilirler, istedikleri yerde bulunabilirler.⁴ Hareket etme özgürlüğü esasen Anayasanın “Kişi Hakları ve Ödevleri” için ayrılan ikinci bölümünde 19. maddesinde düzenlenen “kişi hürriyeti ve güvenliği” hakkının bir sonucudur. Söz konusu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 5. maddesi⁵ kapsamında da koruma altına alınmıştır.

⁴ **AYDIN**, Devrim: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Suç ve Ceza Dergisi, C. 14, S. 4, 2021, s. 706. Hareket etme özgürlüğünün yalnızca hareket edebilme serbestisini değil, aynı zamanda belirli bir yerde kalabilme serbestisini de kapsadığı yönünde bkz. **DREYER**, Emmanuel, Droit Pénal Spécial, Ellipses, 2008, s. 116.

⁵ İlgili hükme göre;

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

Hareket etme özgürlüğünün ihlâli, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Kişilere Karşı Suçlar" kısmında, "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümünde yer alan "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunu (m. 109) oluşturmaktadır.

Anılan düzenlemeye göre;

"(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe ya da boşandığı eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

Öte yandan TCK m. 110'da söz konusu suça ilişkin etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir.⁶ Buna göre; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen kişi *"bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir."*

Belirtilmelidir ki 5237 sayılı TCK'de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, 765 sayılı TCK'den farklı şekilde düzenlenmiştir. Esasen TCK m. 109 hükmü, mülga 765 sayılı TCK'de ayrı ayrı düzenlenmiş olan birbirinden farklı pek çok suç tipini bir araya getirmiştir.⁷ Üstelik mülga Kanunda düzenlenen bazı suçlar, 5237 sayılı TCK'de düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hâli olarak öngörülmüştür (memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (765 sayılı TCK m.181), küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçunda olduğu gibi (765 sayılı TCK m.182)). 765 sayılı TCK'de düzenlenen kız, kadın ve erkek kaçırma suçları (m.429-434) ise 5237 sayılı TCK'de ayrı bir suç olarak öngörülmemiş, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamına alınmıştır. Ayrıca 765 sayılı TCK m. 499'da düzenlenen adam kaldırma suçuna 5237 sayılı TCK'de yer verilmemiştir. Bu nedenle yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması hâlinde, fail hem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma hem de yağma suçundan dolayı sorumlu olur.⁸

Bu çalışmanın konusu kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedenlerinden birini oluşturan suçun *"cinsel amaçla*

⁶ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İÇER, Zafer: "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s. 776 vd.

⁷ YENERER ÇAKMUT, Özlem: "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 588; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022, s. 442; ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I, Ankara 2023, s. 646.

⁸ YENERER ÇAKMUT, s. 588; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 442-443; bu konuda detaylı bilgi için bkz. BEKRİ, M. Nedim, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu, Ankara 2024, s. 27 vd.

işlenmesi”nden ibarettir. Bu nedenle çalışma kapsamında suça yönelik diğer tartışmalara yer verilmemiştir. Bununla beraber suçun temel şekli incelenmeden nitelikli hâli tartışlamayacağından, suç hakkında genel bilgiler verildikten sonra söz konusu ağırlaştırıcı nedenin düzenlendiği TCK m. 109/5 hükmünün uygulanmasında ortaya çıkan bazı sorunlar ele alınmıştır.

I. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun faili herhangi bir kişi olabilir.⁹ Gerçekten de Kanunda *“bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan “kişi”den söz edildiğine göre, söz konusu suç fail yönünden bir özellik arz etmez. Ne var ki failin bazı özelliklere sahip olması; örneğin fail ile mağdur arasında üstsoy, altsoy ilişkisinin veya bir evlilik bağının bulunması (suçun eşe ya da boşanılan eşe karşı işlenmesi), failin kamu görevlisi olması (suçu kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi) suçun nitelikli hâlini oluşturmaktadır.*¹⁰

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu öngören norm ile yukarıda da belirtildiği üzere bireyin hareket edebilme özgürlüğü korunmaktadır. Bu itibarla dar anlamda kişi özgürlüğünün korunduğu bu suçun hukukî konusu bireyin *“hareket edebilme özgürlüğü”*dür.¹¹ Nitekim bu husus madde gerekçesinde de şu şekilde ifade edilmiştir:

⁹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2024, s. 485; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2024, s. 433; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 449.

¹⁰ YENERER ÇAKMUT, s. 589; AYDIN, s. 711; BEKRİ, s. 71; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 449; BAYRAKTAR, Köksal/KESKİN KIZIROĞLU, Serap/YILDIZ, Ali Kemal/ZAFER, Hamide/AKSOY RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/SINAR, Hasan/EVİK, Ali Hakan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/ERMAN, Barış/EROĞLU, Fulya, Özel Ceza Hukuku, C. III, İstanbul 2018, s. 74.

¹¹ TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2021, s. 87; DAURY-FAUVEAU, Morgane/ROBERT, Jacques-Henri, Droit Pénal Spécial, Livres 2 et 3 du Code Pénal: Infractions Contre Les Personnes et Les Biens, puf, 2010, s. 256. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin psikik özgürlüğe yönelik bir saldırı niteliği de taşıdığı yönünde bkz. ANTOLISEI, Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I, Milano 2016, s. 164. Bu suç ile kişinin iradesine uygun olarak hareket

“Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir. Kişiler, bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahiptirler. Söz konusu suç işlenmekle kişinin bir yerde kalma ve bir yere gitme hürriyeti ihlâl edilmiş olmaktadır.”¹²

Bu suçun pasif süjesi herhangi bir kişi olabilir.¹³ Ancak burada bireyin hareket edebilme özgürlüğü korunduğundan, bu serbestiye sahip olmayan kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Şöyle ki öğretilerdeki bir anlayışa göre hareket serbestisine sahip olmayanlara karşı bu suçun işlenmesi mümkün değildir; yeni doğmuş bir bebeği beşiğine bağlama durumunda olduğu gibi.¹⁴ Fakat irade sahibi küçükler karşı bu suçun işlenmesi mümkündür; yeter ki söz konusu fiil TCK m. 234 kapsamında küçükleri kaçırma suçuna vücut vermesin.¹⁵ Aynı anlayışa göre akıl hastaları yönünden, bu kişilerin bilinç ve irade serbestilerinin ne ölçüde azaldığını göz önünde bulundurmak gerekir.¹⁶

edebilme özgürlüğünün korunduğu yönünde bkz. **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 444; **CİHAN**, Erol: “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK m. 179)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 50. Öğretilerde hareket edebilme özgürlüğü kimi yazarlar tarafından potansiyel hareket hürriyeti, başka bir deyişle bir yere gitme veya bir yerde kalma konusunda irade oluşturabilme ve bu konuda bir tercihte bulunma serbestisi olarak değerlendirilmektedir (bkz. **KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 497; ayrıca bkz. **ÜZÜLMEZ**, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S.1,2, 2007, s. 1186). Öte yandan bu suç ile bireyin vücut dokunulmazlığının da korunmak istendiği; zira bu suç işlenirken, zorunlu olmamakla birlikte, genellikle zor kullanıldığı veya hürriyetinden mahrum bırakılan kişinin uzun süre kötü koşullarda yaşamak zorunda bırakıldığı da savunulmuştur (**ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ**, s. 433).

¹² **TANERİ**, Gökhan, Hürriyete Karşı Suçlar, Ankara 2020, s. 264.

¹³ **CADOPPI**, A./**VENEZIANI**, P., Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Terza Edizione, CEDAM, 2007, s. 926; **TOROSLU/TOROSLU**, s. 87.

¹⁴ Bu anlayış ilişkin bkz. **TOROSLU/TOROSLU**, s. 87. Potansiyel olarak dahi hareket serbestisi olmayan çocuklarla ilgili benzer yönde bkz. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 486.

¹⁵ **TOROSLU/TOROSLU**, s. 87.

¹⁶ **TOROSLU/TOROSLU**, s. 87; **CİHAN**, s. 53.

Öte yandan herkesin fiziksel özgürlüğünün kanun tarafından objektif olarak koruduğu düşüncesiyle, öğretide bu suçun küçük çocuklara, felçli kişilere, akıl hastalarına karşı işlenebileceğini düşünenler de bulunmaktadır.¹⁷ Hatta bu tartışmanın bir anlamı kalmadığı, TCK'nin benimsediği sistem itibarıyla herkesin bu suçun mağduru olabileceği, zira çocuklara ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı bu suçun işlenmesinin cezayı ağırlaştıran bir neden olarak (TCK m. 109/3-f) öngörüldüğü de ifade edilmektedir.¹⁸

Belirtilmelidir ki, hürriyetinden kısmen mahrum durumda bulunan bir kişi de bu suçun pasif süjesi olabilir.¹⁹ Kişinin kendisine tanınan hareket alanının iyice sınırlandırılması hâli buna örnek olarak gösterilebilir; tutuklunun ipile bağlanmak suretiyle hücre içerisindeki hareket imkânının ortadan kaldırılmasında olduğu gibi.²⁰

¹⁷ Bu anlayış için bkz. **ANTOLISEI**, s. 166; **DELPINO**, Luigi, *Diritto Penale Parte Speciale*, XV Edizione, **SIMONE**, 2006, s. 522; **TOROSLU/TOROSLU**, s. 87-88. Bu düşüncede olanların bir kısmı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile potansiyel hareket özgürlüğünün de korunduğunu, bu nedenle felçli birinin ya da uyumakta olan bir kimsenin o anda hareket edememesinin önemli olmadığını savunmuştur (bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ**, s. 434; ayrıca bkz. **YENERER ÇAKMUT**, s. 589; **HAFIZOĞULLARI**, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 190; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 499-500; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 449; **KESKİN KIZIROĞLU**, Serap: “Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu”, C.1, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, 2014, s. 424; **DEMİREL**, Muhammed: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 498; **TANERİ**, s. 275). Kimi yazarlar ise bu suç ile “salt kişinin genel özgürlük hakkı çerçevesinde soyut kişi özgürlüğü hakkı”nın korunduğu düşüncesiyle, somut olayda kişinin bedensel hareket edebilme yeteneğinin “madden sürekli veya geçici yokluğu”nın bu suçu işlenemez suç hâline getirmeyeceğini ifade etmişlerdir (bkz. **BAYRAKTAR/KESKİN KIZIROĞLU/YILDIZ/ZAHER/AKSOY RETORNAZ/AKYÜREK/SINAR/EVİK/ALTUNÇ/AYTEKİN İNCEOĞLU/ERMAN/EROĞLU**, s. 74). Önder ise, yeni doğmuş bebeğin beşiğe bağlanması gibi örnekler haricinde, bu suçun akıl hastalarına, hastalara, yürüyemeyen kişilere veya sarhoşlara karşı işlenebileceği kanaatindedir (bkz. **ÖNDER**, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1994, s. 28).

¹⁸ **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 499-500.

¹⁹ **DELPINO**, s. 522; **TOROSLU/TOROSLU**, s. 88; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 500.

²⁰ **TOROSLU/TOROSLU**, s. 88; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 500.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu serbest hareketli bir suçtur.²¹ Kanun koyucu bu suç yönünden davranışın belirli şekilde veya belirli tipik araçlarla gerçekleşmesini aramamış, yalnızca davranışın özgürlükten yoksun kılma biçiminde bir sonuca neden olmasını öngörmüştür.²² Şu hâlde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik davranış, hareket veya ihmâl biçiminde ortaya çıkabilir.²³

Gerçekten de bu suç fiziksel şiddet yoluyla (örneğin; elleri ve kolları bağlayarak, zincirleyerek, darbelerle bayıltarak, iterek veya hipnotize ederek, narkoz vererek, sarhoş ederek, uyuşturucu madde vererek)²⁴, tehditle (örneğin; rehinlere silâh doğrultarak) işlenebileceği gibi, hileyle (kişiyi özgürlüğünü kendi kendine kısıtlamaya teşvik ederek: yatakta kalması gerektiğine, ciddi bir hastalığı olduğuna ya da eve kapatıldığına inandırarak, batıl inançlarını istismar ederek ya da dışarı çıkması hâlinde salgın bir hastalığa yakalanma, atomik radyasyona ya da zehirli maddelerin etkisine maruz kalma gibi uydurma tehlikelerle karşı karşıya kalacağına inandırarak) veya şiddet ya da hile içermeyen başkaca bir yolla da (örneğin; mağdurun kaldığı odanın kapısını kilitlemek suretiyle) işlenebilir.²⁵ Keza bu sonuncu duruma şunlar da örnek

²¹ MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 279; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 500. Bunun hem serbest hareketli hem de seçimlik hareketli bir suç olduğu yönünde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 487; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 434; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 445. Seçimlik hareketlerin her birinin serbest hareketli olduğu yönünde bkz. ÖZEN, s. 650.

²² MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 279. Bu suçta neticenin gerçekleşmesinin aranmadığı, bunun sırf hareket suçu olduğu yönünde bkz. DÜLGER, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023, s. 330. Bunun aksine, söz konusu suçun neticeli bir suç olmasının yanı sıra, neticenin tamamlanmasından sonra da devam eden bir suç olduğu yönünde bkz. DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2024, s. 152.

²³ ANTOLISEI, s. 165; DELPINO, s. 522; TOROSLU/TOROSLU, s. 88; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 445; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 191; ÖZEN, s. 650; ÖNDER, Ayhan: “Mütemadi Suç”, Journal of Istanbul University Law Faculty, 29(1-2), s. 87.

²⁴ MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 279; benzer örnekler için bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 445.

²⁵ MANTOVANI, Parte Speciale I, s. 279-280. Bu suçun mekanik, kimyevi, fiziki, manevi araçlarla işlenebileceği yönünde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 446. Öte yandan, Soyaslan bu suçun doğrudan ve dolaylı cebirle işlenebileceğini ifade etmiş ve bunu şu örneklerle açıklamıştır: Mağdurun üstünde zor kullanılarak kontrol altına alınması doğrudan cebirle, mağdurun hakkında sahte bir belge düzenlenerek akıl hastanesine

gösterilebilir: Tek bir çıkış kapısı bulunan bir yerde bir kimsenin önüne dikilerek geçişine engel olmak, yurt dışına çıkmak üzere olan bir kimsenin pasaportunu çalarak yurt dışına çıkışını önlemek, tekerlekli sandalye olmadan hareket edemeyen birinin tekerlekli sandalyesini almak,²⁶ banyoda bulunan birinin kıyafetlerini saklamak.²⁷ Bunlar hareket şeklinde ortaya çıkan davranışlardır. Öte yandan, başlangıçta haklı nedenle bir yere kapatılan bir kimseyi haksız olarak orada tutmak suretiyle özgürlüğünü geri vermeme durumunda olduğu gibi, bu suç ihmalle de işlenebilir.²⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında suçun serbest hareketli bir suç olduğunu şu şekilde açıklamıştır:

*“Suçun maddi unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi serbest hareketli bir suç olduğundan, bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğünün kaldırılması neticesini doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilecektir”.*²⁹

Süre kavramının niceliksel yapısı her ne kadar farklı yorumları beraberinde getirse de bu suçun gerçekleşebilmesi için hürriyetin

yatırılmasının sağlanması ise dolaylı cebirle bu suçun işlendiği durumlardır (bkz. **SOYASLAN**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 271). Esasen kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hangi yollarla gerçekleştirilebileceği hususu, öğretide kimi yazarlar tarafından bu yoksun kalmanın failin davranışının doğrudan bir sonucu olup olmamasına göre “doğrudan” ve “dolaylı” yollar biçiminde ikili bir ayrıma tabi tutularak ele alınmaktadır (bkz. **ANTOLISEI**, s. 165).

²⁶ Örnekler için bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 435.

²⁷ **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 446; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 488.

²⁸ **TOROSLU/TOROSLU**, s. 88; **ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR**, s. 445. İhmal suretiyle icra suçu biçiminde işlenebileceği yönünde bkz. **ÖNDER**, Özel Hükümler, s. 29; **SOYASLAN**, s. 271. Karşı görüş için bkz. **ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ**, s. 435; **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 488. Esasen belirtilen yazarların karşı görüşte olmalarının nedeni; TCK’de genel hükümlerde ihmal suçlarına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, söz konusu fiili ihmali davranışla işleyen kişinin cezalandırılmasının mümkün olmadığını savunmalarıdır.

²⁹ Yargıtay CGK, 13/20/2020, E. 2017/827, K. 2020/100, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-827-k-2020-100-t-13-2-2020>, Erişim Tarihi: 20.01.2025).

sınırlanmasının belli bir süre (kayda değer bir süre) devam etmesi gerekir.³⁰ Dolayısıyla bu suç kesintisiz bir suçtur.³¹

Belirtilmelidir ki özgürlükten yoksun bırakmanın derecesi mutlak değil, görecelidir; bu itibarla bu yoksun bırakma nedeniyle kişinin kendisini özgür duruma getirmesinin imkânsız hâle gelmesi gerekmez.³² Üstelik bu suçun oluşması için kişinin özgürlüğünden tamamen yoksun bırakılmış olması, yani her türlü kaçış ve kurtuluş imkânından mahrum hâle getirilmiş olması da gerekmez.³³ Kişinin büyük bir odaya kilitlenmesi veya evden dışarı çıkmasının engellenmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.³⁴

Öyleyse; özgürlüğün geri kazanılmasının önündeki fiziksel veya psikolojik engellerin kolayca ve hızlı bir şekilde aşılamaması nedeniyle bir kimsenin kendisini özgür hâle getirmesinin nispeten imkânsız hâle gelmesi, bu suçun oluşması bakımından yeterlidir.³⁵ Gerçekten de kişinin bir yere istediği konforda gitmesinin önlenmesinde değil, belli bir yönde

³⁰ MANTOVANI, *Parte Speciale I*, s. 281; ANTOLISEI, s. 165. Örneğin İtalyan yargı kararlarında, kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma için gerekli sürenin yaklaşık on beş dakika olması gerektiği ifade edilmektedir. Öğretide ise yargı kararlarıyla benimsenen bu sürenin altında olsa olsa teşebbüsten veyahut da başka bir suçtan (örneğin cebirden) söz edilebileceği belirtilmektedir (bkz. ANTOLISEI, s. 165-166). Ne var ki Fransız yargı kararlarında genellikle mağdurun yalnızca birkaç dakika tutulmuş olmasının önemli olmadığı belirtilmekte ve fail mağduru gönüllü olarak serbest bırakmadığı sürece, mağdurun birkaç dakika tutulmuş olmasının bu suç yönünden yeterli olduğu ifade edilmektedir (bkz. PRADEL, Jean/DANTI-JUAN, Michel, *Droit Pénal Special, Droit Commun-Droit des Affaires*, Paris 2010, s. 238).

³¹ EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. I, Ankara 1976, s. 379; ÖNDER, *Özel Hükümler*, s. 26; ALACAKAPTAN, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara 1975, s. 52; İÇEL, Kayıhan/ÖZGENÇ, *İzzet/SÖZÜER*, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999, s. 79; ÖZGENÇ, *İzzet*, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024, s. 192; TOROSLU/TOROSLU, s. 89; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 446; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 434; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 487; ÖZEN, s. 652; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 191; CİHAN, s. 64; DÜLGER, s. 329. Ayrıca bkz. ÖNDER, *Mütemadi Suç*, s. 87; KATOĞLU, Tuğrul, *Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)*, Ankara 2022, s. 91; YERDELEN, Erdal, “Mütemadi (Kesintisiz) Suç”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 5, S. 18, 2014, s. 117-118.

³² MANTOVANI, *Parte Speciale I*, s. 281.

³³ TOROSLU/TOROSLU, s. 89.

³⁴ MANTOVANI, *Parte Speciale I*, s. 281.

³⁵ MANTOVANI, *Parte Speciale I*, s. 281-282.

gitmesini engellemek için zor ve alışılmışın dışındaki yollara yönlendirilmesi hâlinde bu suç oluşur.³⁶ Örneğin failin çıkışı kapatması nedeniyle kişinin nereden çıkılacağını bilemediği için çıkamadığı veya çıkış için gerekli mekanizmayı çalıştıramadığı veyahut da çıkış için belirlenen yolun zor ya da tehlikeli olması durumunda bu suçun varlığından söz etmek mümkündür.³⁷

Kesintisiz suçlarda suçun sona erme (bitme) anı, temadinin bittiği andır. Bu an, suçun tamamlanma anından sonraki bir sayfayı oluşturmaktadır.³⁸ Bu itibarla, kesintisiz bir suç olan kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin önemsiz sayılmayacak bir süre sınırlanmasıyla tamamlanır, mağdurun yeniden hürriyetini elde etmesiyle birlikte ise son bulur.³⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur. Kanun koyucu bu suç yönünden failin belirli bir saikle davranmasını öngörmemiş, ancak suçun “*cinsel amaçla*” işlenmesini ağırlaştırıcı neden olarak kabul etmiştir.⁴⁰ Belirtilmelidir ki suçun sonradan ortaya çıkan kast ile işlenmesi mümkündür. Failin içerde birinin olmadığını zannederek kilitleyip gittiği bir odada sonradan birinin olduğunu öğrenmesine rağmen kilidi açmaması⁴¹ veya Cumhuriyet savcısının serbest bırakılmasına karar verdiği bir şüphelinin tutulmaya devam edilmesi durumlarında olduğu gibi.⁴² Bu durumlarda hem ihmalden hem de sonradan ortaya çıkan kasttan söz edilir.⁴³

³⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 503.

³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 503.

³⁸ KUNTER, Nurullah, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s. 94.

³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.503-504; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 447; KAYA, Musa, Kesintisiz (Mütemadi) Suç, Ankara 2024, s. 20. Suç, failin mağduru serbest bırakmasıyla sona erebileceği gibi mağdurun kaçması sonucunda da sona erebilir (bkz. MANTOVANI, Ferrando, Diritto Penale, Parte Generale, Nona Edizione, CEDAM, 2015, s. 430). Şu hâlde kesintisiz suçun sona ermesi için hukuka aykırı durumun ortadan kalkması veya kaldırılması gerekir (bkz. AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2022, s. 310).

⁴⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 441; TOROSLU/TOROSLU, s. 90.

⁴¹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 445; AYDIN, s. 716.

⁴² AYDIN, s. 716.

⁴³ AYDIN, s. 716.

II. KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇUNUN BİR AĞIRLAŞTIRICI NEDENİ OLARAK; “SUÇUN CİNSEL AMAÇLA İŞLENMESİ”

A. Genel Olarak

TCK m.109/5’e göre kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi durumunda, fail hakkında daha ağır bir cezaya hükmolunur. Şu hâlde bir kimse cinsel amaçla başka bir kimseyi bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakırsa, hakkında TCK m. 109/5 hükmü uygulanır.⁴⁴ Öğretide bu hükmün cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz fiillerinin gerçekleştirilmesine imkân sağlamak için kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁵

Suçla ilişkin genel açıklamalar yapıldığında da belirtildiği üzere, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu genel kastla işlenebilen bir suçtur. Ancak failin cinsel amaçla bu suçu işlemesi Kanunda ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Bu itibarla söz konusu ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin cinsel amaçla bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakması yeterli olup, bu amaca ulaşmasına gerek bulunmamaktadır.⁴⁶ Öyle ki bu amacı gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir davranışta bulunmasa dahi fail bu ağırlaştırıcı nedenden dolayı sorumlu olabilir,⁴⁷ ancak bu durumda failin cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığıının ispatlanması gerekir.⁴⁸ Dolayısıyla cinsel saldırı, cinsel istismar veya cinsel taciz gibi cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birinin somut olayda işlenmemiş olması veya en azından bu suçlara teşebbüs bile edilmemiş olması söz konusu hükmün uygulanmasını, cinsel amacın ortaya konması bakımından, yani ispat yönünden zorlaştıracaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında belirtilen bu duruma işaret ederek, cinsel amacın belirlenmesine ilişkin olarak şu hususların değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir:

⁴⁴ KARAASLAN, Reşit: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 5.

⁴⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 512.

⁴⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 439.

⁴⁷ KESKİN KIZIROĞLU, s. 443.

⁴⁸ DEMİREL, Kişiyi Hürriyetinden, s. 7.

“Failin iç dünyasını ilgilendiren cinsel amacın varlığı; olayın oluşum ve gelişimi, suçun işleniş şekli, olay sırasında failin söylediği sözler ve sergilediği davranışlar ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özellikler değerlendirilerek belirlenmelidir. Öte yandan, ceza muhakemesinin en önemli ve evrensel nitelikteki ilkelerinden birisi olan, insan haklarına dayalı, demokratik rejimle yönetilen ülkelerin hukuk sistemlerinde bulunması gereken, öğreti ve uygulamada; “suçsuzluk” ya da “masumiyet karinesi” şeklinde, Latince de ise “in dubio pro reo” olarak ifade edilen “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlendiği hususunda oluşacak şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır.”⁴⁹

Öte yandan cinsel amacın özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye yönelmesi gerekmez. Örneğin bir babayı sandalyeye bağlayıp onun kızına tecavüz eden kişi, işlediği ırza geçme fiilinin yanı sıra m. 109/5’te öngörülen ağırlaştırıcı neden kapsamında da sorumlu olur.⁵⁰ Dolayısıyla failin cinsel amacını gerçekleştirmeye yönelik fiilleri de işlemesi hâlinde hem bu fiillerden hem de hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hâlimden dolayı sorumluluğu söz konusu olur.⁵¹

⁴⁹ Yargıtay CGK, 20.09.2022, E. 2022/313, K. 2022/564, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2022-313-k-2022-564-t-20-9-2022>, Erişim Tarihi: 25.01.2025).

⁵⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 496. Belirtilmelidir ki Özen, başkalarının cinsel amacı için bu fiili işleyen kişinin de TCK m. 109/5 kapsamında sorumlu olması gerektiği, burada genişletici yorum yapılmasının zorunlu olduğu düşüncesindedir (bkz. ÖZEN, s. 663-664).

⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 516-517; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 496; KESKİN KIZIROĞLU, s. 443.

**B. Evlenme Maksadıyla Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılmanın
TCK M. 109/5 Kapsamında Değerlendirilip
Değerlendirilmeyeceği Meselesi**

765 sayılı mülga TCK'de Sekizinci Bapta "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında ikinci fasılda m. 429-434 arasında "kız ve kadın ve erkek kaçırmak" suçları öngörülmüştü. Reşit olan veya reşit kılınan bir kadının kaçırılması veya alıkonulması m. 429'da, reşit olmayan çocuğun kaçırılması ise m. 430'da düzenlenmişti. Buna göre;

"Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırsın veya bir yerde alırsa üç seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır." (MTCK m. 429/1).

"Kaçırılan kadın evli ise ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz." (MTCK m. 429/2).

"Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olmıyan bir kimseyi kaçırsın veya bir yerde alırsa beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır." (MTCK m. 430/1).

"Eğer reşit olmıyan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir." (MTCK m. 430/2).

"Kaçırılan kimse on iki yaşını doldurmamış ise fail cebir ve şiddet veya tehdit veya hile kullanmamış olsa dahi cezası beş sene ağır haptisten aşağı olamaz." (MTCK m. 431).⁵²

⁵² Devamındaki maddeler şu şekildedir:

Mülga TCK m. 432: "Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehvî harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı halde altı aydan üç seneye, ikinci fıkrasında yazılı halde bir aydan altı aya kadar, 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."

Mülga TCK m. 433: "Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden biri mahza evlenmek maksadile işlenmiş ve bir güne tecavüz vukubulmamış ise fail hakkında tayin olunacak ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."

Yukarıda alıntılanan madde hükümlerinden anlaşıldığı üzere, mülga TCK'de “*şehvet hissi veya evlenme maksadı*”, “*kız ve kadın ve erkek kaçırmak*” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden aranan bir unsurdu. Öyle ki o dönem öğretilde “*şehvet hissi veya evlenme maksadı*” özel kast olarak da yorumlanıyordu.⁵³ Bu itibarla fiilin söz konusu suçları oluşturabilmesi için failde şehvet hissini veya evlenme maksadının bulunması gerekiyordu.

Ne var ki yürürlükteki TCK'de kız, kadın veya erkek kaçırma suçu şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu tür fiiller yürürlükteki TCK m. 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamına alınmıştır. Benzer şekilde mülga Kanunun “*Şahıs Hürriyeti Aleyhine Cürümler*” başlıklı 179. maddesinde de “*bir kimse diğer bir kimseyi gayrimeşru surette kişi hürriyetinden mahrum ederse ...*” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak hürriyete karşı işlenen benzer nitelikte başkaca suç tiplerine de yer verildiğinden, bu düzenleme genel nitelik arz ediyordu. Örneğin mülga Kanunun 429. maddesinde düzenlenen suçun mağduru yalnızca reşit olan veya reşit kılınan bir kadın olabildiğinden, reşit bir erkeğin kaçırılması veya alıkonması durumunda bu madde değil, 179. madde uygulanabiliyordu.⁵⁴

Kısacası, mülga Kanunda “*şehvet hissi*” veya “*evlenme maksadı*” m. 429 ve m. 430'da öngörülen suçlar yönünden aranan unsurlarken, yürürlükteki TCK m.109'da bu unsurlara yer verilmemiştir. Yalnızca

Mülga TCK m. 434: “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektilmesi tecil olunur.

İptal fıkra: E. 2001/478 K. 2004/38 25/03/2004 t. AyM K. ile bu fıkranın 765 sayılı Kanunun 430 uncu maddesinin ikinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektilir.

Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkûm hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.” Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765>, (Erişim Tarihi: 26.01.2025).

⁵³ ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, Caner: “Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 115-116.

⁵⁴ ARTUK/YENİDÜNYA, s. 108.

kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın “*cinsel amaçla*” işlenmesi suçun bir ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla yürürlükteki TCK’de failin evlenme maksadının bulunmasının cezaı ne yönde etkileyeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵⁵

Belirtelim ki 5237 sayılı TCK m. 109/5’te ifade edilen “*cinsel amaç*” kavramı, mülga Kanunun 429 ve 430. maddelerinde öngörülen “*şehvet hissi*” kavramıyla aynı anlamı içermektedir.⁵⁶ Fakat buradaki temel sorun mülga Kanundaki düzenlemeyle paralel olarak yerleşik hâle gelen uygulamanın 5237 sayılı TCK döneminde de devam ettirilmesidir.⁵⁷ Nitekim TCK m. 109/5’te yalnızca “*cinsel amaç*”tan söz edilmesine rağmen, bu kavramın kapsamı ölçüsüzce genişletilerek uygulamada “*evlenme maksadı*” da “*cinsel amaç*” kavramına dahil edilmiştir. Bu konu öğretide de hâlen tartışmalıdır. Bazı yazarlar böyle bir durumda cinsel amacın varlığından söz edilebileceğini düşünürken⁵⁸; diğer bazı yazarlar bunun tam aksine, evlenme maksadının cinsel amacı içermediği kanaatinde.⁵⁹ Yargıtay kararları ise çoğunlukla evlenme maksadıyla bir kimsenin kaçırılması durumunda TCK m. 109/5 hükmünün uygulanması gerektiği yönündedir. Ancak zaman zaman bu hususun karşı oy gerekçelerinde tartışma konusu yapılabildiği de görülmektedir.⁶⁰

⁵⁵ CENTEL, Nur: “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, s. 7, (<https://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, Erişim Tarihi: 27.01.2025).

⁵⁶ BEKRİ, s. 161.

⁵⁷ Bkz. Yargıtay 14. CD, E. 2011/22366, K. 2013/10721; Yargıtay 14. CD, 10.12.2013, E. 2012/1322, K. 2013/13004; Yargıtay 14. CD, 20.11.2013, E. 2011/23002, K. 2013/11800; Yargıtay 14. CD, 14.11.2013, E. 2011/15689, K. 2013/11514 ; Yargıtay 14. CD, 25.10.2013, E. 2011/17960, K. 2013/10649. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr (Erişim Tarihi: 31.01.2025).

⁵⁸ Bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 93-94.

⁵⁹ Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 496.

⁶⁰ *Tüm dosya kapsamına göre; sanık ...’un mağdure ile evlenmek amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu, diğer sanıklar ...(...) ve ... ile birlikte müşterek fail sıfatıyla iştirak halinde işlemleri karşısında, sanıklar ... ve ... haklarında 5237 sayılı TCK.nun 109/5.maddesinin uygulanmayarak eksik ceza tayini, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.* Yargıtay 8. CD, 25.5.2022, E. 2019/8739, K. 2022/7781, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2019-8739-k-2022-7781-t-25-5-2022>, Erişim Tarihi: 26.01.2025). Aynı kararın karşı oy yazıları şu şekildedir: “TCK.nun 109/5. maddesindeki cinsel amaç ifadesinin çok geniş yorumlamaya müsait muğlak bir kavram olduğu ceza içeren düzenlemelerin TCK.nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi gereği dar yorumlanması gerektiği, 06.10.2015 tarih ve 2013/788

Her şeyden önce evlenme maksadı ile cinsel amacın her zaman birbiriyle örtüşmediğini ifade etmek gerekir.⁶¹ Bu nedenle evlenme maksadıyla bir kimseyi kaçırma olaylarında somut olayın koşullarının etraflıca değerlendirilmesi; cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birinin işlenmesi veya failin bu suçları işleme yönündeki amacını ortaya koyan delillerin bulunması hâlinde söz konusu nitelikli hâlin uygulanabilir olması gerekir.⁶² Başka bir deyişle tek başına evlenme maksadı cinsel amacı içermez.

Öte yandan Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, aralarında resmî nikah kıyılmış olmasına rağmen henüz fiili birlikteliği olmayan ve aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle boşanmak isteyen bir kişinin eşi tarafından kaçırılması olayında, TCK m. 109/5'te öngörülen ağırlaştırıcı

Esas 2015/306 Karar sayılı Ceza Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere cinsel amaç kavramının dışa yansıyan cinsel içerikli davranışlar olarak yorumlanması gerektiği bunun hukuk devletinin ve kanunilik ilkesinin gereği olduğu dar yorumun kanunilik ilkesi güvencesine ve ceza adaletine uygun olacağı sanıkların mağdureyi evlenmeye ikna etmeye çalıştıkları bunun dışında cinsel amaçla hareket ettiklerine dair dışa yansıyan cinsel içerikli bir davranışta bulunmadıkları halde sanık ... hakkında TCK'nın 109/5. maddesi uygulanarak fazla cezaya hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu, diğer sanıklar ...(...) ve ... hakkında TCK'nın 109/5. maddesinin uygulanmamasının yerinde olduğu", "Evlenmek amacıyla kaçırılan kişilerin cinsel amaç için kaçırıldığı düşüncesi bir karineden ileri gitmeyeceği ceza yargılamasında karineye göre hareket edilmeyeceği, sanığın kaçırma eylemini evlenmek amacıyla yaptığında cinsel bir davranışta bulunmama durumunun da olacağından TCK'nın 109/5. maddesi uygulanması gerektiği görüşüne katılmıyorum."

Ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD, 30.10.2013, E. 2011/22366, K. 2013/10721, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2011-22366-k-2013-10721-t-30-10-2013>, Erişim Tarihi: 31.01.2025). Kararın karşı oy yazısında şu ifadeler yer almaktadır: "...somut olayımıza baktığımızda sanık ile mağdure birlikte evlenmek amacıyla kaçmışlar, bilahere de sanık mağdureyi serbest bırakmıştır. Olay sırasında mağdureye yönelik herhangi bir cinsel hareket gerçekleştirilmiş değildir. Yasanın cezayı artırmak istediği durum kaba cinsel arzuların tatmini için cinsel saldırı yapmak amacıyla mağdurlara karşı hürriyetten yoksun kılma suçunun işlenmesidir. Evlenmek amacıyla suçun işlendiği ve cinsel saldırının da gerçekleşmediği bir durumda cezanın artırılması, yasanın lafzına, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uymayacağı gibi maddi ceza hukukundaki yorum yasağını da ihlal etmek olacaktır."

⁶¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 496; TANER, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 73.

⁶² Örneğin evlenme maksadıyla kız kaçırma olayında, failin amacına ulaşabilmek için mağduru cinsel ilişkiye de zorlaması hâlinde, fail TCK m. 109/5'in yanı sıra mağdurun yaşına göre cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan dolayı da sorumlu olacaktır (bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 517).

nedenin uygulanamayacağını, zira failin evlilik birliğini devam ettirmeyi sağlama amacı dışında başka bir amaç taşıdığına ilişkin bir delil bulunmadığını belirtmiştir.⁶³

Evlenme maksadıyla kaçırma olaylarını cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma kapsamında değerlendiren Yargıtay'ın, evlilik birliği içerisinde meydana gelen kaçırma olayları bakımından cinsel amacın varlığını kabul etmemiş olması, bize göre çelişkilidir. Nitekim evlenmekle cinsel amaca ulaşıldığı varsayımından hareket etmek de tatmin edici olmayacaktır.⁶⁴ Aslında söz konusu Genel Kurul kararı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının CMK m. 308 kapsamında itiraz yetkisini kullanarak kararını düzeltmesi için dosyayı ilgili daireye göndermesi ve ilgili dairenin itirazı yerinde görmemesi sonucunda ortaya çıkmıştır. İtiraz şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

“Evlenmek amacıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlenmesi ...de suçta cinsel amacın varlığı kabul edilmeli midir? Daha önce bu nitelikteki suçlara bakan Yüksek 5. Ceza Dairesinin yerleşik içtihatlarına göre evlenmenin cinselliği de içermesi nedeniyle cinsel bir amacın da bulunduğu kabul edilegelmekteydi. Yüksek 14. Ceza Dairesinin de kararları halen bu doğrultudadır. Ancak TCK'nun 109/5. maddesinde geçen 'cinsel amaç' terimi ile 'evlenme amacı' terimi aynı anlamda değildir. Failin eylemi şehvet hissiyle veya şehvet hissini tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda cinsel amaçtan bahsedilebilirse de, mağdura cinsel bir söz veya eylemde bulunmaksızın evlenmek saikiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılması durumunda anılan arttırım fıkrasının uygulanması mümkün değildir. Zira evlilik kurumu cinselliği barındırsa da yalnızca cinsellikten ibaret olmadığı gözetildiğinde, mağdura karşı cinsel bir eylem gerçekleştirilmeyen

⁶³ Yargıtay CGK, 06.10.2015, E. 2013/778, K. 2015/306, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-778-k-2015-306-t-6-10-2015>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

⁶⁴ Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla eşe karşı işlenebileceği yönünde bkz. **KAFES**, Veli, Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu, İstanbul 2020, s. 259.

hallerde cezanın TCK'nun 109/5. maddesiyle arttırılması yasal ve hakkaniyete uygun olmayacaktır.”⁶⁵

Belirtilen bu tartışmalar çerçevesinde bir değerlendirme yapacak olursak; evlenme maksadı ile cinsel amaç birbiriyle aynı anlama gelmemektedir. Yukarıda yer verilen itirazın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, evlilik kurumu cinsellikten ibaret değildir. Bu nedenle TCK m. 109/5'te öngörülen ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin evlenme maksadının bulunması tek başına yeterli değildir. Failin maksadı evlenmek olsa bile mağduru hürriyetinden yoksun kılmasındaki amacı cinsel suçlardan birini işlemeye yönelik olmalıdır. Fakat bu suçu işlemiş olması veya işlemeye teşebbüs etmiş olması gerekmez, bu yöndeki amacını ortaya koyan birtakım davranışlarda bulunmuş olması yeterlidir.⁶⁶

Örneğin Yargıtay, failin mağdura “15 gün süremiz var ya kabul edip benimle evleneceksin, kabul etmezsen 6 ay buradasın ya kucağında ya karnında çocukla ailenin yanına gideceğiz o zaman evlenmek zorunda kalacaksın” dediği ve kelepçenin bir ucunu kendi eline, diğerini de mağdurun eline bağlayarak aynı yatakta bir geceyi birlikte geçirmeleri şeklinde gerçekleşen olayda, failin TCK m. 109/5 kapsamında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu cinsel amaçla işlemekten dolayı sorumlu olduğuna -yerinde olarak- karar vermiştir.⁶⁷ Zira burada salt evlenme maksadından söz etmek mümkün değildir; fail cinsel amacını mağduru tehdit ederek ortaya koymuştur.

Bununla birlikte evlenme maksadıyla bir çocuğun kaçırılması fiilini burada ayırmak gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesinde göre;

“Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin

⁶⁵ Yargıtay CGK, 06.10.2015, E. 2013/778, K. 2015/306, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-778-k-2015-306-t-6-10-2015>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

⁶⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 496.

⁶⁷ Yargıtay 8. CD, 29.2.2024, E. 2021/17704, K. 2024/1943, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2021-17704-k-2024-1943-t-29-2-2024>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir."

TCK m. 103'e göre ise on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmemiş olan çocuğa yönelik her türlü cinsel davranış, çocuğun rızasının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, cinsel istismar suçunu oluşturur. Buna karşılık, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğa yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen, bu itibarla çocuğun rızasının bulunmadığı cinsel davranışlar da cinsel istismar suçu kapsamına girer.⁶⁸

Bu açıklamalar çerçevesinde belirtilmelidir ki; Türk Medeni Kanunu'na göre evlenme ehliyeti bulunmayan bir çocuğun evlenme maksadıyla kaçırılması hâlinde, fiilin cinsel amaçla işlenmediği söylenemez. Aksine, böyle bir durumda failin maksadı olsa olsa çocuğun cinsel istismarı fiilini işlemek olabilir. Zira bir çocukla ilgili olarak "evlenme maksadı"na sahip olmak, "cinsel istismar" da bulunma maksadına sahip olmakla eş değerdir. Bu hususun başka türlü açıklanamayacağı kanaatindeyiz.⁶⁹

Bu itibarla evlenme maksadıyla bir kimsenin kaçırılması olaylarında bir ayrıma gidilerek, mağdurun çocuk olup olmadığı ve evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığına göre bir değerlendirme

⁶⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **TANER**, s. 359 vd.

⁶⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, evlenmeye rızası bulunan on beş yaşından küçük bir çocuğu evlenme maksadıyla kaçıran kişi hakkında TCK m. 109/3-f'de öngörülen ağırlaştırıcı nedenin yanı sıra m. 109/5'in de uygulanması gerektiği şu şekilde belirtmiştir: "Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırap yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoymuş somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nun 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır." Yargıtay CGK, 17.2.2015, E. 2014/307, K. 2015/8, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2014-307-k-2015-8-t-17-2-2015>, Erişim Tarihi: 27.01.2025). Ayrıca söz konusu Genel Kurul kararı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **DEMİREL**, Muhammed: "Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 2, 2018, s. 294 vd.

yapılabilir. Şayet mağdur erginse veya evlenme ehliyeti varsa, failin cinsel amaç taşıdığına yönelik bir davranışı bulunmadığı sürece sırf evlenme maksadına sahip olduğu gerekçesiyle hakkında TCK m. 109/5 hükmünün uygulanmaması; ancak mağdur çocuksa ve evlenme ehliyeti de yoksa, rızası bulunsa bile, bu durumda fail hakkında m. 109/5'te öngörülen ağırlaştırıcı nedenin uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığı hususu dahi özellikle çocuk on altı yaşını tamamlamışsa tartışma konusu olabilecektir. Hatta on yedi yaşını doldurmuş olsa da reşit olmayanla cinsel ilişki TCK'de suç olarak öngörüldüğünden, evlenme ehliyetine sahip olması sorunu çözmeye yetmeyecektir. Bu nedenle aslında bize göre olması gereken; ergin olmayanlar yönünden evlenme maksadıyla kaçırma fiillerinin mülga TCK'de olduğu gibi ayrıca düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde kaçırılma yönünden çocuğun rızasının bulunması ve bulunmaması ipotezlerinin ayrı ayrı öngörülmesidir.⁷⁰

C. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Arasındaki İlişki

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasındaki ilişki özellikle ıçtima yönünden çokça tartışılmıştır.⁷¹ Belirtelim ki, cinsel saldırının vücuda organ veya sair cisim sokmak şeklinde işlenmesi hâlinde kişinin eş zamanlı olarak hürriyeti de tahdit edilmektedir. Nitekim bir kimseyi hürriyetinden yoksun bırakmadan söz konusu fiili işlemek mümkün değildir.

Öte yandan aynı durum TCK m. 102/1'in ilk cümlesi kapsamındaki cinsel saldırı fiilleri bakımından da geçerlidir. Failin burada ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sorumlu olmayacağına şüphe yoktur. Fakat bunun nedeni öğretide bazı yazarlar tarafından *“suçlardan birinin haksızlık içeriği diğerininkini de kapsamaktadır”* şeklinde

⁷⁰ 765 sayılı TCK'de reşit olmayanın rızası olmaksızın kaçırılması veya alıkonması ile rızasıyla kaçırılması veya alıkonması suçlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **BOZDOĞAN AKBULUT**, Berrin: “Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 331 vd.

⁷¹ Tartışmalar için bkz. **KARAASLAN**, s. 9 vd. Israrlı takip fiili ile de bu suç birlikte işlenebilir. Örneğin fail, ısrarlı takip fiilini işlemekte olduğu kişiyi, fırsat bulduğu anda تنها bir yerde arabasına bindirip önemli bir süre hürriyetinden yoksun bırakırsa, her iki suçtan dolayı sorumlu olur. (Bkz. **TEMİZ GÜL**, Yağmur, Israrlı Takip Suçu, Ankara 2023, s. 198).

açıklanırken,⁷² diğer bazı yazarlar bunun sebebini fikri içtima kurumuna dayandırmaktadır.⁷³ Bu son düşünceye göre; mağdur özgürlüğünden yalnızca cinsel suçun işlendiği süre boyunca yoksun kılınmışsa, fikri içtima gereğince fail yalnızca en ağır suçtan dolayı cezalandırılır. Ancak bu süreyle sınırlı olmayıp önceki veya sonraki bir zamanda da hürriyetinden yoksun kılma fiili devam etmişse, bu durumda gerçek içtima uygulanmalı ve fail her iki suçtan dolayı ayrı ayrı sorumlu olmalıdır.⁷⁴

Şu hâlde; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ister cinsel saldırı fiilinin bir unsuru olarak değerlendirilsin ister ayrı bir fiil olarak kabul edilerek fikri içtimanın uygulanması gerektiği iddia edilsin, cinsel saldırı fiilini işleyen fail hakkında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığı iddiasıyla bu suçtan dolayı ayrı bir ceza verilmez. Ancak cinsel saldırı fiilinin işlenmesinden önce veya sonra kişi hürriyetinden yoksun bırakılırsa, bu durumda fail hakkında ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılmadan dolayı ceza verilir.⁷⁵ Öyle ki bu hâlde hürriyetin cinsel amaçla

⁷² Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 352.

⁷³ Bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 507; KAYA, s. 164.

⁷⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 507-508; KESKİN KİZİROĞLU, s. 443.

⁷⁵ “...sanığın koşmakta olan katılanın kolundan zorla tutarak gitmesini engellemek suretiyle katılanın hareket özgürlüğünü sınırladığı, devamında da kurtulmak isteyen katılanı bırakmamak suretiyle özgürlüğü sınırlama eylemini devam ettirdiği sabit olup, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yasal unsurları itibarıyla oluşmuştur. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gerçekleştirildiği zaman aralığının bir bölümünde sanığın katılana karşı ayrıca cinsel saldırı suçunu da işlemiş olması, bu suçun oluşumuna engel olmayacaktır. Kaldı ki cinsel saldırı suçunun işlenmeye başlandığı ana kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından yeterli süre geçmiştir.” Bkz. Yargıtay CGK 5.2.2013, E. 2012/1409, K. 2013/37, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2012-1409-k-2013-37-t-5-2-2013>, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

“...sanığın bütün almak için işyerine gelen mağduru kolundan tutup zorla sandalyeye oturtmak ve 6 dakika süreyle işyerinde tutmak şeklindeki fiilin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacağı ve eyleminin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (5237 sayılı kanun) 103 üncü maddesinin birinci fıkrası (ikinci cümle) kapsamında tanımlı suç ile sınırlı kalmadığı, mağdurun elini okşamak ve saçından öpmek şeklindeki cinsel istismar eyleminden sonra da devam ederek mağdurun hürriyetini kısıtladığı, olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da oluştuğu anlaşılmakla bu suçtan beraat kararı veren bölge adliye mahkemesi kararı hukuka aykırı görülmüş, bu nedenle yargıtay cumhuriyet başsavcılığı itirazının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.” Yargıtay 8. CD, 21.5.2024, E.

tahdit edilmesi nedeniyle fail hakkında m. 109/5'te öngörülen ağırlaştırıcı neden de uygulanır.

Bu noktada belirtelim ki, failin hem TCK m. 109/5 gereğince hem de işlediği cinsel saldırı veya cinsel istismar fiili nedeniyle cezalandırılması, mükerrer cezalandırma yasağı, bileşik suç, cezanın fiilin ağırlığıyla orantılı olmaması gibi iddialarla Yargıtay kararlarında çoğunlukla karşı oy yazılarında eleştirilmiştir.⁷⁶ Öncelikle, TCK m. 109/5 bakımından bir

2024/17494, K. 2024/4386, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2024-17494-k-2024-4386-t-21-5-2024>, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

“Sanığın hukuka aykırı olarak girdiği mağdurun evinde onu bir başka odaya zorla götürerek orada tutmak hareketi ve yine mağdura yönelik cinsel davranışlarını sona erdirdikten sonra gitmesini isteyen mağdurdan cep telefonu numarasını talep edip sonrasında ise numarayı teyit etmek amacıyla telefon araması yapmak suretiyle gerçekleşen eylemlerin cinsel saldırı amacı ve süresi dışında mağduru hürriyetinden yoksun kılma sonucunu doğuracak hareketler niteliğinde olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun olduğu,” Yargıtay 8. CD, 13.12.2021, E. 2019/5122, K. 2021/22630, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

⁷⁶ Karşı oy yazılarından biri şu şekildedir: *“TCK’nun 109/5. fıkrasının kanunda düzenlenmesinin maksadı cinsel suç faillerini mükerrer cezalandırmak değildir. Kişi hürriyetini kısıtlama suçunda faili suça iten cinsel dürtüyü ağır şekilde cezalandırmaktır. Fail mağdura karşı henüz cinsel bir suçu işlememişse cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kıldığı için hakkında TCK’nun 109/5. fıkrası uygulanacaktır. Eğer fail amaçladığı cinsel suçu işlemişse her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacak ama kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda ayrıca cinsel amacı olduğu gerekçesiyle cezasında bir artırım yapılamayacaktır. Bileşik suç olduğu kabul edilecektir. Cinsel saldırı veya istismar suçunu işlediği sürece mağduru failin kişi hürriyetinden yoksun kılması halinde her iki suçtan ayrı cezalandırılması uygulamasından vazgeçilmiştir. Cinsel suçun işlendiği süre boyunca mağdurun hürriyetinin kısıtlanması artık diğer suçu işlemek için zorunlu bir tutma kabul edilmektedir. Bu uygulamaya benzer şekilde yorum yapılmalı ve cinsel amaçla kişinin hürriyetini kısıtlayıp sonra da amaçladığı cinsel suç işleyerek amacına erişen failin cezasında artırım yapılarak çifte cezalandırılmasına yol açılmamalıdır. Somut dava konusu olayda sanığın asıl işlediği cinsel saldırı suçundan aldığı cezadan, hukuken cinsel dokunulmazlığa göre daha geride bir nitelik arz eden kişiyi hürriyetinden yoksun kılmadan aldığı ceza daha fazladır. Sanık ihlal ettiği hukuki değerlerle orantılı olarak cezalandırılmalıdır. Tali suçun cezası asıl suçun cezasından fazladır. Bu uygulama, TCK’nun 3/1 fıkrasında yazılı “suç oluşturan fiilin ağırlığı ile cezaların orantılı olması” ilkesini ihlal ettiği için tutarsızdır. Cinsel suçun kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile birlikte işlendiği hallerde faildeki cinsel amacın hem suç sayılarak hem de kişi hürriyetinden yoksun kılmanın nitelikli hali kabul edilerek cezalandırılmasına dair sürdürülen uygulama, hukukun genel ilkelerine ve temel insani hukuka ve TCK’nun 3/1 fıkra da yazılı orantılılık kuralına aykırı olduğundan sayın çoğunluğun bu konuyla ilgili görüşüne katılmıyorum.”* (Yargıtay 9. CD, 1.12.2021, E. 2021/1791, K. 2021/9530, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-1791-k-2021-9530-t-1-12-2021>, Erişim Tarihi: 01.02.2025). Ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD, 3.10.2019, E.

bileşik suç yapısının bulunduğunu ifade etmek mümkün değildir. Zira burada yalnızca failin saiki, yani fiili “cinsel amaç”la işlemesi bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Cinsel saldırı, cinsel istismar, cinsel taciz gibi cinsel dokunulmazlığa karşı suçların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ağırlaştırıcı nedenini oluşturduğu düşünülemez; böyle düşünülmesi hâlinde failin ayrıca işlediği bu cinsel suçlar yönünden cezalandırılmaması gibi kabulü mümkün olmayan bir sonuçla karşı karşıya kalınır.⁷⁷

Bununla beraber, cinsel amacın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş olmasının yerindeliği tartışılabilir. Öğretide de bu hususu eleştiren, cinsel amacı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir ağırlaştırıcı neden olarak öngörmek yerine, temel cezanın belirlenmesinde hâkimin TCK m. 61/1-g gereğince “failin güttüğü amaç ve saiki” göz önünde bulundurmasının daha doğru olacağını değerlendiren yazarlar bulunmaktadır.⁷⁸

D. Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla Çocuğa Karşı İşlenmesi Hâlinde Çocuğun Rızası Bakımından Ortaya Çıkan Tartışmalar

Mağdurun rızasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini meşru hâle getirip getirmeyeceği tartışılması gereken bir sorundur. Belirtilmelidir ki, hareket etme hürriyeti öğretide bazı yazarlar tarafından

2019/544, K. 2019/11294, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2019-544-k-2019-11294-t-3-10-2019>, Erişim Tarihi: 01.02.2025); 14. CD, 17.9.2019, E. 2019/711, K. 2019/10881, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2019-711-k-2019-10881-t-17-9-2019>, Erişim Tarihi: 01.02.2025); 9. CD, 26.5.2022, E. 2021/23712, K. 2022/5020, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-23712-k-2022-5020-t-26-5-2022>, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

⁷⁷ Ne var ki kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın tehditle işlenmesi hâlinde bileşik suçun varlığından söz edilir (TCK m. 109/2); ancak bunun için her iki fiilin zamansal olarak birbirini izlemesi gerekir. (AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin: “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 2012, s. 50).

⁷⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 353. Failin hem cinsel amaca yönelik “tehlikeden” hem de ortaya çıkan “zarardan” ayrı ayrı sorumlu tutulmasının gerekli olmadığı, “cinsel amacı” nedeniyle failin iki kez cezalandırılmasına yol açan bu hükmün yeniden düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. KAFES, s. 263.

kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hak olarak değerlendirilmektedir.⁷⁹ Bu itibarla, bu düşüncede olanlar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından “*ilgilinin rızası*”nı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedirler.⁸⁰

Ne var ki özgürlüğün yalnızca belirli ve önemsiz bir sınırlamasına ilişkin olan rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağını kabul etmek daha doğru bir çözüm olacaktır.⁸¹ Dolayısıyla özgürlüğe ilişkin tam bir sınırlama söz konusu olduğunda veya bireyin sosyal görevlerini önemli sayılabilecek ölçüde kısıtlaması hâlinde rızanın geçerli olduğunu kabul etmek mümkün değildir.⁸² Ayrıca kanuna, genel adaba ve kamu düzenine aykırı olan bir rıza beyanı da geçerli sayılamaz.⁸³

Geçerli bir rıza konusunu yaş küçüklüğü bakımından ele almak gerekirse; öğretide çoğunluğun düşüncesine göre rızanın geçerli sayılması için kişinin ergin olması gerekmez.⁸⁴ Kanunda bu konuda belirli bir yaş sınırı öngörülmediğinden, genel itibarıyla temyiz kudretine sahip herkesin rıza beyanı bakımından ehil olduğu sonucuna varılabileceği düşünülmektedir.⁸⁵ Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 13. maddesinde

⁷⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 499; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 441-442. Üzerinde tasarrufta bulunulabilecek haklara ilişkin detaylı bilgi için bkz. EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 111 vd.

⁸⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 499; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 441-442. Burada rızanın tipikliğin oluşmasına engel olduğu yönünde bkz. ÖNDER, Özel Hükümler, s. 31. Öte yandan, kişinin rızası ile failin evine gidip de failin cinsel ilişkiye girmekten vazgeçmesi nedeniyle cinsel saldırı suçunun işlenmediği durumlarda, ilgilinin rızasının bulunması nedeniyle ortada bir suçun varlığından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. (Bkz. MEMİŞ, Pınar: “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 2094).

⁸¹ TOROSLU/TOROSLU, s. 90.

⁸² TOROSLU/TOROSLU, s. 90.

⁸³ TOROSLU/TOROSLU, s. 90.

⁸⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 442; HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, s. 195; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 499; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 501; BEKRİ, s. 249.

⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 442; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 501. Öte yandan Ekici Şahin, rızanın görünüşte dört, gerçekte ise üç unsurdan ibaret olduğunu belirtmiş ve bu unsurları şu şekilde sıralamıştır; “algılama yeteneği”, “değerlendirme yapabilme yeteneği” ve “algılayıp, değerlendirdiği şeyi isteyebilme yani davranışlarını istekleri doğrultusunda yönlendirebilme yeteneği”. Yazara göre bu üç unsurun yanında kişi ayrıca “rızasını açıklayabilme yeteneği”ne de sahip olmalıdır. (Bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 151). Mağdurun makul davranışının kabulü için yeterli nedenlerin bulunması

*“yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes”*in ayırt etme gücüne sahip olduğu belirtilmiştir. Ayrıca anılan Kanunun 16. maddesinde, *“ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar”*ın yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri düzenlenmiş ve *“karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada”* bu rızanın gerekli olmadığı ifade edilmiştir.

Şu hâlde çocuk da olsa kişinin korunan hukukî varlığın önemini ve bu korumadan vazgeçmenin ne anlama geleceğini anlayabilme yeteneğine sahip olması, bu suç yönünden rızasının geçerli olduğunu kabul etmek için yeterlidir.⁸⁶ Ancak *“cinsel amaç”*la bir çocuğu hürriyetinden yoksun kılma söz konusu olduğunda, konuyu daha farklı ele almak gerekir. Şöyle ki on beş yaşını tamamlamamış bir çocuğun cinsel amaçla kaçırılması hâlinde, özgürlüğünden mahrum bırakılma yönünden çocuğun rızası varsa ve failin cinsel amacı somut olayda gerçekleşmişse, burada çocuğun rızasının geçerli olduğunu kabul etmek ve faili yalnızca cinsel istismar fiilinden dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Yargıtay da on beş yaşını tamamlamamış çocuğun cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılınması hâlinde, rızasının geçerli olmadığını kanaatindedir.⁸⁷

hâlinde rızasına değer tanınmanın uygun olacağı yönünde ise bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, İstanbul 1978, s. 81.

⁸⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 442; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 501; AKBULUT, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 40, Y. 14, 2019, s. 286.

⁸⁷ “Mahkeme, “...sanık, mağdurun kendi rızası ile geldiğini belirtmişse de, mağdurun suç tarihi itibarı ile 15 yaşından küçük olması nedeniyle rızasının hukuken geçerli kabul edilemeyeceği ve bu yüzden yüklenen kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçunun da oluşacağı değerlendirilmiştir...” şeklindeki gerekçesiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları itibarıyla oluştuğunu değerlendirmiştir Mağdurenin aşamalardaki istikrarlı anlatımları, ikrar içeren savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanığın suç tarihinde on iki yaşında olup rızası hukuken geçersiz olan mağdureyi aracına aldıktan sonra cinsel amaçla تنها bir yere götürdüğü kabul edilerek kurulan hükümde, hukuka aykırılık görülmemiştir.”, Yargıtay 9. CD, 29.3.2023, E. 2022/16231, K. 2023/1782, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2022-16231-k-2023-1782-t-29-3-2023>, Erişim Tarihi: 08.02.2025). Öte yandan ortada bir cinsel amaç bulunmasa bile, Yargıtay’a göre on beş yaşını tamamlamamış çocukların rızasının bir geçerliliği yoktur: “suç tarihinde hukuken geçerli rızası bulunmayan on beş yaşından küçük

Ancak yukarıda belirtilen bu husus öğretide ve Yargıtay kararlarının karşı oy yazılarında yoğun eleştirilere konu olmaktadır. Şöyle ki, yaşı önemli olmaksızın, algılama ve davranışları yönlendirme yeteneği gelişmiş bir çocuğun rızası ile gerçekleşen hürriyetin sınırlanması fiilinin bu suçu oluşturmayacağını belirten yazarlar olduğu gibi⁸⁸; Yargıtay kararlarıyla paralel olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinde yalnızca on beş yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocukların rızasının geçerli kabul edilebileceğini, diğerlerinin rızasının geçerli olmayacağını değerlendirenler de bulunmaktadır.⁸⁹ Ancak bu sonuncu görüşte olanların bir kısmı, rızanın yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluşmasını engelleyeceğini, velayet hakkını korumaya yönelik TCK m. 234/3'te öngörülen fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağını belirtmişlerdir.⁹⁰ Yargıtay kararlarının karşı oy yazılarında da kimi zaman benzer değerlendirmeler yapılmaktadır.⁹¹

mağdureyi yanında tutan sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 109/1, 109/3-f. maddeleri kapsamında kaldığı gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur. Bozma sebebine göre tebliğnamede onama isteyen görüşe iştirak edilmemiştir.”, Yargıtay 9. CD, 4.7.2024, E. 2021/12369 K. 2024/6804, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-12369-k-2024-6804-t-4-7-2024>, Erişim Tarihi: 09.02.205).

⁸⁸ Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 195; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 499; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 442; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 501; BEKRİ, s. 249.

⁸⁹ Bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 457-458; ÖZEN, s. 659.

⁹⁰ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 458.

⁹¹ “15 yaşı içinde ancak bu yaşı henüz ikmal etmemiş olan mağdure ..., gönül ilişkisi kurduğu 18 yaşını yeni ikmal etmiş olan arkadaşı sanık ... ile evden kaçarak 15 gün kadar bulundukları belde dışında yaşayıp, cinsel olarak da birlikte olmuşlar, ailelerin kabul ve rızalarından sonra geriye dönerek sanığın anne ve babasının evinde yaşamaya başlamışlardır. Sanık ve mağdurenin daha sonra da birlikte yaşamaya devam ederek, mağdure yaşını ikmal edince 06.07.2011 tarihinde resmi olarak da evlenmişlerdir...Bu görüşler ve değerlendirilmeler ışığında dosyamız incelendiğinde, mağdure kaçtığı anda, yasal temsilcisi anne, sanık ...'in kızını zorla kaçırmış ise şikayetçi olduğunu beyan etmiş, daha sonraki ifadelerinde ise kızının kendi rızası ile gittiğini öğrendiğini, sanıktan şikayetçi olmadığını ifade etmiştir. Mağdure de sanıkla önceden anlaştıkları şekilde kaçtıklarını, ilerleyen safhada da kendi rızası ile sanığın anne ve babasının evinde yaşamaya devam ettiklerini ifade etmektedir. Yaşlar ikmal edilince de resmi olarak da evlendikleri anlaşılmaktadır. Bu durumda, sezgin çocuğun sanık ile kaçması ve sonra da onun ile yaşamaya devam etmesi şeklindeki davranışı anne tarafından onay almıştır. Bu nedenle

Belirtelim ki her ne kadar TCK m. 109'da mağdurun yaşına ilişkin bir düzenleme bulunmasa da “*cinsel amaç*”la bir çocuğun kaçırılması söz konusu olduğunda, burada m. 109 hükmünü cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını öngören normlardan bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim öğretide de on beş yaşını tamamlamış olsa bile çocuğun açıkladığı rızanın cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hâle getirmeyeceğini, rızanın ilişkin olduğu konunun ve amacın burada etkili olduğunu düşünenler bulunmaktadır.⁹² Öyle ki bu düşüncede olanlar, on beş yaşını tamamlamış olan bir çocuğun cinsel ilişkide bulunmak amacıyla ve rızasıyla⁹³ hürriyetinden mahrum bırakılması durumunda, fiilin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini; zira burada gayrimeşru bir amacın bulunduğunu belirtmektedirler.⁹⁴ Esasen buradaki temel sorun, Kanunda bu hususu düzenleyen bir normun bulunmamasıdır. Olması gereken; mülga TCK'de olduğu gibi, reşit olmayan kişinin şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmasının ayrı bir suç olarak öngörülmesidir. Yürürlükteki TCK'de böyle bir düzenleme bulunmadığından bu sorun ancak kıyasa başvurularak çözülebilmektedir.⁹⁵ Gerçekten de çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılması konusundaki rızasının -TCK m. 234 kapsamına giren durumlar hariç- fiili hukuka uygun hâle getirdiği konusunda bir tereddüt

sonradan onay almış sezgin çocuk davranışındaki çocuğun bu rızası geçerli bir rızadır. Geçerli bir rıza ise hukuka uygunluk nedenidir. TCK'nın 26. maddesi uyarınca hukuka uygunluk nedeninin varlığı sebebi ile TCK'nın 109/1. maddesindeki suçtan dolayı sanığa ceza verilemez. Şartları var ise ancak, izinsiz evi terk eden çocuğun ailesini haberdar etmemeyi düzenleyen TCK'nın 234/3'deki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun oluşabileceği düşünülebilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, yerel mahkemece TCK'nın 109/1. maddesi uyarınca, sanığa verilen cezanın onanmasına ilişkin Dairemizin sayın çoğunluğunun görüşüne katılmıyorum.” (Yargıtay 14. CD, 11.02.2014, E. 2012/3923, K. 2014/1429, (karşı oy yazısı), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

⁹² Bkz. ÖZGENÇ, dp. 541, s. 378.

⁹³ Buradaki rızanın tipikliğe ilişkin olduğu, zira rızanın varlığının reşit olmayanla cinsel ilişki fiili yönünden gerekli olduğu yönünde bkz. AKBULUT, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı, s. 280.

⁹⁴ Bkz. ÖZGENÇ, dp. 541, s. 381.

⁹⁵ Kıyas yapılmasına yönelik eleştiriler için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 195; KARAASLAN, s. 16; EKİCİ ŞAHİN, s. 135.

bulunmasa da failin bu fiili “cinsel amaç”la işlemesi, TCK m. 109 hükmünü cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan bağımsız olarak değerlendirmeye engel teşkil etmektedir.

Diğer taraftan, “cinsel amaç” yalnızca suçu ağırlaştıran bir nedendir. Bir suçun temel şekli gerçekleşmeden nitelikli hâlinin gerçekleşebileceğini iddia etmek de hiç şüphesiz ceza hukukunun genel ilkeleri bakımından tutarlı ve doğru değildir. Bu nedenle, mülga TCK’de olduğu gibi, cinsel amaçla ergin olmayanlara yönelik işlenen hürriyeti tahdit fiilleri bakımından ayrı bir suçun öngörülmesinin suça ve cezada kanunilik ilkesi bakımından gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira mevcut hâliyle, öze ilişkin kanunilik ilkesine başvurmadan, bu sorunu çözmek mümkün değildir.

Ancak öğretide cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden ayrı bir değerlendirme yapmak gerektiğini, çocuğun kaçmaya yönelik rızasının bulunması hâlinde fiilin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna değil, “*çocuğun kaçırılması ve alıkonulması*” suçuna vücut vereceğini değerlendiren yazarlar da bulunmaktadır.⁹⁶ Nitekim TCK m. 234/3 uyarınca, “*kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Esasen bu hüküm gereğince algılama yeteneğine sahip bir çocuğun kendi rızasıyla kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk etmesi hâlinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun değil, bu suçun oluşacağına şüphe yoktur. Ancak çocuğun “*evlenmek maksadıyla*” veya “*cinsel amaçla*” kaçması veya alıkonması başka şey, rızasıyla evi terk etmesi başka şeydir.

Yargıtay kararlarında, genel itibarıyla, on beş yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuğun rızasının bulunduğu cinsel amaçlı kaçırılma ve alıkonma fiillerinde TCK m. 234/3 hükmünün uygulandığı görülmektedir.⁹⁷ Ne var ki kanun koyucu bu

⁹⁶ Bkz. TANER, s. 442; KARAASLAN, s. 18; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 501.

⁹⁷ “Oluşa uygun kabule göre, olay tarihinde on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun eylemlerinin TCK’nın 104/1 ve 234/3 maddelerinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturup,” Yargıtay 14. CD, 02.06.2020, E. 2016/6502, K. 2020/2379, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.02.2025); “5237 sayılı TCK’nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda onsekiz yaşını

hükümde çocuğun evi terk etmesini aramıştır. Evlenme maksadıyla evi terk etme bu kapsamda değerlendirilebilirse de cinsel amaçla geçici olarak aile yanından ayrılmayı bu kapsamda değerlendirmek bize göre mümkün görünmemektedir.⁹⁸ Öte yandan bu hükümde herhangi bir yaş aralığından da söz edilmemiştir.

Şu hâlde; çocuğun on beş yaşını tamamlamamış olması hâlinde rızasının geçerli olmadığını kabul ederek cinsel amaçla hürriyetinden mahrum bırakılmasını TCK m. 109/5 kapsamında değerlendirmenin herhangi bir kanunî dayanağı olmadığı gibi, on beş yaşını tamamlamış olup da on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğun kendi rızasıyla cinsel amaçla kaçırılması ve alıkonması hâlinde TCK m. 234/3 hükmünün uygulanmasının da herhangi bir kanunî dayanağı yoktur. Burada yapılmakta olan esasen kıyasa başvurularak kanunda öngörülmeleyen durumların, kanunda öngörülen düzenlemeler çerçevesinde çözülmesidir. Nitekim çocukla ilgili yaş aralıkları cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından öngörülmüş olmasına rağmen, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ile çocuğun kaçırılması ve alıkonması suçlarında herhangi bir yaş aralığı öngörülmemiştir.⁹⁹ Tüm bu sorunlar

bitirmeyen çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle atılı suçun mağdurunun anne ile baba olması ve mağdurenin babası ... sanıktan şikayetçi olup davaya katılmasının ardından yokluğunda verilip usulüne uygun şekilde kendisine tebliğ edilen beraat hükmünü temyiz etmemesi karşısında, anılan kararı temyiz hakkı bulunmayan mağdure vekilinin temyiz isteminin...REDDİNE, Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince; Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen düşünme hükmü usul ve kanuna uygun olduğundan, katılan mağdure vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA", Yargıtay 14. CD, 08.06.2017, E. 2014/8275, K. 2017/3203, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.02.2025).

⁹⁸ Karşı görüş için bkz. **GÜLŞEN**, Recep: "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonması Suçu (TCK m. 234)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 601.

⁹⁹ Bir suç tipi için öngörülen rıza ehliyetine ilişkin düzenlemenin, başkaca suçlar yönünden de kıyas yoluyla uygulanmasının sakıncalı olduğu; somut olayda kişinin rıza gösterdiği fiil yönünden anlama ve isteme yeteneğinin bulunup bulunmadığını değerlendirmek yerine, on beş yaşından büyük olan çocuklarda bu yeteneğin bulunduğunu peşinen kabul etmenin yorum sınırlarını zorlamak anlamına geldiği yönünde bkz. **EKİCİ ŞAHİN**, s. 136. Öte yandan yazar, belirtilen bu sorunların çözümü için TCK m. 109'a bu konuda açık bir hüküm konulabileceğini de belirtmiştir. (Bkz. **EKİCİ ŞAHİN**, s. 136).

şunu ortaya koymaktadır ki; suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve ceza hukukunda geçerli olan kıyas yasağı gereğince, çocuğun rızasıyla cinsel amaçlı olarak veya evlenme maksadıyla kaçırılması ya da alıkonmasına ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Gerçekten de mevcut düzenlemeler karşısında, öze ilişkin kanunilik ilkesine başvurmadan ve kıyas yapmadan ortaya çıkan hukuki sorunları çözmek mümkün görünmemektedir.

SONUÇ

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi TCK m. 109/5'te cezayı ağırlaştıran bir neden olarak öngörülmüştür. Ne var ki "cinsel amaç" kavramı ile ne anlaşılması gerektiği ve söz konusu ağırlaştırıcı nedenin kapsamı öteden beri tartışmalıdır. Yargıtay, 765 sayılı TCK'deki düzenlemeler ve bu düzenlemelerle paralel olarak yerleşik hâle gelen içtihatlar doğrultusunda, evlenme maksadını hâlen cinsel amaç kavramına dahil etmektedir. Bu ise evlilik kurumunun cinsellikten ibaret olmadığı gerekçesiyle -yerinde olarak- gerek öğretide gerek Yargıtay kararlarının karşı oy yazılarında eleştirilmektedir.

Ancak söz konusu çocuklar olduğunda, yani bir çocuğun cinsel amaçla kaçırılması durumunda, failin cinsel amacının bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Bu durum aslında pek çok ipotezin ayrı ayrı ele alınması zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Gerçekten de evlenme maksadı tek başına cinsel amacı içermez. Fakat bir çocuğun evlenme maksadıyla kaçırılması durumunda "*evlenme maksadı*" ile "*cinsel amaç*" kavramları birbiriyle örtüşebilir. Bu itibarla mağdurun ergin veya çocuk olup olmadığına göre bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır. Bu noktada çocuğun evlenme ehliyetinin bulunup bulunmadığına göre bir ayırım yapmanın gerekli olduğu, evlenme ehliyeti bulunan bir çocuğun rızasıyla evlenme maksadıyla kaçırılması hâlinde fiilin suç teşkil etmemesi gerektiği düşünülebilir. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki TCK'de suç olarak öngörüldüğünden, böyle bir iddiada bulunmak da mümkün olmamaktadır. Belirtilen nedenlerle ergin olmayanlar yönünden evlenme maksadıyla kaçırma fiillerinin mülga TCK'de olduğu gibi ayrıca düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde kaçırılma yönünden çocuğun rızasının bulunması ve bulunmaması ipotezlerinin ayrı ayrı öngörülmesi en doğru çözüm olacaktır. Bu ayırım yalnızca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun "*cinsel amaç*"la işlenmesi hâlinde söz konusu olabilir. Zira ortada bir cinsel amaç veya evlilik maksadı

yoksa, temyiz kudreti bulunan bir çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılmasına yönelik rızasının bir geçerliliği olacak ve işlenen fiil kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna vücut vermeyecektir.

Gerçekten de çocuğun hürriyetinden yoksun bırakılması konusundaki rızasının fiili hukuka uygun hâle getirdiği konusunda bir tereddüt bulunmasa da failin bu fiili “*cinsel amaç*”la işlemesi, TCK m. 109 hükmünü cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan bağımsız olarak değerlendirmeye engel teşkil etmektedir. Öte yandan, “*cinsel amaç*” yalnızca suçu ağırlaştıran bir nedendir. Bir suçun temel şekli gerçekleşmeden nitelikli hâlinin gerçekleşebileceğini iddia etmek de hiç şüphesiz ceza hukukunun genel ilkeleri bakımından tutarlı ve doğru değildir. Bu nedenle, mülga TCK’de olduğu gibi, evlenmek maksadıyla ve cinsel amaçla ergin olmayanlara yönelik işlenen hürriyeti tahdit fiilleri bakımından ayrı bir suçun öngörülmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından gerekli olduğu kanaatindeyiz. Zira mevcut hâliyle, kıyas yapmadan ve öze ilişkin kanunilik ilkesine başvurmadan, bu sorunu çözmek mümkün değildir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2022.
- AKBULUT**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 40, Y. 14, 2019, s. 265-288. (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı).
- AKSOY İPEKÇİOĞLU**, Pervin: “Türk Ceza Kanunu’nda Bileşik Suç”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (1), 2012, s. 43-67.
- ALACAKAPTAN**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara 1975.
- ANTOLISEI**, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale-I, Milano 2016.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2022.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**YENİDÜNYA**, Caner: “Türk Ceza Hukukunda Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 54, 2004, s. 105-137.
- AYDIN**, Devrim: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Suç ve Ceza Dergisi, C. 14, S. 4, 2021, s. 705-756.
- BAYRAKTAR**, Köksal/**KESKİN KIZIROĞLU**, Serap/**YILDIZ**, Ali Kemal/**ZAFER**, Hamide/**AKSOY RETORNAZ**, Eylem/**AKYÜREK**, Güçlü/**SINAR**, Hasan/**EVİK**, Ali Hakan/**ALTUNÇ**, Sinan/**AYTEKİN İNCEOĞLU**, Asuman/**ERMAN**, Barış/**EROĞLU**, Fulya: Özel Ceza Hukuku, C. III, İstanbul 2018.
- BEKRİ**, M. Nedim: Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu, Ankara 2024.
- BOZDOĞAN AKBULUT**, Berrin: “Kaçırma ve Alıkoyma Suçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2000, s. 313-351.
- CADOPPI**, A./**VENEZIANI**, P.: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale e Parte Speciale, Terza Edizione, CEDAM, 2007.
- CENTEL**, Nur: “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, s. 1-16 (<https://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>, Erişim Tarihi: 27.01.2025).

- CİHAN**, Erol: “Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit) (TCK m. 179)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 47-69.
- DAURY-FAUVEAU**, Morgane/**ROBERT**, Jacques-Henri: Droit Pénal Spécial, Livres 2 et 3 du Code Pénal: Infractions Contre Les Personnes et Les Biens, puf, 2010.
- DELPINO**, Luigi: Diritto Penale Parte Speciale, XV Edizione, SIMONE, 2006.
- DEMİRBAŞ**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2024.
- DEMİREL**, Muhammed: “Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 2, 2018, s. 289-313.
- DEMİREL**, Muhammed: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. 4, 2020, s. 489-553. (Kişiyi Hürriyetinden).
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, İstanbul 1978.
- DREYER**, Emmanuel: Droit Pénal Spécial, Ellipses, 2008.
- DÜLGER**, Murat Volkan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2023.
- EKİCİ ŞAHİN**, Meral: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- EREM**, Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Ankara 1976.
- GÜLŞEN**, Recep: “Çocukların Kaçırılması ve Alıkonması Suçu (TCK m. 234)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 589-606.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, Ankara 2022.
- İÇEL**, Kayıhan/**ÖZGENÇ**, İzzet/**SÖZÜER**, Adem/**MAHMUTOĞLU**, Fatih S./**ÜNVER**, Yener: Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 1999.
- İÇER**, Zafer: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk

- Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, s. 773-792.
- KAFES**, Veli: Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu, İstanbul 2020.
- KARAASLAN**, Reşit: "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2018, s. 1-20.
- KATOĞLU**, Tuğrul: Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç), Ankara 2022.
- KAYA**, Musa: Kesintisiz (Mütemadi) Suç, Ankara 2024.
- KESKİN KİZİROĞLU**, Serap: "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu", C. 1, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, 2014, s. 421-448.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2022.
- KUNTER**, Nurullah: Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954.
- MANTOVANI**, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale, Nona Edizione, CEDAM, 2015.
- MANTOVANI**, Ferrando: Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti Contro La Persona, Padova 2005. (Parte Speciale I).
- MEMİŞ**, Pınar: "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4), 2016, s. 2083-2100.
- ÖNDER**, Ayhan: "Mütemadi Suç", Journal of Istanbul University Law Faculty, 29 (1-2), s. 75-120. (Mütemadi Suç).
- ÖNDER**, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994. (Özel Hükümler).
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2024.
- ÖZEN**, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler-I, Ankara 2023.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2024.
- PRADEL**, Jean/**DANTI-JUAN**, Michel: Droit Pénal Spécial, Droit Commun-Droit des Affaires, Paris 2010.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020.

TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2023.

TANERİ, Gökhan: Hürriyete Karşı Suçlar, Ankara 2020.

TEMİZ GÜL, Yağmur: Israrlı Takip Suçu, Ankara 2023.

TEZCAN, Durmuş/**ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2024.

TOROSLU, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2021.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1,2, 2007, s. 1183-1210.

YENERER ÇAKMUT, Özlem: “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 587-602.

YERDELEN, Erdal: “Mütemadi (Kesintisiz) Suç”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 18, 2014, s. 113-152.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765>, (Erişim Tarihi: 26.01.2025).

Yargıtay CGK, 13/20/2020, E. 2017/827, K. 2020/100, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2017-827-k-2020-100-t-13-2-2020>, Erişim Tarihi: 20.01.2025).

Yargıtay CGK, 20.09.2022, E. 2022/313, K. 2022/564, (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2022-313-k-2022-564-t-20-9-2022>, Erişim Tarihi: 25.01.2025).

Yargıtay 14. CD, E. 2011/22366, K. 2013/10721, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 14. CD, 10.12.2013, E. 2012/1322, K. 2013/13004,
(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 14. CD, 20.11.2013, E. 2011/23002, K. 2013/11800,
(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 14. CD, 14.11.2013, E. 2011/15689, K. 2013/11514,
(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 14. CD, 25.10.2013, E. 2011/17960, K. 2013/10649,
(www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 8. CD, 25.5.2022, E. 2019/8739, K. 2022/7781,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2019-8739-k-2022-7781-t-25-5-2022>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

Yargıtay 14. CD, 30.10.2013, E. 2011/22366, K. 2013/10721,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2011-22366-k-2013-10721-t-30-10-2013>, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay CGK, 06.10.2015, E. 2013/778, K. 2015/306,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2013-778-k-2015-306-t-6-10-2015>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

Yargıtay 8. CD, 29.2.2024, E. 2021/17704, K. 2024/1943,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2021-17704-k-2024-1943-t-29-2-2024>, Erişim Tarihi: 26.01.2025).

Yargıtay CGK, 17.2.2015, E. 2014/307, K. 2015/8,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel->

kurulu-e-2014-307-k-2015-8-t-17-2-2015, Erişim Tarihi: 27.01.2025).

Yargıtay CGK, 5.2.2013, E. 2012/1409, K. 2013/37, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2012-1409-k-2013-37-t-5-2-2013, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 8. CD, 21.5.2024, E. 2024/17494, K. 2024/4386, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-ceza-dairesi-e-2024-17494-k-2024-4386-t-21-5-2024, Erişim Tarihi: 31.01.2025).

Yargıtay 8. CD, 13.12.2021, E. 2019/5122, K. 2021/22630, (https://karararama.yargitay.gov.tr/, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 9. CD, 1.12.2021, E. 2021/1791, K. 2021/9530, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-1791-k-2021-9530-t-1-12-2021, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 14. CD, 3.10.2019, E. 2019/544, K. 2019/11294, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2019-544-k-2019-11294-t-3-10-2019, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 14. CD, 17.9.2019, E. 2019/711, K. 2019/10881, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/14-ceza-dairesi-e-2019-711-k-2019-10881-t-17-9-2019, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 9. CD, 26.5.2022, E. 2021/23712, K. 2022/5020, (https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-23712-k-2022-5020-t-26-5-2022, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 9. CD, 4.7.2024, E. 2021/12369 K. 2024/6804,
(<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-ceza-dairesi-e-2021-12369-k-2024-6804-t-4-7-2024>, Erişim Tarihi: 09.02.2025).

Yargıtay 14. CD, 11.02.2014, E. 2012/3923, K. 2014/1429, (karşı oy yazısı),
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01.02.2025).

Yargıtay 14. CD, 08.06.2017, E. 2014/8275, K. 2017/3203,
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.02.2025).

VERİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMİYEN İDAREYE KARŞI İDARİ PARA CEZASI UYGULANMAMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Aslı ALÇIN*

Öz

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 18'inci maddesinde, kabahatler başlığı altında, veri koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere uygulanacak idari para cezaları düzenlenmektedir. Bu maddede söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmeyenlere uygulanacak olan idari para cezalarının alt ve üst sınırları belirlenmiştir. Fakat aynı maddenin 2'nci fıkrasında bahsi geçen idari yaptırımların muhatabının veri sorumlusu veya veri işleyen gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri olacağı ifade edilmiştir. Maddenin 4'üncü fıkrasında ise veri ihlalinde bulunanın idare olması halinde, idari faaliyette bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu çalışmada kanun koyucunun veri koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen idareye karşı idari para cezası uygulanmaması yönündeki tercihi sorgulanacaktır. Söz konusu tercihin veri koruma kültürü ve bu kültüre hizmet etmesi gereken etkin ve etkili yaptırımlar açısından yerindeliği ele alınacaktır. Bu araştırmaya kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası belgeler ve çeşitli ülke uygulamaları ışık tutacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Bursa Uludağ Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Bursa, Türkiye | Asst. Prof., Bursa Uludag University, Faculty of Law, Department of Public Law, Administrative Law Department, Bursa, Türkiye.

✉ aayucesoy@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0003-4788-2234.

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: **ALÇIN Ayşe Aslı**: “İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Üzerine Düşünceler”, SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1487-1520.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Kişisel Veri • İdari Para Cezası • Veri Koruma Otoritesi • Regülatif Ceza • Veri Koruma Kültürü

THOUGHTS ON THE NON-APPLICATION OF ADMINISTRATIVE FINE FOR THE ADMINISTRATION NOT FULFILLING ITS DATA PROTECTION OBLIGATION

Abstract

Article 18 of the Law on the Protection of Personal Data regulates, under the heading of misdemeanors, the administrative fines to be imposed on those who fail to fulfill their data protection obligations. In this article, the lower and upper limits of the administrative fines to be imposed on those who do not fulfill their obligations are determined. However, in paragraph 2 of the same article, it is stated that the addressee of the administrative sanctions will be the data controller or natural persons who process data and private legal entities. In paragraph 4 of the Article, it is stated that if the data breach is committed by the administration, disciplinary provisions will be applied to civil servants and other public officials engaged in administrative activities. In this study, the preference of the legislator not to impose administrative fines against the administration that does not fulfill its data protection obligation will be questioned. The appropriateness of this preference in terms of data protection culture and effective and efficient sanctions that should serve this culture will be discussed. International instruments on the protection of personal data and the practices of various countries will shed light on this research.

Keywords

• Personal Data • Administrative Fine • Data Protection Authority • Regulatory Penalty • Data Protection Culture

GİRİŞ

2010 yılında Anayasaya eklenen “herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindeki 20’nci maddenin 3’üncü fıkrası, ardından 2016 yılında

yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu¹ ve bunları takip eden ilgili hukuki düzenlemeler ile Türk hukukunda, uluslararası veri koruma mevzuatıyla uyumlu bir veri koruma düzeni kurma amacıyla hareket edilmektedir. Bu doğrultuda bir veri koruma kültürü geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Bir veri koruma kültüründen bahsedebilmek için, öncelikle veri korumaya ilişkin hukuk kurallarının sistematik ve tutarlı bir bütün oluşturması gerekir. Söz konusu bütünü oluşturabilmek için her şeyden önce veri ihlalinin önlemeye ilişkin etkili bir denetim mekanizması şarttır. Bu amaçla görev yapan Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu madde 18/2 uyarınca kişisel verilerin ihlali halinde, bu ihlalden sorumlu gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerine idari para cezası uygulama yetkisi vardır. Fakat, aynı maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca; ihlali gerçekleştirenin idare olması durumunda Kurulun yetkisi yalnızca, ilgili memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılması için idareye bildirimde bulunmaktan ibarettir. Nitekim Kurul yeni tarihli bir kararında; veri sorumlusu üniversite rektörü tarafından ilgili kişilere gönderilen e-postanın ekinde yer alan bu kişilere ait telefon, adres, HES kodu, aşı bilgileri gibi kişisel ve özel nitelikli kişisel verilerin bulunduğu Excel dosyasının üçüncü kişilerle paylaşılmasının KVKK m.5 ve m.6'da belirtilen işleme şartlarını taşımadığı, veri sorumlusunun m.12/1'de yer alan veri güvenliğine ilişkin yükümlülüğünü ve m.12/5 uyarınca veri ihlali halinde Kurula bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle m.18 uyarınca sorumlular hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılarak sonucu hakkında Kurul'a bilgi verilmesine karar vermiştir².

¹ RG. 7.04.2016 – 29677.

² 01.06.2023 tarihli ve 2023/928 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7764/2023-928>, (Erişim Tarihi 14.01.2025). Kurul'un aynı yöndeki 4.11.2021 tarihli ve 2021/1127 sayılı kararında, veri sorumlusu üniversitenin ilgili kişinin kişisel verilerini içeren belgeleri internet sitesinde yayımlamasının, KVKK m.4/2-ç uyarınca kişisel verilerin işlenmesinde işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, bu doğrultuda m.12'de yer alan veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin yükümlülüğünün yerine getirmediği ve veri minimizasyonu ilkesine aykırı hareket edildiği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple sorumlular hakkında m.18 uyarınca disiplin hükümlerine göre işlem yapılmasına ve işlemin sonucu hakkında

Bu çalışmanın konusunu, kanun koyucunun veri ihlali bulunanın idare olması halinde, idareye idari para cezası yaptırımı uygulamak yerine, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerinin işletilmesi şeklindeki tercihi oluşturmaktadır.

Özel ya da kamu ayrımı olmaksızın bir bütün olarak gerçek ve tüzel kişilerin uymakla yükümlü olduğu Kişisel Verilerin Korunması Kanununda, idarenin, ihlal ettiği kişisel verilere karşılık daha “az” idari yaptırıma tabi kılınmasının veri koruma kültürüne etkisi tartışılacaktır. Bu tercihin etkin ve etkili denetimin önünde bir engel olup olmadığı sorgulanacaktır.

Bu doğrultuda çalışmada öncelikle kişisel verilerin ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımın muhatabı/öznesi kim olmalıdır sorusu tartışılacaktır. Ardından idarenin bir veri sorumlusu olarak, veri koruma hukukunda nerede konumlanması gerektiği, idare ile özel hukuk kişileri arasında ayrımı haklı kılan bir neden olup olmadığı üzerinde durulacaktır. Son olarak, “kişisel verileri ihlal eden idareye uygulanacak olan yaptırımın hukuki niteliği ne olmalı?” sorusuna cevap aranacaktır.

I.KİŞİSEL VERİLERİN İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK OLAN YAPTIRIMIN MUHATABI

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 18’inci maddesiyle idari para cezası hususunda idare ile özel hukuk kişileri arasında yapılan ayrımın yerindeliği sorgulanırken ilk olarak; “veri ihlali halinde uygulanacak olan yaptırımın muhatabı kim olmalı” sorusu cevaplanmalıdır.

Kurula bilgi verilmesine karar verilmiştir. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7267/2021-1127>, (Erişim Tarihi 14.01.2025).

Kurul, 1.12.2020 tarihli, 2020/915 sayılı kararında ise, belediyede memur olarak görev yapan ilgili kişinin, veri sorumlusu bünyesinde işe giriş çıkış takibinin parmak izinin taranması suretiyle biyometrik veri işlenerek yapılmasının KVKK m.4/2-c’de yer alan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, zira mesai kontrolü için çoğunlukla üstün güvenlik önlemi alınmasına ihtiyaç duyulan alanlarda kullanılan bu yöntem yerine alternatif yollara başvurulabileceği, öte yandan söz konusu veri işleme faaliyetinin veri işleme şartlarını taşımadığı ve dolayısıyla veri sorumlusunun m.12/1-a’da yer alan veri güvenliğine ilişkin yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Bu gerekçeyle m.18 uyarınca veri sorumlusu bünyesinde görev yapan kişiler hakkında disiplin hükümlerinin işletilmesine ve sonucunun Kurula bildirilmesine hükmetmiştir. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6872/2020-915>, (Erişim Tarihi 14.01.2025).

Bu sorunun cevabı için öncelikle veri korumaya yönelik uluslararası belgelere bakılacaktır. Zira, uluslararası metinlerde veri ihlali halinde nasıl bir yol izlenilmesi gerektiğine dair düzenlemeler ve ilkeler, bu metinleri rehber edinen iç hukuk uygulamalarını anlamlandırmayı ve gerektelendirmeyi sağlayacaktır.

Ardından, çeşitli ülkelerde kişisel verileri ihlal eden idareye yönelik yaptırımlar araştırılacaktır. Böylelikle KVKK m.18'deki düzenlemenin kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası metinlerle uyumlu olup olmadığı ve farklı ülke uygulamaları ile paralel olup olmadığı anlaşılacaktır.

A. Uluslararası Düzenlemelerde Kişisel Verilerin İhlali Halinde Uygulanacak Olan Yaptırımın Muhatabı

Kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası düzenlemeler, bağlayıcılığı olsun ya da olmasın, ulusal düzenlemelere rehberlik etmektedir. Uluslararası metinlerde yer alan ilke ve mekanizmalar, ulusal veri koruma hukuklarının oluşumunda ve şekillenmesinde kanun koyuculara yol göstermektedir. Bu doğrultuda ilk olarak, Türkiye'nin de üyesi olduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) "Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler"inden³ bahsetmek gerekir.⁴ Kişisel verilerin korunmasına dair ilk

³ Tam adıyla, "OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data", <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁴ **GONZALEZ FUSTER**, Gloria, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Springer 2014, s.6; **LYNSKEY**, Orla, The Foundations of EU Data Protection Law, Oxford University Press 2015, s.47; **KÜZECİ**, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi Ankara, 2019, s.113 vd.; **DÜLGER**, Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020, s.87; **AUSLOOS**, Jeff, The Right to Erasure in EU Data Protection Law, Oxford University Press, s.43.

milletlerarası düzenleme olan⁵ 1980 tarihli bu metin⁶, veri korumaya ilişkin ulusal düzeydeki kurallar ve uygulamaların birbiriyle uyumlu olacak şekilde geliştirilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. Veri koruma alanındaki temel çerçevenin belirlenmesinde öncü olan⁷ Rehber İlkelerin Ulusal Uygulama başlığını taşıyan dördüncü bölümünde yer alan madde 19/1-d'ye göre, düzenlemenin ikinci ve üçüncü bölümlerinde yer alan ilkeler ulusal düzeyde uygulanırken üye ülkeler, ilkelerin uygulanmasına yönelik gerekli tedbirleri almalı ve bu tedbirlere uyulmaması halinde etkin yaptırım ve çözüm yollarının sağlanması için yasal, idari veya diğer usulleri veya kurumları oluşturmalıdır.

Anlaşılaçağı üzere, düzenlemenin ikinci ve üçüncü bölümlerinde yer alan ilkelerin uygulanmasına ilişkin detaylar üye ülkelere bırakılmıştır. Zira, uygulama şekli ve yönteminin farklı hukuk sistemleri ve geleneklere göre değişiklik göstermesi kaçınılmazdır ve bu nedenle 19'uncu madde sadece Rehber İlkelerin yürürlüğe konması için ne tür bir ulusal mekanizmanın öngörüldüğünü geniş anlamda belirten genel bir çerçeve oluşturmakla yetinmiştir.

Madde 19/1-d, denetim/kontrol mekanizmaları konusunda farklı yaklaşımlara olanak tanımaktadır. Üye ülkelerin, özel denetim organları kurabileceğı gibi, zaten mevcut olan denetim imkânlarına, ister mahkemeler, ister mevcut kamu kurumları ya da başka bir şekilde de başvurabilmesi mümkündür. Fakat, konumuz bağlamında, denetim sonucunda veri ihlali ile karşılaşılması halinde ne tür bir yaptırımın uygulanacağına ve bu yaptırımın muhataplarının kim olacağına dair açık bir ifade bulunmamaktadır.

⁵ 1980 tarihli OECD Rehber İlkeler, 2013 yılında, 33 yıl aradan sonra yeniden düzenlenmiştir. Yeni metinde, ilk halindeki temel ilkeler korunmuş, günün koşulları dikkate alınarak, etkin bir uygulama sağlamak amacıyla yeni kavram ve mekanizmalar eklenmiştir. Bkz. **KÜZECİ**, s. 116, 117; metnin revize edilen hali için bkz. http://www.oecd.org/sti/economy/oecd_privacy_framework.pdf, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁶ OECD Rehber İlkelerini üye devletler iç hukuklarının bir parçası yapıp yapmamakta serbesttir. Zira söz konusu ilkelerin hukuksal olarak bağlayıcılığı yoktur. **KÜZECİ**, s.114; **DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.7.

⁷ **KAYA**, Mehmet Bedii. "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi". İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 78, C. 4, 2021, ss. 1859-97, s.1869.

Kişisel verilerinin korunmasına ilişkin asgari standartların belirlendiği⁸, veri koruma alanında ilk bağlayıcı uluslararası hukuk belgesi olan⁹, bu alanda pek çok ülkenin mevzuatının hazırlanmasında ve geliştirilmesinde etkin rol oynayan¹⁰ Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 28 Ocak 1981 tarihli “108 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi”nde¹¹ ise, yaptırımlar ve çözüm yolları başlığını taşıyan madde 10’a göre; sözleşmeye taraf devletler sözleşmede belirtilen veri korumaya ilişkin temel ilkeleri içeren iç hukuk hükümlerinin ihlali halinde buna uygun yaptırımlar ve çözüm yolları oluşturmakla yükümlüdür.

108 nolu sözleşme taraf devletlere bağımsız bir veri koruma otoritesi kurma şartı getirmemiştir. Bir eksiklik olarak ifade edilebilecek olan bu boşluk, 108 nolu Sözleşmeye ek, 181 nolu Protokol ile doldurulmuştur.¹² Fakat her iki uluslararası metinde de kişisel verilerin ihlali durumunda uygulanacak olan yaptırımın türü ve muhatapları hakkında bir düzenleme yer almamaktadır.

⁸ **KÜZECİ**, s.128; **ŞİMŞEK** Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s.22.

⁹ **AKSOY**, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 5; **GONZALEZ FUSTER**, s.89; **ŞİMŞEK**, s.22; **KÜZECİ**, s.126; **TAŞTAN** Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.14.

¹⁰ **KAYA**, Hesap Verebilirlik, s.1869; **GONZÁLEZ FUSTER**, s.92-94; **AUSLOOS**, s.45.

¹¹ Orijinal adıyla “Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)”. Sözleşme, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin tamamı tarafından imzalanmış, onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise, bu sözleşmeyi 28.01.1981 tarihinde imzalamış, fakat Sözleşmenin yürürlüğe girişi Eylül 2016 tarihinde mümkün olabilmıştır. 108 Nolu Sözleşmenin imza ve onay çizelgesi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=108>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

¹² Tam adıyla, “181 nolu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınaraşan Veri Akışına İlişkin Protokol”, orijinal adıyla “Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows (ETS No. 181)” . Protokol, 8 Kasım 2001’de imzaya açılmış, Türkiye tarafından 11 Temmuz 2016’da onaylanmış ve 1 Kasım 2016’da yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın imza ve onay çizelgesi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty=181>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

Bilişim ve iletişim teknolojilerinin dinamikliği, veri koruma hukukunda artan ve değişen ihtiyaçları beraberinde getirmiş ve 1981 tarihli 108 sayılı Sözleşme ve ona ek 181 sayılı Protokol bu gereksinimleri karşılamaya yetmemiştir.

Veri koruma hukukuna ilişkin uluslararası düzeyde ilke ve kuralları bilişim teknolojilerindeki gelişmelere uygun olarak yenilemek, denetim mekanizmalarını güçlendirmek, daha güçlü bir koruma mekanizması getirmek ve Sözleşme'nin daha etkili bir şekilde uygulanması amacıyla¹³, 108 sayılı Sözleşmenin yenilenmiş versiyonu olan Sözleşme 108+¹⁴ 18 Mayıs 2018'de Avrupa Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş¹⁵ fakat henüz yürürlüğe girmemiştir¹⁶.

¹³ Protokolün Açıklayıcı Raporu'nda , 108 sayılı Sözleşme'nin kabul edildiği günden bu yana insan hakları ve temel özgürlüklere, özellikle özel hayata ilişkin yeni zorlukların ortaya çıktığı, Sözleşmenin yeni bilgi ve iletişim teknolojilerinin artan kullanımı, veri işleme operasyonlarının küreselleşmesi ve kişisel verilerin giderek artan akışlarından kaynaklanan ortaya çıkan gizlilik meselelerini daha iyi ele almak ve aynı zamanda 108 sayılı Sözleşme'nin değerlendirme ve takip mekanizmasını güçlendirmek için modernize edilmesi ihtiyacının doğduğu belirtilmiştir. Açıklayıcı Rapor (Explanatory Report), giriş bölümü, s.15,<https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

¹⁴ Tam adıyla, "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeyi Değiştiren Protokol (CETS No. 223)", orijinal adıyla "Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 223)" <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

¹⁵ **KÜZECİ**, s.131; **DÜLGER**, Murat Volkan, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", Yaşar Hukuk Dergisi C.1 S.2, 2019, ss. 71-174, s.77; **GÜNAY**, Buket, Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk, Seçkin, Ankara, 2023, s.65.

¹⁶ Sözleşme, 10 Aralık 2024 itibariyle Avrupa Konseyine üye olan 40 ve üye olmayan 6 devlet olmak üzere toplam 46 devlet tarafından imzalanmıştır. Türkiye henüz sözleşmeyi imzalayanlar arasında bulunmamaktadır. Sözleşmenin imza ve onay çizelgesi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treaty-num=223>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

Teknolojiye uyum sağlama ve gelecekteki ihtiyaçları da dikkate almayı hedefleyen¹⁷ Modernize Edilmiş Sözleşme 108+ m.12'de¹⁸ "(T)araflardan her biri, bu Sözleşme hükümlerinin ihlaline yönelik uygun adli ve adli olmayan yaptırımlar ve çözüm yolları oluşturmayı taahhüt eder." düzenlemesi yer almaktadır. 108+ sayılı Sözleşmenin Açıklayıcı Raporunda (Explanatory Report) ise söz konusu adli ve adli olmayan yaptırımların niteliğini (hukuki, idari, cezai) belirleme işinin her bir Tarafa bırakıldığını ifade edilmektedir. Fakat her durumda, bu yaptırımların "etkili, orantılı ve caydırıcı" olması gerektiği vurgulanmıştır¹⁹.

KVKK, inşa edilirken temelde mülga Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifi²⁰ esas alınmıştır.²¹ Avrupa Birliği düzeyinde ilk düzenleme olan²² bu direktif, KVKK'nın gerekçesinde açıkça atıf yapılan bir

¹⁷ GÜNAY, s.65.

¹⁸ Article 12.

"Sanctions and remedies Each Party undertakes to establish appropriate judicial and non-judicial sanctions and remedies for violations of the provisions of this Convention".

¹⁹ Explanatory report §100:

"It is left to each Party to determine the nature (civil, administrative, criminal) of these judicial as well as non-judicial sanctions. These sanctions have to be effective, proportionate and dissuasive. The same goes for remedies: data subjects must have the possibility to judicially challenge a decision or practice, the definition of the modalities to do so being left with the Parties. Non-judicial remedies also have to be made available to data subjects. Financial compensation for material and non-material damages where applicable, caused by the processing and collective actions could also be considered."

²⁰ Tam adı, "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi", orijinal adıyla, "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data", tam metin için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

²¹ KAYA, Mehmet Bedii, KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri, Dijital Baskı 1.0, 2024, s.1, <https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

²² HENKOĞLU, Türkay, Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s.50; BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2004, s.25; ÇEKİN, Mesut Serdar, Avrupa

metindir²³. Bu sebeple Türk veri koruma hukukundaki ilke ve kuralların oluşumu bakımından önemli bir etkiye sahiptir²⁴.

Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında uyumlu bir veri koruma düzeni kurmayı²⁵ ve bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile verilerin serbest dolaşımı ihtiyacı arasında bir denge tesis etmeyi hedefleyen²⁶ Direktif'in 55'inci paragrafında, "(B)u Direktif kapsamında alınan ulusal tedbirlere uymayan ister özel hukuk ister kamu hukukuna tabi olsun, herhangi bir kişiye yaptırım uygulanmalıdır."²⁷ der. Direktif, yaptırım şekli hakkında bir tercihte bulunmasa da yaptırım uygulanacak kişiler arasında bir ayrımı haklı görmemiştir.

Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha, İstanbul, s.7.

²³ Kanunun gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-1377-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6698#step-2>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

²⁴ **KÜZECİ**, s.160; 95/46/EC sayılı Direktifi, 108 nolu sözleşme ile mukayese etmek gerekirse, Direktifin daha etkili bir koruma mekanizması sunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, 108 nolu Sözleşmenin konusu, "kısmen ya da tamamen otomatik işleme tabi tutulan kişisel verileri" iken, Direktifin konusu, "kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik yollarla işlenen kişisel veriler ve otomatik olmayan yollarla işlenen kişisel verilerden bir dosyalama sisteminin bir parçasını oluşturan veya oluşturmaya amaçlananlar"dır. (Direktif, m.3/1).

²⁵ **KÜZECİ**, s.162, **ŞİMŞEK**, s. 42.

²⁶ Bkz. 95/46/EC sayılı Direktif m.1: "1. In accordance with this Directive, Member States shall protect the fundamental rights and freedoms of natural persons, and in particular their right to privacy with respect to the processing of personal data. 2. Member States shall neither restrict nor prohibit the free flow of personal data between Member States for reasons connected with the protection afforded under paragraph 1.", <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

²⁷ paragraf 55: "Whereas, if the controller fails to respect the rights of data subjects, national legislation must provide for a judicial remedy; whereas any damage which a person may suffer as a result of unlawful processing must be compensated for by the controller, who may be exempted from liability if he proves that he is not responsible for the damage, in particular in cases where he establishes fault on the part of the data subject or in case of force majeure; whereas sanctions must be imposed on any person, whether governed by private or public law, who fails to comply with the national measures taken under this Directive."

Çağın gereksinimlerini karşılamak, üye devletlerde veri korumaya dair tutarlı ve yeknesak bir uygulamayı hâkim kılmak amacıyla,²⁸ 95/46/EC sayılı Direktifin yerini alan 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)²⁹³⁰ ise Direktifin aksine, AB üye ülkelerde doğrudan uygulanma gücüne sahip³¹ ve bağlayıcı bir metindir³². Elbette Türkiye açısından böyle bir doğrudan uygulanma ve bağlayıcılık özelliği söz konusu olmasa da, GDPR m.3/2³³ uyarınca Türkiye’de bulunan bir veri

²⁸ KÜZECİ, s.224; TAŞTAN, s.17; DÜLGER, Kişisel Veri, s.105; BAŞALP, Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, S. 21, ss.77-106, s.85; VOIGT, Paul, VON DEM BUSSCHE, Axel, The EU General Data Protection Regulation (GDPR), Springer, 2017, s.2.

²⁹ Tam adıyla, “95/46/AT sayılı Direktif’i yürürlükten kaldıran, gerçek kişilerin kişisel verilerin işlenmesi bakımından korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 27 Nisan 2016 tarihli ve (AB) 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Genel Veri Koruma Tüzüğü)”. Orijinal adıyla, “Regulation (Eu) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council Of 27 April 2016 On The Protection Of Natural Persons With Regard To The Processing Of Personal Data And On The Free Movement Of Such Data, And Repealing Directive 95/46/Ec (General Data Protection Regulation)”.

³⁰ Bu Tüzük, 27 Nisan 2016’da kabul edilmiş, 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32016R0679>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

³¹ Üye devletlerin iç hukuklarındaki düzenleme GDPR ile çatışlıyorsa ya da üye devletlerin iç hukuklarındaki düzenleme GDPR’ye nazaran daha az koruma sağlıyorsa, GDPR öncelikle uygulanacaktır. ERKAL, Atila, “Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, Anayasa Yargısı, C. 37, S. 2, 2020, s.205–253, s.219.

³² Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma, madde 288: “Kurumlar, Birliğin yetkilerinin kullanılması için tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler kabul eder. Tüzükler genel uygulama alanına sahiptir. Bütünüyle bağlayıcıdır ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır. Direktifler, muhatap alınan her üye devleti, ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır. Kararlar bütünüyle bağlayıcıdır. Muhatabı belirtilen bir karar, yalnızca muhatabı için bağlayıcıdır. Tavsiye ve görüşler bağlayıcı değildir.”

³³ “Bu Tüzük, işleme faaliyetlerinin aşağıdaki hususlarla ilgili olması halinde, Birlik içinde bulunan veri öznelerinin kişisel verilerinin Birlik içinde kurulu olmayan bir veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından işlenmesine uygulanır: (a) veri öznesinin ödeme yapmasına gerek olup olmadığına bakılmaksızın, Birlik içindeki söz konusu veri öznelerine mal veya hizmetlerin sunulması veya (b) Davranışları Birlik içinde gerçekleştiği ölçüde, davranışlarının izlenmesi,” Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından resmi Türkçe çevirisi için bkz.

sorumlusu ya da veri işleyen AB’de ikamet eden bir veri öznesine mal veya hizmet sunuyorsa veya davranışlarını izliyorsa KVKK’nın yanında GDPR’ye de tâbi olacaktır. Bu nedenle, GDPR hükümleri, Türkiye açısından da önem arz etmektedir.

GDPR’nin genelinde; üye devletlerin etkili, orantılı ve caydırıcı cezalar öngören bir sistem uygulamaları gerektiğine vurgu yapılmaktadır. “İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin genel koşullar” başlıklı 83’üncü maddenin 1’nci fıkrasında idari para cezalarının etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği ifade edilmiş, ardından 7’nci fıkra da “her üye devlet, söz konusu Üye Devlet’te kurulu olan kamu makamlarına ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesilebileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir.”³⁴ denmiştir. 9’uncu fıkra da ise, “Üye Devlet’in hukuk sisteminde idari para cezalarının öngörülmediği hâllerde bu madde, söz konusu yargı yollarının etkili olması ve denetim makamları tarafından kesilen idari para cezaları ile eşdeğer bir etkiye sahip olması sağlanarak, para cezası yetkili denetim makamı tarafından girişimde bulunulacak ve yetkili ulusal mahkemeler tarafından kesilecek şekilde uygulanabilir. Her hâlükârda, kesilen para cezaları etkili, orantılı ve caydırıcı olur. Söz konusu Üye Devletler, bu paragraf uyarınca kabul ettikleri mevzuat hükümlerini 25 Mayıs 2018 tarihine kadar ve bunları etkileyen müteakip değişiklik mevzuatını veya değişiklikleri, gecikmeksizin, Komisyona bildirirler.”³⁵ hükmü yer almaktadır.

<https://www.ab.gov.tr/siteimages/resimler/Nihai-ABB-HCDB-GDPR.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

³⁴ GDPR Art. 83/7: “Without prejudice to the corrective powers of supervisory authorities pursuant to Article 58(2), each Member State may lay down the rules on whether and to what extent administrative fines may be imposed on public authorities and bodies established in that Member State.”

³⁵ GDPR Art. 83/9: “Where the legal system of the Member State does not provide for administrative fines, this Article may be applied in such a manner that the fine is initiated by the competent supervisory authority and imposed by competent national courts, while ensuring that those legal remedies are effective and have an equivalent effect to the administrative fines imposed by supervisory authorities. In any event, the fines imposed shall be effective, proportionate and dissuasive. Those Member States shall notify to the Commission the provisions of their laws which they adopt pursuant to this paragraph by 25 May 2018 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.”

Dolayısıyla GDPR bir yandan veri ihlali halinde uygulanacak yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olmasını vurgularken, diğer yandan söz konusu idare olduğunda, üye devlete idari para cezası uygulayıp uygulamama veya uygulamanın ölçüsünü belirleme konusunda takdir yetkisi vermektedir.

Sonuç olarak yukarıda yer verilen bütün düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, Türk hukukunu etkileyen uluslararası veri koruma mevzuatında, veri ihlali halinde bulunanın idare olması halinde, veri koruma otoritesi tarafından idareye idari para cezası uygulanmasını zorunlu kılan bir kural bulunmamaktadır. Söz konusu idare olduğunda, taraf/üye devletlere daha geniş bir hareket alanı tanıyan bir yaklaşım izlenmiştir. Bu nedenle, KVKK m.18/4'te yer alan idareyi, idari para cezası uygulamasından muaf tutan düzenlemenin, uluslararası veri koruma mevzuatına aykırı olduğunu söylemek ilk bakışta mümkün görünmemektedir.

B. Çeşitli Ülke Uygulamalarında Kişisel Verilerin İhlali Halinde Uygulanacak Olan Yaptırımın Muhatabı

Veri ihlali halinde bulunan idareye uygulanacak yaptırım konusunda Türk hukukundaki düzenlemenin yerindeliğini sorgularken, GDPR'nin doğrudan uygulandığı Avrupa Birliği üyesi ülkelerin iç hukuklarında veri ihlali halinde uygulanacak olan yaptırım meselesinin nasıl ele alındığına bakmak fayda sağlayacaktır. Bu doğrultuda GDPR m.83/7'deki "her üye devlet, söz konusu üye devlet'te kurulu olan kamu makamlarına ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesilebileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir." şeklindeki düzenlemenin, üye devletlerin iç hukuklarına nasıl dahil edildiği incelenmelidir.

Bu kapsamda ilk olarak Alman Federal Veri Koruma Yasası örnek verilebilir. Yasanın "İdari Para Cezalarına İlişkin Hükümler" başlıklı 43'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında, tanımlar başlıklı 2'nci maddesinin 1'inci fıkrası kapsamındaki idarelere ve diğer kamu kurumlarına para cezası verilemez, hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla Alman veri koruma hukukunda idare, veri ihlali halinde bulunması durumunda, bir idari para cezasının muhatabı olmayacak şekilde konumlandırılmıştır.

Gizlilik Yasası olarak da bilinen İtalyan Kişisel Verilerin Korunması Kanununda³⁶ ise idari para cezaları veri ihlalinde bulunan herkese karşı uygulanacak şekilde kurgulanmıştır. Yasanın “İdari para cezalarının uygulanmasına ilişkin kriterler ve düzeltici ve yaptırıcı tedbirlerin kabul edilmesine ilişkin usul” başlıklı 166’ncı maddesinin 4’üncü fıkrası uyarınca, bu maddede yer alan tedbir ve yaptırımlar hem özel hukuk kişilerine hem de kamu otoritelerine uygulanabilir.

Dolayısıyla, İtalyan veri koruma kanunu, veri koruma otoritesi (Il Garante per la protezione dei dati personali, GPDP) tarafından gerek düzeltici tedbirlerin uygulanmasında, gerekse idari para cezası uygulanması hususunda özel hukuk kişileriyle kamu otoriteleri arasında bir ayırım yapmamıştır.

Nitekim İtalyan Veri Koruma Otoritesinin 2024 yılında verdiği bir kararda; iş başvurusunda bulunan adayların özgeçmişi, doğum tarihi, mezuniyet notu gibi kişisel verilerin de yer aldığı aday değerlendirme toplantısı tutanağını internet sitesinde yayınlayan belediyeye 4.000 Euro para cezası vermiştir.³⁷ Aynı şekilde bir çalışanın, sağlık durumu sebebiyle kendisine yeni bir FFP2 maskesi sağlamasını yönündeki talebini ilettiği e-postayı başka çalışanlarla paylaşan belediyenin sağlıkla ilgili olanlar da dahil olmak üzere kişisel verilerinin mevzuata uygun olmayan şekilde iletilmesi nedeniyle 10.000 Euro para cezası vermiştir³⁸.

Litvanya’da, tıpkı İtalya’da olduğu gibi, veri koruma otoritesi (State Data Protection Inspectorate, SDPI) kamu sektörüne idari para cezası uygulama yetkisine sahiptir. Bu husus, Kişisel Verilerin Hukuki

³⁶ “Codice in materia di protezione dei dati personali”, IDPC, Yasama Kararnamesi No. 196 of 2003, <https://www.garanteprivacy.it/documents/10160/0/Codice+in+materia+di+protezione+dei+dati+personali+%28Testo+coordinato%29>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

³⁷ [https://gdprhub.eu/index.php?title=Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali_\(Italy\)_-_10050145&mtc=today](https://gdprhub.eu/index.php?title=Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali_(Italy)_-_10050145&mtc=today) kararın orijinal dili için bkz. <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10050145>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

³⁸ [https://gdprhub.eu/index.php?title=Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali_\(Italy\)_-_10068155](https://gdprhub.eu/index.php?title=Garante_per_la_protezione_dei_dati_personali_(Italy)_-_10068155), kararın orijinal dili için bkz. <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/10068155>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

Korunması Hakkında Kanunun³⁹ (Republic Of Lithuania Law On Legal Protection Of Personal Data) “Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Uygulanan İdari Para Cezaları” başlıklı 33’üncü maddesiyle⁴⁰ düzenlenmiştir.

Devlet Veri Koruma Müfettişliği (SDPI), örnek olarak aktarabileceğimiz bir kararında⁴¹, belediyenin sunucularına kötü amaçlı yazılımlarla bilgisayar korsanlarının erişmesi sebebiyle Belediyeye; kişisel verilerin güvenliğini yeterince sağlamadığı ve kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine sebep olduğu gerekçesiyle 9.000 Euro idari para cezası vermiştir.

İrlanda veri koruma mevzuatına bakıldığında ise, Veri Koruma Komisyonu'nun (Data Protection Commission, DPC), Veri Koruma

³⁹ Litvanya Veri Koruma Otoritesinin internet sitesinde yer alan, resmi olmayan İngilizce çevirisi için bkz.
https://vdai.lrv.lt/uploads/vdai/documents/files/Republic%20of%20Lithuania%20Law%20on%20legal%20protection%20of%20personal%20data%202018%20Non-Official%20Translation%2001_12_2021.pdf, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁴⁰ Article 33 “Administrative Fines Imposed on Public Institutions or Authorities

1. A supervisory authority has the right to impose an administrative fine to a public institution or authority which has infringed the provisions of Article 83 (4) (a), (b) and (c) of Regulation (EU) 2016/679, up to 0.5 per cent of the current year’s budget of a public institution or authority and in the amount of the total annual income received in previous year, but not more than thirty thousand euros.
2. A supervisory authority has the right to impose an administrative fine on a public institution or authority which has infringed the provisions of Article 83 (5) (a) to (e) of Regulation (EU) 2016/679 and/or Article 83 (6) of Regulation (EU) 2016/679, up to 1 percent of the current year’s budget of a public institution or authority and in the amount of the total annual income received in previous year, but not more than sixty thousand euros.
3. A supervisory authority has the right to impose an administrative fine on a public institution or authority performing an economic-commercial activity and which has infringed the provisions of Article 83 (4), (5) and (6) of Regulation (EU) 2016/679.”
https://vdai.lrv.lt/uploads/vdai/documents/files/Republic%20of%20Lithuania%20Law%20on%20legal%20protection%20of%20personal%20data%202018%20Non-Official%20Translation%2001_12_2021.pdf, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁴¹ <https://vdai.lrv.lt/en/news/a-fine-was-imposed-against-vilnius-region-municipalitys-administration-for-improper-processing-of-personal-data/>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

Yasası (Data Protection Act 2018)⁴² m.141/4 uyarınca⁴³ kamu kurum ve kuruluşlarına (1.000.000 Euro'yu geçmeyecek şekilde) idari para cezası verme yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, İrlanda'nın hukuk sistemi uyarınca, söz konusu idari para cezası prosedürü DPC tarafından başlatılır fakat DPC'nin resen icra yetkisi yoktur. Veri Koruma Yasası'nın 143'üncü maddesi uyarınca, DPC'nin, idari para cezası verme şeklindeki kanaatini açıkladıktan sonra (m. 142 uyarınca bu para cezası kararına karşı itiraz edilmediği takdirde), kararın onaylanması için Asliye Mahkemesi'ne⁴⁴ başvurması gerekmektedir.

Bu başlık altında son olarak örnek vermek istediğimiz ülke ise Estonya'dır. Zira Estonya hukuk sistemindeki düzenleme Türk hukukundakine benzer niteliktedir.

Veri Koruma Kanunu⁴⁵ m.59/1⁴⁶ uyarınca, Veri Koruma Müfettişliği (Estonian Data Protection Inspectorate) gerçekleştirdiği denetim

⁴² <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2018/act/7/enacted/en/html>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁴³ Art. 141/4: "Where the Commission decides to impose an administrative fine on a controller or processor that—(a) is a public authority or a public body, but (b) is not a public authority or a public body that acts as an undertaking within the meaning of the Competition Act 2002, the amount of the administrative fine concerned shall not exceed €1,000,000."

⁴⁴ Asliye Mahkemesi olarak çevirmeyi uygun gördüğümüz "the Circuit Court" İrlanda hukuk sisteminde sınırlı ve yerel yargı yetkisine sahip bir mahkemedir. medeni, cezaî ve aile hukuku olmak üzere üç ana çalışma alanı vardır. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.courts.ie/>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁴⁵ <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide>

⁴⁶ Personal Data Protection Act Para. 59/1: "Specifications for administrative supervision

(1) When exercising administrative supervision, the Estonian Data Protection Inspectorate may, upon failure to comply with a precept issued subject to Article 83 (7) of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and Council and provisions of §§ 751 and 752 of the Government of the Republic Act, address a superior agency, person or body of the recipient of the precept for supervisory control to be organised or for commencement of disciplinary proceedings against an official. (2) A person exercising supervisory control or a person with the right to commence disciplinary proceedings is required to review an application within one month as of receipt thereof and submit a reasoned opinion to the Estonian Data Protection Inspectorate. Upon supervisory control or commencement of disciplinary proceedings, the person exercising supervisory control or the person

sonucunda bir aykırılık tespit ettiği takdirde, sorumlu kamu görevlisine karşı disiplin işlemlerinin başlatılması için, disiplin amirine/makamına başvuruda bulunmaktadır. Bu başvuru sonrasında disiplin amirinin/makamının konuyu inceleyip, buna ilişkin gerekçeli görüşünü 1 ay içinde Veri Koruma Müfettişliğine sunması ve disiplin işleminin sonuçlanmasının ardından bu sonucu derhal bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde Veri Koruma Müfettişliğinin idare mahkemesine başvuru hakkı bulunmaktadır.

Avrupa Birliğine üye devletler arasında, kişisel verileri ihlal edenin idare olması halinde, idareye karşı işletilecek olan prosedürün nasıl düzenlendiğine dair incelediğimiz tüm bu örnek ülke uygulamalarından anlaşılacağı üzere, tek tip bir düzenleme bulunmamaktadır. Farklı uygulamalar benimsenmiştir. Her bir devlet, söz konusu müesseseyi iç hukuk sistemindeki ilke ve kurallara nasıl daha uygun şekilde entegre edebilecekse o yaptırım türünü ve prosedürünü benimsemiştir. Elbette bu farklılıkta GDPR etkili olmuştur. Zira GDPR'nin veri koruma otoritesi tarafından idari para cezası verilmesinin üye devlet hukuk sistemine göre mümkün olmaması halinde para cezasının, etkili, orantılı ve caydırıcı olmak koşuluyla, veri koruma otoritesi başvurusuyla yetkili ulusal mahkemeler tarafından verilebilmesine imkan tanıyan 83'üncü maddesinin 9'uncu fıkrası ve de faatle ifade edildiği gibi, m.83/7'de yer alan "her Üye Devlet, söz konusu Üye Devlet'te kurulu olan kamu makamlarına ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesilebileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir." şeklindeki düzenleme söz konusu farklı uygulamaların sebebidir.

II. İDARE, VERİ KORUMA HUKUKUNDA NEREDE KONUMLANMALI?

İdarenin veri koruma hukukunda konumunun neresi olması gerektiği, daha doğru bir ifadeyle veri ihlali halinde idare ile özel hukuk

with the right to commence disciplinary proceedings is required to immediately notify the Estonian Data Protection Inspectorate of the results of relevant proceedings. (3) If a state agency who is the processor of personal data fails to comply with the precept of the Estonian Data Protection Inspectorate within the term specified therein, the Estonian Data Protection Inspectorate shall file a protest with an administrative court pursuant to procedure provided for in the Code of Administrative Court Procedure."

<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

kişileri arasında bir ayırım yapıp yapılamayacağı hususunu veri korumaya ilişkin uluslararası metinlere bakarak cevaplamak zordur. Zira gerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda, gerekse Türkiye'yi dolaylı olarak etkileyen uluslararası düzenlemelerde veri ihlalinde bulunması halinde idareye özel hukuk kişileri ile aynı yaptırımın uygulanması gerektiğine dair bir ifade bulunmamaktadır. Üstelik GDPR m.83/7'de; "her üye devlet, söz konusu üye devlet'te kurulu olan kamu makamlarına ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesilebileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir" denilerek, bu konuda üye devletlerin takdir yetkisinin bulunduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bu sebeple KVKK m.18/2'de yer alan veri sorumluları ve/veya veri işleyen hakkında idari para cezası uygulaması kapsamına idarenin alınmaması halinin ve aynı maddenin 4'üncü fıkrası uyarınca veri ihlalinin idare bünyesinde gerçekleşmesi durumunda ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemenin uluslararası mevzuata aykırı olduğunu savunmak kolay değildir. Fakat yine de KVKK m.18'deki tercihin ikna edici bir gerekçesi olmalıdır.

Türk hukukunda idarenin veri ihlalinde bulunması halinde, bir yaptırım öznesi olarak, nerede konumlanması gerektiği sorusunun cevabı, bu konuda idare ile özel hukuk kişileri arasında bir ayırım yapılmasını gerekli/haklı kılan bir sebep var mı sorusuna verilecek yanıt ile bulanabilecektir.

A. Veri Koruma Hukukunda İdare ile Özel Hukuk Kişileri Arasında Ayırım Yapılmalı mı?

Veri koruma hukukunda, veri ihlalinde bulunan idare ile özel hukuk kişileri arasında ayırım, ancak ayırımı haklı kılacak bir neden varsa mümkün olmalıdır. Fakat veri ihlali halinde özel hukuk kişilerine idari para cezası uygulanırken, idareye para cezası uygulanmayıp sadece sorumlu kamu görevlisi hakkında disiplin hükümlerinin işletilmesi halini haklı kılan bir sebep bulmak oldukça güçtür.

Zira Kişisel Verileri Koruma Kurumu, en genel anlamıyla kişisel verilerin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmeyecek şekilde işlenmesini düzenleyip denetleyen bir bağımsız idari otoritedir. Tıpkı

diğer bağımsız idari otoriteler gibi⁴⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumunun da toplumsal yaşamın bu hassas alanında (özellikle temek hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili olan bu alanda) düzenleme, denetleme, yaptırım uygulama, yargı dışı bir mekanizma olarak uyuşmazlık çözme yetkisi bulunmaktadır. Kurum, söz konusu yetkilere yalnızca özel hukuk kişileri üzerinde sahip değildir. İdare aygıtının içinde “bağımsız”⁴⁸ bir otorite olarak, idarenin kendisine karşı da anılan yetkileri kullanabilmesinin önünde bir engel yoktur.

Nitekim, bankacılık sektörünü regüle eden bir bağımsız idari otorite olan BDDK’nın 5411 sayılı Bankacılık Kanununa dayanarak, kanunda düzenlenen ilgili yükümlülüklerini yerine getirmeyen kamu bankalarına idari para cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır.⁴⁹ Aynı

⁴⁷ Doktrinde yaygın olarak bağımsız idari otorite kavramı kullanılsa da yasa koyucu, 5018 sayılı “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”nda Kişisel Verileri Koruma Kurulunun da içinde yer aldığı bu türden idareleri düzenleyici ve denetleyici kurumlar olarak sınıflandırmıştır.

⁴⁸ Bağımsızlıkla kastedilen hem organik hem fonksiyonel bağımsızlıktır. İdari otoritelerin bağımsızlık vurgusunda genel olarak kastedilen kararlarını hiçbir organın talimatına ya da onayına bağlı olmadan, her türlü baskıdan uzak, herhangi bir gücün güdülemesi ya da kısıtlaması olmadan alabilmesidir. Detaylı bilgi için bkz. **AKINCI**, Müslüm, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta, 1999.

⁴⁹ Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu

Madde 2: “Türkiye’de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir. Özel kanunlarla kurulmuş olan bankalar hakkında da kanunlarında yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla bu Kanun hükümleri uygulanır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler tatbik olunur.”

Madde 146: “Kurul kararıyla ve gerekçesi belirtilmek suretiyle, bu Kanun kapsamındaki kuruluşlara, bu Kanunun;

a) 13 ve 14 üncü maddelerine aykırı şekilde şube ve temsilcilik açılması hâlinde, yüz bin Türk lirasından iki yüz bin Türk lirasına kadar, b) 18 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları hükümlerine aykırılık hâlinde, yüz bin Türk lirasından iki yüz bin Türk lirasına kadar, c) 25 inci maddesine aykırı şekilde atama yapılması veya 26 ncı maddesinde belirtilen kişilerin yasaklanan görevlerde çalıştırılması hâlinde, yüz bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar, d) 28 inci maddesi hükümlerine aykırılık hâlinde, elli bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar, e) 33 veya 34 üncü maddelerine ya da 37 nci maddesinin birinci fıkrasına, 38, 39 veya 42 nci maddelerine aykırı davranılması hâlinde, elli bin Türk lirasından yüz bin Türk

lirasına kadar, f) 43 üncü maddesinde öngörülen bildirimlerin yapılmaması hâlinde, elli bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar, g) 50 nci maddesindeki kredi yasaklarına uyulmaması hâlinde, elli bin Türk lirasından az olmamak üzere verilen kredinin yüzde beşi tutarına kadar, h) 52 nci maddesine aykırı davranılması hâlinde, elli bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar, i) 53 üncü maddesine göre ayrılması gereken karşılıkların tesis edilmemesi hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere, ayrılması gereken karşılık tutarının yüzde beşine kadar, j) 54 üncü maddesindeki kredi sınırlarına uyulmaması hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere aykırılık oluşturan tutarın yüzde beşine kadar, k) 56 ncı maddesine aykırı şekilde ortaklık payı edinilmesi hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere, aykırılık teşkil eden tutarın yüzde beşine kadar, l) 57 nci maddesindeki yasaklama ve sınırlamalara aykırılık hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere, yasaklama ve sınırlama konusu değerın yüzde beşine kadar, m) 58 inci maddesi hükmüne aykırılık hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere aykırılık tutarı kadar, 59 uncu maddesindeki sınırlamaya uyulmaması hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından az olmamak üzere aykırılık tutarı kadar, n) 60 ncı maddesinin beşinci ve yedinci fıkralarına uyulmaması hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar, o) 61 inci maddesi ile 76 ncı maddesine aykırılık hâlinde, beş yüz bin Türk lirasından bir milyon Türk lirasına kadar, p) 95 ve 96 ncı maddeleri kapsamında Kurum tarafından bu Kanun kapsamındaki kuruluşlardan talep edilen bilgilerin gönderilmemesi hâlinde, elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına, geç gönderilmesi hâlinde elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına, eksik bilgi ile gönderilmesi, kontrol hataları içermesi veya kontrol hatalarının süreklilik arz etmesi hâlinde, elli bin Türk lirasından beş yüz bin Türk lirasına kadar, r) 144 üncü maddesi uyarınca alınan kararlara ve yapılan düzenlemelere uyulmaması hâlinde, beş yüz bin Türk lirası, ayrıca Merkez Bankası tarafından miktar ya da oranların tespit edildiği durumlarda, söz konusu miktar ve oranlara aykırılık oluşturan tutarın on katına kadar, s) 76/A maddesi kapsamındaki finansal piyasalarda manipülasyon ve yanıltıcı işlemler olarak kabul edilen işlem ve uygulamaları gerçekleştirenler, menfaat sağlanması hâlinde, sağlanan menfaatin iki katından az olmamak üzere, bir önceki yıl sonu finansal tablolarında yer alan faiz, kâr payı gelirleri, alınan ücret ve komisyonlar ile bankacılık hizmet gelirleri toplamının yüzde beşine kadar, t) (Ek:3/11/2022-7420/19 md.) 4 üncü maddesinin son fıkrasındaki kısıtlamalara uyulmaması ya da 10 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kurul tarafından getirilen faaliyet sınırlamaları veya kısıtlamalarına uyulmaması halinde, bir milyon Türk lirasından az olmamak ve menfaat sağlanmış olması halinde sağlanan menfaatin iki katından az olmamak üzere, söz konusu kısıtlama ve sınırlamalara aykırılık teşkil eden tutarın yüzde yüzüne kadar, idari para cezası uygulanır. Kurul, yaptırım kararı verilinceye kadar aykırılığın birden fazla işlenmiş olmasını veya idari para cezasının uygulanmasından itibaren iki yıl içerisinde aynı aykırılığın tekrarlanmasını dikkate alarak bu maddede yer alan tutarları iki katına kadar artırarak uygulamaya yetkilidir. Kurul bu madde uyarınca verilecek cezaları bu Kanunun 68, 69 ve 70 inci maddeleri uygulanan bankalar için yüzde ellisine, 71 inci maddesi uygulanan bankalar için ise yüzde yüzüne kadar indirmeye yetkilidir.”

şekilde radyo ve televizyon yayıncılığı sektöründe oyunun kurallarını belirleyen, bu alanda faaliyet gösteren aktörlerin kurallara uygun hareket edip etmediklerini denetleyen RTÜK'ün, bir kamu kurumu olan TRT'ye ilgili mevzuat uyarınca idari yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır⁵⁰.

Mal ve hizmet piyasalarında rekabetin tesisi ve korunması amacıyla düzenleme, denetleme ve yol gösterme faaliyetinde bulunan Rekabet Kurumunun da ilgili mevzuatta idari para cezası verme yetkisi düzenlenirken, serbest piyasada faaliyette bulunan kamu bankalarına muafiyet tanınmamıştır⁵¹.

Madde 148:

"Kurul kararıyla ve gerekçesi belirtilmek suretiyle, bu Kanun kapsamındaki kuruluşlar ile ilgili gerçek ve tüzel kişilere; a) Bu Kanun veya bu Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemelerde yer alan sınırlamalara uyulmaması hâlinde beş yüz bin Türk Lirasından az olmamak üzere aykırılık oluşturan tutarın yüzde beşine kadar, b) İlgili maddelerine göre, Kurul ve Kurum tarafından bu Kanuna dayanılarak alınan kararlara ve verilen talimatlara, çıkarılan yönetmelik ve tebliğlere ve yapılan diğer düzenlemelere uyulmaması hâlinde elli bin Türk Lirasından beş yüz bin Türk Lirasına kadar, idari para cezası uygulanır. Kurul, yaptırım kararı verilinceye kadar aykırılığın birden fazla işlenmiş olmasını veya idari para cezasının uygulanmasından itibaren iki yıl içerisinde aynı aykırılığın tekrarlanmasını dikkate alarak bu fıkra da yer alan tutarları iki katına kadar artırarak uygulamaya yetkilidir."

⁵⁰ "TRT 2 logosuyla yayın yapan Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu unvanlı kuruluşun 06 Ekim 2009 tarihinde yayınladığı Aman Adanalı adlı belgesel programda; 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "Televizyonlarda yayınlanan programlarda, filmlerde, dizilerde, müzik kliplerinde reklam ve tanıtım filmlerinde tütün ürünleri kullanılamaz, görüntülerine yer verilemez." hükmüne aykırı yayın yapıldığı Üst Kurul'ca tespit edilmiş olup; kuruluşa, aynı Kanunun 5 inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "3'üncü maddenin altıncı fıkrasındaki yasağın görsel yayın yoluyla ihlal edilmesi halinde; yerel yayın yapan kuruluşlar, bin Türk lirasından beşbin Türk Lirasına kadar, bölgesel yayın yapan kuruluşlar, beşbin Türk Lirasından onbin Türk Lirasına kadar, ulusal yayın yapan kuruluşlar, elli bin Türk Lirasından yüzbin Türk Lirasına kadar idari para cezası ile cezalandırılır. Bu cezaya karar vermeye Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yetkilidir." hükmü gereğince 50.000 (elli bin Türk Lirası) idari para cezası müeyyidesinin uygulanmasına oy birliği ile karar verilmiştir." Toplantı No: 2010/07, Karar No:10, 04.02.2010, https://www.rtuk.gov.tr/Media/FM/Birimler/buro/2010_kararlar.pdf, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁵¹ Rekabet Kurulu, "On İki Banka Kararı" olarak bilinen 08.03.2013 tarih, 13-13/198-100 sayılı kararıyla, aralarında Halk Bankası, Vakıflar Bankası ve Ziraat Bankasının da bulunduğu, Türkiye'de faaliyet gösteren on iki bankaya, "mevduat, kredi ve kredi kartı hizmetleri konusunda anlaşma ve/veya uyumlu eylem içerisinde bulunmak

Bir bağımsız idari otorite olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumunun idareye karşı idari yaptırım uygulama yetkisi teorik olarak var olabildiğine göre, kanun koyucunun ihlal edilen hukuk normu aynı iken (KVKK m.18/1) özel hukuk kişisi için yaptırım öngörüp idareyi yaptırımsız bırakma iradesinin mantığı nedir? Daha açık bir ifadeyle, hukuk normunu ihlal edenin idare ya da özel hukuk kişisi olması, yaptırımın türünü ya da ağırlığını farklılaştırmaktan öte, birine yaptırım uygularken diğerini yaptırımdan bağışık kılmak için yeterli bir sebep midir? Öğretide iddia edildiği gibi⁵², KVKK’da yer alan para cezalarının üst sınırının 2025 yılı itibarıyla 13.620.402 TL’yi bulması⁵³, idare ile özel hukuk kişileri arasında ayırım yapmak için, idareyi bu yaptırımdan muaf tutmak için geçerli bir sebep midir?

Vurgulamak gerekir ki, kanun koyucu KVKK m.18/1’de yer alan fiillerin idare tarafından işlenemeyeceğini söylememektedir. Yani bu fiillerin failinin yalnızca özel hukuk kişileri olabileceği şeklinde bir kurgu yoktur. Zira 4’üncü fıkra da yer alan “birinci fıkra da sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde (...)” ifadesi, söz konusu ihlallerin nerede işlendiğine ilişkindir.

Daha açık bir ifadeyle; bir eylem (ya da işlemin) idare bünyesinde gerçekleşmesi onu kural olarak idari işlem ya da idari eylem haline getirir. Bu idari eylem ya da işlem den doğan zarardan idare sorumludur.⁵⁴ İdare sorumluluğunu yerine getirdikten sonra, eğer ortada anonim hizmet

suretiyle 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesini ihlal ettikleri” gerekçesiyle idari para cezası yaptırımını uygulanmasına karar vermiştir. Karar hk. bkz. **SANLI**, Kerem Cem, **KESİCİ**, Buğra, **DOĞAN**, Cihan, “Güncel Yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu’nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme”, *Batıder*, C. 34, S. 4, 2018, ss.123-200; **YEŞİL** Tuba, Rekabet İhlallerinin Özel Hukuk Sonuçları, Seçkin, 2021 s.102 vd.

⁵² **ERDOĞMUŞ**, Talha. “Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2023, ss. 137-68, s.151.

⁵³ Kişisel Verileri Koruma Kurumunun internet sitesinde yayınlanan, 2025 yılı için tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılmış tutarlarını gösteren tablo için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/634a65ed-62c3-4570-a53f-d413d8735b6a.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁵⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.125/son: “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

kusuru ya da kusura dayanmayan sorumluluk halleri yoksa karşıladığı zararı, ilgili kamu görevlisine rücu etmek zorundadır⁵⁵.

Bir an için zarara sebep olan bir kamu görevlisi ise, başka bir deyişle, kusur bir kamu görevlisine isnat edilebiliyorsa, yargı dışı denetim yolunda idareyi sorumlu tutmadan doğrudan kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilecek mekanizmanın seçilmesi makul görünse de anonim hizmet kusuru durumunda ne olacağı sorusu yanıtlanmalıdır. Kanun koyucunun anılan kabahatleri (m.18/1) idarenin anonim hizmet kusuru şeklinde işleyemeyeceğini, söz konusu yaptırıma bağlanan davranışların olsa olsa kamu hizmetiyle bağı kopmamış fakat bir kamu görevlisine isnat edilebilir bir kişisel kusur (kişiselleştirilebilir hizmet kusuru) olarak zuhur edeceğini düşünerek idareyi yaptırımın muhatabı kılmadığını varsaysak dahi, özel hukuk tüzel kişilerinin yaptırımların muhatabı kılınması bu teoriyi tutarsız hale getirmektedir. Zira özel hukuk tüzel kişilerinin de m.18/1'deki davranışlarda bulunması fiilen mümkün değildir, fakat yaptırıma tabi kılınmışlardır.

Nitekim Kabahatler Kanunu,⁵⁶ m.8'de yer alan "organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir." hükmüyle, bir gerçek kişinin kabahat teşkil eden davranışının tüzel kişi bakımından idari yaptırım uygulanması şeklinde hukuki sonuç doğurabileceği açıkça ifade edilmiştir. Daha basit bir anlatımla, bir gerçek kişi, tüzel kişi adına eylem ve işlemlerde bulunurken ya da yetkili ve görevli olarak tüzel kişi bünyesinde hareket ederken, kabahat teşkil eden bir davranışta bulunduğu takdirde ilgili tüzel kişinin de sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Her ne kadar bu hususta ilgili tüzel kişiye idari para cezası uygulanması zorunlu kılınmamış olsa da bu şekilde bir hukuki yolun varlığı, "idare, bir gerçek kişi olmadığından yaptırımın muhatabı olamaz" savını çürütmeye yetecektir.

⁵⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 129/5: "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

⁵⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (RG 31.03.2005 – 25772).

Hal böyleyken bir bağımsız idari otorite olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumunun idareye idari para cezası uygulayamayacak şekilde kurgulanmasını haklı bir gerekçeyle açıklamak zordur. Türkiye’yi doğrudan ya da dolaylı etkileyen uluslararası veri koruma mevzuatında idare ile özel hukuk kişileri arasında bir ayırım yapmaya engel bir düzenleme olmasa dahi ayırım yapılması yönündeki tercihin doyurucu bir gerekçesi olmalıdır. Konuya ilişkin en somut düzenlemeyi barındıran GDPR, “her üye devlet, söz konusu üye devlet’te kurulu olan kamu makamlarına ve organlara idari para cezalarının kesilip kesilemeyeceğine ve ne ölçüde kesilebileceğine ilişkin kurallar belirleyebilir.” (m.83/7) şeklindeki ifade ile idareye uygulanacak yaptırımın türü ve ağırlığı konusunda üye devletlere takdir alanı bırakmış olsa da aynı metnin gerekçesinde ve birden fazla maddesinde defaatle vurgulandığı gibi veri ihlali halinde uygulanacak cezaların etkili, caydırıcı ve orantılı olması gerekmektedir. Etkililik, caydırıcılık ve orantılılık vurgusu üzerinden okunduğunda, veri ihlali halinde, özel hukuk kişilerini idari para cezası ile cezalandırıp, idareyi yaptırımsız bırakıp, kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerinin işletilmesi yolunun izlenmesinin söz konusu hedefle bağdaşmadığı açıkça görülmektedir.

Elbette kişisel verileri ihlal edilen bireyin, idarenin sorumluluğuna gidebilme hakkı bulunmaktadır. Nitekim KVKK m.14/3’te “Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.” hükmüne yer verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, KVKK’da böyle bir hüküm yer almasaydı dahi, kişisel verileri idari eylem ya da idari işlemle ihlal edilenler, mevcut duruma göre idarenin kusurlu ya da kusursuz sorumluluğuna gidebilecek, bu sorumluluk ilkeleri doğrultusunda uğradıkları zararın tazminini isteyebileceklerdir. Zira eylem ve işlemlerinden doğan zararı karşılamak idarenin anayasal yükümlülüğüdür⁵⁷. Bu yükümlülük, idari yargılama usulü kanunu m.2/1b’de idari dava türleri arasında sayılan tam yargı davası yolu ile yerine getirilir.

Fakat idarenin anayasa ve yasa gereği, idari eylem ve işlemlerinden doğan zararı karşılamakla yükümlü olması ve bireyin idarenin bir eylemi ya da işlemiyle kişisel verilerinin ihlal edildiğini ve bu sebeple bir zarara uğradığını ileri sürüyorsa, buna ilişkin idari yargıda tam yargı davası

⁵⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.125/son: “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”

açma yoluna sahip olması, Kişisel Verileri Koruma Kurumu nezdinde idareyi ayrıcalıklı bir konumda tutmanın, bir yargı dışı denetim yolunda idareye muafiyet kazandırmanın mazereti olamaz.

Kaldı ki, idari yargının iş yükü, yargılama sürelerinin uzunluğu ve birey için yargı yolunun masraflı olabileceği dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması alanında uzmanlaşmış, bu alanda bir hakem görevi gören KVKK tarafından, yargı yoluna nazaran daha az masraflı bir yolla ve daha hızlı bir değerlendirme yapıp ihlalin varlığı halinde, etkin, caydırıcı ve orantılı bir ceza uygulanması ile denetimden beklenen fayda sağlanmış olacaktır⁵⁸ ve veri sorumlularına yaptırım uygulama konusunda bir birlik/eşitlik, bir veri koruma kültürü oluşmasına hizmet edecektir.

Öte yandan KVKK'da yer alan idari para cezalarının her sene yeniden değerlendirilme oranına göre artırılan alt ve üst sınırları göz önünde bulundurulduğunda, Kurul'un vereceği idari para cezasının, idarenin bir tam yargı davası neticesinde ödemeye mahkûm edilebileceği tazminat tutarından daha yüksek bir tutara karşılık gelme ihtimali yüksektir. Salt bu durum dahi caydırıcılık açısından idarenin, tıpkı özel hukuk kişileri gibi m.18'de yer alan idari para cezalarına muhatap olması gerekliliğini göstermektedir⁵⁹.

Dahası, bu türden bir idari denetim yolunu yeterli bulmayan bireylerin, idareye karşı yargı yoluna başvurmalarının önünde hiçbir engel yoktur. Aksine bireyler, veri ihlalinde bulunan özel hukuk kişisi olduğunda yararlandıkları çift dereceli koruma mekanizmasından, veri ihlalinde bulunanın idare olması halinde de yararlanmış olacaklardır.

Eğer idare, idari para cezası yaptırımından bağışık kılınmamış olsaydı, kişisel verilerinin ihlali iddiasında bulunan kişi, bir yargı dışı denetim yolu olarak (veri sorumlusuna başvurunun ardından talebine ilişkin sonuç alamazsa) Kurul'a şikâyet yoluna gidebileceği gibi, bu yöntemle hiç başvurmadan doğrudan idari yargıda dava açabilecek ya da Kurul'a şikâyet yöntemiyle istediği sonucu elde edememişse ikinci bir çare olarak yargı yoluna gidip idari yargıda dava açma hakkını kullanabilecekti. Fakat kanun koyucunun idareyi KVKK m.18/2 kapsamına almayıp veri ihlalinde bulunanın idare olması halinde,

⁵⁸ ERDOĞMUŞ, s.157.

⁵⁹ ERDOĞMUŞ, s.158.

yalnızca sorumlu kamu görevlileri aleyhine disiplin hükümlerinin işletilmesi gerektiği yönündeki tercihi, kişisel verilerin korunması alanında bireyin idare karşısında çift dereceli koruma mekanizmasına sahip olmasına engel olmuştur⁶⁰.

Olması gereken, hak temelli ve birey odaklı bir yaklaşımla, idareye bu yükümlülüğün yüklenmesidir. Aksi halde bireyin kişisel verilerinin korunmasına atfedilen hukuki yararın, idarenin varlık sebebi olan kamu yararı karşısında daha az değerli görüldüğü gibi bir sonuca ulaşıyoruz ki, bu bakış açısı bir bütün olarak veri koruma kültürünün inşasını engelleyecek, veri ihlali halinde verilecek cezaların etkili ve caydırıcı olması hususundaki uluslararası düzeydeki vurguyu karşılamayacaktır.

B. Veri Koruma Hukukuna Uyum Bakımından Disiplin Yaptırımları

Veri ihlalinin idare bünyesinde gerçekleşmesi halinde, idareye idari para cezası uygulanmaması ayrı, ilgili kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılması ayrı eleştiri konusudur. İlki için ileri sürdüğümüz itirazları bir önceki başlıkta açıkladık. İkincisine yönelik eleştirilerimiz bu başlığın inceleme konusu olacaktır.

İdarenin kişisel verileri ihlal davranışına disiplin cezası ile karşılık vermek pek çok açıdan savunulması zor bir tercihtir.

İdareyle aralarında statüsel bir ilişki bulunan memurlar, öğrenciler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyeleri gibi bireylerin, ait olduğu statüyü düzenleyen kurallara uymayarak kurum/meslek iç düzenini bozan davranışlarına disiplin suçu, bu durumda uygulanan idari yaptırıma ise disiplin cezası denmektedir⁶¹. Her şeyden önce disiplin

⁶⁰ ERDOĞMUŞ, s.158.

⁶¹ AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNİR, Murat, KAYA, Cemil, İdare Hukuku, 9. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s.685; YILDIRIM, Turan, YASİN, Melikşah, KAMAN, Nur, ÖZDEMİR, H. Eyüp, ÜSTÜN, Gül, ÇAKIR, Hüseyin Melih, OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, On İki Levha, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2020, s. 315; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.124/2: “Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir.”

cezaları; doktrinde regülatif cezalar olarak kavramsallaştırılan⁶², yargı içtihatlarında da benimsenen, “Özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belirli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen”⁶³ idari para cezalarının aksine bir bütün olarak kamu düzenini değil, o kişinin mensubu olduğu kurumun ya da meslek grubunun iç düzenini koruma amacını taşır⁶⁴. Disiplin cezaları, doğrudan cezanın uygulandığı kişinin şahsında etki doğuran yaptırımlardır⁶⁵. Bu türden yaptırımların idare yönünden kınanabilirlik yaratma etkisi yoktur. Regülatif cezalarda ise kınanabilir davranışta bulunan bizzat idaredir.

Koruduğu hukuki menfaat salt kurum içi düzen olan disiplin cezaları, kişisel verilerinin ihlalini onaracak hukuki bir çare olabilir mi? Bir ülkenin “en güçlü veri tekeli”⁶⁶ olan idarenin veri koruma ilkelerine uyumunun sağlanamaması halinde, bir bütün olarak sistemin işlerliği ve etkinliği nasıl sağlanacaktır?

Elbette idarenin bu sisteme uyumlanmasında idari para cezası yaptırımı zorunlu yol değildir. Fakat tıpkı idari para cezası gibi caydırıcı başka bir yaptırımla idarenin de dahil edildiği etkin bir sistemin kurulması gerekmektedir.⁶⁷ Fakat başka bir yaptırım türü olarak, bir yapı olarak idareye değil doğrudan kamu görevlisine yönelen disiplin yaptırımının tercih edilmesinin, etkin bir veri koruma sistemi kurgusuna hizmet ettiğini söylemek zordur.

Kaldı ki idare, veri ihlalinde ihmali ya da kusuru olan ilgili kamu görevlisine karşı, disiplin hükümlerini her zaman işletebilir. KVKK’da

⁶² ULUSOY, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 140.

⁶³ AYM, E. 2021/66 K. 2022/52, T. 21.4.2022; AYM, E. 2015/109, K. 2016/28, K.T. 7.4. 2016, § 20; AYM, E. 2019/110 K. 2021/85, T. 11.11.2021 § 7, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁶⁴ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.149; ULUSOY, Ali D., Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, 2022, s.493.

⁶⁵ EKİNCİ, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2017, ss. 19-54. s.25.

⁶⁶ “Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir.” AYM, E.2006/167, K.2008/86, K.T. 20.03.2008, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).

⁶⁷ KÜZECİ, s.378.

yer alan düzenlemenin tek farkı, disiplin hükümlerine göre işlem yapılması konusunda idareye takdir alanı bırakılmamış olmasıdır.

Bir başka deyişle kanun koyucu örtülü olarak, kamu görevlisinin tedbirsizliği ya da kusuru ile veri ihlaline sebep olması halini, Danıştay'ın tanımıyla "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali"⁶⁸, yani disiplin suçu olarak tespit etmiştir. Bu doğrultuda bir disiplin soruşturması başlatılması hususunda idareye bir hareket alanı bırakmamıştır. Fakat bu fark sistemi etkili kılmaya yetmemektedir.

Kaldı ki, disiplin soruşturması neticesinde ilgili kamu görevlisine bir disiplin yaptırımı uygulanmayabilir. Şöyle ki, disiplin amiri tarafından soruşturma konusu fiilin uyarma cezasına karşılık geldiğinin saptanması ve DMK m.125/3'te yer alan "(G)eçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir." hükmü uyarınca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesinin önünde engel yoktur.

Öte yandan, kusurun belli bir kamu görevlisine isnat edilemeyeceği, idarenin kişiselleştirilmesi mümkün olmayan anonim nitelikteki hizmet kusurunun olduğu durumlarda ve hatta idarenin veri ihlaline kusura dayanmayan sorumluluğunu doğuran eylem ve işlemleri ile sebep olması halinde, disiplin hükümleri nasıl işletilecektir? Bu durumda idare bünyesinde gerçekleşen veri ihlalinin sorumlusu, teşhis edilebilir bir kamu görevlisi olmadığından KVKK m.18/4 hükmü uygulanamayacaktır. İdari para cezası yaptırımının düzenlendiği m.18/2'nin kapsamında idare yer almadığından, bu yaptırım da uygulanamayacaktır. Dolayısıyla idare veri ihlaline yol açtığı bu hallerde yalnızca yargı yolu ile denetlenebilecek, kişisel verilerin korunması alanında uzmanlaşmış KVKK tarafından denetlenemeyecektir. M.18/4 hükmünün ve veri koruma otoritesince yaptırım uygulama yetkisinin

⁶⁸ Danıştay disiplin cezalarını, "kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlar" olarak tanımlamaktadır. Bkz. D12D, E. 2019/6511, K. 2023/3504, T. 15.6.2023; D8D, E. 2017/1815, K. 2020/4342, T. 14.10.2020; D12D, E. 2020/3695, K. 2023/2552, T. 16.5.2023; D12D, E.2019/5233, K.2023/646, T.16.2.2023, (Lexpera, 14.01.2025).

etkisiz hale geldiği bu senaryonun, etkililik ve caydırıcılık yönünden tekrar düşünülmesi gerekmektedir.

İdarenin veri ihlaline karşılık, kamu görevlisine disiplin yaptırımı uygulanması yöntemini destekleyenlerin cevap vermesi gereken bir diğer husus, hangi türden davranışın karşılığı olarak hangi türden disiplin yaptırımının uygulanacağı sorusudur.

Daha doğru bir ifadeyle, veri ihlali halinde kamu görevlisine uygulanacak hangi türde disiplin yaptırımı veri koruma kültürüne hizmet edecek, uluslararası veri koruma mevzuatında defaatle vurgulanan etkililik, caydırıcılık ve orantılılık etkisini yaratacaktır?

Veri ihlali bulunduran kamu görevlisinin, disiplin hükümleri bakımından özel bir kanuna değil, doğrudan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olduğu varsayımında, memura uygulanabilecek disiplin cezaları, DMK m.125 uyarınca, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarmadır.

Örneğin bir memurun veri güvenliğini ihlal eden bir davranışını, m.125/1-A-a “verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak” fiiline dahil edip, kanunda bu davranışın karşılığı olarak düzenlenmiş, “memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi”⁶⁹ anlamına gelen uyarma cezası verildiğinde, bu cezanın veri güvenliği ihlal edilen kişiye sağlayacağı hukuki yarar ile memurun katlanmak zorunda kalacağı külfet adil bir dengede olacak mıdır? Uyarma cezasının ilgili memurun maddi aleminde yaratacağı hukuki sonuçlar/zararlar ile, “en güçlü bilgi tekeli”⁷⁰ olan idarenin veri güvenliğini sağlayamaması nedeniyle ilgili kişinin maddi aleminde karşılaşacağı sonuçlar/zararlar aynı ya da orantılı mıdır? Yahut aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen memurun davranışını m.125/1-B-a’da yer alan “verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak,” fiiline dahil

⁶⁹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.125/1-A.

⁷⁰ KÜZECİ, s. 26.

edip, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi anlamına gelen kınama cezası verilirse, cezanın caydırıcı olduğundan bahsedilebilecek midir?

Uyarma ve kınama cezası bir yana, ihlal edilen menfaat sebebiyle uğradığı zararın karşısında Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılması anlamına gelen aylıktan kesme cezasının ve fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademedeki ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulması anlamına gelen kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının dahi veri ihlaline uğrayan kişinin zararının hukuki çaresi olmaya yetip yetmeyeceği tartışmalıdır.

Çalışma boyunca, KVKK m.18/4'te yer alan kamu görevlisine disiplin cezası yolunun işletilmesine yönelik ileri sürdüğümüz itirazları saklı tutarak, eğer bu yöntemde ısrarcı olunacaksa, ölçülü ve adil bir uygulama için, söz konusu yargı dışı idari çözüm yolunun etkili olabilmesi için, katlanılan külfet göz önüne alındığında, bir daha devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarma cezası yönteminin uygulanabileceği söylenebilir.⁷¹ Bu yöntem memurun hukuk alanında etkili sonuçlar doğuracaktır. Hiç kuşkusuz caydırıcılık da sağlayacaktır. Fakat bu yöntem ile amaç - araç dengesinin ne derece gözetildiği konusu, üzerine düşünölmeye muhtaçtır.

Eğer amaçlanan, kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkelere kamu görevlilerinin uyumunu sağlamak ve böylelikle kişisel verilere saygılı ve özenli bir idare yaratmaksa, bu husus kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu yolu ile de mümkün olacaktır. İdarenin karşıladığı zararın, eğer teşhis edilebiliyorsa kamu görevlisine DMK m.12 uyarınca⁷²

⁷¹ Aynı yönde bkz. ERDOĞMUŞ, s. 159.

⁷² “Madde 12 – (Değişik: 12/5/1982 - 2670/5 md.) Devlet memurları, görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek ve kendilerine teslim edilen Devlet malını korumak ve her an hizmete hazır halde bulundurmak için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar. Devlet memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zararın ilgili memur tarafından rayiç bedeli üzerinden ödenmesi esastır.

Zararların ödettilmesinde bu konudaki genel hükümler uygulanır. Ancak fiilin meydana geldiği tarihte en alt derecenin birinci kademesinde bulunan memurun brüt aylığının yarısını geçmeyen zararlar, kabul etmesi halinde disiplin amiri veya yetkili disiplin kurulu kararına göre ilgili memurca ödenir.”

yansıtılması yöntemiyle hem yaptırım etkili ve caydırıcı olacak hem de bir bütün olarak idarenin veri koruma sistemine uyumu sağlanacaktır.

SONUÇ

Çalışmaya başlarken de ifade ettiğimiz gibi, veri korumaya ilişkin hukuk kuralları sistematik ve tutarlı bir bütün oluşturduğu takdirde bir veri koruma kültüründen bahsedilebilir. Bir başka deyişle; eğer kişisel verilerin etkin şekilde korunması amaçlanıyorsa buna ilişkin sistemli ve uyumlu bir bütün oluşturmak gerekir. Söz konusu bütünü oluşturabilmek için veri ihlalini önlemeye, ihlal halinde de ödetmeye yönelik etkili bir denetim mekanizması şarttır. Fakat idareye, ihlal ettiği kişisel verilere karşılık daha “az” yaptırım uygulanması buna hizmet etmez.

Bir tutum, bir beklenti olarak verilerin korunması gerekliliğinin benimsenebilmesi için kişisel verilerin korunması yalnızca bir kurallar ve kavramlar setinden ibaret olmamalıdır. Toplumun tüm aktörleri tarafından bir ortak değer olarak özümsemişi gerekir. Söz konusu veri koruma kültürünün oluşturulmasına özel kişiler olduğu kadar idarenin de hizmet etmesi gerekir. Kişisel verilerin korunmasına yönelik bir kültürün teşvik edilebilmesi için KVKK’yı yalnızca özel sektöre uygulanan bir düzenleme gibi ele almaktan vazgeçilmelidir. İdareye karşı da caydırıcı ve etkili yaptırımlar içeren bir sistem inşa edilmelidir. Veri koruma otoritesine etkili bir denetim yapabilmek için gerekli araçlar sağlanmalıdır. 2024 yılında yapılan reformda⁷³ dahi bu konunun ele alınmaması ve KVKK m.18’de herhangi bir değişiklik yapılmaması bu konudaki isteksizliği gözler önüne sermektedir.

Elbette idareyi bir veri sorumlusu ve/veya veri işleyen olarak denetlemenin ve hukuk sınırları içinde davranmaya yönlendirmenin tek yolu idari para cezaları değildir. İdari para cezaları kişisel verilerin korunması alanındaki en yaygın yaptırım türü olsa da GDPR’de yer alan düzeltici tedbir mekanizmalarının mevzuata dahil edilmesi dahi, bu konuda olumlu bir çaba olarak görülecektir.

⁷³ Kamuoyunda 8. Yargı Paketi olarak anılan “2 Mart 2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile KVKK’nın bazı maddelerinde kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin detaylı açıklaması ve eleştirisi için bkz. <https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>.

Fakat sorunun esas çözümü, KVKK m. 18 hükmünde değişiklik yapılarak ve idare hukuku ve idari yargılama hukuku ilke ve kurallarına bağlı kalarak idareyi, tıpkı özel hukuk kişileri gibi denetlenen ve yaptırım uygulanan veri aktörü haline getirmekten ibarettir.

KAYNAKÇA

- AKSOY**, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.
- AKYILMAZ** Bahtiyar, **SEZGİNER** Murat, **KAYA** Cemil, İdare Hukuku, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- AUSLOOS**, Jeff, The Right to Erasure in EU Data Protection Law, Oxford University Press, 2020.
- BAŞALP** Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, S. 21, ss.77-106.
- BAŞALP**, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2004.
- ÇEKİN**, Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- DÜLGER**, Murat Volkan, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, Yaşar Hukuk Dergisi C.1 S.2, 2019, ss. 71-174.
- DÜLGER**, Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020.
- EKİNCİ**, Murat, “Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2017, ss. 19-54.
- ERDOĞMUŞ**, Talha. “Kişisel Verileri İhlal Eden İdareye Karşı İdari Para Cezası Uygulanmaması Sorunu”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2023, ss. 137-68.
- ERKAL**, Atila, “Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, Anayasa Yargısı, C. 37, S. 2, 2020, ss.205–253.
- GONZALEZ FUSTER**, Gloria, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Springer, 2014.

- GÜNAY**, Buket, Kişiliğin Korunması Kapsamında Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Kullanılması Nedeniyle Hukuki Sorumluluk, Seçkin, Ankara, 2023.
- HENKOĞLU** Türkay, Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.
- KAYA**, Mehmet Bedii, KVKK Reformu: 2024 Değişiklikleri, Dijital Baskı 1.0, 2024. <https://mbkaya.com/hukuk/kvkk-reformu.pdf>, (Erişim Tarihi, 14.01.2025).
- KAYA**, Mehmet Bedii. “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Paradigma: Hesap Verebilirlik İlkesi”. İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 78, C. 4, 2021, ss. 1859-97.
- KÜZECİ**, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- LYNSKEY**, Orla, The Foundations of EU Data Protection Law, Oxford University Press, 2015.
- SANLI**, Kerem Cem, **KESİCİ**, Buğra, **DOĞAN**, Cihan, “Güncel Yargı Kararları Işığında Rekabet Kurulu'nun 12 Banka Kararı Üzerine Açılan Tazminat Davaları Bağlamında Ampirik Bir İnceleme”, Batıder, C. 34, S. 4, 2018, ss.123-200.
- ŞİMŞEK** Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- TAŞTAN** Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- ULUSOY**, Ali D., İdari Yaptırımlar, On İki Levha, İstanbul, 2013.
- ULUSOY**, Ali D., Türk İdare Hukuku, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 2022.
- VOIGT** Paul, **VON DEM BUSSCHE** Axel, The EU General Data Protection Regulation (GDPR), Springer, 2017.
- YEŞİL** Tuba, Rekabet İhlallerinin Özel Hukuk Sonuçları, Seçkin, Ankara, 2021.
- YILDIRIM**, Turan, **YASİN**, Melikşah, **KAMAN**, Nur, **ÖZDEMİR**, H. Eyüp, **ÜSTÜN**, Gül, **ÇAKIR**, Hüseyin Melih, **OKAY TEKİNSOY**, Özge, İdare Hukuku, On İki Levha, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2020.

ÖĞRETİM ELEMANLARININ YILLIK İZİN KULLANIMINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Arş. Gör. Dr. Ceren ŞAKAR*

Öz

Yıllık izin, Anayasa'nın 50. maddesinde, şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilen bir haktır. Öğretim elemanları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na tabi olarak görev yapmaktadır. Bunun doğal bir sonucu olarak, öğretim elemanlarının yıllık izin hakkı 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmektedir. Öğretim elemanlarının kullanabileceği izinlere ilişkin Kanun'da tek bir madde bulunmakta ve bu maddede yıllık izin hakkının kullanılabileceği zaman dilimi belirtildikten sonra diğer izinler bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na atıf yapılmaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinde yıllık izin hakkının kullanılabileceği zaman dilimi olarak "normal olarak, öğrenime ara verilen zamanlar" gösterilmektedir. Bu ifadeden hangi zaman diliminin anlaşılacağına, öğretim elemanlarının bir akademik takvimde yerine getirdiği görevler çerçevesinde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öğretim elemanlarının yıllık iznini nasıl kullanacağına dair usul de 2547 sayılı Kanun'da açık bırakılan noktalardan birini teşkil etmektedir. Her ne kadar yükseköğretim kurumlarının kendi düzenlemelerinde yıllık izin usulüne dair bazı hükümler yer

* Arş. Gör. Dr., Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Aydın, Türkiye | Res. Asst. Ph.D., Aydın Adnan Menderes University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Aydın, Türkiye

✉ ceren.sakar@adu.edu.tr • ORCID 0000-0002-0205-9511

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ŞAKAR, Ceren: "Öğretim Elemanlarının Yıllık İzin Kullanımına İlişkin Değerlendirmeler", SÜHFD, C.33, S.2, 2025, s.1521-1563.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

alsa da uygulamada bu usulün doğrudan 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi ihtiyacını doğuran durumlar söz konusudur.

Anahtar Kelimeler

• Yıllık İzin • Öğretim Elemanı • Öğrenime Ara Verilen Zaman • Amirin Takdir Yetkisi • İdari Usul

EVALUATIONS ON THE USE OF ANNUAL LEAVE BY ACADEMIC STAFF

Abstract

Annual leave is a right specified in Article 50 of the Constitution, the conditions of which shall be regulated by law. Academics are subject to the Higher Education Law No. 2547. There is only one article in the Law regarding annual leave that academic staff can use. After specifying the time period in which the annual leave right can be used, reference is made to the Civil Servants Law No. 657 for other leaves. Article 64 of Law No. 2547 indicates the time period in which the annual leave right can be used as "normally, the periods during which education is interrupted". It is necessary to clarify which time period is to be understood from this expression within the framework of the duties that academic staff perform in an academic calendar. The procedure regarding how faculty members will use their annual leave is also one of the points left open in Law No. 2547. Although higher education institutions have some provisions regarding the annual leave procedure in their own regulations, in practice there are situations that require this procedure to be regulated directly in Law No. 2547.

Keywords

• Annual Leave • Academic Staff • Time Taken for a Break From Education • Discretionary Authority of The Superior • Administrative Procedure

GİRİŞ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 64. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Öğretim elemanları yıllık izinlerini, normal olarak, öğrenime ara verilen zamanlarda kullanırlar. Bunların diğer izinleri ile Yükseköğretim üst kuruluşları personelinin ve yükseköğretim kurumları memurlarının izin işleri 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine göre yürütülür." hükmü yer almaktadır. 2547 sayılı Kanun'da yıllık izne ilişkin tek düzenleme budur. Aynı maddenin 3.fıkrasına göre, "Yükseköğretim kurumlarında ve üst kuruluşlarda görevli bütün personel bağlı olduğu

ilk disiplin amirinin izniyle görevi başından ayrılabilir.” Bu hükümlere bakıldığında yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının izin alabilecekleri zaman dilimi ve izin verecek amirlerin belirlenmiş olduğu görünmekte ve yıllık izin kullanım süreci yeterince açık gibi görünmektedir. Bununla birlikte, 2547 sayılı Kanun’un m. 64/1 hükmündeki cümle öğelerine ayrılarak incelendiğinde her bir öğe açıklamaya ihtiyaç duymakta ve yıllık izin kullanımında ihtimaller zinciri yaratmaktadır. İlk olarak yükseköğretim mevzuatında “öğretim elemanı” kavramı farklı kategorilerde yer alan akademik personeli kapsamaktadır. İkincisi öğrenime ara verilen zamanların, akademik takvim içerisinde hangi dönemleri kapsadığı yeterince açık değildir. Tüm bunların üzerine, “normal olarak” öğrenime ara verilen zamanlarda yıllık izin kullanılabilmesi ifadesinin aksinden, normalin dışında durumların olabileceği anlaşılmakta; ancak bu tür durumlarda yıllık izin kullanılması hususunda herhangi bir kriter ortaya konulmayarak amire geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmaktadır. Çalışmamız kapsamında normal olmayan durumlar kapsamına girebilecek ihtimaller, olağan dönemlerde öğretim elemanlarının yıllık izin kullanması kapsamında değerlendirilmektedir. Olağanüstü hâllerde öğretim elemanlarının yıllık izin kullanması usulünde ortaya çıkacak normal olmayan durumlar, bağımsız bir çalışmanın konusunu oluşturacağından bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yıllık izin talebi üzerine idarenin yapacağı işlemlere ilişkin usul, 2547 sayılı Kanun’da belirlenmiş değildir. Genel bir idari usul kanunumuz da bulunmadığından, idarenin yıllık izin konusunda yapacağı işlemler bakımından da bir usuli boşluk oluşmaktadır. Bu konuda her üniversitenin hatta her fakültenin kendine özgü fiilen işleyen bir usulü oluşması söz konusu olabilecektir. Bu durum yükseköğretim kurumları arasında yeknesak olmayan ve bu yönüyle eşitlik ilkesini zedeleyebilecek bir uygulamaya sebebiyet vermeye müsaittir.

Tüm bu gerekçelerle öğretim elemanlarının yıllık izin kullanmasına ilişkin değerlendirmelerimiz, üç bölüm altında sıralanmaktadır. Buna göre çalışmada ilk olarak, öğretim elemanları kategorisinde yer alan akademik personelin hukuki statüsü ve bunun yıllık izin hakkına etkisi üzerinde durulmaktadır. Çalışmanın ikinci bölümünde öğretim elemanlarının kullanabileceği izin türleri 657 sayılı DMK ve 2547 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmektedir. Üçüncü bölümde yıllık iznin kullanılmasına dair usul üç alt başlık altında değerlendirilmektedir. İlk

olarak, 2547 sayılı Kanun'da ifade edilen "normal olarak, öğrenime ara verilen dönemin" akademik takvimde hangi dönemleri kapsadığı ve "normalin dışındaki durumlar"ın neler olabileceği öğretim elemanları bakımından irdelenmektedir. Yıllık izin talepleri hakkında karar merci olan amirlerin takdir yetkisi ve sorumluluğu bu bölümün ikinci inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu bölümde son olarak yıllık izin işlemine ilişkin olarak idari usul sürecinde karşılaşılabilecek olası sorunlar üzerinde durularak çalışma tamamlanmaktadır. Çalışmadaki değerlendirmeler, devlet üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanlarının hukuki statüsü ve yıllık izin hakkı çerçevesi ile sınırlı tutularak yapılmaktadır.

I. ÖĞRETİM ELEMANI KAVRAMI VE ÖĞRETİM ELEMANLARININ HUKUKİ STATÜSÜ

2457 sayılı Kanun'un 64. maddesinde yıllık izin hakkından faydalanan akademik personel için "öğretim elemanları" ifadesi kullanılmıştır. Aynı Kanun'da öğretim elemanları, "*yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri*" şeklinde tanımlanmıştır. Öğretim üyeleri de profesörler, doçentler ve doktor öğretim üyeleri şeklinde üç gruba ayrılmaktadır.

Yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanları, Anayasa'nın 128. maddesinde diğer kamu görevlileri olarak ifade edilen kamu görevlileri arasında yer almakta¹ ve statüleri özel kanunlarında düzenlenmektedir². DMK'nin 1. maddesinin 3. fıkrasında da öğretim elemanları, özel kanun hükümlerine tabi personel arasında sayılmaktadır. Bir başka deyişle üniversitelerde görev yapan öğretim elemanları, DMK'den farklı, özel kanunlarındaki hükümlere bağlı kamu görevlileridirler³. Üniversite öğretim elemanlarının da içinde yer aldığı diğer kamu görevlilerinin statülerinin, Anayasa ve özel kanunları ile DMK'den farklı bir biçimde kodifiye edilmesi bunların görevlerinin nitelikleri kaynaklı bir zorunluluktur⁴. Öğretim elemanlarının içinde yer

¹ ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 1004.

² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 585.

³ EVREN, Çınar Can/ÜÇAR, İsmail, Kamu Görevlisi Kavramı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 19.

⁴ ÖZAY, s. 1001. Danıştay 8. Dairesi bir kararında öğretim elemanları ile 657 sayılı DMK'ya tabi personelin yerine getirdiği hizmetin farkına şu şekilde değinmiştir: "2547 ve 2914 sayılı Kanunlara tabi öğretim elemanlarının Kanunda tanımlanmış olan görevleri ile 657 sayılı Kanuna tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı

aldığı statüter durumdaki kamu görevlilerinin yerine getirdikleri görevin niteliği, onların statülerinin ve bağlı bulunduğu hukuki normların ayrı olması lüzumunu doğurmaktadır⁵. Kanlıgöz'e göre, "61 Anayasasının 117. maddesinin lafzına göre hareket edildiğinde "memur" kavramına dahil sayılması gereken, ama aslında yasalarla ondan farklı statülerde düzenlenmiş olan, hakim ve savcılar, üniversite akademik personeli gibi kamu görevlileri, 128. maddede, diğer kamu görevlileri adı altında ayrılmakla onların statüsünün yasa koyucu tarafından memurlardan farklı olarak düzenlenebilmesi, uygulamanın ihtiyaçlarına da uygun bir biçimde meşrulaştırılmıştır"⁶. Bununla birlikte Özay, diğer kamu görevlilerinin de kendi statülerini düzenleyen kanunlarında boşluk bulunduğunda DMK hükümlerinin uygulandığını ve bunların da pek çok durumda DMK'ye tabi olduğunu ifade etmekte ve 2547 sayılı Kanun ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda DMK'ye yapılan atıfları örnek göstermektedir⁷.

DMK, hukuki konumu özel kanunlarıyla düzenlenen yükseköğretim öğretim elemanları açısından kendi özel kanunlarında hüküm yer almayan durumlarda, ikincil kanun sıfatıyla uygulama alanı

niteliklerde olduğu, Kanun koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle, 2547 sayılı Kanunda öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek ilgili Yönetmelik ile disiplin cezasına tabi kıldığı sonucuna ulaşılmaktadır." (D. 8. D., 17.05.2022, E. 2020/7608, K. 2022/3325, Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025). Aynı yönde: D. 8.D., 13.06.2022, E. 2018/1063, K. 2022/4036 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025). *Anayasa Mahkemesi'nin* de bir kararında yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının yerine getirdikleri görevin özelliğine atf yapılarak şu ifadeye yer verilmiştir: "Bu durumda öğretim elemanı, memur ve diğer personelden oluşan yükseköğretim kurumları kamu personeline ilişkin disiplin kuralları öngörülürken kanun koyucu tarafından bunlar arasında görevin niteliğinden kaynaklanan ve Anayasa tarafından öngörülen ayırım ve farklılıkların dikkate alınmayarak öğretim elemanları ile memur ve diğer personelin tümüyle aynı kurallara tabi kılınması ve dava konusu ibareler yoluyla öğretim elemanlarının disiplin sorumluluğu kapsamına 657 sayılı Kanun'da sayılan fiillerin tamamının dâhil edilmesi, Anayasa'da bu kişiler için öngörülen güvencelerle örtüşmediği gibi gerek uygulayıcılar gerekse disiplin kurallarının muhatapları yönünden birtakım belirsizliklere de yol açtığından dava konusu kuralların Anayasa'nın 2., 27. ve 130. maddeleriyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır." (A.Y.M., 10.04.2019, E. 2017/33, K. 2019/20, R.G. Tarih: 17.07.2019 – Sayı: 30834).

⁵ ÖZAY, s. 1002.

⁶ KANLIGÖZ, Cihan: "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 188-189.

⁷ ÖZAY, s. 1001.

bulacaktır⁸. Öğretim elemanları bakımından özel kanun, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'dur. 2547 sayılı Kanun'un 62. maddesinde özlük

⁸ **AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİN**ER, Murat/**KAYA**, Cemil, Türk İdare Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 701. **ÇAĞLAYAN**, öğretim elemanlarının direkt olarak 657 sayılı DMK'ye bağlı olmadığını, bunların atanma ve statülerinin kendi kanunlarına tabi olduğunu belirtmektedir (**ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdare Hukûku Dersleri, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 510.) **ATAY**'a göre, yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarının kendi özel kanunlarında hüküm olmaması hâlinde, genel düzenleme olan DMK'nin bu türdeki kamu görevlilerinin özellikleri dikkate alınarak kıyasen uygulanması söz konusu olur (**ATAY**, Ender Ethem, İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 851-852.) *Aksi yönde: AZAK*, Kerim: Akademik Personelin Disiplin Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021, s. 93: "*Anayasa'nın ilgili hükümleri düşünüldüğünde akademik personel, hukuki statüsü ile diğer kamu görevlilerinden ayrılmaktadır. Gördüğü kamu hizmetinin de bir gereği olarak ayrı bir hukuki statüye sahip olan akademik personel bakımından 657 sayılı Kanun'un genel kanun niteliğinde olmayacağı kanaatindeyiz. Bir başka ifade ile 2547 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde 657 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için bu yönde açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.*" Danıştay 8. Dairesi, 09.03.2016 tarihine vermiş olduğu bir kararda konuyla ilgili şu ifadelerle yer vermiştir: "*Hükümlerinin mahiyeti itibarıyla herkese veya her olaya uygulanması mümkün olan kanunlara genel kanun, buna mukabil belli kişilere veya belli olaylara uygulanan kanunlara ise özel kanun denilmektedir. Yukarıda yer verilen yasal düzenlemelerde yapılan atıflardan da anlaşılacağı üzere, 2547 sayılı Kanun, konusu ve kapsamı itibarıyla 657 sayılı Kanun'a göre özel nitelikte bir kanundur. Bu nedenle, 2547 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde, genel kanun olan 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.*" (D. 8.D., 09.03.2016, E.2016/1221, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 12.11.2024). Aynı kararın karşı oy yazısında ise Danıştay 8. Daire üyelerinden biri bu konuda aksi yönde bir görüş ileri sürmüştür: "*657 sayılı Kanun'un devlet memurları yönünden 'genel bir kanun' olduğu hususunda kuşku bulunmamakla birlikte, yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarının bu Kanunun kapsamı dışında tutuldukları tartışmasızdır. Dolayısıyla 657 sayılı Kanun'un 'kural' olarak öğretim elemanlarına uygulanması mümkün değildir. Bu kuralın istisnası ise, ancak 'atıf' yolu ile uygulanmasına izin verilen düzenlemelerdir.*" Danıştay 8. Daire'nin yeni tarihli olan kararlarında ise bu konudaki görüşünü değiştirdiği gözlenmektedir. Örneğin Danıştay 8. Dairesi 2023 yılında vermiş olduğu bir kararda öğretim elemanları hakkında uygulanacak hükümler hakkında şu belirlemede bulunmuştur: "*Anayasanın 130. maddesi gereği öğretim elemanlarının bilimsel özerkliğe dayalı farklı statüleri dikkate alınarak, disiplin sorunlarının genel nitelikli 657 Sayılı Kanun yerine öğretim elemanlarının niteliklerinin gözetildiği, özel bir kanun olan 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca çözümlenmesi gerekmektedir.*" (D. 8.D., 08.12.2023, E. 2020/5524, K. 2023/6958, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024). Aynı yönde Danıştay kararları için bakınız: D. 8. D., 15.12.2022, E. 2019/1149, K. 2022/7643 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024); D. 8. D., 07.10.2022, E. 2019/6478, K. 2022/5479 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024); D. 8. D., 14.09.2022, E. 2019/7427, K. 2022/4713 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024); D. 8. D., 10.10.2023, E. 2020/2983, K. 2023/4511 (Kazancı

hakları bakımından bu kanunda hüküm bulunmayan hâller için genel hükümlere atıf yapılmıştır. Bu hükümde genel hükümler ile kastedilen 657 sayılı DMK'dir⁹. Özlük hakları içerisinde yer alan yıllık izin¹⁰ konusunda 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinde özel bir hüküm bulunmaktadır. Söz konusu hükümde öğretim elemanlarının yıllık izin kullanabileceği zaman dilimi ve izin vermeye yetkili amir belirtilmekte; fakat izin işleminin usulüne dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretim elemanlarının diğer izinleri bakımından 657 sayılı DMK'ye atıf yapılmıştır.

Yükseköğretim personeline ilişkin bir diğer kanun olan 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda yıllık izne ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer taraftan bu Kanun'un 20. maddesinde bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâller için 2547 sayılı Kanunu ile 657 sayılı DMK'ye atıf yapılmaktadır. Hem 2547 sayılı Kanun'un 62. maddesinde özlük hakları bakımından yapılan atıf hem de 2914 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yapılan atıf dolayısıyla yıllık izin konusunda söz konusu iki Kanun'da hüküm bulunmayan hususlar bakımından 657 sayılı DMK hükümlerinin uygulama alanı doğmaktadır.

II. ÖĞRETİM ELEMANLARININ KULLANABİLECEĞİ İZİN TÜRLERİ

Öğretim elemanlarının kullanabilecekleri izinler 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinde düzenlenmektedir. Burada yıllık izin hakkında özel bir hüküm yer almakta; diğer izin türleri bakımından DMK'ye atıf yapılmaktadır. Burada öncelikle DMK'deki izin türleri ve

İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024). Yine Danıştay 8. Dairenin 2022 yılında verdiği bir kararında da DMK'nin öğretim elemanları hakkında uygulanması hakkındaki görüşleri dikkat çekicidir: "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 'Özlük hakları' başlıklı 62. maddesinde üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının özlük hakları için bu kanunda yer almayan hususlar için genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmişse de, öğretim elemanlarının atanmaları veya görevlerine son verilme işlemlerin özlük hak kapsamında bulunmadığı, dolayısıyla bu hükmün tek başına 2547 Sayılı Kanun'da yer almayan her durumda genel hükümlere gidileceği ve devlet memurları için genel kanun olan 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacağı anlamını taşımadığı açıktır." (D. 8. D., 13.10.2022, E. 2020/3909, K. 2022/5629, Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024.)

⁹ ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif: "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının 'Yıllık İzin Hakkı'nın Tabi Olduğu Hukuksal Rejim", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2021, s. 73.

¹⁰ ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 73.

sonrasında 2547 sayılı Kanun'daki yıllık izin düzenlemesi incelenmektedir.

A. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda Düzenlenen İzin Türleri

DMK'de izin türleri; yıllık izin, mazeret izni, hastalık ve refakat izni ve aylıksız izin şeklinde düzenlenmektedir.

1. Yıllık İzin

DMK'nin 102. maddesinde yıllık izin süresi, devlet memurlarının çalışma süresine göre belirlenmiştir. Kanun'un 103. maddesinde yıllık izin açısından bir usul hükmü getirilmiştir. Buna göre, *"Yıllık izinler, amirin uygun bulacağı zamanlarda, toptan veya ihtiyaca göre kısım kısım kullanılabilir. Birbirini izliyen iki yılın izni bir arada verilebilir. Cari yıl ile bir önceki yıl hariç, önceki yıllara ait kullanılmayan izin hakları düşer."* Bu hüküm ile yıllık izinlerin kullanılacağı zaman dilimi ile ilgili olarak amire takdir yetkisi tanınmaktadır¹¹.

2. Mazeret İzni

DMK'nin 104. maddesinde memurlara çeşitli sebeplerle verilebilecek mazeret izinleri düzenlenmiştir. Buna göre doğum sebebiyle verilecek analık izni ve babalık izni; doğum dışındaki hâller için verilebilecek mazeret izinleri; süt izni; engelli ya da süregelen hastalığı olan çocuğu bulunan memur ana veya babaya verilen mazeret izni; analık izninin bitiminden sonra verilebilecek olan yarı zamanlı çalışma izni mazeret izin türlerini oluşturmaktadır.

3. Hastalık ve Refakat İzni

DMK'nin 105. maddesinde; uzun süreli tedavi gerektiren hastalık hâlinde verilecek izin süreleri ve bu iznin verilmesinde dikkate alınacak durumlar, görevi sırasında veya görevi sebebiyle kazaya veya saldırıya uğrayan memura verilecek izin, iyileşme hâlinde göreve başlama usulü, verilen izin sürelerinin sonunda iyileşemeyen memurlar hakkında emeklilik hükümlerinin uygulanması, refakat iznine ilişkin süre ve refakat edilebilecek kişiler hüküm altına alınmaktadır.

¹¹ Benzer yönde: GÜR, Mehmet Fatih/KARAHAN, Hanifi: "Devlet Memurları Kanununa Göre Yıllık İzin ve Mazeret İzni Müessesesi", Mali Kılavuz, Nisan-Haziran, 2014, s. 138.

4. Aylıksız İzin

DMK'nin 108. maddesinde devlet memurlarına bazı durumlarda aylık ödenmeksizin izin verilmesi düzenlenmektedir. Buna göre, refakat izni, analık ve babalık izni, evlat edinme hâlinde verilecek izin sürelerinin bitiminden itibaren memura belli sürelerle aylıksız izin verilmesi mümkündür. Yine belli görev süresini tamamlamış olan memura talebi üzerine aylıksız izin verilmesine ilişkin usul ve muvazzaf askerlik hâlinde aylıksız izinli sayılma durumu burada düzenlenmektedir. Ayrıca burslu olarak veya bütçe olanakları ile yetiştirilmek üzere yurt dışına gönderilen, yurt dışında görevlendirilen veya atanan memurlar veya diğer personel kanunlarına tabi olanlar ile kamu kurumlarınca yurt dışına gönderilen öğrencilerin memur eşleri ile DTK'nin 77. maddesi gereğince yabancı memleket veya uluslararası kuruluşlarda hizmet alanların memur olan eşlerine öğrenim veya görev süresince aylıksız izin verilmesi mümkündür. Aylıksız iznin bitiminden itibaren göreve başlama usulü de bu maddede düzenlenmektedir.

B. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Düzenlenen İzin Türleri

2547 sayılı Kanun'da yalnızca yıllık izin düzenlenmekte, diğer izinler konusunda 657 sayılı DTK'ye atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla DTK'de yer alan mazeret izni, hastalık ve refakat izni, aylıksız izin öğretim elemanları açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

III. 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU'NA GÖRE YILLIK İZİN KULLANIMI ve UYGULAMADA KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

2547 sayılı Kanun'da yıllık iznin düzenlendiği 64. maddenin ilk fıkrasında, öğretim elemanlarının yıllık izinlerini *"normal olarak, öğrenime ara verilen zamanlarda"* kullanabileceği belirtilmektedir. *"Öğrenime ara verilen zaman"* ifadesi, anlam bakımından ilk etapta yeterince açık gibi görünse de açıklamaya muhtaçtır. Söz konusu ifade, en başta, her üniversite bakımından kendi akademik takvimi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir zaman dilimini işaret etmektedir. Bu zaman dilimi içerisinde öğrenim kavramının kapsamının ders zamanı ile sınırlı olup olmadığı ise ikinci soru işaretidir. Bu noktada örneğin; ders kayıt aşamasında üniversite öğrencilerine yönelik olarak yapılan danışmanlık faaliyeti, derslerin bitiminden itibaren başlayan sınav

döneminin “öğrenime ara verilen zaman” kabul edilip edilemeyeceği meselesi üzerinde düşünölmeyi gerektirmektedir.

“Normal olarak” öğrenime ara verilen zamanlarda yıllık izin kullanılabilmesine göre bu ifadenin aksinden, normal olmayan durumlarda öğrenime ara verilmemiş olan dönemlerde de yıllık izin kullanılması mümkün kabul edilebilecektir. Ancak burada da normal/normal olmayan durumun anlamı ve kapsamı belirsizdir. Kavramsal açıdan oluşan bu belirsizlik, yıllık izin vermeye yetkili amirlerin takdir yetkisi ile doldurulmaktadır. 2547 sayılı Kanun’un 64. maddesinde amirlere verilen bu takdir yetkisinin çerçevesi çizilmemiştir. Dolayısıyla amirlerin yıllık izin talepleri hakkında alacakları kararlarda, öğrenime ara verilen zaman diliminin ve normal durum ile normal olmayan durumun belirlenmesinde hangi kıstaslara göre hareket edeceği değerlendirilmesi gereken bir başka noktayı oluşturmaktadır.

2547 sayılı Kanun’da yıllık izinlerin talep edilmesi, kullanılması, sonlandırılması konularındaki idari usul düzenlenmiş değildir. Genel bir idari usul kanunumuz da bulunmadığından ötürü iznin kullanılma prosedüründe cevaplanması gereken sorular yer almaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi 657 sayılı DMK’deki yıllık iznin kullanılmasına ilişkin birtakım usul kurallarının, DMK’nin genel kanun sıfatı, 2547 sayılı Kanun’da özlük hakları konusunda ve 2914 sayılı Kanun’da bu iki Kanun’da hüküm bulunmayan hâller bakımından 657 sayılı DMK’ye yapılan atıflar dolayısıyla, öğretim elemanlarının yıllık izin prosedüründe takip edilmesi mümkündür. Diğer taraftan öğretim elemanlarının hukuki statüsü ve yerine getirdiği görevin niteliğinin DMK’ye tabi personelden farklı olması¹², yıllık izin usulünde de farklı

¹² ÖZAY, s. 1001-1002; AZAK, s. 93. Danıştay 8. Dairesi’nin bir kararında öğretim elemanlarıyla ilgili şöyle bir değerlendirme yapılmıştır: “Üniversitelerde ders verme öğretim elemanı olarak çalışmanın doğal bir sonucudur. Yükseköğretim kurumlarında 2547 sayılı Kanun’da belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek öğretim elemanlarının öncelikli görevleri arasındadır. Anayasa’da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konuları dikkate alındığında bu kişileri diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.” (D. 8. D., 12.06.2024, E. 2022/7607, K. 2024/3707, Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 21.03.2025). Aynı yönde Danıştay Kararı için bakınız: D. 8. D., 12.06.2024, E. 2023/928, K. 2024/3712, (Danıştay

düzenlemelerin varlığını gerektirmektedir. Uygulamada bu gerekliliği hissettiren durumlar ilerleyen başlıklarda değerlendirilmektedir.

A. Normal Olarak Öğrenime Ara Verilen Zaman Dilimi Sorunu

Üniversitelerin akademik takvimlerinde bir eğitim dönemi genellikle; ders kayıt ve danışmanlık aşaması, derslerin yürütüldüğü aralık ve sınav dönemi şeklinde üç ana bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerden hangilerinin “normal olarak öğrenime ara verilen zaman” kabul edileceği somut olarak değerlendirilmeye muhtaçtır.

2547 sayılı Kanun’da “normal olarak, öğrenime ara verilen dönemin” hangi zaman dilimini ifade ettiği ile ilgili bir açıklama yer almamaktadır. Üniversitelerin kendi iç düzenlemelerinde bu zaman dilimini belirlemeye yönelik bazı ifadelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Şırnak Üniversitesi İzin Yönergesi’nin 5. maddesinin b bendinde zorunlu hâller dışında izinlerin yaz ve yarıyıl tatillerinde kullanılması, eğitim öğretim döneminde kullanılmaması gereği düzenlenmiştir¹³. Boğaziçi Üniversitesi yıllık izinlerin kullanımına dair bir düzenleme yayınlamış ve burada eğitim-öğretim dönemi içinde ders görevi bulunan günlerde yıllık izin kullanılamayacağını hüküm altına almıştır¹⁴. Bingöl

Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 21.03.2025). Anayasa Mahkemesi de bir kararında öğretim elemanları ile ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: “Anayasa’nın 130. maddesi, üniversitelerin yine bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde, uygar ve evrensel karakterde öğretim-eğitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliğiyle yer almasını istemiş, üniversitelerin öğretim üyeleri ve yardımcılarını kapsayan kendine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı düşünülmüş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.” (A.Y.M., 30.05.1990, E.1990/2, K. 1990/10, RG Tarih: 09.02.1991- Sayı: 20781). Yine Anayasa Mahkemesi’nin bir başka kararında öğretim elemanları hakkında yaptığı belirlemeler de dikkat çekicidir: “Anayasa’da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.” (A.Y.M., 16.07.2010, E. 2010/29, K. 2010/90, RG Tarih: 04.12.2010 – Sayı: 27775).

¹³ Şırnak Üniversitesi İzin Genelgesi, https://personel.db.sirnak.edu.tr/file/birimCommon/izin-yonergesi_d5356307-8520-4fa3-b56b-9575119206c4.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

¹⁴ Boğaziçi Üniversitesi Akademik Personel Yıllık İzin Kullanışları, https://bme.bogazici.edu.tr/sites/bme.boun.edu.tr/files/u345/personel_izin.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi'nin 10. maddesinde, normal olarak öğrenime ara verilen dönemin, “derslerin başlaması ile final sınavların bittiği tarihin” dışında kalan zamanlar olacak şekilde düzenlendiği görülmektedir¹⁵. Örneklerde öğretim elemanlarının yıllık izin kullanılabileceği zaman dilimlerini belirginleştirmeye çalışan ifadelerin soyut ve genel nitelikte olduğu görülmektedir. Üstelik bir üniversitede eğitim öğretim döneminde, ders verme yükümlülüğü bulunmayan günlerde izin almak mümkünken; bir başka üniversitede derslerin başlamasından finallerin bitimine kadar yıllık izin kullanılmasına izin verilmediği görülmektedir. Bu durum öğretim elemanlarının, çalıştığı yükseköğretim kurumuna bağlı olarak değişen yıllık izin uygulamalarına tabi olması sonucunu doğurmaktadır. Eşitlik ilkesi açısından aynı konumda bulunanların aynı muameleye bağlı kılınması esastır¹⁶. Yükseköğretim kurumlarında, aynı statüye sahip olarak görev yapan öğretim elemanları açısından, yıllık izin konusunda yeknesak ve eşit bir uygulama yapılabilmesi için 2547 sayılı Kanun'da “normal olarak, öğrenime ara verilen dönem” ifadesi ile hangi zaman diliminin kastedildiğinin -en azından çerçeve olarak- düzenlenmesi lüzumu bulunmaktadır.

İlk olarak “normal olarak öğrenime ara verilen zamanların” yalnızca derslerin yürütüldüğü periyot olarak anlaşılması mümkündür. Böyle bir kabul hâlinde, dersler bittikten sonra gelen sınav dönemi, yıllık iznin konusunu teşkil edebilecektir. Diğer taraftan dönem içinde aktif olarak ders yürüten öğretim elemanlarının sınav döneminde sınav sorularının hazırlanması, sınavın yapılması ve değerlendirilmesi ve notlandırma işlemi yapması gerekmektedir. Tüm bu işlemler, öğretim elemanının görevi başında bulunmasını gerektirmektedir. Özellikle bir sübjektif işlem olarak notlandırma işlemi¹⁷ idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte bir işlemdir. Kamu görevlilerinin yıllık izindeyken idari işlem tesis etmesi, zaman bakımından yetki kurallarına aykırıdır¹⁸.

¹⁵ Bingöl Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi, <https://fbe.bingol.edu.tr/media/2069/bingol-universitesi-akademik-ve-idari-personel-izin-yonergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

¹⁶ A.Y.M., 05.11.2024, E.2024/66, K.2024/188 (RG Tarih: 10.03.2025 - Sayı: 32837).

¹⁷ AKYILMAZ /SEZGİNER /KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 390.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 382.

Dolayısıyla yıllık izinde yapılacak notlandırma işlemi yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olacaktır. Kamu görevlisinin sınav fiilen yapıldıktan sonra yıllık izne ayrılıp notlandırma işlemini yeniden göreve başladığında yapması ihtimali düşünülebilir¹⁹. Ancak böyle bir olasılık, kamu hizmetinin kesintiye uğramaksızın sürekli ve düzenli bir biçimde yerine getirilmesi gereğini ifade eden devamlılık ilkesi²⁰ ile bağdaşmamaktadır.

Kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi ve idari işlemlerin zaman bakımından yetki kurallarına uygunluğu, öğretim elemanlarının yıllık izin kullanımında birer kriter olarak değerlendirilebilir. Zira burada kanun hükmünün amacı, yükseköğretim kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesidir. Özellikle amirlerin yıllık izin konusundaki takdir yetkisinin gerekçelendirilmesinde bu hususlara değinilmesi kurum içinde yeknesak bir uygulamanın oluşması açısından etkili olacaktır.

Dönem içinde ders verme yükümlülüğü bulunmayan öğretim elemanları açısından, eğitim öğretime ara verilen zaman diliminin ne anlam ifade ettiği, üzerinde durulması gereken bir diğer konudur. Burada belirtilmelidir ki; bir yükseköğretim kurumunda öğretim elemanlarının yegâne görevi ders vermek değildir. Üniversitelerde öğretim elemanlarının ders verme görevi dışında pek çok akademik ve idari görevi bulunmaktadır. Kaldı ki 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinin 1. fıkrasında, öğretim elemanları bakımından ders verme yükümlülüğü bulunan/bulunmayan ayrımı da yapılmamıştır. Dolayısıyla ders verme yükümlülüğü altında olmayan öğretim elemanlarının, yıllık iznin kullanımı bakımından "eğitim öğretime ara verilen zaman" sınırlamasının uygulaması dışında tutulması mümkün değildir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da "*normal olarak*" ifadesidir. 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinin 1. fıkrasındaki bu ifadenin mefhumu muhalifinden, normal olmayan durumlarda, öğrenime ara verilen zamanlar dışında da öğretim elemanlarının yıllık izin alabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda "*normal olmayan durumlar*" nelerdir? Bu soruya kesin bir cevap vermek mevzuatın mevcut düzenlemeleri karşısında mümkün değildir. Normal olmayan durumlar, her somut olayda amirin takdir yetkisi ile belirlenecektir. Kamu

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN'a göre, izinde bulunan kamu görevlilerinin yetkilerini kullanması, izinlerine son verip göreve başlamaları kaydıyla mümkün olur (GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 382).

²⁰ ÇAĞLAYAN, İdâre Hukuku Dersleri, s. 244.

hizmetlerinin devamlılığı ilkesi, amirin takdir yetkisinin kullanılmasında önemli bir ölçüt olmakla birlikte yükseköğretim hizmeti bakımından bu ilkenin somut kriterlere bağlanması gerekliliği bulunmaktadır.

Normal olmayan durumlardan biri, öğrenime ara vermeyen birimler bakımından ortaya çıkabilir²¹. Örneğin üniversitelerin tıp fakültelerine ait akademik takvimleri incelediğinde; 6. sınıfların derslerinin bitiş tarihi ile başlangıç tarihinin birbirinin peşi sıra olduğu görülmektedir²². Bir başka deyişle bitiş tarihinden hemen sonraki gün yeni akademik yılın 6. sınıf dersleri başlamaktadır. Öğrenime ara verilen bir dönem bulunmadığından, tıp fakültelerinde görev yapan öğretim elemanlarının yıllık izin kullanımı bakımından, 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesi çerçevesinde normalin dışında bir durum ortaya çıkmaktadır. Öğrenime ara verilmediği için anayasal bir hak olan yıllık iznin kullandırılmaması söz konusu olamayacağına göre kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi ile öğretim elemanlarının yıllık izin hakkı arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir. Kamu hizmetinin aksamaması için gerekli tedbirler alınarak öğrenimin sürdüğü dönem içerisinde tıp fakültesi öğretim elemanlarının yıllık izin kullanmalarına müsaade

²¹ Örneğin Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi'nin 11. maddesinin 5. fıkrasında öğrenime ara vermeyen bazı birimlerden bahsedilmiş ve bunların yıllık izin usulü ayrıca düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 64 üncü maddesi uyarınca akademik personel yıllık izinlerini, normal olarak öğrenime ara verilen zamanlarda kullanırlar. Ayrıca, öğrenime ara verilmeyen yıllık kesintisiz eğitim veren Tıp Fakültesi, Diş Hekimliği Fakültesi ve Veteriner Fakültesi akademik personeli için, eğitim ve sağlık hizmetini aksatmamak kaydı ile akademik düzen ve hastane işleyişi nezdinde amirin uygun bulacağı şekilde, yıllık izinler parçalı veya toplu olarak kullanılır." (Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Personel İzin Yönergesi, <https://idari.adu.edu.tr/db/personel/webfolders/files/20250224093904-76537XRTSHPIGG3LL3CP-A.EYIBIL-343305144.pdf> Erişim Tarihi: 21.03.2025).

²² Örnek olarak bakınız: Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Yılı Akademik Takvimi, <https://idari.adu.edu.tr/db/ogrencisleri/webfolders/topics/20250507083731-HVE202509IISAYLKARAR-000041305464143549305100.pdf> (Erişim Tarihi: 06.06.2025). Bir başka örnek Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Yılı Akademik Takvimi, https://ege.edu.tr/files/ege.edu.tr/icerik/tip_takvim24_25.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2025). Bir başka örnek Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Akademik Takvimi, https://oidb.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/91/2024/06/2024-2025_Yili_Akademik_Takvimi.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2024).

edilmelidir²³. Bu tedbirler; dönem içinde görev ve sorumlulukların birimde çalışan öğretim elemanları arasında paylaşılmasında iş bölümü ve iş birliği esasının gözetilmesi, eğitim sorumluluğunun bulunmadığı günlerde yıllık izin kullandırma veya telafisi izin sonrasında mümkün olan sorumluluklar bakımından telafi olanaklarının planlanması şeklinde olabilir.

Normalin dışında kalan bir diğer durum, dönem içinde ders verme yükümlülüğü bulunmayan öğretim elemanları bakımından söz konusu olabilir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bir öğretim elemanının tek görevi ders vermek olmayıp dönem içinde pek çok akademik ve idari görevi bulunmaktadır. Söz konusu görevlerin aksatılmaması kaydıyla dönem içinde yıllık izin kullanması mümkün olabilir. Bu noktada öğretim elemanının yürüttüğü akademik ve idari görevler arasında akademik takvim içinde münhasıran belli zaman dilimlerinde yerine getirilmesi gereken görevler söz konusu olduğunda yıllık izin kullanamaması gerekir. Örneğin öğretim elemanlarının ders kayıt döneminde yürüttükleri danışmanlık görevi böyledir. Ders kayıt danışmanlıkları için akademik takvimlerde her dönemin başında bir ya da iki hafta gibi bir süre ayrılmıştır. Dolayısıyla danışmanlık görevi yürüten öğretim elemanlarına bu süreç içerisinde yıllık izin kullandırılmaması gerekir²⁴.

Öğrenime ara verilen zaman diliminin tespitinde amirin takdir yetkisinin sınırlarının 2547 sayılı Kanun'da çerçeve olarak çizilmesi ve sonrasında alt düzenleyici işlemler ile kanuna uygun olarak ayrıntılarının

²³ 21 numaralı dipnotta bahsedilen Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Personel İzin Yönergesi'nin 11. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen, üniversitenin öğrenime ara vermeyen birimlerinde çalışan akademik personelin hizmetlerin aksatılmaması koşuluyla yıllık izin kullanması usulü buna örnektir.

²⁴ **ALTINOK ÇALIŞKAN**, kamu hizmetinin kesintiye uğramaksızın yürütülmesi kapsamında uygulamada öğretim elemanlarının hizmete bağlı sorumluluklarının yerine getirilmesi amacıyla bir sıra dâhilinde izin kullandıklarını ve kurumların örgütlenme yapısına bağlı olarak belli bir birimde en az bir öğretim elemanının görevinin başında bulunmasını sağlayacak şekilde bir planlama yapıldığından söz etmektedir. Yazar öğretim elemanlarının yürüttüğü hizmetin bir bölümü olarak "akademik danışmanlık" hizmetinin, kesintiye uğramadan yürütülmesini bahsi geçen planlamanın bir örneği olarak vermiştir (**ALTINOK ÇALIŞKAN**, s. 75). Yazarın "akademik danışmanlık" hizmetinden kastının, bizim çalışmamızda ders kayıt sürecinde yapıldığı ifade edilen danışmanlıktan daha geniş kapsamlı, öğretim elemanlarının öğrencilerine öğrenim hayatları boyunca yapacağı türde bir akademik danışmanlık faaliyeti olduğunu düşünüyoruz.

tespiti gerekmektedir. Yıllık izin konusunda yükseköğretim kurumlarının düzenleyici işlemlerine bakıldığında; genellikle yönerge/esas gibi isimlerle kurumda çalışan akademik ve idari personel arasında bir ayrıma gidilmeksizin tek bir düzenleme olarak çıkarıldıkları görülmektedir²⁵. Burada izin kullanımındaki idari usul sürecindeki ortak noktalar bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Ancak akademik personelin yerine getirdiği hizmetin farklı bir karakteri bulunmaktadır²⁶. 2547 sayılı Kanun'da yıllık izin ile ilgili olarak 657 sayılı DMK'den ayrılarak “*öğrenime ara verilen zamanlar*” şeklinde özel bir zaman dilimi belirlemesi yapılması da bu farklı karakteri ortaya koyan noktalardan biridir. Bu sebeple, akademik personelin izin kullanmasına ilişkin hususların ayrı bir metin olarak düzenlenmesi daha uygundur.

B. Yıllık İzin Kullanımında Amirin Takdir Yetkisi ve İdarenin Sorumluluğu

Öğretim elemanlarının yıllık izne ayrılması, 2547 sayılı Kanun'un madde 64/3 hükmüne göre ilk disiplin amirinin iznine bağlı olduğundan disiplin amirlerinin yıllık izin kullanımına izin verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır²⁷. Öğretide²⁸ ve yargı

²⁵ Boğaziçi Üniversitesi bu konuda bir istisna teşkil etmektedir. Zira Boğaziçi Üniversitesi'nin yıllık izinlerin kullanılmasına ilişkin düzenlemelerinde idari personel ve akademik personel arasında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. (https://bme.bogazici.edu.tr/sites/bme.boun.edu.tr/files/u345/personel_izin.pdf Erişim Tarihi: 23.03.2025).

²⁶ D. 8. D., 17.05.2022, E. 2020/7608, K. 2022/3325 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025).

²⁷ ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 77: Yazar, bu hüküm bakımından amire tanınan takdir yetkisinin “kamu yararına uygunluk ve hizmet gerekleri” ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir.

²⁸ KALABALIK, Halil: “İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 72; SEÇKİN, Sinan/ÜSTÜN, Gül: “İdarenin Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21 S. 2, 2015, s. 517; ÇAĞLAYAN, Ramazan: “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 180; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 151; ONAR/Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 432; SANCAKDAR, Oğuz/US, Eser/TURHAN KASAPOĞLU, Mine/ÖNÜT, Lale Burcu/SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 289-290; GÖZÜBÜYÜK Şeref/TAN, Turgut, İdare

kararlarında²⁹ yaygın bir biçimde ifade edildiği üzere takdir yetkisi, idareye tanınan sınırsız bir yetki olmayıp hukuka uygun olarak kullanılması gereken bir yetkidir. İdare takdir yetkisini kullanırken; anayasal ilkelere, kanunlara, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak hareket etmelidir³⁰. Örneğin amir yıllık izin talepleri hakkında karar verirken belli ölçütler tespit ederek, uygulamada yeknesaklık sağlamayı hedeflemelidir. Bu durum anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesinin gereğidir. Yine yıllık izin hakkı, anayasal bir hak olup (Anayasa

Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı. Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 506; YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 191.

- ²⁹ Örneğin Danıştay 8. Dairesi'nin 2024 yılında vermiş olduğu bir kararda idarenin takdir yetkisi ile ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir: *"İdari yargı yetkisinin sınırı belirleyen 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasının tekrardan ibaret olup, maddede açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim bu işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetiminde yargı organlarının yalnızca hukuka uygunluk denetimi yapabilecekleri şeklinde ifade edilen kural, aynı zamanda idarenin takdir yetkisinin sınırlarını da ortaya koymuştur."* D. 8.D., 17.05.2024, E. 2021/6549, K. 2024/2937 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025). Aynı yönde: D. 8.D., 15.09.2023, E. 2021/6550, K. 2023/3892 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025). Danıştay 13. Dairesi'nin bir kararında da takdir yetkisi ile ilgili olarak şu hususa değinilmiştir: *"bu yetki mutlak ve sınırsız olmayıp takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının yargı denetimine tabi olduğu kuşkusuzdur."* D. 13.D., 12.06.2024, E. 2024/1390, K. 2024/2737 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025). Yine Danıştay 13. Dairenin bir kararında, *"bu takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkelerine, kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması gerektiği ve bu gerekliliğe uyulup uyulmadığının idari yargı yerlerinde değerlendirileceği açıktır."* D. 13.D., 30.05.2024, E. 2024/1437, K. 2024/2473 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025). Danıştay 12. Dairesi'nin bir kararında da takdir yetkisinin sınırları şu şekilde ifade edilmiştir: *"Bu çerçevede, kendisine düzenleme yapma yetkisi tanınan idarece, düzenlemenin içeriğini belirleme konusundaki takdir yetkisinin Anayasa ve diğer üst normların çizdiği sınırlar içerisinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri gözetilerek kullanılması gerekmektedir. Takdir yetkisi kullanılarak ihdas edilen düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde, başta normlar hiyerarşisi olmak üzere yukarıda temas edilen ölçütlere göre düzenlemenin denetlenmesi gerektiği, takdir yetkisinin sınırsız olmadığı İdare Hukukunun bilinen ilkelerindendir."* D. 12.D., 24.04.2024, E. 2020/4630, K. 2024/2230 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025). Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu vermiş olduğu bir kararda takdir yetkisine şu şekilde değinmiştir: *"...takdir yetkisi tanıdığı açık olduğu, bununla birlikte, Danıştayın yerleşik içtihatlarına göre, takdir yetkisinin kullanımının sınırsız olmayıp hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bulunmak zorunda olduğu"* D. İDDK, 18.04.2024, E. 2022/3145, K. 2024/830 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).

³⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 152.

m. 50) amirlerin öğretim elemanlarının yıllık izin taleplerini değerlendirirken yıllık izin hakkının kullanılmasına engel olmayacak şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Öğretim elemanları bakımından yıllık iznin düzenlendiği 2547 sayılı Kanun'un 64. maddesinde, amirin yıllık izin talepleri hakkında alacağı kararlarda dikkat etmesi gereken tek kriter, "normal olarak, öğrenime ara verilen zaman" ifadesi olarak görünmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu kriterin çerçevesinin düzenlenmesi, takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi bakımından önemlidir. Takdir yetkisinde, yargı kararlarında da sıklıkla vurgu yapılan kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk³¹, yıllık izin talepleri hakkında yapılacak değerlendirmeler bakımından, kanaatimizce yükseköğretim kamu hizmetinin aksamadan gereği gibi yürütülmesi olarak somutlaşmaktadır. Öğretim elemanlarının yıllık izin talepleri konusunda amirlere verilen takdir yetkisinin sınırlarının, yükseköğretim kamu hizmetinin özellikleri göz önüne alınarak doğrudan 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerekmektedir.

İdarenin takdir yetkisine dayanan işlemleri de diğer işlemleri gibi gerekçeli olarak yapılmalıdır³². Yıllık izin taleplerinin reddi yönünde yapılan işlemler bakımından gerekçe belirtilmesi özellikle önem arz etmektedir. Söz konusu gerekçelendirme; kurum nezdinde yıllık izin uygulamasında objektiflik ve yeknesaklığı tesis edecek ve talebi reddedilen kişiler bakımından taleplerinin neden reddedildiğine dair tatmin edici bir cevap oluşturacaktır.

Uygulamada, amirin yıllık izin konusundaki takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı yargı organı tarafından denetlenmektedir. Örneğin Danıştay 2. Dairesi'nin önüne temyiz incelemesi için gelen bir dosyada, aleyhine temyiz başvurusu yapılan idare mahkemesi kararında, yıllık izin konusunda amirin takdir yetkisi ile ilgili olarak yapılan değerlendirme dikkate değerdir. Danıştay 2. Dairesi, idare mahkemesinin, *"öte yandan, davacı tarafından yıllık izin kullanma istemlerinin gerekçesiz olarak reddedilerek Anayasal bir hak olan dinlenme hakkının engellendiği ve ... Meslek Yüksekokulu'na atandıktan sonra*

³¹ Örneğin: D. VDDK, 27.03.2024, E. 2024/29, K. 2024/265 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025); D. 4.D., 21.02.2024, E. 2021/6906, K. 2024/1148 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025); D. 10.D, 08.05.2024, E. 2023/170, K. 2024/1853 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025); D. İDDK, 12.02.2024, E. 2023/2670, K. 2024/250 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.03.2025)

³² ÇAĞLAYAN, Takdir Yetkisi, s. 183.

kendisine çalışma odası verilmediği, mescitte çalışmak zorunda bırakıldığı iddia edilmişse de, dava doyasında yer alan belgelerin incelenmesinden, davacının yeni eğitim-öğretim döneminin başlayacağı tarihlerde izin kullanmak istediği, bu dönemde yaşanacak iş yoğunluğu nedeniyle talebinin reddedildiği, ancak daha sonraki tarihlerde yıllık izin verildiği, ayrıca geçmiş yıllara ilişkin yıllık izin haklarını da kullandığı ve ... Üniversitesi Rektörlüğü ... Meslek Yüksekokulu Müdürlüğünün ... günlü, ... sayılı işleminden, davacının meslek yüksek okulunda çalıştığı dönemde davacıya çalışma odası verildiğinin görüldüğü gerekçesiyle dava reddedilmiştir” şeklindeki kararını hukuka uygun bularak onamıştır³³.

³³ Danıştay 2. D., 06.01.2021, E. 2020/1538, K. 2021/63 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2025). *Danıştay 1. Dairesi'nin*, ilgili idari merci tarafından verilen kısmen lüzum-u muhakeme/kısmen men-i muhakeme kararlarına itiraz ile ilgili olarak inceleme yaptığı bir dosyada da üniversite genel sekreteri tarafından rektör aleyhine “...yasal hakkı olan izinlerini kullandırtmamak suretiyle adı geçene bezdiri (mobbing) uygulayarak görevi kötüye kullanmak... Şikayetçi ... 2015-2016 yıllarına ait toplam 60 günlük yıllık izin hakkı olmasına rağmen, bütün izin kullanma taleplerini, gerçekte görevinde pasifize edildiği halde mesaisine ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle reddetmek suretiyle görevi kötüye kullanmak” iddialarıyla şikâyetçi olduğu görülmektedir. Bu karardan şikâyetle bulunan genel sekreterin, akademik personel olduğu konusunda net bir bilgiye erişilemese de kararda şikâyetle konu iddialar, amirin yıllık izin konusundaki takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanımının bir örneğini oluşturması bakımından dikkate değerdir (Danıştay 1. D., 09.07.2020, E. 2020/345, K. 2020/992 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.06.2025). Takdir yetkisinin hukuka aykırı kullanılmasıyla ilgili olmamakla birlikte, yıllık izin konusunda ortaya çıkan bir başka hukuka aykırılık örneği de yine Danıştay 1. Dairesi'nin yaptığı, men-i muhakeme kararına itiraz incelemesi kapsamında verilebilir. Danıştay 1. Dairesi'nin söz konusu kararında; “Anılan kararımız üzerine bu dosyadaki soruşturmanın yapıldığı, ancak soruşturmada kararımızda belirttiğimiz eksikliklerin tamamının giderilmediği, isnat edilen suçların ve suçlarla illiyet bağı olan şüphelilerin açık ve net bir şekilde belirlenmediği, İktisat Fakültesi Dekanlığı ile ilgili iddiaların ayrıştırılmadığı, sorumlularının ismen ve görev unvanlarıyla belirlenerek şüpheli sıfatıyla soruşturmaya dahil edilmedikleri ve şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmadığı, örneğin, Maliye Bölümü Mali Hukuk Anabilim Dalında ilan edilen yardımcı doçent kadrosuna başvuru için Maliye doktorası yapmış olmak özel şartını koyarak şikâyetçinin anılan kadroya başvurmasının engellendiği, görev yeri değişikliği, ücretsiz izin gibi taleplerinin uygun bulunmadığı, yıllık izin talebinin işleme konulmadığı” hususlarına değinilerek, “yıllık izin talebinin işleme konulmaması” ile birlikte gerçekleştirilen diğer eylemlerin mobbing olarak değerlendirilerek şikâyet edilmesi üzerine ilgili hakkında görevi kötüye kullanma suçu iddiası ile ilgili olarak yapılan soruşturma kapsamında verilen men-i muhakeme kararının bozulmasına hükmedilmiştir (Danıştay 1. D., 10.11.2020, E. 2020/1249, K. 2020/1472 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.06.2025).

Akademik personelin yıllık izne ayrılması, kamu hizmetinin durması anlamına gelmemektedir. Aksine kamu hizmetinin kesintiye uğramadan, söz konusu hizmete olan gereksinimi karşılayacak ölçüde yerine getirilmesi gerekmektedir³⁴. Öğrenime ara verilen zamanlar, akademik personelin yürüttüğü hizmete olan ihtiyacın en az olduğu ve/veya hizmetin bizzat izne ayrılan öğretim elemanı tarafından yürütülmek zorunda olmadığı, o sırada görevi başında bulunan diğer öğretim elemanları tarafından da söz konusu hizmetin yürütülmesine imkân bulunduğu zamanlardır. Nitekim öğretim elemanlarının yıllık izinlerini olağan kullanım zamanının öğrenime ara verilen zamanlar olması, kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi amacına yöneliktir³⁵.

Öğretim elemanlarının yıllık izinleri konusunda, anayasal bir hak olan yıllık izin hakkı ve kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir. Kamu hizmetinin devamlılığı ilkesi gereği yıllık izin kullandırmama gibi bir durum olamayacağı gibi yıllık izin kullanımının kamu hizmetinin aksamasına meşru bir temel oluşturması da düşünülemez. Bu dengeyi gözetmek yıllık izin kullanımı konusunda takdir yetkisine sahip olan amirlerin sorumluluğundadır. Zira ilgili öğretim elemanının yıllık izin kullanması nedeniyle kamu hizmetinde yaşanabilecek aksaklıklar idarenin hizmet kusurunu oluşturur³⁶. İdarenin sorumluluğunu doğuran hizmet kusuru; hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi veya kötü işlemesi şeklinde karşımıza çıkabilir³⁷. Hizmet kusurunun varlığı hâlinde idarenin aslen ve doğrudan

³⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 582.

³⁵ ALTINOK ÇALIŞKAN'a göre, 2547 sayılı Kanunu'nun 64. maddesindeki yıllık iznin öğrenime ara verilen zamanlarda kullanılabilmesine ilişkin hüküm, öğretim elemanlarınca yerine getirilen faaliyetin kamu hizmeti olması ve kamu hizmetinin sürekli ve kesintiye uğratılmadan yürütülmesi prensibinin bir göstergesi niteliğindedir (ALTINOK ÇALIŞKAN, s. 75).

³⁶ SARICA'ya göre hizmet kusuru; "idarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde – gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, mürakebe, teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz, kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde tecelli eden –birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arzetmesidir." (SARICA, Ragıp: "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 1949, s. 858).

³⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 546; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdarî Yargılama Hukûku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 669-670;

sorumluluğu bulunmaktadır³⁸. İdarenin sorumluluğunun şartları oluşmuşsa, izin verme hususundaki takdir yetkisini hukuka aykırı bir şekilde kullanan amirin sorumluluktan kurtulması düşünülemeyeceği gibi izin kullanmayı talep ettiği tarihlerde görevi bulunduğu hâlde, görevi bulunmadığı yönünde idareyi yanıltıcı beyanıyla izin kullanan öğretim elemanının da sorumluluğunun bulunacağı aşîkârdır³⁹. Kamu görevlilerinin bu davranışları, onların kişisel kusurunu⁴⁰ oluşturur. Kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olarak ortaya çıkan kişisel kusurlarında idarenin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir⁴¹. Kamu görevlilerinin kişisel kusurları ile bir zarara sebebiyet vermesi durumu idare için de hizmet kusuruna neden olacağından idarenin kamu görevlilerinin kişisel kusurlarıyla üçüncü kişilere verdikleri zararlardan

ATAY, Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 371.

³⁸ **ÖZGÜLDÜR**, Serdar, İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim içinde s. 809-890), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 836.

³⁹ Örneğin Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi'nin 10. maddesinde izin kullanılması ile ilgili sorumluluk düzenlenmekte ve "*izin belgelerinde yanlış beyanda bulunanlar*" hakkında yasal işlem yapılacağı belirtilmektedir. Bu maddede ayrıca yönergenin uygulanması bakımından izin vermeye yetkili amirlerin sorumluluğu da hüküm altına alınmaktadır. (<https://idari.adu.edu.tr/db/personel/webfolders/files/20250224093904-76537XRTSHPIGG3LL3CPA.EYIBIL-343305144.pdf>, Erişim Tarihi: 21.03.2025). Benzer düzenleme Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Personel İzin Yönergesi'nin 8. maddesinde (<https://gs.mehmetakif.edu.tr/upload/gs/74-form-688-52143268-personel-izin-yoenergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Abdullah Gül Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi' nin 11. maddesinde (<https://personel-tr.agu.edu.tr/uploads/Y%C3%B6nergeler/izin%20y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Bingöl Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi'nin 54. maddesinde (<https://fbe.bingol.edu.tr/media/2069/bingol-universitesi-akademik-ve-idari-personel-izin-yoenergesi.pdf> Erişim Tarihi: 23.03.2025); Çukurova Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi Personeli İzin Yönergesi'nin 10. maddesinde (<https://yadyo.cu.edu.tr/storage/Formlar/%C3%87ukurova%20%C3%9Cniversitesi%20%C4%B0zin%20Y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025) yer almaktadır.

⁴⁰ Kişisel kusur; kamu görevlisinin resmî sıfatı kamu hizmetinin yerine getirilmesinde veya idari faaliyet nedeniyle hizmet araç gereçlerinin kullanılması suretiyle hem teşkilat hem de faaliyet olarak yerine getirilen hizmet ile ilişkili olarak karşımıza çıkan bir kusurdur (**AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 561).

⁴¹ **ATAY**, İdari Yargılama Hukuku, s. 376.

dolayı aslen ve doğrudan sorumluluğu söz konusudur⁴². Kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı zarar gören kişiler, idare aleyhine idari yargıda tam yargı davası açmalıdırlar⁴³. İdare, zararı ödedikten sonra kişisel kusuru oranında kusurlu kamu görevlisine rücu eder⁴⁴. Zarara sebebiyet veren kusurlu davranışlar birden fazla kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmişse, idare bu kişilere kendi kusurları ölçüsünde rücu eder⁴⁵.

Yıllık izin verilmesi konusunda amirin takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması neticesinde kamu hizmetinin aksaması üzerine ortaya çıkan zarardan, idarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte zararı tazmin eden idare, daha sonra zarara kişisel kusuruyla sebebiyet veren izin vermeye yetkili amir ve izin kullandığı tarihte görevi bulunmasına rağmen idareyi görevinin bulunmadığı yönünde yanıltarak izin kullanan kamu görevlisine kusurları ölçüsünde rücu edecektir. Amirlerin yıllık izin talepleri konusundaki takdir yetkisini hukuka uygun bir biçimde kullanması gereğinin önemi, idarenin sorumluluğu söz konusu olduğunda daha da belirginleşmektedir.

C. Yıllık İzin Hakkının Kullanılması ile İlgili İdari Usul

Öğretim elemanlarının yıllık izin talepleri üzerine izin verilmesi ya da verilmemesi şeklinde oluşan işlemler birer idari işlemdir. İdari işlemler yapılırken belli bir usul takip edilir. “İdari işlemin yapılış usulü” olarak ifade edilen idari usule⁴⁶ ilişkin kurallar, işlemin düzenlendiği mevzuatta yer alabileceği gibi idari işlemlere ilişkin genel idari usul düzenlemeleri şeklinde de karşımıza çıkabilir. Almanya⁴⁷, Fransa⁴⁸ gibi ülkelerde idari usule ilişkin genel bir kanun bulunmaktadır. Ülkemizde

⁴² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 572.

⁴³ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s. 1162.

⁴⁴ KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 278.

⁴⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 579.

⁴⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 553.

⁴⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/> (Erişim Tarihi: 20.02.2025).

⁴⁸ Code des relations entre le public et l'administration, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/ (Erişim Tarihi: 11.02.2025).

ise genel idari usul kanunu bulunmamakta; ancak Devlet İhale Kanunu, Kamu İhale Kanunu, Kamulaştırma Kanunu, İmar Kanunu, Vergi Usul Kanunu gibi kanunlarda, söz konusu kanunların düzenleme alanlarında kalan faaliyetlerin ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin kurallar yer almaktadır⁴⁹.

Öğretim elemanlarının yıllık izin kullanması usulü açısından 2547 sayılı Kanun incelendiğinde, yıllık iznin öğrenime ara verilen zamanda kullanılacağı hükmü dışında usule ilişkin bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Yükseköğretim kurumlarının kendi iç düzenlemelerinde yıllık izin kullanımına dair bazı usul kurallarına yer verilse de bu kuralların akademik-idari personel ayrımı yapılmaksızın üniversitenin tüm personeline yönelik olarak kaleme alındığı, akademik personel açısından özellik arz eden durumlara yönelik özel usul hükümlerine yer verilmediği gözlenmektedir. Böylelikle yıllık izin usulü üniversitelerin kendi uygulamalarında şekillenmektedir. Bu durum farklı üniversitelerde aynı statüde çalışan öğretim elamanları veya aynı yükseköğretim kurumunda aynı statüde çalışan öğretim elemanları açısından farklılaşan uygulamalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Hatta böylesi bir ortamda, aynı öğretim elemanının yıllık izin işlemlerinin farklı yönetimler döneminde farklı uygulamalara konu olması gibi bir keyfiyet doğması muhtemeldir.

Yıllık izin kullanılmasına ilişkin usul kurallarının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda düzenlenmesi veya söz konusu Kanun'da çerçevesinin çizilerek alt düzenleyici işlemler ile bu çerçevenin doldurulması Türkiye'de faaliyet gösteren yükseköğretim kurumlarında yıllık izin konusunda yeknesak bir uygulamanın takip edilebilmesi açısından çok önemlidir. Mevcut durumda öğretim elemanlarının yıllık izin kullanımına ilişkin idari usul hükümlerinin bulunmaması sebebiyle uygulamada karşılaşılmaması muhtemel bazı sorunlar bu başlık altında incelenmektedir.

1. Yıllık İzin Süreleri ve Uygulaması

2547 sayılı Kanun'da yıllık izin süreleri hakkında bir düzenleme yer almamaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 62. maddesinde özlük hakları bakımından bu Kanun'da bulunmayan hâller için 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu hükümlerine, 2914 sayılı Kanun'da da

⁴⁹ EVREN, Çınar Can: "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 91, 2010, s. 129.

hüküm bulunmayan hâller için genel hükümler olan 657 sayılı DMK'ye atıf yapılmıştır. DMK'de yıllık izin süreleri 102. maddede çalışılan hizmet yılına göre her yıl 20 veya 30 gün olacak şekilde düzenlenmektedir. DMK'nin 103. maddesinde ise yıllık izinlerin kullanılmasına ilişkin usul hükümlerinin yer aldığı görülmektedir. Bu hükme göre;

“Yıllık izinler, amirin uygun bulacağı zamanlarda, toptan veya ihtiyaca göre kısım kısım kullanılabilir. Birbirini izliyen iki yılın izni bir arada verilebilir. Cari yıl ile bir önceki yıl hariç, önceki yıllara ait kullanılmayan izin hakları düşer.”

Yukarıdaki hükümde amire memurların yıllık izin talepleri üzerinde takdir yetkisi tanınmakla birlikte⁵⁰ tıpkı 2547 sayılı Kanun'da olduğu gibi DMK'de de takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmediği görülmektedir. Bu durum eleştiriye açık olmakla birlikte farklı bir çalışmanın konusunu oluşturacaktır. Burada esas itibariyle öğretim elemanlarının yıllık izin kullanımını incelendiğinden ve öğretim elemanlarının yerine getirdiği faaliyetin kendine özgü nitelikleri sebebiyle yıllık izin konusunda amirin takdir yetkisi meselesinin 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Birbirini izleyen iki yılın izninin bir arada kullanılmasından söz eden 657 sayılı Kanun, bu iki yılın cari yıl ve önceki yılı mı yoksa cari yıl ve sonraki yılı mı ifade ettiği konusunda bir netlik içermemektedir. Uygulamada iki yıllık zaman dilimi, cari yıl ve önceki yılı ifade eder şekilde algılanmaktadır. Diğer taraftan Kanun'daki ifadenin açıklık içermemesi gerekçesiyle, cari yıldan sonraki yıldan izin kullanılmasında kanunen bir engel bulunmamaktadır. Henüz çalışılmayan yıldan izin kullanılması, öğretim elemanının iznini peşinen kullandığı bir sonraki yıl içinde görevden ayrılması durumu düşünülerek uygun bulunmayabilir. Ancak nasıl ki DMK'nin 164. maddesine göre aylıkları peşin olarak ödenen memurlardan görevden ayrılma durumunda ayrılma tarihi itibariyle fazladan ödenen tutarın geri alınması mümkünse; aynı uygulamanın henüz çalışılmayan yıldan kullanılan izin sonrasında personelin iznini peşinen kullandığı yılda görevden ayrılması durumunda da yapılması mümkündür. Burada önemli olan, öğretim elemanının sonraki yıldan izin kullanmasının uygun olup olmasından ziyade; “birbirini izleyen iki yıl” ifadesinin bizzat Kanun tarafından açıklığa kavuşturulması gerekliliğidir.

Yükseköğretim kurumları, kendi personeline uygulanmak üzere izinlerin kullanılması hususundaki usulü göstermek üzere düzenleyici işlemler yapmaktadırlar. Kurumların kendi iç düzenlemeleri incelendiğinde, bazı kurumların yıllık izin konusunda gelecek yıldan izin kullanılmasını açıkça yasakladığı görülmektedir⁵¹. İdarenin düzenleme yetkisi, öncesinde mutlaka bir kanunun mevcudiyetini gerektiren ve kanunlara uygun olarak kullanılması gereken bir yetkidir⁵². Bir başka deyişle yürütme yetkisi, kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine dayanan ikincil, türevsel bir yetkidir⁵³. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan⁵⁴ kanun ile düzenlenmemiş bir alanda idarenin düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. İdare ancak çerçevesi kanunla çizilmiş bir konunun ayrıntılarını düzenlemek üzere işlem tesis edebilir⁵⁵. Bu durum idarenin

⁵¹ Örneğin Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Personel İzin Yönergesi madde 13 (<https://gs.mehmetakif.edu.tr/upload/gs/74-form-688-52143268-personel-izin-yoenergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Abdullah Gül Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi madde 15 (<https://personel-tr.agu.edu.tr/uploads/Y%C3%B6nergeler/izin%20y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Abdullah Gül Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi madde 15 (<https://personel-tr.agu.edu.tr/uploads/Y%C3%B6nergeler/izin%20y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Aydın Adnan Menderes Üniversitesi İzin Yönergesi madde 14 (<https://idari.adu.edu.tr/db/personel/webfolders/files/20250224093904-76537XRTSHPIGG3LL3CP-A.EYIBIL-343305144.pdf> Erişim Tarihi: 21.03.2025); Çukurova Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi madde 14 (<https://yadyo.cu.edu.tr/storage/Formlar/%C3%87ukurova%20%C3%9Cniversitesi%20%C4%B0zin%20Y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025).

⁵² **ÖZTÜRK, K. Burak:** İdarenin Düzenleme Yetkisi Fransız ve Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı Yönünden Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 128.

⁵³ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA,** Türk İdare Hukuku, s. 387.

⁵⁴ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA,** Türk İdare Hukuku, s. 387.

⁵⁵ D. 2. D., 22.06.2021, E. 2016/3780, K. 2021/2236: *“Türk hukukunda idarenin, bir alanı asli olarak yönetmelikle düzenlemesi, yani daha önce kanunla düzenlenmemiş bir alanı yönetmelikle düzenlemesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse; kanunla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin genel nitelikte kural koyma yetkisi bulunmamakta, temel çerçevesi kanunla belirlenen konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi konusunda ise yürütme organının yetkili olduğunda şüphe bulunmamaktadır.”* (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025).

kanuniliği ilkesinin bir gereğidir⁵⁶. Kanunda düzenleme bulunmayan bir konuda, idarenin düzenleyici işlemi ile üstelik de bir hakkı sınırlayan bir düzenleme yapması idarenin kanuniliği, yürütmenin düzenleme yetkisinin türevselliği prensipleriyle bağdaşmaz. Böylelikle 657 sayılı DMK’de birbirini izleyen iki yılın izninin bir arada kullanılabileceğini düzenleyen 103. maddesinde söz konusu iki yılın önceki yıl-sonraki yıl olması konusunda bir açıklık yer almazken, yükseköğretim kurumlarının düzenleyici işlemlerinde sonraki yıldan izin kullanılmasının yasaklanması söz konusu iki ilkeye uygun düşmemektedir. Uygulamada sorun teşkil edebileceği düşünüldükçe sonraki yıldan izin kullanılmasının engellenmesinin Kanun ile yapılması uygun olacaktır.

2. Yıllık İzin Süresi İçinde Hastalık İznine İlişkin Rapor Alınmasının Yıllık İzin Sürelerine Etkisi

Hastalık izni konusunda 2547 sayılı Kanun’un atfı üzerine 657 sayılı DMK hükümleri uygulanmaktadır. DMK’nin 105. maddesinde hastalık izninin kullanılabileceği süreler düzenlenmektedir. Öğretim elemanları açısından yıllık izin kullanılması ve hastalık izni farklı esaslara tabidir. Diğer taraftan bu izinlerin eş zamanlı olarak ortaya çıkması mümkündür. Öğretim elemanının yıllık izinde olduğu sırada hastalanıp rapor alması üzerine yıllık izin ile hastalık izni çakışmaktadır. Bu çakışma sırasında ortaya çıkabilecek usuli meselelerin nasıl çözümleneceği hususunda ne 2547 sayılı Kanun’da ne de 657 sayılı DMK’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 657 sayılı Kanun’da hastalık izninin düzenlendiği 105. maddesinin 6. fıkrasında hastalık raporlarının sürelerin ve bu konuya ilişkin diğer hususların bir yönetmelikle düzenlenmesi hükme bağlanmıştır. Bu hüküm çerçevesinde çıkarılan Devlet Memurlarına Verilecek Hastalık Raporları ile Hastalık ve Refakat İznine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in⁵⁷ 8. maddesinde hastalık raporunun yıllık izin süresine etkisi düzenlenmiştir. Buna göre yıllık izin içerisinde rapor alınması hâlinde yıllık iznin işlemesi durur ve raporlu olunan süre

⁵⁶ D. İDDK, 12.12.2022, E. 2022/1961, K. 2022/3582: “Kanunilik ilkesi, idarece düzenleme yapılan alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kanunun daha önce hiçbir şekilde düzenlemediği bir alanda idarenin düzenleme yapmasına olanak bulunmamaktadır. Yürütmenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025). Aynı yönde: D. İDDK, 14.06.2021, E. 2020/781, K. 2021/1218, (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025).

⁵⁷ RG Tarih: 29.10.2011 - Sayı: 28099.

yıllık izin süresinden düşülür. Rapor süresi yıllık izinden sonra sona eriyorsa raporun bitiminden itibaren; rapor süresi yıllık izinden önce sona eriyorsa yıllık iznin bitiminden itibaren; ikisi aynı anda sona eriyorsa bu sürenin bitiminden itibaren göreve başlanması gerekmektedir. Raporlu olunan süre ile yıllık iznin aynı zamana rastlaması sebebiyle kullanılamayan izinler, 657 sayılı Kanun'un 103. maddesine göre amirin uygun bulacağı zamanlarda kullanılır⁵⁸. Öğretim elemanları açısından 2547 sayılı Kanun'daki özel hükme göre raporlu olunan süre sebebiyle kullanılamayan yıllık iznin öğrenime ara verilen bir başka zamanda kullanılması gerekir. Yükseköğretim kurumları da bahsi geçen Yönetmelik'te düzenlenen hastalık raporları ve yıllık izin sürelerine etkisine dair usulü izin kullanımına ilişkin çıkardığı yönerge/esas gibi düzenleyici işlemlerinde tekrar ederek düzenlemektedir.

3. Talep Edilen Yıllık İznin Süresinden Önce Tamamlanması ve Göreve Başlama

Öğretim elemanlarının talep ettikleri ve onaylanan izinlerini yarıda kesmeleri hâlinde kullanmadıkları izin süresinin akıbeti de 2547 sayılı Kanun, 2914 sayılı Kanun ve 657 sayılı DMK'de düzenlenmeyen konulardandır. Uygulamada, öğretim elemanlarından iznin tamamlamasını müteakip göreve başlama dilekçesi alınarak kullanılmayan izin süresi yıllık izin hakkından düşülmektedir. Yükseköğretim kurumlarından bazıları iznin yarıda kesilmesi durumunda uygulanacak usule kendi iç düzenlemelerinde yer vermiştir. Bazı yükseköğretim kurumlarının izne ilişkin düzenlemelerinde ise bu konuda bir hükme yer verilmemektedir.

Kanunlarda her tür ayrıntının düzenlenmesi mümkün olmasa da yıllık iznin sonlandırılması veya vaktinden önce sonlandırılmasına ilişkin usulün en azından çerçeve olarak düzenlenmesi ve detayının alt

⁵⁸ Aynı yönde: GÜR/KARAHAN, s. 139; Farklı yönde: ÖZGÜREL yıllık izin ile hastalık izninin aynı zamana denk gelmesi meselesinin çözümünü şu örnek ile açıklamıştır; "30 gün yıllık iznini alan bir memur, iznin 5inci gününden itibaren 15 gün hastalık izni almışsa ne şekilde değerlendirilecektir, 5 günlük yıllık izin + 15 günlük hastalık izni + geri kalan 25 günlük yıllık izin = 45 gün yasal izin kullanılacaktır. Yani her halükarda memur hem yıllık izninin tamamını ve hem de hastalık iznini birlikte kullanabilecektir." (ÖZGÜREL, Erol: "Devlet Memurunun Yıllık İzin Hakkı Üzerine Bir İnceleme", Türk İdare Dergisi, Y. 62, S. 387, 1990, s. 189).

düzenleyici işlemlerle düzenlenmesi bu noktada oluşabilecek keyfiyetlerin önüne geçecektir.

4. Yıllık İzin Evrakı Üzerindeki Şekle Aykırılıkların Yıllık İzin Talebi Hakkındaki İşlemin Geçerliliğine Etkisi

İdari işlemde şekil, *“hem bir idari işlemin hazırlanış usulünü hem de işlemde var olan iradenin dış dünyaya yansımaları ifade eder”*⁵⁹. Doktrinde idari işlemin şekil unsuru, şekil ve usul kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır⁶⁰. Öğretim elemanlarının yıllık izin talebinin kabulü ya da reddi yönündeki işlemin şekli gerek 2547 sayılı Kanun’da gerek 657 sayılı Kanun’da belirlenmiş değildir. İdari işlemlerin kural olarak yazılı şekilde yapılması gerektiğinden⁶¹ yıllık izin talebi hakkında alınacak kararın da yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Bunun dışında bahsi geçen iki Kanun’da da yıllık izin evrakı üzerinde bulunması gereken şekli unsurlara dair bir belirleme bulunmamaktadır.

Danıştay idari işlemin şekil unsuru yönünden esasa etkili (birincil)/esasa etkili olmayan (ikincil) şekil sakatlığı ayrımı yapmakta ve yalnızca esasa etkili olan (birincil) şekil sakatlığının bulunması hâlinde bunu iptal sebebi saymaktadır⁶². Nelerin esaslı şekil ve usul koşulları oluşturup nelerin oluşturmadığı konusunda Duran, kanunlarda emredilen ve ilgililerin menfaatine olan şekil ve usul koşullarının esaslı koşul olduğunu; sadece idarenin menfaatine hizmet eden veya diğer mevzuatta düzenlenen bu çeşit kuralların esaslı şekil ve usul koşulu olmadığını belirtmektedir⁶³. İşlemin neticesine etki eden şekil ve usul koşulları esaslıyken; işlemin neticesine etki etmeyen şekil koşulları ise tali

⁵⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 422.

⁶⁰ ÇAĞLAYAN, İdare Hukûku Dersleri, s. 380; ÖZAY, s. 491.

⁶¹ GÜNDAY, s. 144.

⁶² D. 8.D., 04.07.2024, E. 2021/1275, K. 2024/4109: “Danıştay içtihatları ve idare hukuku doktrininde ise, şekil sakatlıkları birincil derecede şekil sakatlıkları ve ikincil derecede şekil sakatlığı olarak tanımlanmış, diğer bir deyişle esasa müessir şekil sakatlıkları ve esasa müessir olmayan şekil sakatlıkları olarak da ifade edilmiştir. Buna göre esasa etkili olmayan şekil sakatlıkları tek başına işlemin iptalini sağlayacak kuvvette görülmemiştir. Bu haliyle, işlemin şekil unsuru üzerindeki yargısal denetimde, şekil unsurundaki aykırılık halinin işlem üzerindeki hukuki etkisine bakılması gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025). Aynı yönde: D. 8.D., 17.11.2023, E. 2021/2902, K. 2023/5978 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025); D. 8.D., 16.09.2021, E. 2019/8065, K. 2021/3911 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025).

⁶³ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 410.

niteliktedir⁶⁴. İşlemin içeriğini etkilemeyen nitelikteki şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilmesi işlemi hukuka uygun hâle getirirken; işlemin içeriğini etkileyen sakatlıkların sonradan düzeltilmesi işlemi hukuka uygun hâle getirmemektedir⁶⁵. Bir başka deyişle tali şekil sakatlıkları sonradan düzeltilebilirken; asli şekil sakatlıkları kural olarak sonradan düzeltilemez⁶⁶. Asli ve tali şekil ayrımında objektif bir kriter bulunmadığını ifade eden Günday'a göre bu ayrım şu şekilde yapılabilir: söz konusu şekil eksikliği bulunmasaydı yapılacak işlem farklı yönde olacaktıysa asli şekil; şekil eksikliği bulunmasaydı bile işlem aynı yönde yapılacaksa tali şekil eksikliği olarak değerlendirilebilir⁶⁷.

İdari işlemlerde yazım hataları, hesaplama hataları ve bunlara benzeyen bariz hatalar yetkili makam tarafından her zaman düzeltilebilirler⁶⁸. Bu bakımdan yıllık izin işlemi üzerinde belirtilen tarih aralığındaki gün sayısının yanlış hesaplanması, ya da içinde bulunulan yılda kullanılmak üzere yazılan iznin tarihinde yanlışlıkla bir önceki yılın yazılması gibi basit yazım hatalarının izin vermeye yetkili amir tarafından her zaman düzeltilebileceği açıktır. Zira bu tür şekil hataları, Danıştay'ın kararlarında değindiği işlemin esasına etki etme kriteri bakımından da idari işlemin esasına etki etmeyen/işlemin sonucunu etkilemeyen türdeki şekil sakatlıklarıdır.

İdari işlemin şekil unsuru ile ilgili olarak karşımıza çıkan idari işlemin gerekçesi de⁶⁹ yıllık izin işlemlerin şekli bakımından değerlendirilmesi gereken konulardan birini oluşturmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki; özellikle yıllık izin talebinin reddi yönünde alınan kararlarda, izin vermeye yetkili makamın ret gerekçesini bildirmesi hem ilgililerin yıllık izin usulünde dikkat etmesi gereken hususları öğrenmeleri hem de üniversite içi uygulamada birlik sağlanması bakımından önemli ve gereklidir. İdari işlemlerin hukuka uygun olabilmesi için kesinlikle gerekçeli bir şekilde formüle edilmesine dair genel bir düzenleme bulunmasa da mevzuatımızda bazı idari işlemler bakımından gerekçe gösterilmesini gerekli kılan bazı

⁶⁴ DURAN, s. 410.

⁶⁵ GÖZBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku Cilt II, s. 466.

⁶⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 439.

⁶⁷ GÜNDAY, s. 149-150.

⁶⁸ STORR, Stefan/SCHRÖDER, Rainer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart 2021, s. 155.

⁶⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 567.

düzenlemeler mevcuttur⁷⁰. Şayet kanunda idari işlemin gerekçeli olması yönünde açık bir düzenleme yoksa gerekçe gösterilmemiş olması asli şekil sakatlığı sayılmamaktadır⁷¹. Danıştay da gerekçe ile ilgili olarak verdiği bir kararda, idari işlemde gerekçe gösterilmemesini işlemin sonucuna etki etmeyen ve dolayısıyla iptalini gerektirmeyen bir şekil şartı olarak nitelemiştir⁷².

Türk Hukukundaki mevcut durumda, yıllık izin talebi hakkında amirlerin alacakları kararlarda gerekçeye yer vermemesi işlemin iptalini gerektiren bir sakatlık olarak değerlendirilememektedir. İdari işlemin gerekçeli olarak kaleme alınmasını bazı istisnalar dışında bir zorunluluk olarak düzenleyen Alman İdari Usul Kanunu'nda⁷³ ise gerekçenin; işlemi yapan idari makamı böyle bir işlem yapmaya sevk eden olgusal ve hukuki nedenleri içermesi gerektiği düzenlenmekte ve özellikle idari makamın takdirine bağlı işlemlerde takdir yetkisinin dayanak noktalarına değinilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Alman hukukunda da gerekçenin bildirilmemiş olması düzeltilebilir usul ve şekil hatalarından biri olarak yer almakta ve gerekçenin sonradan tamamlanması imkânı bulunmaktadır⁷⁴. Diğer taraftan idari işlemin gerekçesinin sonradan bildirilmesi; ancak idare mahkemelerinde yapılan yargılamanın son fiili aşamasının tamamlanmasına kadar yapılabilir (VwVfG § 45 (2))⁷⁵.

Avrupa Birliği hukukunda da idari işlemlerde gerekçe gösterilmesine ilişkin bazı düzenlemeler mevcuttur. Avrupa Birliği Temel

⁷⁰ GÜNDAY, s. 145.

⁷¹ ÇAĞLAYAN, İdâre Hukûku Dersleri, 2024, s. 382.

⁷² D. İDDK, 17.10.1997, E. 1995/769, K. 1997/525: "Dosyanın incelenmesinden, işlemin dayanağı olan Basın Kartları Yönetmeliğinin 34, 35 ve 49 uncu maddeleri ile işlem tarihinden sonra yapılan düzenleme ile de olsa 46 ncı maddelerine göre basın kartı komisyonu kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Burada açıklanması gereken ise, kararda gerekçeye yer verilmemiş olmasının kararın şekil şartını oluşturmakta olduğudur. Ancak burada öngörülen şekil kuralı işlemin varoluş şartına ilişkin olmayıp sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğundan, bu kurala uyulmamış olması dava konusu işlemin esasının incelenmesini engellemeyecek ve yalnızca bu yönden iptalini gerektirmeyecektir." (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 20.02.2025).

⁷³ Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) §39, <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/> (Erişim Tarihi: 20.02.2025).

⁷⁴ STORR/SCHRÖDER, s. 156.

⁷⁵ DETTERBECK, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2020, s. 207.

Haklar Şartnamesi'nde⁷⁶ idarenin işlemlerinde gerekçe gösterilmesi zorunluluğu iyi yönetim hakkı kapsamında düzenlenmektedir⁷⁷. Bu Şartname'nin 41. maddesinde düzenlenen iyi yönetim hakkının, Avrupa Birliği İyi İdari Davranış Yasası ile detaylandırılarak açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır⁷⁸. Bu Yasa'nın 18. maddesinde, ilgililerin hak veya menfaatlerini olumsuz etkileyen işlemler bakımından gerekçenin belirtilmesi yükümlülüğü ifade edilmektedir⁷⁹. Bu düzenleme idari işlemde gösterilen gerekçelerin; tutarlı olmasını ve mantıklı bir bağlantıyı takip etmesini gerektirmektedir⁸⁰.

Mevzuatta idari işlem yapılırken gerekçe gösterilmesine ilişkin bir zorunluluk bulunmasa dahi idarenin işleminin gerekçesini muhatabına açıklaması hukuk devletinin gereğidir⁸¹. İdari işlemde gerekçe gösterilmesi suretiyle işlemin muhatabı, işleme dayanak olarak alınan nedenler hakkında bilgi sahibi olmaktadır⁸². Ayrıca idari işlemde gerekçe gösterilmiş olması, idarenin, işlemin muhatabı kişiye değer verdiğinin bir kanıtıdır⁸³. Takdir yetkisine dayanan işlemler bakımından idari işlemin gerekçesinde olası alternatiflerin irdelendiğinin belirtilmesi, işlemin muhatabının; basmakalıp bir işlem yapılmadığı, işlem yapılırken detaylı bir inceleme yapıldıktan sonra karar alındığına ve bu sebeple kararın

⁷⁶ The Charter of Fundamental Rights of the the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT> (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

⁷⁷ **PATYI**, Andras: "Good Governance and Good Public Administration", Public Governance, Administration and Finances Law Review (PGAF LR), Vol. 1, No. 1, 2016, p. 6.

⁷⁸ **BATALLI**, Mirlinda/ **ARTAN**, Fejzullahu: "Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior", Pecs Journal of International and European Law, Vol. 2018, No. 1, 2018, p. 28.

⁷⁹ The European Code of Good Administrative Behaviour, European Ombudsman, <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510> (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

⁸⁰ **PONCE**, Juli: "Good Administration and Administrative Procedures", Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 12, No. 2, Summer 2005, p. 574.

⁸¹ **ERKAL**, Atilla: "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2009, s. 125.

⁸² **AKYILMAZ**, Bahtiyar, İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 204.

⁸³ **AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA**, Türk İdare Hukuku, s. 569.

doğru olduğuna inanmasını sağlar⁸⁴. Amirin yıllık izin talepleri hakkındaki kararları da takdir yetkisine dayanmaktadır. Bu bakımından özellikle yıllık izin talebinin reddi işlemi idarenin gerekçe bildirmesi, işlemin muhatabı kişinin, idarenin durumu etrafıca değerlendirmesi neticesinde böyle bir karar aldığını düşünmesini sağlayacaktır. Yıllık izin talebinin gerekçeli olarak reddedilmesi ayrıca yıllık izin talebinde bulunan öğretim elemanının bundan sonra talep edeceği yıllık izinlerde, idarenin kararında ortaya koyduğu kriterleri dikkate almasını da sağlayacaktır.

Yükseköğretim mevzuatında bu konuda hüküm bulunmasa dahi yıllık izin evrakı üzerinde iznin kullanılacağı tarih aralığının belirtilmesi gerektiği açıktır. Zira amir, öğretim elemanının yıllık iznini kullanacağı süreye bağlı olarak kamu hizmetinin aksamaması için gerekli tedbirleri alacaktır. Üniversitelerde yıllık izin talepleri günümüzde elektronik belge yönetim sistemi (EBYS) adı verilen sistem üzerinden elektronik ortamda oluşturulmaktadır ve amirin onayına sunulmaktadır. İzin vermeye yetkili amir de yine bu sistem üzerinden elektronik olarak imzalamaktadır. Dolayısıyla yıllık izin evrakları standart biçimde oluşmakta, şekil açısından gerekli kısımlar tamamlanmaksızın başvuru yapılmasına sistemin bizzat kendisi izin vermemektedir.

Yıllık izne ayrılırken öğretim elemanının bir başkasına vekâlet bırakması usulü, şekil/usule ilişkin bir başka sorundur. 2547 sayılı Kanun'da bu konuda hüküm bulunmamakta; ancak 657 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 1. fıkrasında memurların kanuni izin sebebiyle görevden geçici süreyle ayrılma hâlinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Hükümün lafzından yıllık izin durumunda vekâlet bırakma usulünün ihtiyari olduğu anlaşılmaktadır. Mevzuatta uyulması emredici nitelikte düzenlemeyen şekil kurallarına aykırılıklar, tali şekil sakatlıkları olarak değerlendirilmektedir⁸⁵. Yükseköğretim kurumlarının izin işlemlerine dair çıkardığı izin yönergesi/esasları gibi isimlerle anılan düzenleyici işlemlerine bakıldığında ise izne ayrılmak için vekâlet usulünü zorunlu hâle getiren düzenlemelere rastlanmaktadır⁸⁶. Yürütmenin düzenleme

⁸⁴ AKYILMAZ, İdari İşlemin Yapılış Usulü, s. 211.

⁸⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 436; DURAN, s. 410.

⁸⁶ Örneğin Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi madde 8, (<https://idari.adu.edu.tr/db/personel/webfolders/files/20250224093904-76537XRTSHPIGG3LL3CP-A.EYIBIL-343305144.pdf> Erişim Tarihi: 21.03.2025);

yetkisinin türevsel/ikincil bir yetki olması⁸⁷ karşısında; kanunda ihtiyari olarak düzenlenen bir konunun idarenin düzenleyici işlemiyle zorunlu hâle getirilmesi, alttaki normun üstteki normun uygulanmasını sınırlaması veya daraltması anlamına gelmektedir ki bu durum hukuka uygun değildir⁸⁸. Bununla birlikte; kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi gereği, izne ayrılan öğretim elemanının vekâlet bırakmasının zorunluluk arz edeceği durumlar için 2547 sayılı Kanun'da akademik personelin vekâlet usulünün ayrıca düzenlenmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

Öğretim elemanlarının yıllık izne ayrılırken vekâlet bırakması ile ilgili olarak bir diğer problem de yıllık izne ilişkin usul kurallarının, 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmemiş olmasından kaynaklanabilir. Öğretim elemanları, yıllık izinde vekâlet usulü yönünden 657 sayılı DMK'nin 86. maddesi hükmüne tabidir. DMK'deki bu hüküm memurların yerine bırakabilecekleri vekili düzenlemektedir. Öğretim elemanlarının yıllık izne ayrılırken vekâlet bırakması, her ne kadar 657 sayılı Kanun'un vekâlete ilişkin 86. maddesinin 1. fıkrasının lafzına göre zorunlu olmasa da kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi esasına hizmet bakımından gerekli olabilir. Peki bu vekil kim olacaktır? Bu soruyu bir başka şekilde sormak gerekirse, öğretim elemanının yerine vekâlet edecek kişi, bir başka öğretim elemanı olmak zorunda mıdır? Örneğin öğretim elemanının yerine vekâlet görevini yürütecek kişinin idari personel olarak görev

Çukurova Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi madde 8 (<https://yadyo.cu.edu.tr/storage/Formlar/%C3%87ukurova%20%C3%9Cniversitesi%20%C4%B0zin%20Y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Bingöl Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi madde 53 (<https://fbe.bingol.edu.tr/media/2069/bingol-universitesi-akademik-ve-idari-personel-izin-yonergesi.pdf> Erişim Tarihi: 23.03.2025); Abdullah Gül Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi madde 10 (<https://personel-tr.agu.edu.tr/uploads/Y%C3%B6nergeler/izin%20y%C3%B6nergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Personel İzin Yönergesi madde 7 (<https://gs.mehmetakif.edu.tr/upload/gs/74-form-688-52143268-personel-izin-yoenergesi.pdf> Erişim Tarihi: 22.03.2025); Amasya Üniversitesi Personel İzin Yönergesi madde 7 (<https://pdb.amasya.edu.tr/personel-izin-yonergesi> Erişim Tarihi: 22.03.2025).

⁸⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 387.

⁸⁸ D. İDDK, bir kararında alttaki normun üst norma uygunluğu meselesini şu şekilde izah etmiştir: *“alt norm niteliğindeki düzenleyici işlemlerin, bir hakkın kullanımını üst normda öngörülme-yen bir şekilde daraltamayacağı veya kısıtlayamayacağı; dolayısıyla, düzenleyici bir işlemin kendinden önce gelen kanun ve yönetmelik hükümlerine aykırı düzenlemeler getiremeyeceği kabul edilmektedir.”* (D. İDDK, 18.05.2023, E. 2022/3807, K. 2023/1052, Kazancı İhtihat Programı, Erişim Tarihi: 20.02.2025).

yapan bir memur olması mümkün müdür? 657 sayılı Kanun'un vekâlete ilişkin 86. maddesinin 1. fıkrasının lafzı karşısında, akademik ve idari personelin birbirine vekâlet etmesinde bir engel bulunmamaktadır. Oysaki yerine getirdikleri görevin nitelik itibariyle farklı olması gerekçesiyle, idari personel ve akademik personelin birbirine vekâlet etmesi uygun görünmemektedir. Bu durumda olması gereken yıllık izinde vekâlet usulünün öğretim elemanları açısından uygulanmasını göstermek üzere 2547 sayılı Kanun'da özel bir düzenlenme yapılmasıdır.

SONUÇ

Yıllık izin hakkı, çalışanlara tanınmış anayasal statüye sahip bir haktır. Anayasa'nın 50. maddesinde yıllık izin hakkı ve şartlarının kanun ile düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Öğretim elemanları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na tabi olarak görev yapan kamu görevlileridirler. Bu Kanun'da öğretim elemanları; öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerini kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarının yıllık izin hakkı doğal olarak 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmektedir.

2547 sayılı Kanun'da yıllık izin hakkının düzenlendiği 64. maddede, öğretim elemanlarının normal olarak öğrenime ara verilen zamanlarda yıllık izin kullanabileceği belirtilmektedir. Öğrenime ara verilen zaman diliminin neyi ifade ettiği ne 2547 sayılı Kanun'da ne de diğer yükseköğretim mevzuatında tanımlanmıştır. Bu zaman dilimi en temel olarak anlaşılan derslerin yürütüldüğü süreçte öğretim elemanların yıllık izin kullanamayacağıdır. Bununla birlikte öğretim elemanlarının bir yükseköğretim kurumundaki yegâne görevi ders vermek değildir. Öğretim elemanlarının; ders kayıt sürecinde öğrenci danışmanlığı, derslerin bitiminde sınavların hazırlanması, yapılması, sınav sonuçlarının değerlendirilmesi, birimin idari işleyişi ile ilgili görevler olmak üzere farklı kalemler altında toplanabilecek görevleri bulunmaktadır. Derslerin yürütüldüğü süreç ve derslerin bitiminde sınavların hazırlanması, yapılması ve değerlendirilmesi işlemleri öğretim elemanının bizzat görevi başında bulunmasını gerektirmektedir. Bunların dışında öğrenci danışmanlığı yürüten öğretim elemanlarının da ders kayıt sürecinde danışman görüşü verilen zaman diliminde yıllık izin alamaması gereklidir. Bu konuda birim içerisinde görev yapan öğretim elemanları arasında yapılacak adil ve dengeli bir görev dağılımı; yıllık izin hakkının kullanılmasında çalışma barışını sağlayacaktır.

Kanunda, “normal olarak öğrenime ara verilen dönem” ifadesinin kullanılmış olması, normal olmayan durumlarda aksinin kabulüne olanak tanımaktadır. Bu durumda normal olmayan durumların neler olacağının takdiri, izin vermeye yetkili amirin takdirine bırakılmaktadır. Normal olmayan durumlar uygulamada; yükseköğretim kurumlarında öğrenime ara vermeyen birimlerde görev yapan öğretim elemanları⁸⁹, ilgili dönemde ders verme yükümlülüğü bulunmayan öğretim elemanları bakımından ortaya çıkabilir. Bu tür durumlarda, kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi konusunda gerekli olabilecek önlemler alındıktan sonra öğrenim dönemi içerisinde de yıllık izin kullanılması söz konusu olabilecektir.

İzin vermeye yetkili amirin, yıllık izin talepleri hakkında alacağı kararlardaki takdir yetkisini kullanırken hukuka uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Yıllık izin konusunda takdir yetkisi çerçevesinde alınacak kararlarda, bir tarafta kamu hizmetinin kesintiye uğramaksızın düzenli bir şekilde yürütülmesi gereği; bir diğer tarafta ise çalışanların yıllık izin hakkı gözetilmelidir. Kamu hizmetinin kesintiye uğratılmaksızın yürütülmesi gereği karşısında, yıllık izin hakkı kullanımının engellenmesi ya da bu hakka ölçüsüz bir müdahalede bulunulması düşünülemez. Kamu hizmetlerinin düzenli bir biçimde yerine getirilmesi ve yıllık izin hakkı arasında bir denge kurulabilmesi için; öğretim elemanlarının yıllık izin talepleri hakkında amirlerin takdir yetkisinin sınırlarının bizzat 2547 sayılı Kanun ile belirlenmesi veya en azından 2547 sayılı Kanun’da bu sınırların çerçevesinin çizilerek, çerçevenin içinin doldurulmasının alt düzenleyici işlemlere bırakılması gerekmektedir. Kanun ile yapılacak bu düzenleme aynı zamanda Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin ancak kanun ile sınırlanabileceğini düzenleyen 13. maddesinin de bir gereğidir.

Yıllık izin kullanılması neticesinde kamu hizmetlerinde bir aksama yaşanırsa idarenin sorumluluğu doğacaktır. Bununla birlikte yıllık izin verilmesi konusundaki takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullanan ve kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi için gereken tedbirleri almayan amirin ve yıllık izin kullandığı sürede görevi bulunduğu hâlde bu konuda idareyi yanıltarak izin kullanan öğretim elemanının sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır⁹⁰. Öğretim

⁸⁹ Bu konuda bakınız 21 numaralı dipnot.

⁹⁰ Bu konuda bakınız 39 numaralı dipnot.

elemanlarına verilecek izinler konusunda amirin takdir yetkisinin sınırlarının doğrudan 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi; hem yükseköğretim kurumlarından öğretim elemanlarının yıllık izin konusunda yeknesak bir uygulamanın oluşmasını sağlayacak hem de bu konuda sorumluluk alan amirin hukuka uygun hareket etmesini destekleyecektir.

2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanlarının yıllık izin işlemiyle ilgili idari usule ilişkin düzenlemeler yeterli değildir. 2547 sayılı Kanun'da yıllık izne dair tek düzenleme 64. maddede yer almaktadır. Bu maddede de yeterince açıklıkta olmayan, yıllık iznin kullanılabilceği zaman dilimini belirten 1. fıkra ve izin vermeye yetkili amirin düzenlendiği 3. fıkra dışında usule ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Böylelikle yıllık izin kullanımına ilişkin usulü düzenlemek yükseköğretim kurumlarının kendi düzenleyici işlemlerine kalmaktadır. Bu durum hem yükseköğretim kurumları arasında aynı statüde çalışan akademik personele ilişkin olarak farklı izin uygulamalarının benimsenmesi hem de Kanun'da bulunmayan bir sınırlamanın düzenleyici işlemlerle getirilmesi riskini barındırmaktadır. 2547 sayılı Kanun ve 2914 sayılı Kanun'un özlük haklarına ilişkin hükümlerinde 657 sayılı DMK'ye yapılan atıflar dolayısıyla, yıllık izne ilişkin idari usul açısından bu iki Kanun'da hüküm bulunmayan hâller bakımından 657 sayılı Kanun'un uygulama alanı bulabilmesi mümkündür. Bununla birlikte öğretim elemanlarının hukuki statüsü ve yerine getirdikleri görev itibarıyla 657 sayılı Kanun'a tabi personelden farklı olması⁹¹ gerekçesiyle öğretim elemanlarının yıllık izin kullanımına ilişkin usulün doğrudan 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi daha uygundur.

Yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanları açısından yeknesak bir uygulama sağlanabilmesi için yıllık izin usulünün 2547 sayılı Kanun'da düzenlenmesi oldukça önem arz etmektedir. Bu düzenlemelerde özellikle, yıllık izin taleplerinin reddine ilişkin işlemlerin gerekçeli olarak tesis edilmesi zorunluluğunun getirilmesi, yükseköğretim kurumları arasında birliği sağlamak bir yana tek bir yükseköğretim kurumunun kendi içindeki uygulama birliğini ve istikrarını sağlamak açısından önemli olacaktır.

⁹¹ ÖZAY, s. 1001-1002; AZAK, s. 93. Ayrıca bakınız 12 numaralı dipnottaki Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 (Kısaltılmışı: AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku).
- AKYILMAZ**, Bahtiyar/**SEZGİNER**, Murat/**KAYA**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024 (Kısaltılmışı: AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku).
- AKYILMAZ**, Bahtiyar: İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara 2000 (Kısaltılmışı: AKYILMAZ, İdari İşlemin Yapılış Usulü).
- ALTINOK ÇALIŞKAN**, Elif: "Vakıf Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Öğretim Elemanlarının 'Yıllık İzin Hakkı'nın Tabi Olduğu Hukuksal Rejim" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 1, 2021, s. 47-86.
- ATAY**, Ender Ethem: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.
- ATAY**, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Kısaltılmışı: ATAY, İdari Yargılama Hukuku).
- AZAK**, Kerim: Akademik Personelin Disiplin Rejimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021.
- BATALLI**, Mirlinda/**ARTAN**, Fejzullahu: "Principles of Good Administration under the European Code of Good Administrative Behavior" Pecs Journal of International and European Law, Vol. 2018, No. 1, 2018, pp. 26-35.
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan, İdâre Hukûku Dersleri, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024 (Kısaltılmışı: ÇAĞLAYAN, İdâre Hukuku Dersleri).
- ÇAĞLAYAN**, Ramazan: "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk

- Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 2003, s. 171-208 (Kısaltılmışı: ÇAĞLAYAN, Takdir Yetkisi).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdarî Yargılama Hukûku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- DETTERBECK, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 18. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2020.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ERKAL, Atilla: "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, 2009, s. 119-150.
- EVREN, Çınar Can/UÇAR, İsmail: Kamu Görevlisi Kavramı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- EVREN, Çınar Can: "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 91, 2010.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt II: İdari Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: GÖÜZBÜYÜK/TAN, İdare Hukuku Cilt II).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.
- GÜR, Mehmet Fatih/KARAHAN, Hanifi: "Devlet Memurları Kanununa Göre Yıllık İzin ve Mazeret İzni Müessesesi", Mali Kılavuz, Nisan-Haziran, 2014, s. 137-143.
- KALABALIK, Halil: "İdarenin Takdir Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 172-211.
- KANLIGÖZ, Cihan: "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 169-197.

- KAPLAN**, Gürsel: İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- ONAR**/Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları I. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZAY**, İl Han: Gün Işığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZGÜLDÜR**, Serdar: İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları (ÖZAY, İl Han, Gün Işığında Yönetim içinde s. 809-890), Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZGÜREL**, Erol: "Devlet Memurunun Yıllık İzin Hakkı Üzerine Bir İnceleme", Türk İdare Dergisi, Y. 62, S. 387, 1990, s. 185-189.
- ÖZTÜRK**, K. Burak: İdarenin Düzenleme Yetkisi Fransız ve Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Kapsamı Yönünden Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- PATYI**, Andras: "Good Governance and Good Public Administration", Public Governance, Administration and Finances Law Review (PGAF LR), Vol. 1, No. 1, 2016, pp. 2-25.
- PONCE**, Juli: "Good Administration and Administrative Procedures", Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 12, No. 2, Summer 2005, pp. 551-588.
- SANCAKDAR**, Oğuz/**US**, Eser/**TURHAN KASAPOĞLU**, Mine/**ÖNÜT**, Lale Burcu/**SEYHAN**, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- SARICA**, Ragıp: "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 1949, s. 858-895.
- SEÇKİN**, Sinan/**ÜSTÜN**, Gül: "İdarenin Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21 S. 2, 2015, s. 509-534.
- STORR**, Stefan/**SCHRÖDER**, Rainer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Kohlhammer GmbH, Stuttgart 2021.
- YAYLA**, Yıldızhan: İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.

- A.Y.M., 30.05.1990, E.1990/2, K. 1990/10 (RG Tarih: 09.02.1991- Sayı: 20781).
- A.Y.M., 16.07.2010, E. 2010/29, K. 2010/90 (RG Tarih: 04.12.2010 – Sayı: 27775).
- A.Y.M., 10.04.2019, E. 2017/33, K. 2019/20 sayılı Kararı (R.G. Tarih: 17.07.2019 – Sayı: 30834).
- A.Y.M., 05.11.2024, E.2024/66, K.2024/188 (RG Tarih: 10.03.2025 - Sayı: 32837).
- D. İDDK, 17.10.1997, E. 1995/769, K. 1997/525 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 20.02.2025).
- D. 8.D., 09.03.2016, E.2016/1221 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 12.11.2024).
- D. İDDK, 14.06.2021, E. 2020/781, K. 2021/1218 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025).
- D. 2. D., 22.06.2021, E. 2016/3780, K. 2021/2236 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025).
- Danıştay 2. D., 06.01.2021, E. 2020/1538, K. 2021/63 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 08.06.2025).
- D. 8.D., 16.09.2021, E. 2019/8065, K. 2021/3911 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025).
- D. 8. D., 17.05.2022, E. 2020/7608, K. 2022/3325 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025).
- D. 8. D., 17.05.2022, E. 2020/7608, K. 2022/3325 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025).
- D. 8. D., 13.06.2022, E. 2018/1063, K. 2022/4036 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 20.03.2025).
- D. 8. D., 14.09.2022, E. 2019/7427, K. 2022/4713 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).
- D. 8. D., 07.10.2022, E. 2019/6478, K. 2022/5479 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).
- D. 8. D., 13.10.2022, E. 2020/3909, K. 2022/5629 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).

- D. İDDK, 12.12.2022, E. 2022/1961, K. 2022/3582 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 13.02.2025).
- D. 8. D., 15.12.2022, E. 2019/1149, K. 2022/7643 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).
- D. İDDK, 18.05.2023, E. 2022/3807, K. 2023/1052 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 20.02.2025).
- D. 8.D., 15.09.2023, E. 2021/6550, K. 2023/3892 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 8. D., 10.10.2023, E. 2020/2983, K. 2023/4511 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).
- D. 8.D., 17.11.2023, E. 2021/2902, K. 2023/5978 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025).
- D., 8.D., 08.12.2023, E. 2020/5524, K. 2023/6958 (Kazancı İÇtihat Programı, Erişim Tarihi: 10.11.2024).
- D. İDDK, 12.02.2024, E. 2023/2670, K. 2024/250 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 25.03.2025).
- D. 4.D., 21.02.2024, E. 2021/6906, K. 2024/1148 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. VDDK, 27.03.2024, E. 2024/29, K. 2024/265 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. İDDK, 18.04.2024, E. 2022/3145, K. 2024/830 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 12.D., 24.04.2024, E. 2020/4630, K. 2024/2230 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 10.D, 08.05.2024, E. 2023/170, K. 2024/1853 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 8.D., 17.05.2024, E. 2021/6549, K. 2024/2937 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 13.D., 30.05.2024, E. 2024/1437, K. 2024/2473 (Kazancı İÇtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 8. D., 12.06.2024, E. 2022/7607, K. 2024/3707 (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 21.03.2025).

- D. 8. D., 12.06.2024, E. 2023/928, K. 2024/3712, (Danıştay Başkanlığı Karar Arama, Erişim Tarihi: 21.03.2025).
- D. 13.D., 12.06.2024, E. 2024/1390, K. 2024/2737 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 19.01.2025).
- D. 8.D., 04.07.2024, E. 2021/1275, K. 2024/4109 (Kazancı İçtihat Programı, Erişim Tarihi: 18.02.2025).
- Danıştay 1. D., 10.11.2020, E. 2020/1249, K. 2020/1472 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.06.2025).
- Danıştay 1. D., 09.07.2020, E. 2020/345, K. 2020/992 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 06.06.2025).
- Abdullah Gül Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi, <https://personel-tr.agu.edu.tr/uploads/Y%C3%B6nergeler/izin%20y%C3%B6nergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2025).
- Amasya Üniversitesi Personel İzin Yönergesi, <https://pdb.amasya.edu.tr/personel-izin-yonergesi> (Erişim Tarihi: 22.03.2025).
- Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Akademik Takvimi, https://oidb.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/91/2024/06/2024-2025_Yili_Akademik_Takvimi.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2024).
- Aydın Adnan Menderes Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Yılı Akademik Takvimi, <https://idari.adu.edu.tr/db/ogrenciisleri/webfolders/topics/20250507083731-HVE202509IISAYLKARAR-000041305464143549305100.pdf> (Erişim Tarihi: 06.06.2025).
- Aydın Adnan Menderes Üniversitesi, Personel İzin Yönergesi, <https://idari.adu.edu.tr/db/personel/webfolders/files/20250224093904-76537XRTSHPIGG3LL3CP-A.EYIBIL-343305144.pdf> (Erişim Tarihi: 21.03.2025).
- Bingöl Üniversitesi Akademik ve İdari Personel İzin Yönergesi, <https://fbe.bingol.edu.tr/media/2069/bingol-universitesi->

akademik-ve-idari-personel-izin-yonergesi.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

Boğaziçi Üniversitesi Akademik Personel Yıllık İzin Kullanışları, https://bme.bogazici.edu.tr/sites/bme.boun.edu.tr/files/u345/personel_izin.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Personel İzin Yönergesi, <https://gs.mehmetakif.edu.tr/upload/gs/74-form-688-52143268-personel-izin-yoenergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2025).

Code des relations entre le public et l'administration, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000031366350/ (Erişim Tarihi: 11.02.2025).

Çukurova Üniversitesi Personeli İzin Yönergesi Personeli İzin Yönergesi, <https://yadyo.cu.edu.tr/storage/Formlar/%C3%87ukurova%20%C3%9Cniversitesi%20%C4%B0zin%20Y%C3%B6nergesi.pdf> (Erişim Tarihi: 22.03.2025).

Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi 2024-2025 Yılı Akademik Takvimi, https://ege.edu.tr/files/ege.edu.tr/icerik/tip_takvim24_25.pdf (Erişim Tarihi: 12.01.2025).

Şirnak Üniversitesi İzin Yönergesi, https://personeldb.sirnak.edu.tr/file/birimCommon/izin-yonergesi_d5356307-8520-4fa3-b56b-9575119206c4.pdf (Erişim Tarihi: 23.03.2025).

The Charter of Fundamental Rights of the the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT> (Erişim Tarihi: 23.02.2024).

The European Code of Good Administrative Behaviour, European Ombudsman, <https://www.ombudsman.europa.eu/pdf/en/3510> (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/> (Erişim Tarihi: 20.02.2025).

ALMAN HUKUKUNDA FESİHTEN ÖNCE İŞÇİNİN UYARILMASI GEREKEN DURUMLAR VE ŞARTLARI

Doç. Dr. Hasan KAYIRGAN*

Öz

Uyarı, işçinin görevlerini ihlal etmesi halinde işveren tarafından verilen resmi bir azarlamadır. İşten çıkarmanın aksine, uyarı sonrasında iş ilişkisi değişmeden devam eder.

İşverenin bakış açısına göre, bir uyarı genellikle şu arka plana sahiptir: İşveren, bazı istisnai durumlar dışında, yalnızca benzer görev ihlalleri için en az bir ve hatta genellikle birkaç uyarı yapılmışsa, davranışsal nedenlerle işten çıkarılabilir. Öte yandan, görev ihlali bildirimsiz olağanüstü feshi haklı kılacak kadar ciddi ise, genellikle uyarı yapılmasına gerek yoktur. Aynı durum, işçinin uyarıdan sonra bile davranışlarını düzeltmesinin beklenmemesi halinde de geçerlidir. Bu etkiye ek olarak, uyarının işçi için başka bir dezavantajı daha vardır: genellikle personel dosyasında tutulur ve bu nedenle iş ilişkisine bir yük getirir. Bu durum özellikle terfileri zorlaştırabilir.

Kabaca söylemek gerekirse, işçinin bir görevi ihlal etmesi halinde işveren her zaman bir uyarıda bulunabilir. Olası görev ihlalleri çalışma hayatının kendisi kadar çeşitlidir.

* Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof. Dr., University of Hacettepe Faculty of Law, Department of Labor and Social Security Law, Ankara, Türkiye.

✉ hasankayirgan@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0001-6819-7725

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KAYIRGAN, Hasan: “Alman Hukukunda Fesihden Önce İşçinin Uyarılması Gereken Durumlar ve Şartları” SÜHFD, C.33, S.2, 2025, s. 1565- 1604.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Uyarı • Fesih • İşçi • Olumsuz Öngörü • Para Cezası

SITUATIONS AND CONDITIONS IN GERMAN LAW WHERE THE EMPLOYEE MUST BE WARNED BEFORE TERMINATION

Abstract

A warning is a formal reprimand given by the employer if the employee breaches his or her duties. Unlike dismissal, the employment relationship remains unchanged after a warning.

From the employer's perspective, a warning usually has the following background: The employer may dismiss for behavioral reasons, with some exceptions, only if there has been at least one and often several warnings for similar misconduct. On the other hand, if the breach of duty is serious enough to justify extraordinary termination without notice, a warning is usually not necessary. The same applies if the employee is not expected to correct his or her behavior even after a warning. In addition to this effect, the warning has another disadvantage for the employee: it is usually kept in the personnel file and therefore imposes a burden on the employment relationship. This can make promotions particularly difficult.

Roughly speaking, the employer can always issue a warning if the employee violates a duty. Possible breaches of duty are as varied as working life itself.

Keywords

• Warning • Termination • Employee • Negative Foresight • Fine

GİRİŞ

Sözleşme taraflarınca kabul edilmiş olan sözleşme yükümlülüklerinin ihlal edilmesi bir sözleşmenin içeriğinde değişikliğe yol açabilir. Bunun önlenmesi isteniyorsa, bu tür davranışlara müsamaha gösterilmeyeceğinin açıkça gösterilmesi gerekir. Sözleşme ihlallerini sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmek için ek bir neden olarak kullanmak isteyen herkes öncelikle borçluyu sözleşmeye aykırı davranışlarının sonuçları hakkında bilgilendirmeli ve fiilin tekrarı halinde sözleşme ilişkisinin feshedileceğini açıkça belirtmelidir.

İş hukukunda da işverenin -iş ilişkisini işçinin kusurlu davranışına dayanarak sonlandırmadan önce- feshi engelleyici birtakım çabalar içerisine girmesi gerekir. Feshin son çare olması ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke uyarınca işveren iş sözleşmesini feshetmeden önce

feshi engelleyici bütün yollara başvurulmalıdır. Alman hukukunda fesihden önce başvurulması gereken yollardan biri de uyarıdır. Uyarı, işverenin işçiyi sözleşme ihlallerine dikkat çekerek ihlale devam etmesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği şeklinde bildirim yapması şeklinde tanımlanabilir.

"Uyarı yükümlülüğü" iş ilişkisinin ihbar sürelerine uyulmaksızın işveren tarafından feshedilmesi durumunda dahi geçerlidir. Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle uyarı kavramı ve bileşenlerinden bahsedilecek, ardından da uyarının fesih ile ilişkisi ve etkileri irdelenecektir.

I. UYARI KAVRAMI VE UNSURLARI

Uyarı ile işveren, işçiyi nitelikli bir şekilde kınama hakkını kullanmaktadır¹. İşveren yapacağı uyarı ile -iş görme ediminin alacaklısı olarak- sözleşmeden doğan yükümlülüklerine ve bu yükümlülüklerin ihlaline işçinin dikkatini çeker². Aynı zamanda, işçiyi gelecekte sözleşmeye uygun davranmaya çağırır ve başka bir görev ihlali durumunda, özellikle davranışla ilgili nedenlerle işten çıkarma tehdidinde bulunarak yasal sonuçları bildirir.

İşverenin işçinin hatalı davranışına itiraz etme ya da uyarıda bulunma hakkı doğrudan işçinin borçlu olduğu iş görme ediminin alacaklısı olmasından kaynaklanmaktadır³. Böylece işveren, sözleşmenin her bir tarafının sahip olduğu ve sözleşme ihlalleri ile bunun hukuki sonuçlarını diğer tarafa bildirmesine olanak tanıyan genel bir şikayet hakkını kullanmış olur⁴. Bu ihlaller yan yükümlülükler de dahil olmak üzere sözleşmeden doğan tüm yükümlülüklerle ilişkin olabilir^{5,6}.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: KOCH, Ulrich, "Abmahnung", Arbeitsrecht von A-Z, Hrsg: Schaub/Koch, 28. Auflage, 2024.

² BAG., 19.07.2012 - 2 AZR 782/11.

³ NİEMANN, Jan Malte, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Auflage 2025, BGB § 626 Rn. 30.

⁴ NİEMANN, Rn. 30; ayrıca bkz BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08; BAG., 17.01.1991 - 2 AZR 375/90; LAG. Bln-Bbg., 05.11.2009 - 26 Sa 1840/09.

⁵ LAG. München, 23.03.1988 - 8 Sa 1060/88; LAG. RhPf., 05.11.1982 - 6 Sa 549/82.

⁶ VOSSEN, Reinhard, Kündigungsrecht, Hrsg.: Ascheid, Preis und Schmidt, Beck Verlag, 7. Auflage, 2024, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 346.

Uyarı, görev ihlalini takip etmelidir. "Öngörülen uyarı" diye bir şey yoktur, özellikle de bir duyuru panosuna ya da benzer bir yere asılarak çok sayıda kişiye uyarı yapılamaz⁷. Böyle bir bildiri, bir davranışla ilgili bireysel bir görev ihlalinin kınanmasından yoksundur. Ayrıca, yerine getirdiği uyarı ve bilgilendirme işlevi, belirli bir resmi uyarınınla karşılaştırılmaz. Resmi bir uyarının aksine, "öngörülen bir uyarının" ardından genellikle daha sonraki bir görev ihlali için olumsuz bir öngörü olduğu da varsayılmaz⁸. İşverenin böyle bir beyanı, yalnızca belirli görev ihlallerinin iş hukuku kapsamında uyarıdan bildirimsiz feshe kadar sonuçlara yol açabileceğine dair genel bir işaret içerir⁹. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, "beklenen bir uyarı", işçinin belirli bir davranışının sözleşme ilişkisi açısından öneminin özel bir şekilde farkına varmış olması nedeniyle, müteakip görev ihlalinin ağırlığını artırabilir. Bu nedenle, istisnai koşullar altında -örneğin görev ihlali nihayetinde beklenen uyarıyı dikkate alarak ısrarlı bir şekilde çalışmayı reddetme teşkil ediyorsa- beklenen bir uyarı istisnai olarak ihlalin ardından yapılan bir uyarının yerine geçebilir¹⁰.

Bir uyarı, ağırlıklı olarak hukuki işlem benzeri bir eylem olarak görülmektedir¹¹. Fesih hukuku kapsamında uyarı bildiriminin geçerliliği, alıcının kötü niyetli bir davranışının varsayılabilmesi koşuluyla, alıcının içeriğinden haberdar olmasının yanı sıra teslim almasını da gerektirir. Alıcının bu doğrultudaki davranışı varsayılmalıdır¹². Diğer bir deyişle, BGB § 130 I-1 uyarınca, alıcının normal şartlar altında fesih bildiriminin içeriği hakkında bilgi sahibi olması fesih bildiriminin alınması için yeterlidir¹³. Bu nedenle, bu bilgiyi gerçekten elde edip etmediği kendi içinde önemsizdir¹⁴. Ancak bu, uyarının işlevine uygun değildir. Uyarı işlevini yerine getirebilmesi için, işçinin bunu gerçekten dikkate alması

⁷ **ROLFS**, BeckOK Arbeitsrecht, Hrsg. Rolfs/Giesen/Mießling/Udsching, 73. Auflage, Stand: 01.09.2024, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen Rn. 247a.

⁸ LAG., 15.08.2012 – 12 Sa 697/12; **ROLFS**, Rn. 247a.

⁹ LAG. SchIH., 29.06.2017 – 5 Sa 5/17.

¹⁰ LAG. Hamm., 21.10.1997 - 4 Sa 707/97.

¹¹ BAG., 21.05.1992 - 2 AZR 551/91; **HOYNİNGEN-HUENE**, Gerrick "Die Abmahnung im Arbeitsrecht", RdA. 1990, s. 199; **NİEMANN**, Rn. 30.

¹² BAG., 09.08.1984 - 2 AZR 400/83; BAG., 23.08.2018 - 2 AZR 235/18.

¹³ **VOSEN**, Rn. 406.

¹⁴ **HOYNİNGEN-HUENE**, s. 202.

gerekir¹⁵. Uyarı fiilin tekrarı halinde iş sözleşmesinin içeriğinin veya varlığının risk altında olduğunun açık bir şekilde belirtilmesini de içerir¹⁶. İş hukuku kapsamında sadece sonuç tehdidi, işçinin fiilen tekrarlanması halinde işverenin de fesih ile karşılık verebileceğini anlaması halinde yeterlidir¹⁷. Olası bir fesih veya hatta bildirimsiz fesihten açıkça bahsedilmesi gerekli değildir¹⁸.

Meslektaş tavsiyeleri, talimatları, kınamaları, uyarıları ve öğütleri bir uyarının ön aşamalarıdır. Uyarıdan farklı olarak, işten çıkarma tehdidi içermezler ve bu nedenle işten çıkarma hukuku açısından belirleyici bir öneme sahip değildirler¹⁹. Uyarı ile ceza niteliği taşıyan para cezası arasında da bir ayırım yapılmalıdır. Zira işveren tarafından uygulanan para cezası da bir uyarı olarak kabul edilmemektedir²⁰. Kollektif hukuk kapsamında bir disiplin cezası uygulamak için kullanılır. Sadece kolektif hukuka aykırı davranışlar söz konusu olduğunda, şirket kurallarının ihlal edilmesi durumunda düşünülebilir ve şirket ortaklarının para cezası üzerinde anlaşmış olmasını gerektirir²¹.

Resmi bir uyarı dört unsur gerektirir: şikayet edilen davranış özellikle belirtilmelidir (örneğin, "28.10.2022 tarihinde sabah 8:12'ye kadar işe gelmediniz. 2022 tarihinde sabah 8:12'de işe gelmediniz ve bu nedenle işe 42 dakika geç kaldınız"); bu görev ihlali kınanmalıdır ("Bu nedenle sözleşmeden doğan yükümlülüklerinizi ihlal ettiniz"); işçi gelecekte sözleşmeye uygun davranmaya teşvik edilmelidir ("Gelecekte işe zamanında 7:30'da başlamanızı bekliyoruz") ve son olarak tekrarlanması halinde iş hukuku sonuçları bakımından açıkça tehdit edilmelidir ("Tekrarlanması halinde, feshe kadar varan iş hukuku yaptırımlarını uygulama hakkımızı saklı tutuyoruz"²²), bununla birlikte, işten çıkarma yasası kapsamında belirli önlemlerin alınması olasılığını

¹⁵ BAG., 09.08.1984 - 2 AZR 400/83; LAG. Berlin, 16.02.2006 - 10 Sa 1618/05; LAG. Düsseldorf, 10.11.2010 - 7 Sa 1052/09; BAG., 03.11.2011 - 2 AZR 748/10.

¹⁶ BAG., 17.02.1994 - 2 AZR 616/93.

¹⁷ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11; BGH., 12.10.2011 - VIII ZR 3/11.

¹⁸ BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11.

¹⁹ **SCHMIDT**, Kristina, Küttner Personalbuch 2024, 31. Auflage, Stand: 01.01.2024, Abmahnung, Rn. 5.

²⁰ **SCHMIDT**, Rn. 6.

²¹ BAG., 17.10.1989 - 1 ABR 100/88.

²² LAG. Hamm., 30.05.1996 - 4 Sa 2342/95.

ortaya koymak zorunda değildir²³. İşçinin, fiilin tekrarı halinde iş ilişkisinin devamını tehlikeye attığını fark edebilmesi yeterlidir. Burada seçilen gibi bir formülasyon bunun için yeterlidir²⁴.

Bir uyarı ancak işverenin performans veya davranış eksikliklerini işçi için yeterince açık bir şekilde eleştirmesi ve açıkça olmasa bile fiilin tekrarı halinde iş ilişkisinin içeriğinin veya varlığının risk altında olduğunu belirtmesi halinde söz konusu olur²⁵. Olağan veya olağanüstü fesih gibi belirli fesih tedbirleriyle tehdit etmek gerekli değildir²⁶. Bir uyarı, sadece bir tedbirin bu şekilde belirlenmiş olması nedeniyle mevcut değildir²⁷. Aksine, işveren iş ilişkisinin sona erdirilmesi tehdidini de açıkça belirtmelidir. Eğer açık ifadelere başvuruyorsa ("Sonuçların farkındasınız" gibi), bunları işten çıkarma tehdidinin muhatabı tarafından kesin olarak algılanmasını sağlayacak şekilde seçmelidir²⁸.

Bir uyarıda, yapılan işi veya belirli bir davranışı sözleşmeye uygun bulmadığını işveren işçiye açıkça belirtmelidir (itiraz işlevi/uyarı işlevi). İşçi yalnızca sözleşmeye uygun davranmaya teşvik edilmemelidir, aynı zamanda işverenin gelecekte benzer sözleşme ihlallerini kabul etmeye istekli olmadığı konusunda da bilgilendirilmelidir. Bu nedenle, işveren performans eksikliklerine ya da görev ihlaline işçi tarafından yeterince açık bir şekilde fark edilebilecek bir şekilde itiraz etmeli (İtiraz İşlevi) ve ayrıca tekrarlanması halinde iş ilişkisinin içeriğinin ya da varlığının risk altında olduğunu belirtmelidir (Uyarı İşlevi)²⁹. Yukarıda da değinildiği üzere uyarı işlevinin yerine getirilmesi için açık bir işten çıkarma tehdidi gerekli değildir; bunun yerine, işverenin işçiye genel olarak tekrarlanması halinde "iş hukuku kapsamındaki sonuçlar" ile tehdit etmesi yeterlidir³⁰.

²³ BAG., 25.04.1996 - 2 AZR 74/95; BAG., 18.01.1980 - 7 AZR 75/78; BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

²⁴ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

²⁵ LAG. SchIH., 29.06.2017 - 5 Sa 5/17.

²⁶ BAG., 18.01.1980 - 7 AZR 75/78; LAG. Köln, 06.08.1999 - 11 Sa 1085/98; BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11.

²⁷ BAG., 15.03.2001 - 2 AZR 147/00.

²⁸ LAG. Köln, 12.09.2002 - 11 Sa 329/02.

²⁹ HENSSLER, Martin, Münchener Kommentar zum BGB 9. Auflage 2023, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund Rn. 103.

³⁰ HENSSLER, Rn. 103.

Alman Federal Mahkemesi'ne göre, uyarı sadece iş sözleşmesinin ihlalini kınamak için kullanılabilir; bir "işyeri iç yönetmeliği" uyarısına, yani işyeri iç yönetmelikleri yükümlülüklerinin ihlali için bir kınamaya izin verilmez³¹. Öte yandan, şikayet edilen davranış aynı zamanda sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalini teşkil ediyorsa, bir işyeri temsilciliği üyesi uyarılabilir³².

Yine yukarıda da zikredildiği üzere uyarı üç yönlü bir amacı da yerine getirmelidir: Bunlar şikayet edilen davranışın kaydedilmesi (belgeleme işlevi), işverenin belirli davranışların sözleşmeye aykırı olduğunu düşündüğünü işçiye bildirmesi (bildirim veya kınama işlevi) ve son olarak işçiye, ihlalin tekrarı halinde iş ilişkisinin tehlikeye girebileceği konusunda uyarmaktır (uyarı veya duyuru işlevi)³³.

İşverenin işçinin hatalı davranışına itiraz etme veya uyarıda bulunma hakkı, doğrudan işçinin borçlu olduğu iş performansının alacaklısı konumundan kaynaklanmaktadır. Böylece işveren sözleşmeden doğan genel bir şikayet hakkını kullanmış olur. Sözleşmenin her bir tarafı bu hakka sahiptir ve bu hak, sözleşme ihlallerini ve bunun sonucunda ortaya çıkan hukuki sonuçları diğer tarafa göstermesine olanak tanır³⁴.

Uyarı bir alacak hakkının kullanılmasını temsil ettiğinden, işçi de işverene bir uyarıda bulunabilir. Hatta olağanüstü bir işten çıkarma kararı almadan önce bunu yapmak zorunda da kalabilir³⁵. İşyeri temsilciliği, belirli bir tarihten itibaren verilen tüm ihtarnamelelerin anonimleştirilmiş bir şekilde sunulması hakkına sahip değildir³⁶. Uyarı, iş edimine ilişkin bağlayıcı talimatlar verme yetkisine sahip herhangi bir amir tarafından verilebilir³⁷.

³¹ BAG., 19.09.2013 - 1 ABR 26/12.

³² KOCH, Rn. 1.

³³ ZIMMERMANN, Ralf, Münchener HandBuch zum Arbeitsrecht § 114 Soziale Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung Rn. 21.

³⁴ BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08.

³⁵ KOCH, Rn. 1.

³⁶ BAG., 19.09.2013 - 1 ABR 26/12.

³⁷ BAG., 18.01.1980 - 7 AZR 75/78.

Uyarı tek taraflı bir hukuki işlem olmadığından niyet beyanlarına ilişkin düzenlemeler buna göre uygulanabilir³⁸. Uyarı, özellikle görev ihlali olarak nitelendirilebilecek bir olayı tanımlamalıdır³⁹. Bir uyarıda yer alan şikayetin somutlaştırılmasına ilişkin gereklilikler, işverenin bilebildiklerine dayanmalıdır⁴⁰. Örneğin, düşük performansın kınanması durumunda, performansın önemli ölçüde düşük olduğu belirtilmeli, diğer işçilerin performansına kıyasla önemli eksiklik, işverenin kendi görüşüne göre işçinin görevlerini ihlal ederek elinden gelenin en iyisini yapmadığına ilişkin şikayeti ile birlikte vurgulanmalıdır, ancak aynı zamanda yeterli olmalıdır⁴¹.

Daha önceki etkisiz bir işten çıkarma, davanın gerçeklerinin ortaya konması ve işten çıkarmanın başka nedenlerle - örneğin uyarı eksikliği nedeniyle - geçersiz kabul edilmesi halinde uyarı işlevi yerine getirilmiş sayılır⁴². Aynı durum, toplu iş sözleşmesinin gerektirdiği şekilde işçinin dinlenmemesi halinde de geçerlidir⁴³. Öte yandan, aynı olaylar nedeniyle geçersiz bir işten çıkarma girişiminden sonra (ki bu olaylar işten çıkarma için tek başına yeterli değildir) işveren daha sonra bir uyarıda da bulunabilir⁴⁴.

Her zaman gerekli olan, iş sözleşmesi kapsamında ihtar edilebilecek bir görev ihlalidir⁴⁵. Örneğin, bakım tesislerinin işverenleri, tesisle ilgili aşı belgesini ibraz etmediği için işçiye genellikle uyarıda bulunma hakkına sahip değildi. Bakım sektöründe çalışanların, Anayasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, koronavirüse karşı aşılarmayı reddetme konusunda özgürce karar verme hakkı ve Anayasa'nın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca temel bedensel bütünlük hakkı uyarınca, işçinin kişisel bir kararı olarak işveren tarafından saygı

³⁸ NOSCH, Verena, Die Abmahnung im ZivilRecht, Beck Verlag, München 2012, s. 191; HOYNİNGEN-HUENE, s. 199.

³⁹ BAG., 15.06.2021 - 9 AZR 413/19; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 283/08.

⁴⁰ NİEMANN, Rn. 31.

⁴¹ BAG., 27.11.2008 - 2 AZR 675/07.

⁴² BAG., 31.08.1989 - 2 AZR 13/89.

⁴³ BAG., 21.05.1992 - 2 AZR 551/91.

⁴⁴ BAG., 07.09.1988 - 5 AZR 625/87.

⁴⁵ SCHMIDT, Rn. 1a.

gösterilmesi gerekiyordu⁴⁶. Bu bakımdan işçinin fiiline hukuk tarafından izin verildiğinden bahsi geçen olayda ihtar edilebilecek bir durumun bulunmadığı da belirtilmelidir.

Sakıncalı davranışın öznel olarak kınanabilir olup olmadığı ise uyarı için önemsizdir. İşverenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin objektif bir ihlalden şikayetçi olması yeterlidir⁴⁷. Uyarı sadece işçinin sözleşmeye aykırı davrandığını açıklığa kavuşturmalı ve gelecekte bu tür ihlaller durumunda işten çıkarılmayı beklemesi gerektiğini açıkça belirtmelidir.

Uyarı orantılı olmalıdır. Orantısız bir uyarı geçersiz kabul edilir⁴⁸. İşveren, işçinin hatalı davranışını onaylamadığına ve bu nedenle bir uyarıda bulunmak istediğine ilk olarak kendisi karar verse de aşırılık yasağını ihlal edemez ve tabiri caizse serçeleri topla vuramaz⁴⁹. İşverenin çıkarlarına aynı derecede hizmet eden başkaca daha az sertlikteki önlemler mümkünse, yasanın küçük ihlalleri ciddi önlemlere yol açmamalıdır. Uyarılar, sadece hatalı davranışı kınamakla kalmayıp, aynı zamanda iş ilişkisini sona erdirmeye tehdidinde bulundukları için iş ilişkisi üzerinde önemli bir yükütlüdür. Uyarılan davranışın tekrarı halinde işten çıkarmayı haklı kılıp kılmayacağı önemsizdir⁵⁰. Bununla birlikte, münferit küçük ihlaller uyarılamaz, çünkü bu aşırı davranış yasağını ihlal eder. Ancak, orantılılık küçük ihlallerin birikmesinden kaynaklanabilir⁵¹. Eğer basiretli bir işveren görev ihlallerinin türünü ve ağırlığını işten çıkarma yasası kapsamında önemli olarak değerlendirebilirse, bir uyarı her durumda orantılıdır, çünkü işçi görevlerini "önemsiz olmayan bir ölçüde" yerine getirmemiştir⁵².

Bir uyarının sözleşmenin ihlali için kınanabilir bir davranış gerektirip gerektirmediği tartışmalıdır. İşçi sözleşmenin ihlali nedeniyle suçlanamıyorsa -davranışlarını kontrol edememişse- uyarı gerekmez,

⁴⁶ BAG., 19.06.2024 - 5 AZR 192/23.

⁴⁷ BAG., 11.12.2001 - 9 AZR 464/00.

⁴⁸ BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08.

⁴⁹ BAG., 13.11.1992 - 5 AZR 74/91; **SCHMIDT**, Rn. 24.

⁵⁰ BAG., 30.05.1996 - 6 AZR 537/95.

⁵¹ **SCHMIDT**, Rn. 24.

⁵² BAG., 31.08.1994 - 7 AZR 893/93.

çünkü davranışla ilgili nedenlerle işten çıkarma söz konusu değildir⁵³. Ancak, Federal İş Mahkemesi'nin içtihadı doğrultusunda, kusur olmasa bile davranışa bağlı nedenlerle işten çıkarmanın söz konusu olabileceği varsayılırsa, bir uyarı mümkün olabilir. Ancak, kusuru hariç tutan nedenler gelecekte kontrol edilebilirliği de hariç tutuyorsa, uyarının hangi amaca hizmet etmesi gerektiği belirsizliğini korumaktadır⁵⁴. Özellikle, bu durumda gerekli uyarı işlevini yerine getiremez. Alman Federal Mahkemesi içtihadına göre⁵⁵, işçinin görevi kötüye kullanmakla suçlanıp suçlanamayacağına bakılmaksızın, objektif bir görev ihlali varsa işveren zaten uyarıda bulunma hakkına sahiptir. Bunun nedeni, uyarının cezalandırıcı nitelikte olmayıp, işçinin sözleşmeye aykırı davranışlara karşı uyarma amacı taşımasıdır⁵⁶. Federal mahkemeye göre prensip olarak, temizlik hizmetindeki bir işçinin güven alanını etkileyen çalışma yükümlülüğünü ihlal etmesi, bir uyarı için uygundur⁵⁷.

Bir ev yöneticisinin/tıbbi eğitmenin, kendisine emanet edilen çocuklarla (üçü 12 yaşın altında olmak üzere) sinemada 12 yaş ve üzeri çocuklar için onaylanmış olan "Karayip Korsanları" filmini izlemesi, ne olağanüstü ne de olağan bir işten çıkarmayı haklı çıkarmaz. Ancak, bu filmin kendisine emanet edilen çocuklar için uygun olup olmadığı konusunda bilinçli ve dikkatli bir inceleme yapılmaması, uyarıyı haklı kılan bir görev ihlalidir⁵⁸.

İşveren, işçilerin çalışma saatleri içinde siyasi gösterilere katılmasını yasaklayabilir (örneğin, kötü hava koşulları ödeneğinin kaldırılmasını protesto etmek için). İşveren, böyle bir yasağa aykırı katılım için yasal olarak etkili bir uyarıda bulunabilir. Temel haklar (özellikle Madde 5 I, 9 III, 2 I GG) bunu engellemez⁵⁹.

⁵³ ZIMMERMANN, Rn. 130.

⁵⁴ VOSSEN, Rn. 198.

⁵⁵ BAG., 30.05.1996 - 6 AZR 537/95; ayrıca bkz.: LAG. Hamm., 10.05.2000 - 2 Sa 1669/99; LAG. Köln, 18.11.2011 - 4 Sa 711/11; LAG. RhPf., 12.07.2018 - 5 Sa 77/18; BAG., 27.11.2008 - 2 AZR 675/07.

⁵⁶ LAG. Hamm., 24.10.2001 - 18 Sa 1981/00.

⁵⁷ LAG. Köln, 17.06.2003 - 13 (3) Sa 1043/02.

⁵⁸ ArbG. Halberstadt, 06.04.2004 - 1 Ca 1788/03.

⁵⁹ LAG. SchlH., 18.01.1995 - 3 Sa 568/94.

Bir postacı, açık talimatlara rağmen yabancı düşmanlığı içeren bir posta gönderisini teslim etmeyi reddederse, bir uyarı haklı görülebilir. Ancak, postanenin kendisi daha önce defalarca postanın içeriğine karşı çıkmışsa, uyarı dürüstlük ilkesine aykırıdır (§ 242 BGB)⁶⁰.

Uzman kliniğin talimatlarına aykırı olarak zihinsel engellilere bakım hizmeti verirken yüzüne, kulaklarına ve ellerine takı taktığı için bir gece nöbeti hemşiresi asistanına verilen uyarı, yetkili işveren sorumluluk sigortası kurumunun işyerinde takı ve benzeri nesnelerin takılmasının potansiyel riskine ilişkin kaza önleme düzenlemeleri ve kliniğin iş sağlığı ve güvenliği komitesinin işçiler için riske ilişkin özel bulguları temelinde gerekçelendirilmiştir⁶¹.

Vinç kullanırken emniyet kemeri takma yükümlülüğünün pervasızca tekrar tekrar ihlal edilmesi durumunda, bildirimsiz fesih yapılmadan önce işçiye düzenli olarak ilgili bir uyarı yapılması gerekmektedir⁶².

Bir işyeri temsilciliği üyesinin işyeri temsilciliği görevini yerine getirdiğine dair objektif olarak hatalı bir kanaate sahip olması halinde, zor veya çözülmemiş hukuki meselelerin yanlış değerlendirilmesi söz konusu ise, işe gelmeme nedeniyle uyarılması düşünülemez⁶³. Buna karşılık, muaf olmayan iş konseyi üyesinin çalışma yükümlülüğünden muaf tutulmak amacıyla işyerinden ayrılırken imza atma yükümlülüğünün ihlali (bkz. BetrVG Madde 37 II 1) işten çıkarmayı haklı kılar⁶⁴, bu yükümlülük iş sözleşmesine de dayandığı için bir uyarı gereklidir⁶⁵. Aynı durum, BetrVG § 37 VI uyarınca açıkça gerekli olmayan bir eğitim etkinliğine bir iş konseyi üyesinin katılımı için de geçerlidir⁶⁶.

Kısmi zamanlı işçiler de, ikincil bir faaliyet için izin almak zorundadır. Bu tür bir ikincil istihdam izinsiz olarak gerçekleştirilirse, bir uyarı verilmesi haklı görülebilir⁶⁷. Aynı durum, Çalışma Süreleri Kanunu

⁶⁰ LAG. Hessen, 20.12.1994 - 7 Sa 560/94.

⁶¹ LAG. SchlH., 26.10.1995 - 4 Sa 467/95.

⁶² LAG. SchlH., 07.07.2017 - 1 Sa 273/16.

⁶³ BAG., 31.08.1994 - 7 AZR 893/93.

⁶⁴ BAG., 24.02.2016 - 7 ABR 20/14; BAG., 29.06.2011 - 7 ABR 15/09.

⁶⁵ BAG., 15.07.1992 - 7 AZR 466/91.

⁶⁶ BAG., 10.11.1993 - 7 AZR 682/92.

⁶⁷ BAG., 22.02.2001 - 6 AZR 398/99; BAG. 30.05.1996 - 6 AZR 537/95.

(ArbZG) uyarınca uyulması gereken azami çalışma saatlerinin düzenli olarak aşılması anlamına gelen tam zamanlı bir işçinin izinsiz ikincil istihdamı için de geçerlidir⁶⁸.

Şirket bilgisayarında sadece 30 saniye futbol maçı izlemek⁶⁹, Performans eksiklikleri⁷⁰, Bir dergi editörünün, profesyonel olarak katıldığı bir şirket etkinliği hakkındaki makalesinin derginin izni olmadan başka bir gazetede yayınlanması⁷¹, Genellikle 1 Euro'dan daha küçük farkları olan bir kasiyerin 10 Euro'luk bir kasa farkının bulunması⁷²; Bir devlet kurumunun işçilerine karşı, yönetimin katılımı veya danışması olmaksızın resmi bir denetim şikayetinde bulunulması⁷³; Üstler hakkında gerçek dışı ve karalayıcı iddialar⁷⁴; Bir kilise kliniğindeki başhekim tarafından kilise hukuku kapsamında izin verilmeyen tedavi yöntemlerinin kullanılması⁷⁵; İşin işçinin sağlığına zararlı olduğu gerekçesiyle sözleşmeyle borçlanılan işi yapmayı reddetme⁷⁶ uyarıyı haklı kılan diğer durumlara örnek gösterilebilir.

Son olarak ibadet amacıyla işten ayrılma konusunda uyarı gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Şirketin çıkarları göz önünde bulundurulduğunda, inançlı bir işçi, GG. madde 4 I, II uyarınca temel hakları nedeniyle prensip olarak kısa süreli ibadetler için işyerinden ayrılma hakkına sahiptir. Ancak, BGB. madde 616 cümle 1 uyarınca bir performans engeli söz konusu olabilir. Bununla birlikte, işverenin 2 I, 12 I ve 14 I GG uyarınca da korunan menfaatleri nedeniyle, işçi amirine danışmadan işyerini terk edemez. Federal Mahkemeye göre İslam'ın zorunlu ibadetleri sadece güneşin konumuna bağlı bir zaman dilimi içinde yerine getirilmelidir ve işçi, bu zaman dilimi içerisinde işine ara vereceği zamanı danışmadan kendisi belirleme hakkına sahip değildir⁷⁷.

⁶⁸ BAG., 11.12.2001 - 9 AZR 464/00.

⁶⁹ ArbG. Köln, 28.08.2017 - 20 Ca 7940/16.

⁷⁰ LAG. Köln, 23.05.2002 - 7 Sa 71/02.

⁷¹ BAG., 15.06.2021 - 9 AZR 413/19.

⁷² LAG. Berlin, 26.03.2004 - 6 Sa 2490/03.

⁷³ LAG. Bremen, 06.03.1992 - 4 Sa 295/91.

⁷⁴ BAG., 11.08.1982 - 5 AZR 1089/79.

⁷⁵ BAG., 07.10.1993 - 2 AZR 226/93.

⁷⁶ LAG. Berlin, 14.11.2002 - 16 Sa 970/02.

⁷⁷ LAG. Hamm., 26.02.2002 - 5 Sa 1582/01.

A. Uyarının Zamanı

Bir uyarının yapılması gereken standart bir süre bulunmamaktadır⁷⁸. Özellikle, olağanüstü işten çıkarmayı haklı çıkarabilecek görev ihlallerinin, BGB. madde 626 (2)'deki iki haftalık istisna süresi içinde uyarılması gerekmez. Orantılılık eksikliği nedeniyle tek başına bir uyarıyı haklı kılamayan ve ancak sürekli tekrarlanması halinde uyarılabilecek davranışların ağırlığını kazanan küçük ihlaller söz konusu olduğunda, uyarının genellikle zaman sınırlamalarına bağlı olmadığı açıktır. Uyarılar, kınamalar vb. hızlı belgelendirme için uygundur.

Uyarı süresi için sabit bir süre bulunmamakta ise de ilk derece mahkemelerinin içtihatlarında zaman zaman iki yıllık standart bir men süresi kabul edilmiştir⁷⁹. Buna karşılık, Alman Federal Mahkemesi'nin "Emmely" kararının ardından⁸⁰ literatürde, burada menfaatlerin karşılaştırılmasının bir parçası olarak işçi lehine vurgulanan uzun yıllar sorunsuz çalışma nedeniyle, uyarıların artık çok uzun süre tutulabileceğini ve etkisini kaybetmediği savunulmuştur⁸¹.

Alman Federal Mahkemesi, daha önceki içtihatlarında, performans alanındaki aksaklıklar ile güven alanındaki aksaklıklar arasında ayırım yapmıştır. Performans alanındaki aksaklıklar durumunda "düzenli olarak" uyarı yapılması gerekirken, güven alanında "genellikle" uyarıdan vazgeçilebilirdi⁸². Mahkeme 1990'ların sonunda haklı olarak bu görüşten vazgeçmiştir⁸³. "Performans alanı" ile "güven alanı" arasında bir ayırım yapılmasına yönelik herhangi bir yasal gösterge bulunmamaktadır. İlk bakışta, bir uyarı yoluyla zedelenmiş güvenin yeniden tesis edilmesinin genellikle söz konusu olmasa da işverenin bir uyarıdan sonra işçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini bekleyebileceği düşüncesi bu şekilde bir ayırma gidilmesini haklı kılmamaktadır⁸⁴. Bu

⁷⁸ BAG., 14.12.1994 - 5 AZR 137/94.

⁷⁹ LAG. Hamm., 14.05.1986 - 2 Sa 320/86.

⁸⁰ BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

⁸¹ **SCHRADER, Peter**, "Verwirkung der Abmahnung durch Zeitablauf?", NZA 2011 s. 182.

⁸² BAG., 04.04.1974 - 2 AZR 452/73; BAG., 30.11.1978 - 2 AZR 145/77.

⁸³ BAG., 04.06.1997 - 2 AZR 526/96.

⁸⁴ **ROLFS**, Rn. 251.

bakımdan uyarı, yalnızca performans alanındaki aksaklıklar durumunda değil, görev ihlalinin türüne bakılmaksızın genellikle gereklidir⁸⁵. Güven alanındaki görev ihlalleri durumunda bile, işten çıkarma kararı verilmeden önce genellikle bir uyarı yapılması gerekir. Bu durum, işçinin görev ihlalinin kontrol edilebilir davranışlarla ilgili olduğu ve güvenin yeniden tesis edilmesinin beklenebileceği her durumda geçerlidir⁸⁶. Aynı durum, işçinin davranışının sözleşmeyi ihlal etmediğini veya işveren tarafından iş ilişkisinin devamını tehlikeye atacak önemli bir davranış olarak değerlendirilmediğini makul bir şekilde varsayabilmesi halinde de geçerlidir⁸⁷.

Ayırt edici özellik, sözleşmeye bağlı bozulmanın ağırlığıdır⁸⁸. Uyarı şartı, işçinin kontrol edilebilir davranışları nedeniyle veya kontrol edilebilir davranışlarıyla ortadan kaldıracabileceği bir nedenle, yani güvenin yeniden tesis edilmesi beklenebiliyorsa, verilen her işten çıkarma için incelenmelidir⁸⁹. Prinsip olarak, işçinin gelecekteki davranışlarının, iş ilişkisinin devamı için sonuç tehdidi ile olumlu yönde etkilenebileceği varsayılabilir⁹⁰. Bu durum, örneğin işveren için küçük bir mali kayba yol açmış olsa bile, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin kasıtlı olmayan bir şekilde ihlal edilmesi halinde içtihat hukuku tarafından kabul edilmiştir⁹¹. Açık ve önemsiz olmayan ancak şirkette uzun süredir devam eden bir suistimal durumunda da bir uyarı gerekli olabilir⁹².

⁸⁵ BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 381/10; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG., 11.11.1988 - 2 AZR 215/88.

⁸⁶ BAG., 13.12.2018 - 2 AZR 370/18; BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 381/10; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG., 12.05.2010 - 2 AZR 845/08; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 283/08; BAG., 27.11.2003 - 2 AZR 692/02; BAG., 12.08.1999 - 2 AZR 923/98; BAG., 04.06.1997 - 2 AZR 526/96.

⁸⁷ BAG., 12.08.1999 - 2 AZR 923/98; BAG., 09.01.1986 - 2 ABR 24/85.

⁸⁸ **ROLFS**, Rn. 252.

⁸⁹ BAG., 04.06.1997 - 2 AZR 526/96; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08.

⁹⁰ BAG., 11.07.2013 - 2 AZR 994/12.

⁹¹ BAG., 07.12.2006 - 2 AZR 400/05.

⁹² BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; Kendisi tarafından gerçekleştirilen ameliyathane sırasında ameliyathanede özel telefon görüşmeleri yapan bir başhekimin davasında Federal İş Mahkemesi, görev ihlalinin ciddiyetine rağmen önceden bir uyarının gerekli olduğunu varsaymıştır: Hastane işletmecisi tartışmasız bir şekilde bir ameliyat sırasında iş telefon görüşmelerinin yapılmasına en azından müsamaha gösterdiğinden, özel görüşmeleri önceden uyarıda bulunmadan işten çıkarma

B. Uyarının Kaydedilmesi

İşçinin hatalı davranışından sonra daha uzun bir süre boyunca sözleşmeye uygun davranmış olması (Zaman Unsuru) ve münferit olayın koşullarından önceki hatalı davranışına artık güvenilemeyeceğinin anlaşılması (Durum Unsuru)⁹³ halinde uyarı hakkı kaydedilebilir. Bu durum, işverenin davranışlarıyla konuyu "örtbas ettiğini" ve uyarıda bulunma hakkını kullanmak istemediğini göstermesi veya örneğin işçiyi terfi ettirmesi halinde söz konusu olabilir. Önceki ihlalin türü ve ciddiyeti, gerekli sürenin uzunluğu konusunda önemli bir etkiye sahiptir. Bireysel durum her zaman belirleyicidir⁹⁴.

İşçi bir uyarıya karşı yasal yollara başvurmak zorunda değildir. Görev ihlaline daha sonra işten çıkarılmaya karşı koruma davası açarak itiraz edebilirler. Bu da tavsiye edilir, çünkü uyarıya karşı açılan hukuki davanın kaybedilmesi durumunda işçinin görev ihlali tespit edilmiş olur. Bir uyarı yanlış yapılmışsa, işçi özlük dosyasına eklenmek üzere bir karşı beyan yazabilir veya uyarının özlük dosyasından çıkarılmasını talep edebilir⁹⁵. Bu nedenle, örneğin uyarı resmi olarak uygun şekilde yapılmamışsa⁹⁶, gerçeğe aykırı iddialar içeriyorsa⁹⁷ ya da orantılı değilse⁹⁸ uyarının çıkarılması talep edilebilir.

gerekçesi olarak kullanmasına izin verilmemiştir (BAG., 25.10.2012 - 2 AZR 495/11); Özellikle güvenilir bir işçinin de başına gelebilecek küçük görev ihlallerinde bir uyarının gerekli olması halinde, işten çıkarma ancak önceki uyarının **ilgili** olması halinde sosyal açıdan haklı görülebilir (BAG., 13.12.2007 - 6 AZR 145/07). Bu, uyarının işlevlerinden kaynaklanmaktadır. Kural olarak, ancak işçinin doğrudan işten çıkarılmasına neden olan davranışı ile halihazırda uyarılmış olan davranışının karşılaştırılabilir olması halinde yerine getirilirler. Bunun nedeni, işçinin davranışının işten çıkarma hukuku ile ilgisini anlayabileceği varsayımı ve işçinin -tekrar tekrar hareket ettiği için- gelecekte de sözleşmenin gerektirdiği güvenilirlikten yoksun olacağı sonucuna varılmasının ancak benzer bir görev ihlali durumunda haklı görülmesidir (LAG. Hessen, 07.07.1997 - 16 Sa 2328/96).

⁹³ BAG., 14.12.1994 - 5 AZR 137/94.

⁹⁴ SCHMIDT, Rn. 28.

⁹⁵ VOSSEN, Rn. 414.

⁹⁶ BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08.

⁹⁷ BAG., 20.01.2015 - 9 AZR 860/13.

⁹⁸ BAG., 13.11.1992 - 5 AZR 74/91.

Bir uyarının varlığına ve gerçek gerekçelerine ilişkin ispat yükümlülüğü işverene aittir⁹⁹. İşçinin bir uyarıya mahkemede itiraz etmemesi halinde herhangi bir dezavantaja maruz kalmayacağı unutulmamalıdır. İşçi bunu yaparken uyarının içeriğinin doğruluğunu kabul etmemektedir. Bu nedenle işçi, daha önce itiraz etmemiş olsa bile, işten çıkarılmaya karşı koruma davasında uyarının geçersizliğini ileri sürebilir. Öte yandan, işçi uyarıya mahkemede itiraz etmişse ve uyarının haklı olduğu yasal olarak tespit edilmişse, görevi kötüye kullanma nedeniyle işten çıkarmaya karar veren mahkeme, genel res judicata ilkeleri uyarınca uyarıya ilişkin kararlar bağlidir. Nihayetinde, uyarı süreci yalnızca işverene fayda sağlamaktadır. Eğer uyarı zaten resmi nedenlerden dolayı geçersiz ise, işveren verilen uyarıyı geri çekecek ve resmi hatalardan kaçınarak yeniden verecektir. Uyarının içeriği haksızsa, işveren işten çıkarmayı buna dayandıramayacağını bilir. Uyarının haklı olması halinde, işveren artık işten çıkarmaya karşı koruma davalarında uyarıyı açıklamak ve kanıtlamak zorunda değildir, ancak ilgili karara atıfta bulunabilir. Bu durumda, işçi, işveren lehine delil elde etmek için bir prosedür yürütmüştür.

C. Uyarıdan Doğan Hakkın Kaybedilmesi

Bir uyarıdan doğan hak, işçinin uyarının ardından daha uzun bir süre sözleşmeyi ihlal etmeye devam etmesi veya işverenin itiraz etmeksizin başka görev ihlallerini kabul etmesi ve bu nedenle işçinin iş ilişkisinin devamına hazır olması halinde kaybedilebilir. Uyarıdan doğan hakkın kaybedilmesi halinde, davranışla ilgili nedenlerden dolayı işten çıkarma yeni bir uyarı gerektirir¹⁰⁰. Ancak, önceki uyarı işten çıkarılmanın önlenmesi sürecinde menfaatlerin nihai olarak karşılaştırılması açısından önemini korumaktadır¹⁰¹. Farklı uyarılar da dikkate alınmalıdır, çünkü bu bağlamda önemli olan yeni bir uyarının gerekliliği değil, işçinin genel davranışdır¹⁰².

⁹⁹ ULRICH/ULRICH, Rn. 331.

¹⁰⁰ BAG., 19.07.2012 - 2 AZR 782/11.

¹⁰¹ BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

¹⁰² NIEMANN, Rn. 29c.

İşverenin, işçinin görevini tekrar tekrar ihlal etmesi durumunda defalarca uyarıda bulunması ve iş hukuku kapsamında herhangi bir sonuç doğurmadan sadece işten çıkarma tehdidinde bulunması halinde, uyarının uyarı işlevi önemli ölçüde zayıflayabilir¹⁰³. Bir uyarı, ancak işçinin bu tehdidi ciddiye alması gerektiği takdirde, bir sonraki benzer görev ihlalinin işten çıkarma ile sonuçlanacağı konusunda işçiyi uyarma işlevini yerine getirebilir. Koşullara bağlı olarak, işten çıkarma yıllarca sadece tehdit edilmiş, ancak telaffuz edilmemişse artık durum böyle olmayabilir¹⁰⁴. O halde bu "boş" bir tehdittir. Eğer işveren uyarının uyarı işlevini bu şekilde zayıflatmışsa, fesih bildirimi yapılmadan önceki son uyarıyı özellikle güçlü yapmalıdır ("son uyarı", keskin uyarı tartışması, vs.)¹⁰⁵.

Bir şirketin sigara içme yasağını işçinin tekrar tekrar ihlal etmesi durumunda, Alman Federal Mahkemesi, 1996 ile 2009 yılları arasındaki dönemde, ikisi 2007 ve 2009 yıllarında olmak üzere dört uyarının, 2011 yılında verilen işten çıkarma kararı için gelecekteki olumsuz bir öngörünün temeli olarak yeterli olduğuna karar vermiştir¹⁰⁶. Bu bakımdan önceki uyarıların sayısı, bir uyarı mektubunun ifadesinin aksine ciddi bir uyarıdan yoksun olup olmadığını belirlerken özellikle önemlidir. Çalışma hayatında, sözleşmenin küçük ihlali olarak algılanan durumlarda işten çıkarma öncesinde birkaç - genellikle üç - uyarı yapılmasına ilişkin yaygın uygulama göz önüne alındığında, üçüncü uyarı genellikle "geçersiz" olarak kabul edilemez¹⁰⁷. İhtarnamede yer alan uyarı, işçiyi, işverenin geçmişte "hoşgörülü" davranmış olması nedeniyle belki de "adaletten önce merhamet göstereceği" umuduna açık bıraksa bile, bu durum ihtarnameyi geçersiz kılmaz¹⁰⁸. Aksi takdirde, durumu sakın ve makul bir şekilde değerlendiren ve genellikle daha yumuşak davranmaya meyilli olan işveren dezavantajlı duruma düşecektir¹⁰⁹.

¹⁰³ **HORCHER**, Michael, BeckOK BGB., Hrsg: Wolfgang Hau/Roman Poseck, 73. Edition, Stand: 01.02.2025 Beck Verlag, BGB § 626 Rn. 10; **ROLFS**, Rn. 245.

¹⁰⁴ 1983 ve 1999 yılları arasında işe geç başlama için yedi uyarı için bkz.: BAG., 15.11.2001 - 2 AZR 609/00.

¹⁰⁵ **ROLFS**, Rn. 245.

¹⁰⁶ BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11.

¹⁰⁷ BAG., 16.09.2004 - 2 AZR 406/03.

¹⁰⁸ **ROLFS**, Rn. 246.

¹⁰⁹ BAG., 16.09.2004 - 2 AZR 406/03.

Sonuç olarak uyarının zaman içinde etkisini yitirdiği, dolayısıyla zamanın geçmesi nedeniyle olumsuz öngörüğü haklı çıkarmak için artık uygun olmadığı unutulmamalıdır¹¹⁰. Bununla birlikte, bir uyarının etkilerinin sona erdiği standart bir süre belirlemek mümkün değildir. Bireysel vakanın koşulları belirleyici olup, uyarının verildiği suistimalin türü ve ciddiyeti rol oynamaktadır¹¹¹. Ancak küçük çaplı görev ihlallerinde uyarı en geç iki yıl sonra, ciddi durumlarda ise üç ila beş yıl arasında etkisini kaybedecektir¹¹².

II. UYARI GEREKTİRMEYEN HALLER

§ 323 II ile bağlantılı olarak § 314 II'de de ifade edilen orantılılık ilkesi uyarınca, bir uyarıdan sonra bile gelecekte bir davranış değişikliğinin beklenemeyeceği önceden fark edilebiliyorsa, bir uyarı gerekli değildir. Bir uyarıdan sonra bile gelecekte bir davranış değişikliğinin beklenemeyecek olması veya yükümlülük ihlalinin o kadar ciddi olması ki işçi tarafından dahi kabulünün bile objektif standartlara göre makul olmaması halinde uyarı gerekli görülmez¹¹³. Bölüm 323 II'ye benzer şekilde, bir uyarı başarı vaat etmiyorsa vazgeçilebilir¹¹⁴. Bu durum, özellikle işçinin sözleşmeye uygun davranamayacağı veya davranmak istemeyeceği anlaşılabiliyorsa varsayılabilir¹¹⁵. Diğer bir deyişle, özellikle ciddi ihlaller söz konusu olduğunda, bir uyarı genellikle gerekli değildir, çünkü bu durumlarda genellikle görevi ihlal eden davranışın bir iş ilişkisi için gerekli olan güveni kalıcı olarak yok ettiği varsayılabilir¹¹⁶. Örneğin, çalışma saatlerine ilişkin kasıtlı olarak yanlış beyanda bulunulması ya da önemsiz olmayan birden fazla yanlış kayıt tutulması durumunda genellikle bir başka başarısız uyarıya gerek yoktur¹¹⁷.

¹¹⁰ ULRICH/ULRICH, Rn. 330.

¹¹¹ BAG., 19.07.2012 - 2 AZR 782/11; BAG., 18.11.1986 - 7 AZR 674/8417; BAG., 13.10.1988 - 6 AZR 144/85; BAG., 21.02.1957 - 5 AZR 555/73.

¹¹² ULRICH/ULRICH, Rn. 330.

¹¹³ BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13; BAG., 25.10.2012 - 2 AZR 495/11.

¹¹⁴ BAG., 19.04.2007 - 2 AZR 180/06; BAG., 12.05.2010 - 2 AZR 845/08.

¹¹⁵ BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13.

¹¹⁶ BAG., 21.06.2001 - 2 AZR 30/00.

¹¹⁷ LAG. RP., 15.11.2012 - 10 Sa 270/12.

Bahsi geçen soyut hususlar ilke olarak hem güven ihlali hem de performans alanında geçerlidir¹¹⁸. Bununla birlikte, performans alanındaki görev ihlalleri durumunda bunların uygulanması genellikle bir uyarıya ihtiyaç duyulmasına neden olurken¹¹⁹, güven alanındaki görev ihlalleri işçiye uyarı yapılmaksızın olağanüstü fesih hakkı verebilir¹²⁰. Ancak, işçinin davranışının sözleşmeyi ihlal etmediğini veya işveren tarafından iş sözleşmesinin devamını tehlikeye atan ciddi bir davranış olarak görülmediğini makul bir şekilde varsayabilmesi halinde bu durum geçerli değildir¹²¹. Güven alanındaki bozulma işçinin kontrol edilebilir davranışlarına dayanıyorsa ve gerçekler güvenin yeniden tesis edileceğini gösteriyorsa, bu takdirde bir uyarı gereklidir¹²². Belirleyici faktör her zaman görev ihlalinin ciddiyetidir¹²³, çünkü ciddi ihlaller durumunda güvenin yeniden tesis edilmesini haklı göstermek mümkün olmayacaktır¹²⁴.

Meslektaşlar arasındaki saldırılar ya da hakaretler zaten sadece performans alanına atfedilemez¹²⁵. Her durumda söz konusu görev ihlalinin ağırlığı yalnızca görev ihlalinin kendisine ve işlendiği koşullara, yani özellikle niteliğine ve kapsamına, (olası) sonuçlarına, kusur derecesine ve meydana geldiği duruma göre belirlenir; daha önce engellenmemiş bir iş ilişkisi veya sonradan gösterilen pişmanlık gibi menfaatlerin daha fazla karşılaştırılmasına konu olabilecek diğer koşullar dikkate alınmaz¹²⁶.

Münferit olayda bir uyarının umut verici olarak değerlendirilemeyeceği anlamına gelen özel koşullar varsa benzer bir uyarıya gerek yoktur¹²⁷. Eğer işçi davranışının sözleşmeye aykırı olduğunu biliyor, ancak buna rağmen inatla görev ihlallerine devam

¹¹⁸ BAG., 12.05.2010 - 2 AZR 845/08.

¹¹⁹ BAG., 17.02.1994 - 2 AZR 616/93.

¹²⁰ BAG., 19.04.2007 - 2 AZR 180/06.

¹²¹ BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

¹²² BAG., 04.06.1997 - 2 AZR 526/96; BAG., 21.06.2001 - 2 AZR 30/00.

¹²³ BAG., 11.03.1999 - 2 AZR 427/98; BAG., 02.03.2006 - 2 AZR 53/05.

¹²⁴ NIEMANN, Rn. 29c.

¹²⁵ BAG., 06.10.2005 - 2 AZR 280/04.

¹²⁶ BAG., 20.05.2021 - 2 AZR 596/20.

¹²⁷ BAG., 12.05.2010 - 2 AZR 845/08.

ediyorsa, uyarının uyarı işlevi etkisizdir. İşçi davranışını değiştirmeye açıkça isteksiz olduğundan, işveren bir uyarıda bulunsun bile görev ihlallerinin devam etmesini beklemek zorunda kalacaktır¹²⁸. Örneğin, çalışma saatleri içerisinde aşırı internet kullanımının sözleşmeden doğan asli ve tali yükümlülüklerinin önemli ölçüde ihlaline yol açacağı her işçi için açık olmalıdır. Bu nedenle, bu tür durumlarda herhangi bir uyarı gerekmemektedir¹²⁹. Buna göre, özellikle ciddi ihlaller uyarı gerektirmez, çünkü işçi en başından itibaren davranışının onaylanmasını bekleyemez ve işini riske attığının farkında olmalıdır¹³⁰. Dolayısıyla, harcama konusundaki sahtekarlıklar, vekaletnamelerin ve tasarruf seçeneklerinin kötüye kullanılması veya zimmete para geçirme durumunda uyarıdan vazgeçilebilir¹³¹. Gelecekte sözleşmeye uyulması, güven ilişkisinde meydana gelen sarsıntı ya da yıkımı artık ortadan kaldıramaz¹³². Bu nedenle, güven alanı üzerinde ciddi bir etkisi olan bir görev ihlali genellikle önceden bir uyarı gerektirmeyecektir¹³³.

Uyarı uygun bir araç değilse veya sözleşmenin devamı için olumsuz bir öngörüğü haklı çıkarmak için uygun değilse gerekli değildir (bkz. BGB Madde 323 (2) ile bağlantılı olarak Madde 314 (2)). Uyarı ancak amaçlanan başarıyı (davranış değişikliği veya işçinin uyarılması) teşvik edebiliyorsa uygun bir araçtır. Fiziksel, kişilikle ilgili, yasal veya diğer nedenlerle (örneğin sağlık sorunları nedeniyle düşük performans,

¹²⁸ BAG., 18.05.1994 - 2 AZR 626/93; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 606/08.

¹²⁹ BAG., 07.07.2005 - 2 AZR 581/04.

¹³⁰ BAG., 27.01.2011 - 2 AZR 825/09.

¹³¹ NIEMANN, Rn. 29e.

¹³² BAG., 21.04.2005 - 2 AZR 255/04.

¹³³ BAG., 10.02.1999 - 2 ABR 31/98; BAG., 16.12.2010 - 2 AZR 485/08; ancak bakınız BAG., 26.06.2008 - 2 AZR 190/07; BINKER, Gerhard, "Die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit der Abmahnung vor verhaltensbedingten Kündigungen", NZA 2016, s. 721.

entellektüel veya sanatsal yetenek eksikliği) değiştirilemeyen bir işçinin davranışı nedeniyle uyarılmasına gerek yoktur^{134, 135}

¹³⁴ İstisnai olarak, özel sorumluluk üstlenmiş kıdemli bir işçinin gözetiminin özellikle ciddi zararlara yol açma olasılığı varsa ve işveren bu tür davranışların ve sonuçlarının olasılıklarını sınırlamak için elinden geleni yapmışsa, önceden uyarı yapılmaksızın tek bir ihmalkâr hata durumunda olağanüstü işten çıkarmaya bile izin verilebilir (BAG., 04.07.1991 - 2 AZR 79/91).

¹³⁵ İçtihat hukukundan münferit vakalar: Merkezi sağlık ve güvenlik düzenlemelerinin kasıtlı olarak ihlal edilmesi durumunda uyarıdan vazgeçilebilir (LAG. Hamm., 17.11.1989 - 12 Sa 787/89); işçinin hasta olmamasına veya objektif kanıtlara dayanarak hasta hissetmek için bir nedeni olmamasına rağmen, belirli bir zamanda izin verilmemesi veya onaylanan iznin uzatılmaması durumunda iş göremezlik tehdidi (BAG., 05.11.1992 - 2 AZR 147/92); ısrarlı, inatçı ve makul olmayan bir şekilde çalışmayı reddetme (BAG., 18.05.1994 - 2 AZR 626/93); uzun süredir görevlerini düzgün bir şekilde yerine getiriyormuş gibi davranma (BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 284/10), örneğin bir yıldan fazla süren suistimalleri örtbas etmek için dosyaları manipüle ederek (BAG., 23.01.2014 - 8 AZR 130/13); çalışma süresi kayıtlarında kasıtlı manipülasyon (BAG., 12.08.1999 - 2 AZR 832/98; BAG., 24.11.2005 - 2 AZR 39/05); kadın meslektaşlara, stajyerlere ve hatta reşit olmayanlara cinsel taciz (BAG., 09.01.1986 - 2 ABR 24/85; 26.09.2013 - 2 AZR 741/12; LAG. Hessen, 27.02.2012 - 16 Sa 1357/11; LAG Mecklenburg-Vorpommern, 05.03.2020 - 5 TaBV 9/19; istisnai bir durumda BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 ve muhtemelen ayrıca BAG., 20.05.2021 - 2 AZR 596/20; çünkü işçi daha sonra iş arkadaşının cinsel tacizinden pişmanlık duymuş ve tekrarlama riski olmadığını belirtmiştir); yabancı düşmanı ve antisemitik arka plana sahip hakaretler (BAG., 01.07.1999 - 2 AZR 676/98); işverene, temsilcilerine veya temsilcilerine ve iş arkadaşlarına yönelik ağır hakaretler (BAG., 05.12.2019 - 2 AZR 240/19); kasıtlı olarak gerçek dışı, karalayıcı gerçek ifadeleri (BAG., 16.12.2021 - 2 AZR 356/21); müşteri ile teması olan bir işçi tarafından Nasyonal Sosyalist suçların, özellikle Holokost'un önemsizleştirilmesi veya inkarı (LAG Bln-Bbg., 17.01.2020 - 9 Sa 434/19 [olağanüstü işten çıkarma]); mülkiyet ve maddi suçlar, örneğin işverenin değersiz olduğu iddia edilen mallarının üçüncü şahıslara satılması (BAG., 10.02.1999 - 2 ABR 31/98), son kullanma tarihinin geçmesi nedeniyle satılamayan yiyeceklerin çalınması (BAG., 11.12.2003 - 2 AZR 36/03) veya sigara paketlerinin çalınması (BAG., 21.06.2012 11.12.2003 - 2 AZR 153/11); kasıtlı gider dolandırıcılığı (BAG., 11.07.2013 - 2 AZR 994/12; ayrıca bkz. BAG., 10.12.2020 - 2 AZN 82/20); işyerinde özellikle iş arkadaşlarına veya müşterilere yönelik bedensel zarar verme (LAG. Hessen, 30.03.2000 - 5/8 Sa 1230/99; gece nöbeti sırasında bakıma muhtaç kişilere karşı önemli ölçüde fiziksel şiddet uygulayan bir geriatri hemşiresi ile ilgili); tıbbi olarak onaylanmış bir iş göremezlik sırasında ikincil bir faaliyetin uygulanması (BAG., 26.08.1993 - 2 AZR 154/93); bir amirin damgası ve isim kısaltması kullanılarak ikincil bir faaliyetin "kendi kendine yetkilendirilmesi" (BAG., 27.02.2020 - 2 AZR 570/19); para ve rüşvet hediyelerinin kabulü (BAG., 15.11.2001 - 2 AZR 605/00).

Olumsuz öngörüü haklı çıkarmaya (gerekçelendirmeye) uygun olmayan durumlarda da uyarıdan vazgeçilebilir¹³⁶. Bu durum, başarı vaat etmiyorsa, yani işçinin davranışında bir değişiklik meydana getirmeye uygun değilse veya bir uyarı söz konusuysa geçerlidir. Bu, ilgili görev ihlalinin halihazırda açık ve net bir olumsuz öngörüye izin verip vermediğine bağlı olup görev ihlalinin niteliğinden ve işçinin görev ihlali sırasındaki davranışlarından kaynaklanabilir. Bu nedenle, işçinin ısrarlı ve inatçı görev ihlalleri durumunda bir uyarı gerekli değildir¹³⁷. Aynı durum, işverenin bunları kabul etmeyeceğinin işçi tarafından kolayca fark edilebildiği görev ihlalleri için de geçerlidir (Örneğin, bir güven pozisyonunda ciddi görev ihlalleri veya kasıtlı suistimal durumunda)¹³⁸. Kural olarak, bunlar bildirimsiz feshin de mümkün olduğu durumlardır. İşçinin davranışlarını değiştirmek istemediğini beyan etmesi halinde de durum farklı değildir¹³⁹. Bu durumda, işçinin gelecekte başka sözleşme ihlalleri gerçekleştireceği açıktır. Olağanüstü gergin bir kişisel durumda, işveren için herhangi bir zararlı sonucu olmayan tek seferlik görev ihlallerinden de ayırt edilmelidir¹⁴⁰.

Bir ilkokul öğretmenin, dersi aksatan birinci sınıf öğrencilerinin ağızlarını seloteyp ile bantlaması durumunda, Alman Federal Mahkemesi bunun bir eğitimci olarak görevlerinin o kadar ciddi bir ihlalini teşkil ettiği görüşündedir ki, uyarı yapılmasa bile işten çıkarma haklı görülebilir¹⁴¹. İş arkadaşlarına vibratör "hediye etmek", alıcıların bu tür uyarıcı eğlencelere ihtiyaç duyduğunu gösterdiğinden onları cinsel

¹³⁶ ULRİCH/ULRİCH, Rn. 327.

¹³⁷ BAG., 13.12.2018 - 2 AZR 370/18; BAG., 23.08.2018 - 2 AZR 235/18;; BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11; BAG., 23.10.2014 - 2 AZR 865/13; BAG., 25.10.2012 - 2 AZR 495/11; BAG., 28.10.2010 - 2 AZR 293/09; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG., 12.05.2010 - 2 AZR 845/08; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 283/08; BAG., 12.01.2006 - 2 AZR 21/05; BAG., 18.05.1994 - 2 AZR 626/93; BAG., 09.08.1984 - 2 AZR 400/83.

¹³⁸ BAG., 20.10.2016 - 6 AZR 471/15; BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13; BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11; BAG., 12.01.2006 - 2 AZR 21/05; BAG., 12.08.1999 - 2 AZR 923/98; BAG., 10.02.1999 - 2 ABR 31/98; BAG., 01.07.1999 - 2 AZR 676/98; BAG., 18.05.1994 - 2 AZR 626/93; BAG., 10.11.1988 - 2 AZR 215/88.

¹³⁹ BAG., 18.05.1994 - 2 AZR 626/93; BAG., 17.02.1994 - 2 AZR 616/93; BAG., 12.07.1984 - 2 AZR 320/83; BAG., 28.10.1971 - 2 AZR 15/71.

¹⁴⁰ BAG., 13.06.2002 - 2 AZR 234/01.

¹⁴¹ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

olarak taciz edebilir¹⁴², ancak somut olayda işten çıkarmanın sosyal gerekçelendirmesi için yeterli değildir¹⁴³.

III. UYARININ ŞEKLİ

Uyarı gayri resmidir¹⁴⁴. Bu nedenle sözlü olarak da verilebilir. Bireysel ya da toplu sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, herhangi bir şekil şartı aranmaz¹⁴⁵. Bu durum, BGB. madde 623'te fesih bildirimleri için kurucu yazılı formun getirilmesiyle değişmemiştir¹⁴⁶. Madde 314 II BGB ile ilgili olarak başka hiçbir şey geçerli değildir¹⁴⁷. İhtar BGB. madde 1 I veya madde 626 I uyarınca geçerli olan davranışa bağlı nedenlerle fesih gerekçesinin bir parçası olduğundan ve bu nedenle bir anlaşmazlık durumunda varlığı işveren tarafından kanıtlanması gerektiğinden ihtarın yazılı olarak yapılması tavsiye edilmektedir¹⁴⁸.

"Uyarı" olarak etiketlenmesi gerekmez, ancak içerik gerekliliklerini karşılaması gerekir¹⁴⁹. Sadece ihbarda bulunma yetkisine sahip olanlar değil, iş sözleşmesi kapsamında borçlu olunan iş ediminin yeri, zamanı ve şekline ilişkin bağlayıcı talimatlar verebilen tüm işçiler de uyarıda bulunma hakkına sahiptir. Daha önce de ifade edildiği üzere bilgilendirme işlevi nedeniyle, işçinin bundan haberdar edilmiş olması gerekir; bu nedenle işveren uyarının işçi tarafından alınmasını sağlamalıdır. Yabancı işçiler söz konusu olduğunda, uyarının tercüme edilmesi tavsiye edilebilir.

İşveren yazılı formu seçerse, BGB. madde 126'nın gerekliliklerini yerine getirmesi gerekmez, özellikle de uyarıyı imzalaması gerekmez. Sadece uyarının yetkili bir kişi, özellikle de bir amir tarafından yapıldığının işçi tarafından anlaşılabilir olması gerekir¹⁵⁰. İşveren hangi işçinin görev ihlalinde bulunduğunu henüz bilmiyorsa (burada: bir süpermarkette tekrarlanan hırsızlıklar), bir duyuru yayınlayarak

¹⁴² LAG. Düsseldorf, 19.12.2023 - 3 Sa 210/23.

¹⁴³ ROLFS, Rn. 258.1.

¹⁴⁴ SCHMIDT, Rn. 20.

¹⁴⁵ BAG., 13.11.1991 - 5 AZR 74/91.

¹⁴⁶ VOSSEN, Rn. 366.

¹⁴⁷ GOTTHARDT, Rn. 208.

¹⁴⁸ VOSSEN, Rn. 366.

¹⁴⁹ SCHMIDT, Rn. 20.

¹⁵⁰ ROLFS, Rn. 240.

"ilgililere" bir uyarıda bulunmak da mümkün olmalıdır¹⁵¹. Ancak uyarının önceden tahmin edilip edilemeyeceği ve ne ölçüde tahmin edilebileceği aynı şekilde değerlendirilmemektedir¹⁵². Genel olarak, işverenin belirli davranışların işten çıkarma nedeni olduğunu belirttiği bir duyuru panosundaki bir bildirim, bireysel bir uyarının yerini alamaz. Bildirimin meydana gelen belirli bir suistimale atıfta bulunması halinde durum farklıdır. Örneğin, sağlık ve güvenlik düzenlemelerinin belirli bir alanda çalışanlar tarafından sürekli olarak göz ardı edilmesi halinde, duyuru panosuna "ilgili herkese" yönelik bir uyarı ilanı asılabilir. İhtarın uyarı işlevi, görev ihlali tespit edilmişse ancak işten çıkarma başka nedenlerle, örneğin önceden uyarı yapılmadığı için etkisizse, önceki etkisiz işten çıkarmayı da yerine getirir¹⁵³.

IV. UYARININ İÇERİĞİ

Bir uyarının içeriği işlevinden kaynaklanmaktadır. Kesin olarak belirtilen hatalı davranışın kınanmasına ek olarak (kınama işlevi) tekrarı halinde iş ilişkisinin devamının veya içeriğinin risk altında olduğuna dair bir uyarı içermelidir (işten çıkarma yasası uyarınca uyarı işlevi)¹⁵⁴. İşveren, işçinin hangi hatalı davranışını onaylamadığına ve onaylıyorsa bu nedenle sözlü veya yazılı bir uyarıda bulunup bulunmayacağına karar vermekte özgürdür. Benzer suistimalleri veya farklı suistimal türlerini özetleyebilir. Daha uzun bir süreye yayılan bir davranış söz konusuysa, uyarıda bulunup bulunmayacağına ve bulunacaksa hangi sürelerle ilişkin olarak uyarıda bulunacağına karar vermekte de serbesttir¹⁵⁵. Bununla birlikte, ilgili kişi uyarı mektubundan ne ile suçlandığını, gelecekte davranışlarını nasıl düzenlemesi gerektiğini ve uygun şekilde davranmazsa hangi yaptırımlarla karşılaşacağını yeterli açıklıkta çıkarabilmelidir¹⁵⁶. "İş barışının bozulması", "güvenilmezlik", "çalışma

¹⁵¹ LAG. Köln, 06.08.1999 - 11 Sa 1085/98.

¹⁵² LAG. Hessen, 23.10.2015 - 10 Sa 254/15; LAG. Rheinland-Pfalz, 20.03.2014 - 2 TaBV 18/13; LAG. Düsseldorf, 15.08.2012 - 12 Sa 697/12; LAG. Hamm., 16.12.1982 - 10 Sa 965/82; LAG. Köln, 06.08.1999 - 11 Sa 1085/98; BAG., 05.04.2001 - 2 AZR 580/99.

¹⁵³ BAG., 31.08.1998 - 2 AZR 13/89.

¹⁵⁴ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

¹⁵⁵ BAG., 14.12.1994 - 5 AZR 137/94.

¹⁵⁶ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

isteksizliği" gibi ifadeler yeterli değildir¹⁵⁷. Başka bir deyişle, işveren şikayet edilen olayları tam olarak tanımlamalı¹⁵⁸, bunları özellikle tarih ve varsa saatiyle birlikte açıklamalıdır. Bu şekilde işçinin haksız suçlamalara karşı savunma yapabilmesine de imkan tanınmış olur.

Somutlaştırma gereklilikleri işverenin bilebildiklerine dayanmaktadır. Performans düşüklüğü durumunda, diğer işçilerin performansının önemli ölçüde gerisinde kalması ile işverenin kendi görüşüne göre işçinin görevini ihlal ederek potansiyelini yerine getirmediği yönündeki şikayeti gündeme gelecektir. Bunun gerçekten böyle olup olmadığı, Federal İş Mahkemesi'nin düşük performans nedeniyle işten çıkarmalar için belirlediği ilkelere uygun olarak uyarı sürecinde açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁵⁹. Daha önce de belirtildiği üzere tehditte "işten çıkarma" kelimesinin kullanılması şart değildir. İşverenin tehdidin tekrarı halinde iş ilişkisinin içeriğinin ya da varlığının tehlikeye gireceğini açıkça belirtmesi yeterlidir. Bunu yaparken, işveren genellikle "iş hukuku kapsamındaki sonuçlar" ile tehdit etmekle yetinebilir, çünkü bu tek başına işçinin de fiilin tekrarı halinde iş ilişkisinin sona erdirilmesini beklemesi gerektiğini ifade eder¹⁶⁰. Bununla birlikte, başka bir sözleşme ihlali durumunda sözleşmeyi feshetmeye (veya değiştirmeye) karar veren herkes, bunu kendi çıkarları açısından açık bir şekilde belirtmelidir¹⁶¹.

Bir uyarının etkili olabilmesi için içeriğinin spesifik olması gerekir, çünkü işçiye içerik, yer, zaman ve ilgili kişiler açısından tam olarak tanımlanan hatalı davranışını değiştirmesi talimatı verilmelidir¹⁶². Bu nedenle işveren, şikayet edilen işçinin kötü davranışını tam olarak tanımlamalıdır¹⁶³. Bunu yaparken, ihmal edilmemesi gereken görev, spesifik ihlalden bağımsız olarak genel bir şekilde tanımlanmak zorunda

¹⁵⁷ BAG., 27.11.2008 - 2 AZR 675/07.

¹⁵⁸ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

¹⁵⁹ BAG., 27.11.2008 - 2 AZR 675/07.

¹⁶⁰ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

¹⁶¹ SCHMIDT, Rn. 21.

¹⁶² VOSSSEN, Rn. 350.

¹⁶³ BAG., 17.02.1994 - 2 AZR 616/93; LAG. Köln, 19.04.2018 - 7 Sa 625/17; LAG. RhPf., 07.02.2019 - 5 Sa 250/18.

değildir¹⁶⁴. Genel değerlendirmeler ve kapsamlı suçlamalar ne belgeleme ne de bildirim işlevini yerine getirir¹⁶⁵. İşveren, davranışının sözleşmeye aykırı olduğunu düşündüğünü işçiye açıkça belirtmelidir¹⁶⁶.

V. UYARININ İŞLEVİ

İşveren görevi kötüye kullanma nedeniyle bir uyarıda bulunmuşsa aynı fiile dayanarak iş sözleşmesini feshedemeyecektir¹⁶⁷. İşveren bir uyarıda bulunarak, uyarının dayandırıldığı nedenlerle sözleşmeyi feshetme hakkından feragat etmiş olur¹⁶⁸. Alman Federal Mahkemesi'ne göre bu durum, işverenin işçiye işten çıkarmanın dayandığı hatalı davranış konusunda daha önce uyarılmış olması halinde, Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSChG) Madde 1 (1) uyarınca bekleme süresi içinde işverenin halihazırda vermiş olduğu bir işten çıkarma kararı için de geçerlidir. Feshe Karşı Koruma Kanunu iş ilişkisi için geçerli olmasa bile, işveren belirli bir nedenle işten çıkarma işleminden feragat edebilir ve bunun sonucunda fesih hakkı sona erer. Bu durumlarda işten çıkarma için işveren tarafından herhangi bir sosyal gerekçe sunulması ve kanıtlanması gerekmez de, işveren düzenli olarak Feshe Karşı Koruma Kanunu kapsamı dışında bile olgusal koşullarla bildirim yapmaya motive edilmektedir. Eğer işveren iş sözleşmesini ihtarname ile doğrudan bağlantılı olarak feshederse, bu durum feshin ihtarnamenin verildiği görev ihlalinin kaynaklandığını gösterir. İşçiye işten çıkarmak için başka nedenlerin olduğunu kanıtlamak ise işverene düşmektedir¹⁶⁹. Feshe Karşı Koruma Kanunu geçerli olmadığından, bu nedenlerin işten çıkarmayı sosyal açıdan haklı çıkarmaya uygun olup olmadığı önemsizdir¹⁷⁰. Bununla birlikte, işverenin kınama cezasının, görev ihlalinin uyarı ile "çözüme kavuşturulduğunu" düşündüğünü açıkça belirtmesi her zaman

¹⁶⁴ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11.

¹⁶⁵ BAG., 27.11.2008 - 2 AZR 675/07; ArbG. Dresden, 24.02.2004 - 7 Ca 5000/03; ArbG. Zwickau, 10.09.2003 - 4 Ca 341/03.

¹⁶⁶ VOSSEN, Rn. 350.

¹⁶⁷ ULRICH/ULRICH, Rn. 329.

¹⁶⁸ BAG., 19.11.2015 - 2 AZR 217/15; BAG., 13.05.2015 - 2 AZR 531/14.

¹⁶⁹ ULRICH/ULRICH, Rn. 330

¹⁷⁰ BAG., 13.12.2007 - 6 AZR 145/07.

gereklidir¹⁷¹. Bu bakımdan uyarının yapılmasından sonra işveren tarafından yeni bir olgu ortaya çıkmadıysa ya da bilinmiyorsa işveren işçiyi (yalnızca) uyarılan davranışa dayanarak işten çıkaramaz¹⁷². İşverenin bir uyarı ile bağlı olması, iş sözleşmesini yalnızca kınadığı davranış nedeniyle feshedemeyeceği anlamına gelir¹⁷³. Uyarıyla birlikte işten çıkarma hakkından zımnen feragat edilmiştir¹⁷⁴. Bunun nedenleri önemsizdir¹⁷⁵. Bu durum, örneğin bekleme süresinin bitiminden önce olağan bir işten çıkarma olduğu için bir uyarı gerekli olmasa bile geçerlidir¹⁷⁶. Ancak uyarının kendisi veya koşullar işverenin meseleyi uyarı ile "çözüme kavuşturduğunu" düşünmediğini gösteriyorsa farklı olmalıdır¹⁷⁷. Uyarılan görev ihlali genellikle bir fesih nedeni olarak kullanılmaz. Yeni bir ihlalden sonra işten çıkarmayı haklı göstermek için kullanılabilir¹⁷⁸. Davranışla ilgili nedenlerle işten çıkarma, sonuçsuz bir uyarı gerektirir¹⁷⁹. Ancak ihtar ile işveren sadece ihtarın verildiği anda var olan ve bilinen nedenlerle ilgili olarak fesih hakkından feragat eder.

Bir uyarı yanlışlıkla ihmal edilmişse, davranışla ilgili olağan işten çıkarma § 1 II 1 uyarınca sosyal hukuka aykırıdır ve bu nedenle § 1 I uyarınca geçersizdir. Uyarı, dogmatik olarak işten çıkarmanın olgusal gerekçesinin bir parçasıdır¹⁸⁰. Bunun nedeni, bir uyarının gerekli olması halinde, fesihle ilgili olguların ancak ihlalin tetikleyici unsurundan önce bir uyarının yapılmış olması halinde tamamlandığı bir ihlalin söz konusu olmasıdır. Örneğin, sadece hastalığını geç bildirdiği için davranışsal nedenlerle işten çıkarma yoluna başvurması -işçinin hastalığını hemen bildirmediğinde beklenen iş göremezlik süresi hakkında yanlış bilgi vermesi (bkz. Bölüm 5 I 1 EFZG), ancak işverenin bu yanlış bilgi nedeniyle

¹⁷¹ BAG., 19.11.2015 - 2 AZR 217/15; BAG., 13.05.2015 - 2 AZR 531/14; BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08; BAG., 02.02.2006 - 2 AZR 222/05; BAG., 06.03.2003 - 2 AZR 128/02.

¹⁷² BAG., 06.03.2003 - 2 AZR 128/02; BAG., 19.11.2015 - 2 AZR 217/15.

¹⁷³ BAG., 13.12.2007 - 6 AZR 145/07.

¹⁷⁴ BAG., 13.05.2015 - 2 AZR 531/14.

¹⁷⁵ BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08.

¹⁷⁶ BAG., 13.12.2007 - 6 AZR 145/07.

¹⁷⁷ BAG., 19.11.2015 - 2 AZR 217/15.

¹⁷⁸ BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08.

¹⁷⁹ BAG., 06.03.2003 - 2 AZR 128/02.

¹⁸⁰ ArbG. Hildesheim, 30.05.2001 - 3 Ca 261/01; HOYNİNGEN-HUENE, s. 199.

kendisine sadece bir uyarı vermesi durumunda- fesih uyarınca sosyal olarak haklı görülmez¹⁸¹.

VI. UYARI VE FESİH ARASINDAKİ İLİŞKİ

Uyarının önemi esasen fesih hakkından kaynaklanmaktadır; kural olarak, *fesih* nedeni işçinin kontrol edilebilir davranışlarıyla ilgiliyse, şirketin küçüklüğü nedeniyle KSchG uygulanmıyorsa (KSchG Madde 23 (1)) veya bekleme süresi yerine getirilmemişse (KSchG madde 1 (1)), işverenin *olağan feshinden* önce bir uyarı yapılmalıdır¹⁸². Orantılılık ilkesine göre, gelecekte sözleşme ihlalini ortadan kaldırmak için daha hafif başka uygun araçlar varsa, işten çıkarma haklı değildir. Bu § 314 BGB.'den kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, kiliseye bağlı şirketlerde veya *eğilimli* şirketlerde ve ayrıca mesleki *eğitim* sözleşmelerinin geçerli olduğu iş ilişkilerinin olağanüstü feshinden önce de bir uyarı gereklidir. Federal Adalet Divanı'na göre, bir şirketin kurumsal organının (yönetim kurulu, genel müdür) bir temsilcisinin olağanüstü feshinden önce bir uyarı gerekli değildir¹⁸³.

Daha hafif bir önlem olarak, olağanüstü fesihten önce her zaman bir uyarı yapılmalıdır¹⁸⁴. Uyarı fikri, 314. madde 2. fıkrada kanunen standart hale getirilmiştir ve bu nedenle sürekli yükümlülüklerin sona erdirilmesi için genel bir gerekliliktir. Kodifikasyonun bir sonucu olarak, tüm olağanüstü fesihlerden önce her zaman bir uyarı yapılması gerekip gerekmediği sorusu, BGB. m. 626 bağlamında yeni bir bakış açısıyla ortaya çıkmaktadır. Doktrinde ifade edilen görüşler uyarı gerekliliğinin genel kabul gördüğüne açıkça işaret etmektedir¹⁸⁵. Ancak, 314 (2). maddenin 2. cümlesinde 323 (2). maddeye yapılan atıf, uyarı gerekliliğinin istisnasız olarak uygulanmayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle daha önce m. 626 için geliştirilen ilkeler devam ettirilebilir. Buna göre, bir uyarı ancak kendisiyle amaçlanan ikinci şansın da gerçekleştirilebilmesi halinde gereklidir. Dolayısıyla, 626. maddenin gerektirdiği haklı neden, işten çıkarılacak kişinin kontrol edilebilir

¹⁸¹ LAG. RhPf., 18.12.2009 - 6 Sa 1239/09.

¹⁸² BAG., 28.06.2007 - 6 AZR 750/06.

¹⁸³ BGH., 02.07.2007 - II ZR 71/06.

¹⁸⁴ HENSSLER, Rn. 88.

¹⁸⁵ GOTTHARDT, Michael, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, C.H.Beck Verlag, 2. Auflage, 2003, s. 240 vd.

davranışlarıyla ilgili olmalıdır¹⁸⁶. Aksi takdirde uyarı, amaçtan yoksun olması nedeniyle gereksizdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere bir uyarıdan sonra bile gelecekte bir davranış değişikliğinin beklenemeyeceği önceden belliyse veya görev ihlali o kadar ciddiyse, işverenin bunu objektif standartlara göre ilk kez bile kabul etmesi makul olarak beklenemezse ve bu nedenle işçi için bile açıkça imkansızsa, uyarıdan feragat edilebilir¹⁸⁷. İfa alanındaki, faaliyet alanındaki ve güven alanındaki görev ihlalleri arasında daha önce geçerli olan ayırım bulanıktır ve ayrıca konunun özüne inmemektedir¹⁸⁸.

Güvenin yeniden tesis edilmesi beklenabiliyorsa, güven alanında bozulmalar olması halinde de uyarı gereklidir¹⁸⁹. Uyarı, davranışsal nedenlerle işten çıkarmalarda merkezi bir uygulama alanına sahiptir. Ancak, aynı durum kişisel nedenlerle işten çıkarmalar için de geçerlidir: Kişisel uygunluğu kontrol etmek mümkün olduğu ölçüde, bir uyarı yapılmalıdır¹⁹⁰. Örneğin, bir işçinin iş ilişkisi için gerekli nitelikleri kısa vadede daha ileri eğitim tedbirleri yoluyla kazanabileceği düşünülebilir¹⁹¹. Bu durumda da uyarı gerekli olmalıdır.

Davranışsal işten çıkarmalarda, iş ilişkisinin devamının ancak istisnai durumlarda önceden bir uyarı yapılmaksızın makul olmadığı varsayılabilir¹⁹². Sözleşme ihlali halihazırda gerçekleşmiş olduğundan, haklı nedenin incelenmesi de iş ilişkisinin gelecekte nasıl gelişeceğine bağlıdır. Bu nedenle, tekrarlama riskinin merkezi bir rol oynadığı konusunda bir olumsuz prognoz (olumsuz öngörü) kararı verilmelidir¹⁹³. Orantılılık ilkesi burada prognoz ilkesi ile tamamlanmakta ise de güven alanını etkileyen davranışlarla ilgili nedenlerle işten çıkarma durumunda, işçinin ciddi görev ihlalleri söz konusu olduğunda bir uyarı gerekli olmayabilir, çünkü işçinin eylemlerinin hukuka aykırılığı

¹⁸⁶ HENSSLER, Rn. 99.

¹⁸⁷ RIESENHUBER, Karl, Erman BGB. Kommentar, Hrsg.: Harm Peter Westermann, OttoSchmidt Verlag, 17. Auflage 2023, Rn. 60 f.

¹⁸⁸ HENSSLER, Rn. 99.

¹⁸⁹ HENSSLER, Rn. 99.

¹⁹⁰ HOYNİNGEN-HUENE, s. 201.

¹⁹¹ BAG., 15.08.1984 - 7 AZR 228/82.

¹⁹² HENSSLER, Rn. 100.

¹⁹³ HENSSLER, Rn. 100.

genellikle işverenin davranışı açıkça kabul edemeyeceği gerçeği kadar işçi tarafından da kolayca fark edilebilir¹⁹⁴.

Olağanüstü işten çıkarma için gerekli koşullar, işverenle daha önce yaşanan olaylara göre değil, yalnızca ilgili iş ilişkisindeki olaylara göre belirlenir. Ancak, işçinin mevcut davranışı gelecekte de sözleşmeye aykırı davranacağına işaret ediyorsa veya tekrarlama ihtimali göz ardı edilemiyorsa durum farklıdır. İkinci durumda, kusurun ağırlığı ve ciddiyeti dikkate alınmalıdır¹⁹⁵.

Önceden uyarı sadece KSchG.'nin geçerli olduğu durumlarda, yani işverenin olağan fesih için sosyal gerekçeye ihtiyaç duyduğu durumlarda, davranışsal nedenlerden dolayı fesih için bir ön koşuldur. Yasanın kişisel veya maddi uygulama alanı dışında ise uyarı gerekli değildir¹⁹⁶. Yine yukarıda da ifade edildiği gibi orantılılık ilkesi genellikle bir işverenin *olağanüstü fesih* yapmadan önce görevi ihlal eden işçiye bir uyarıda bulunmasını gerektirir. Fesih hakkı, fesih hakkı olan tarafın feshin kendisi tarafından bilinen koşulları nedeniyle bir uyarıda bulunması ve fesihle ilgili koşulların daha sonra değişmemesi halinde feragat yoluyla sona erer. Bu durumda, ihtar artık fesih için geçerli değildir. İşveren, olayın gerçekleri nedeniyle hala sözleşmeyi feshetmek istiyorsa, ihtarnamede bu hakkını saklı tutmalıdır. İşverenin ihtarname ile konuyu "çözüme kavuşturduğunu" düşünmediği de koşullardan anlaşılabilir.

Uyarıya rağmen gelecekte davranış değişikliği beklenmiyorsa veya hukuka aykırılığı işçi tarafından açıkça görülebilen ciddi bir görev ihlali söz konusuysa ve işveren tarafından davranışın kabul edilmesi açıkça dışlanıyorsa, işten çıkarma kararı verilmeden önce uyarı yapılması gerekmez. Benzer görev ihlalleri için yapılan ve sonuçları takip etmeyen çok sayıda uyarının yapılması da uyarı işlevini zayıflatır. İşçi yine de uyarıda yer alan tehdidi ciddiye alabilmelidir; bu "boş" bir tehdit

¹⁹⁴ Resmi bir neden olmaksızın vergi verilerinin sorgulanmasına ilişkin bkz.: LAG. Nürnberg, 13.01.2021 - 3 Sa 265/20.

¹⁹⁵ HENSSLER, Rn. 101.

¹⁹⁶ KSchG § 14 Paragraf 1 uyarınca yasanın uygulama alanına girmeyen bir GmbH genel müdürü hakkında bkz.: BGH., 14.02.2000 - II ZR 218/98, § 23 Paragraf 1'in eşik değerini aşmayan küçük bir işletmede işten çıkarma hakkında bkz.: BAG., 21.02.2001 - 2 AZR 579/99.

olmamalıdır. Bu nedenle, birkaç uyarıdan sonra tekrar uyarılmalıdır¹⁹⁷. Bir uyarı, münferit olayın koşullarına bağlı olarak, işçinin daha uzun bir süre kusursuz davranış sergilemesinin ardından etkisini kaybedebilir. Bu nedenle, daha uzun bir süre kusursuz bir performans sergiledikten sonra, benzer bir görev ihlali nedeniyle davranışla ilgili nedenlerle işten çıkarma haklı görülmeden önce yeni bir uyarı da gerekli olabilir¹⁹⁸.

Davranışsal nedenlerle fesih ileriye dönüktür. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali ancak işçinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gelecekte de ihlal etmesinin beklendiği sonucuna varılabiliyorsa bir fesih nedeni olarak değerlendirilebilir. Davranışsal nedenlerle fesih de bu nedenle gelecekle ilgili bir tahmine bağlıdır. Geçmişteki görev ihlalleri için bir yaptırım değildir. Aksine, gelecekteki sözleşme ihlalleri riskini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle belirleyici faktör, tekrarlama riski olup olmadığı veya görev ihlalinin gelecekte iş ilişkisinin devam etmesini imkansız hale getiren sonuçları olup olmadığıdır¹⁹⁹.

İşçinin işten çıkarılabilmesi için uyarının sonuçsuz kalması gerekir²⁰⁰. İşveren bir uyarıda bulunarak, önceki davranışı işten çıkarma gerekçesi olarak görmediğini, ancak işçiye “kendini geliştirme fırsatı” vermek istediğini belirtir²⁰¹. Ancak işçi sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tekrar ihlal ederse, işveren bu görev ihlali nedeniyle iş sözleşmesini feshedebilir ve gerekçe olarak uyarılan olayları gösterebilir. Bu nedenle bir uyarı, başka bir sözleşme ihlali olmadığı sürece fesihden feragat anlamına da gelir²⁰². Bu durum, KSchG. madde 1 (1)'de yer alan ve işten çıkarma için sosyal gerekçelerin gerekli olmadığı bekleme süresi boyunca da

¹⁹⁷ BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11.

¹⁹⁸ BAG., 19.07.2012 - 2 AZR 782/11.

¹⁹⁹ BAG., 29.06.2017 - 2 AZR 302/16; BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13; BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 103/08; BAG., 19.02.2009 - 2 AZR 603/07; BAG., 13.12.2007 - 2 AZR 818/06; BAG., 12.01.2006 - 2 AZR 21/05; BAG., 13.06.2002 - 2 AZR 234/01; BAG., 21.11.1996 - 2 AZR 357/95; BAG., 16.08.1991 - 2 AZR 604/90; BAG., 04.06.1997 - 2 AZR 526/96.

²⁰⁰ SCHMİDT, Rn. 7.

²⁰¹ BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08.

²⁰² BAG., 19.11.2015 - 2 AZR 217/15.

geçerlidir²⁰³. Uyarılara başka nedenler eklenirse veya ancak uyarı yapıldıktan sonra öğrenilirse, bunlar fesihden feragat kapsamına girmez. İşveren bunları işten çıkarmayı haklı göstermek için kullanabilir ve bunu yaparken, destek olarak daha önce uyarılmış olan nedenlere dayanabilir²⁰⁴.

İşçinin işverenin malvarlığına veya mülküne karşı suç işlemiş olması halinde dahi uyarı gerekli olabilir. Her halükârda, bu durumlarda, işçinin bir uyarının ardından gelecekte tekrar sözleşmeye uygun davranacağına dair öngörünün objektif olarak haklı olup olmadığı her zaman kontrol edilmelidir²⁰⁵.

Prognoz kararı için başlangıç noktası işçinin görev ihlalidir. Özellikle görev ihlalinin ciddiyeti, iş ilişkisinin devamını imkânsız hale getirebilir. İşçi ciddi bir görev ihlali gerçekleştirmişse, olumsuz öngörü genellikle onaylanmalıdır²⁰⁶. Ancak kural olarak, olumsuz öngörü ancak bir uyarıdan sonra yapılabilir. Belirleyici faktör ise işverenin artık işçiden gelecekte sözleşmeye uygun davranmasını bekleyememesidir²⁰⁷. Ancak, bu tekrarlama riski yalnızca işçinin önceden yapılan uyarıya rağmen sözleşmeden doğan yükümlülüklerini aynı veya benzer şekilde tekrar ihlal etmesi halinde söz konusudur. Sadece önceki uyarı, bir öngörü için güvenilir bir temel sağlar. Eğer durum böyleyse, daha fazla aksaklık beklenmelidir. Çünkü uyarı ile işveren, gelecekte şikayetsiz bir performans talep etmektedir²⁰⁸. Bu nedenle davranışsal nedenlerle işten çıkarma genellikle önceden bir uyarı gerektirir. Ancak işçi sözleşmeden doğan yükümlülüklerini tekrar

²⁰³ BAG., 13.12.2007 - 6 AZR 145/07.

²⁰⁴ BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08

²⁰⁵ BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 381/10

²⁰⁶ BAG., 13.12.2018 - 2 AZR 370/18; BAG., 20.11.2014 - 2 AZR 651/13.

²⁰⁷ BAG., 29.06.2017 - 2 AZR 302/16; BAG., 24.03.2011 - 2 AZR 282/10; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09; BAG., 26.11.2009 - 2 AZR 751/08; BAG., 23.06.2009 - 2 AZR 103/08; BAG., 19.02.2009 - 2 AZR 603/07; BAG., 31.05.2007 - 2 AZR 200/06; BAG., 12.01.2006 - 2 AZR 21/05; BAG., 27.11.2003 - 2 AZR 692/02; BAG., 17.01.1991 - 2 AZR 375/90.

²⁰⁸ BAG., 13.12.2007 - 2 AZR 818/06.

ihlal ederse, işveren görev ihlalini işten çıkarma gerekçesi olarak kullanabilir.

Her ön uyarı da yeterli değildir. Bir uyarı için şekli ve maddi gerekliliklerin karşılanması esastır. Özellikle, ihtarın suistimali spesifik olarak tanımlaması ve sözleşmenin tekrar tekrar ihlal edilmesi halinde iş ilişkisinin içeriğinin ve varlığının tehlikeye gireceğini açıkça belirtmesi gerekmektedir²⁰⁹. Şekli hatalar ihtarın personel dosyasından çıkarılmasına neden olsa bile, maddi açıdan doğru suçlamalar feshi haklı göstermek için kullanılabilir. Bunun nedeni, uyarı işlevinin yerine getirilmesinin uyarının olgusal gerekçesine ve işçinin bundan işverenin ihlalin tekrarı halinde işten çıkarmayı düşündüğü sonucunu çıkarıp çıkaramayacağına bağlı olmasıdır. Bu koşullar yerine getirilirse, uyarıdaki herhangi bir resmi kusurdan bağımsız olarak işçi uyarılır²¹⁰.

Uyarı ve fesih nedeni birbiriyle bağlantılı olmalıdır²¹¹. Bu durum yalnızca önceki uyarı ve fesih benzer görev ihlalleriyle ilgiliyse geçerlidir²¹². Benzerliğin belirlenmesinde başlangıç noktası ilgili görev ihlalidir. Bu, uyarılan davranış ile fesih yaptırımının aynı görev kapsamıyla ilgili olup olmadığına bağlıdır. Burada katı bir standart uygulanmamalıdır, çünkü aksi takdirde işçi feshe kadar tüm benzer olmayan sözleşme ihlallerini güvenli bir şekilde “deneyebilir”.

Alman Federal Mahkemesi’ne göre, özellikle ihlallerin önemli “benzerliklere” sahip olması halinde, yükümlülüklerin aynı alandan kaynaklanması yeterlidir²¹³. İhlal edilen yükümlülüklerin aynı olması halinde bu benzerlik tamamen sorunsuzdur. Özdeş

²⁰⁹ ULRICH C./ULRICH, A., Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Hrsg. Moll, 5. Auflage 2021, § 43 Ordentliche Kündigung, Rn. 323.

²¹⁰ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11; BAG., 19.02.2009 - 2 AZR 603/07.

²¹¹ ULRICH/ULRICH, Rn. 324

²¹² BAG., 27.09.2012 - 2 AZR 955/11; BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11; BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 323/10; BAG., 13.12.2007 - 2 AZR 818/06; BAG., 16.09.2004 - 2 AZR 406/03.

²¹³ BAG., 19.04.2012 - 2 AZR 258/11; BAG., 09.06.2011 - 2 AZR 323/10; BAG., 13.12.2007 - 2 AZR 818/06.

olmamasına rağmen, aynı görevler örneğin iş göremezlik bildiriminin geç yapılması ve iş göremezlik belgesinin geç verilmesini de kapsamaktadır. Bunun nedeni, burada “hastalık sırasındaki davranışlar” ile aynı görev kapsamının söz konusu olmasıdır. Buna karşılık, örneğin işe geç başlama ile iş göremezlik belgesinin geç verilmesi arasında bir bağlantı yoktur. Zira ilk durumda birincil görev, ikinci durumda ise ikincil görev etkilenmektedir. Nihayetinde bu, işçinin uyarıdan işverenin benzer bir hatalı davranışa müsamaha göstermeyeceği sonucunu çıkarıp çıkaramayacağına bağlıdır.

Olumsuz öngörü²¹⁴, belirli sayıda uyarıya bağlı değildir. Prensipte olarak, aynı görevlerle ilgili olarak önceden yapılan bir uyarı yeterlidir. İşçinin daha sonra görevlerini tekrar tekrar ihlal etmesi halinde, gelecekte sözleşmeye uygun davranması genellikle artık beklenemez²¹⁵. Gelecekteki görev ihlallerini tahmin etmek için sağlam bir temel vardır²¹⁶. Bu durum, iş göremezlik belgesinin geç ibraz edilmesi gibi genellikle daha az önem arz eden görev ihlalleri için de geçerlidir. Ancak, işten çıkarmanın haklı olup olmadığı, önemli ölçüde, yürütülecek kapsamlı menfaat karşılaştırmasına bağlı olacaktır. Eğer işveren “ne olur ne olmaz” diye bir uyarı daha yaparsa, benzer görev ihlalleri için yapılan ve ardından başka bir sonuç getirmeyen çok sayıda uyarının uyarı işlevini zayıflattığı unutulmamalıdır. Bu durumlarda işten çıkarma ancak işverenin işten çıkarmadan önce son uyarıyı özellikle güçlü bir şekilde yapması halinde mümkündür. İşçi, görevin bir kez daha ihlal

²¹⁴ Olumsuz öngörü, işçinin sözleşmeyi ihlal eden kusurlu davranışının iş ilişkisinde somut bir bozulmaya yol açtığını ve bunun gelecekte de meydana gelmesinden korkulduğunu varsayar (SCHUBERT, Andreas, “Die Abmahnung als Voraussetzung der verhaltensbedingten Kündigung”, ArbRAktuell (2023), s. 334(335); KERWER, Christof, Gesamtes Arbeitsrecht, Band 3, Hrsg.: Boecken, Düwell, Diller und Hanau, 2. Auflage, Beck Verlag, 2023, KSchG § 1 Rn. 774).

²¹⁵ BAG., 07.11.2002 - 2 AZR 599/01; BAG., 08.06.2000 - 2 AZR 638/99.

²¹⁶ LİNCK, Rüdiger, Arbeitsrechts-Handbuch, Hrsg.: Günter Schaub, 20. Auflage, Beck Verlag, 2023, § 133. Verhaltensbedingte Kündigung Rn. 34.

edilmesinin işten çıkarılmaya yol açacağını anlayabilmelidir²¹⁷. İşverenler, örneğin “son uyarı” ifadesini kullanarak, birden fazla uyarıda bulunurken tahammül sınırlarının aşıldığını özellikle belirtmelidir. Aksi takdirde bu sadece boş bir tehdit olur²¹⁸.

Ciddi bir ihlal yoksa, olumsuz öngörü genellikle işçinin bir uyarıdan sonra sözleşmeyi aynı veya benzer şekilde tekrar ihlal etmesi durumunda verilir²¹⁹. Tek başına bir aksaklık, işverenin sözleşmeyle bağlı olma iradesini henüz yok etmemişse veya bir aksaklığın niteliğinden gelecekte başka aksaklıkların meydana geleceği sonucuna henüz varılamıyorsa, iş ilişkisinin tekrarlanan sözleşme ihlallerinden olumsuz gelişmesi hakkında bir sonuca varılabilir. Bu nedenle uyarı mektubu, KSchG.'nin uygulanması kapsamında, bilhassa davranışsal nedenler, özellikle de sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali durumunda büyük önem taşımaktadır²²⁰. Yıkıcı bir eylemden sonra fesihle tehdit edilmeyen bir işçi, işverenin sözleşmeye sıkı sıkıya uymaya bu kadar büyük önem vermediğini varsayabilir. Sınırlı işçiler söz konusu olduğunda bile, düşük performansa dayalı işten çıkarma önceden bir uyarı gerektirir²²¹. Uyarı, olumsuz öngörüğü nesnelleştirmeye hizmet eder²²². Usulüne uygun olarak bir fesih tehdidinde bulunulmuşsa ve işçi sakıncalı davranışını tekrarlarsa, genellikle gelecekte başka aksamaların da bekleneceği varsayılabilir²²³.

²¹⁷ BAG., 27.09.2012 – 2 AZR 955/11; BAG., 15.11.2001 - 2 AZR 609/00.

²¹⁸ BAG., 27.09. 2012 – 2 AZR 955/11; BAG., 16.09.2004 - 2 AZR 406/03.

²¹⁹ BAG., 13.12.2007 - 2 AZR 818/06; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

²²⁰ BAG., 15.12.2016 - 2 AZR 42/16; BAG., 05.12.2019 - 2 AZR 240/19; BAG., 16.12.2021 - 2 AZR 356/21.

²²¹ LAG. Köln, 23.05.2002 - 7 Sa 71/02.

²²² Oetker, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 24. Auflage 2024, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 199.

²²³ BAG., 19.02.2009 - 2 AZR 603/07; BAG., 10.06.2010 - 2 AZR 541/09.

SONUÇ

Uyarı ile bir işveren işçinin belirli bir görev ihlalini eleştirir ve işten çıkarılmayı önlemek için gelecekte bu tür görev ihlallerinden kaçınmasını talep eder. Uyarılar her iki sözleşme tarafı tarafından da verilebilir ve mümkün olduğunca spesifik olmalıdır. Bu nedenle, her kınama bir uyarı değildir ve iş ilişkisinin devamını tehlikeye atmaz. Bir suçlama ancak yasal anlamda bir uyarı varsa yasal olarak “tehlikelidir”.

Bazı işverenler genellikle “sert” bir kınama cezası yerine uyarı cezası vermeyi tercih etmektedir. Bu durumda, özellikle ilgili işçi için, kulağa daha az “sert” gelen ismine rağmen bu kınama cezasının gerçek bir uyarı olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soru (uyarı mı yoksa sadece öğüt mü?) kınama cezasının adına değil, bir uyarı için gerekli şartların yerine getirilip getirilmediği sorusuna bağlıdır. Eğer durum buysa, nasıl etiketlendiğine bakılmaksızın bu bir uyarıdır.

Uyarı, gerçekleşmiş olan görev ihlalleri için bir yaptırım değildir, ancak gelecekteki görev ihlallerini önlemeye yöneliktir. Uyarı işlevi, işçiye gelecekte benzer görev ihlalleri durumunda işten çıkarma da dahil olmak üzere daha ileri tedbirler beklemesi gerektiğini açıkça belirtir. Uyarı işlevinin amacı, uyarıda özel olarak tanımlanan çok spesifik bir davranışın işverenin bakış açısından kabul edilemez bir görev ihlali teşkil ettiğini işçiye açıkça belirtmektir. Uyarının yazılı olarak verilmesi halinde, belgeleme işlevi de vardır. İşverenin, ihlalin tekrarı halinde ortaya çıkacak yasal sonuçlar hakkında işçiye bilgilendirdiği kaydedilir. Bu, özellikle daha sonra açılacak haksız işten çıkarma davaları ve bu davalardaki sunum ve ispat yükü açısından önemlidir.

Uyarının üç bileşeni olduğu da söylenebilir: Bunlar işveren tarafından eleştirilen davranışın tanımı, eleştirilen davranışın değiştirilmesi talebi ve fiilin tekrarı halinde iş ilişkisinin devamına yönelik yasal sonuç tehdidi olarak sıralanabilir. Uyarı, işçiye bireysel veya toplu iş sözleşmesi yükümlülüklerine uymaya teşvik etmeyi amaçlayan, ancak fesih yasası uyarınca yasal sonuç tehdidi içermeyen öğüt veya şikayetten ayırt edilmelidir.

Çoğu durumda uyarılar işveren tarafından yapılır. Bununla birlikte, işverenin iş sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde, işçiler de uyarıda bulunma hakkına sahiptir.

Bunun nedeni, işçilerin (önemli) ücret gecikmeleri gibi sözleşme ihlallerine ancak işten çıkarma ile karşılık verebilmeleri ve ardından Alman Medeni Kanunu'nun BGB. 628. maddesi uyarınca tazminat talep edebilmeleri için işverene daha önce uyarıda bulunarak davranışlarını değiştirerek işten çıkarılmayı önleme fırsatı vermiş olmalarıdır. İşveren tarafında, sadece işten çıkarma kararı verebilecek kişiler değil, aynı zamanda uyarılan işçiye talimat verebilecek tüm üstler de uyarı verme hakkına sahiptir.

Uyarı, iş ilişkisinde son derece önemlidir. Bir yandan, davranışsal nedenlerle işten çıkarma için bir ön koşuldur ve genellikle olağanüstü işten çıkarma durumunda da uyarının gerekli olduğu da ileri sürülmektedir. Diğer yandan, gelecekte yapıcı bir işbirliği için sarı kart işlevi görür.

İş hukuku kapsamında ihtar verilmesini düzenleyen herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Uyarıda bulunma zorunluluğu orantılılık ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu düşünce, devam eden yükümlülüklerin olağanüstü feshi için BGB. madde 314 (2)'de de ifade edilmiştir.

Bir uyarının gerekliliği, anlamından ve amacından kaynaklanmaktadır. Uyarılar, ilgili görev ihlallerinin gelecekte meydana gelmeyeceği beklentisiyle verilir, bu nedenle işçinin davranışı kontrol edilebilir olmalıdır. Buna ek olarak, uyarı işveren için ihlalin tekrarı halinde iş ilişkisini feshedebilmek için önemlidir, çünkü uyarı düzenli olarak sözleşmeye aykırı davranışa dayalı iş ilişkisinin feshi için bir ön koşuldur. Bu nedenle, örneğin, tekrarlanan geç kalma, iş göremezlik bildiriminin geç yapılması veya iş talimatlarına uyulmaması durumunda bir uyarı gereklidir. Tüm bu durumlar işçinin kontrol edilebilir davranışlarını içerir, yani uyarı işçinin gelecekte görevlerine uygun davranacağı umuduyla verilir.

Orantılılık ilkesi, işverenin işçinin görev ihlallerine karşılık verme seçenekleri birbiriyle kademeli bir ilişki içinde olduğu ölçüde uyarının temelini oluşturur: En hafif araç, görevi kötüye kullanmanın sadece kınanması anlamına gelen uyarıdır. Suçun

tekrarı halinde bile iş hukuku kapsamında daha ileri tedbirlerin alınması söz konusu değildir. Bir sonraki aşama bir uyarı verilmesidir. En ağır tedbir ise (olağanüstü) işten çıkarmadır.

KAYNAKÇA

- BINKER**, Gerhard, Die Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit der Abmahnung vor verhaltensbedingten Kündigungen – Überlegungen zur Dogmatik, NZA 2016, s. 721-727.
- HOYNİNGEN-HUENE**, Gerrick Die Abmahnung im Arbeitsrecht", RdA. 1990 S. 193, 201.
- GOTTHARDT**, Michael, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, C.H.Beck Verlag, 2. Auflage, 2003.
- HENSSLER**, Martin, Münchener Kommentar zum BGB 9. Auflage 2023, BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.
- HORCHER**, Michael, BeckOK BGB., Hrsg: Wolfgang Hau/Roman Poseck, 73. Edition, Stand: 01.02.2025 Beck Verlag, BGB § 626 Rn. 9-16
- KERWER**, Christof, Gesamtes Arbeitsrecht, Band 3, Hrsg.: Boecken, Düwell, Diller und Hanau, 2. Auflage, Beck Verlag, 2023, KSchG § 1.
- KOCH**, Ulrich "Abmahnung", Arbeitsrecht von A-Z, Hrsg: Schaub/Koch, 28. Auflage, 2024.
- LİNCK**, Rüdiger, Arbeitsrechts-Handbuch, Hrsg.: Günter Schaub, 20. Auflage, Beck Verlag, 2023, § 133. Verhaltensbedingte Kündigung.
- NİEMANN**, Jan Malte, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl. 2025, BGB § 626 Rn. 29-36
- NOSCH**, Verena, Die Abmahnung im ZivilRecht, Beck Verlag, München 2012
- OETKER**, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 24. Auflage 2024, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 196-200.

RIESENHUBER, Karl, Erman BGB. Kommentar, Hrsg.: Harm Peter Westermann, OttoSchmidt Verlag, 17., neu bearbeitete Auflage. 2023.

ROLFS, Christian, BeckOK Arbeitsrecht, Hrsg. Rolfs/Giesen/Meißling/Udsching, 73. Auflage, Stand: 01.09.2024, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen.

SCHRADER, Peter, “Verwirkung der Abmahnung durch Zeitablauf?”, NZA 2011 s. 180-182.

SCHMIDT, Kristina, Küttner Personalbuch 2024 31. Auflage 2024 Stand: 01.01.2024, Abmahnung, Rn. 5-8.

SCHUBERT, A, “Die Abmahnung als Voraussetzung der verhaltensbedingten Kündigung”, ArbRAktuell (2023), 334-337

ULRICH, Christoph/**ULRICH**, Anja, Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Hrsg. Moll, 5. Auflage 2021, § 43 Ordentliche Kündigung, Rn. 322-331.

VOSEN, Reinhard, Kündigungsrecht, Hrsg.: Ascheid, Preis und Schmidt, (7. Auflage, Beck Verlag, 2024), KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

ZIMMERMANN, Ralf, Münchener HandBuch zum Arbeitsrecht § 114 Soziale Rechtfertigung der verhaltensbedingten Kündigung.

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA DÜZENLENEN MISLI İLE DEĞİŞİM SEÇİMLİK HAKKININ NİTELİĞİ VE İCRASI

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçem SEÇER *

Mehmet Alper NACAR **

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesi tüketiciye ayıplı mal teslim edilmesi hali için bazı seçimlik haklar düzenler. Bu özgü haklara "tüketicinin seçimlik hakları" denir. Hükümde, tüketiciye dört farklı seçimlik hak tanınır. Bunlar; sözleşmeden dönme, satış bedelinden indirim, ücretsiz onarım ve misli ile değişimdir. Kural, tüketicinin dilediği seçimlik hakkı kullanmakta özgür olmasıdır. Buna karşın; mesele, tüketicinin misli bulunmayan bir ayıplı mala ilişkin misli ile değişim hakkını kullanması noktasında ortaya çıkar. Bu durumda tüketicinin başka bir seçimlik hakka yönlendirilmesi düşünülebilir. Ancak mahkeme, tüketicinin misli ile değişim hakkını kullanmasına rağmen,

* Dr. Öğr. Üyesi, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Başkent University, Vocational School of Social Sciences, Ankara, Türkiye.

✉ tugcemsahin@baskent.edu.tr • ORCID 0000-0001-7121-1217.

** Serbest Avukat, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Öğrencisi, Ankara, Türkiye | Freelance Lawyer, Phd Candidate at Hacettepe University Graduate School of Social Sciences, Ankara, Türkiye.

✉ alpernacar6268@gmail.com • ORCID 0000-0003-4089-0290.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SEÇER, Tuğçem/NACAR, Mehmet Alper: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Düzenlenen Misli ile Değişim Seçimlik Hakkının Niteliği ve İcrası", SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1605-1643.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

mislinin bulunması mümkün olmadığından başka bir seçimlik hakkın kullanılması yönünde bir hüküm kurmamalıdır. Zira tüketici talep etmiş olduğu seçimlik hakkın dışında başka bir seçimlik hakkı seçmeye zorlanmamalıdır. Özellikle, dönme hakkını seçmesinin zaruri kılınması halinde, mahkeme tarafından sözleşme ortadan kaldırılacak ve fatura bedeli üzerinden satıcının tüketicinin ödemiş olduğu ücreti iade etmesine karar verilecektir. Enflasyonist bir ülkede, tüketicinin uzun süren yargılama neticesinde, misli ile değişim yerine sözleşmeden dönerek fatura bedelini iadeyi kabul etmesinin tüketici açısından bir sorun teşkil edeceği aşikardır.

Anahtar Kelimeler

• Misli ile Değişim • Seçimlik Hak • Ayıplı Mal • İcra Hukuku • Tüketicinin Ekonomik Yararı

THE CONCEPT AND EXECUTION OF THE OPTIONAL RIGHT TO REPLACEMENT OF DEFECTIVE GOODS REGULATED IN THE CONSUMER PROTECTION LAW NO. 6502

Abstract

Law No. 6502 on Consumer Protection Article 11 regulates some rights for consumers regarding delivering defective goods. These specific rights are called "consumer's optional rights." The provision grants four different optional rights to the consumer. These are rescission of the contract, discount on the sales price, free charge of repair and replacement with an identical product. The rule is that the consumer is free to exercise the optional rights, and since the optional rights are novelty rights, they are consumed upon exercise. At this point, the issue arises where the consumer exercises the right to exchange for a defective good for which there is no equivalent. In this case, the court should not rule that the consumer should exercise another optional right despite the consumer's exercise of the right to exchange for a like-kind one since exchange for a like-kind one is impossible. This is because the consumer should not be forced to choose another optional right other than the optional right requested by the consumer. If the consumer is forced to choose the right of return, the court will annul the contract and order the seller to refund the fee paid by the consumer based on the invoice price. In an inflationary country, it is evident that the consumer's acceptance of the refund of the invoice price, for example, because of one or two trials, will pose a problem for the consumer.

Keywords

• Replacement • Optional Rights • Defective Goods • Execution Law • Economic Benefit of the Consumer

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹ 8. maddesinde ayıplı mal kavramı düzenlenir. Hüküm uyarınca ayıplı mal *“tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.”* Haliyle satıcı, satılan malda niteliği gereği bulunması gereken ya da vadedilen niteliklerin bulunmamasından, yani ayıptan sorumludur.

Bu çerçevede, 6502 sayılı Kanun, tüketiciye ayıplı mal teslim edilmesi hali için bazı seçimlik haklar düzenler. Bu özgü haklara *“tüketicinin seçimlik hakları”* denir. Tüketicinin ayıplı maldan doğan seçimlik hakları, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinde düzenlenir. Hükümde, tüketiciye dört farklı seçimlik hak tanınır. Bunlar; sözleşmeden dönme, satış bedelinden indirim, ücretsiz onarım ve misli ile değişimdir.²

Kural, tüketicinin dilediği seçimlik hakkı kullanmakta özgür olmasıdır.³ Seçimlik haklar, yenilik doğuran haklar olduğundan kullanılmakla

¹ RG; 28.11.2013, 28835.

² **YAVUZ**, Nihat: Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara 2016, s. 51-60; **AYDOĞDU**, Murat/ **TUNCER**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara 2023, s.171-193; **ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI** Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Ankara 2024, s. 176-179; **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borçlar İlişkileri), 2. Baskı, Ankara 2012, s. 66; **SERT SÜTÇÜ** Selin: Satış Sözleşmesi, Bağışlama Sözleşmesi, Mal Değişimi Sözleşmesi, Öz Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 100-102; **REMZİ**, Mehmet/ **AYDIN**, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2019, s. 93-97; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2021, 89-116; **DERYAL** Yahya/ **KORKMAZ** Yakup: Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 107-113; **ASLAN**, Bayram: Tüketicinin Onarım Hakkı, Ankara 2018, s.29-31; **GÜNAY**, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2015, s. 844-846; **AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/ **KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 65; **ÇÜRÜK**, Abdil: Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları, Ankara 2021, s. 93; **KAZGURT**, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 280 vd.; **ŞENOCAK**, Zarfefe: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. Özel, 2014, s. 33.

³ Kural bu olmakla birlikte, seçim hakkının sınırları da bulunur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARAL/ AYRANCI**, s. 180-184; **KILIÇOĞLU**, s. 97; **ASLAN B.**, s. 43; **KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2023, s. 795-796; **GÜLERCİ**, Altan Fahri/ **KILINÇ** Ayşe: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 221-227.

tüktenirler. Bu bakımdan tüketici, seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra bu hakkı kullanmaktan vazgeçemez, kullandığı hakkı değiştiremez ya da terditli talepte bulunamaz.⁴ Bu noktada mesele, tüketicinin misli bulunmayan bir ayıplı mala ilişkin misli ile değişim hakkını kullanması noktasında ortaya çıkar.

6502 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere misli ile değişim hakkının kullanılması bakımından *"diğer seçimlik haklara başvurma tüketicisi açısından sorun teşkil edip etmeyeceği"* bir ölçüt olarak belirlenmiştir. Yine aynı hükümde *"Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir."* ifadelerine yer verilir. Burada, tüketicinin diğer seçimlik haklara başvurusunun sorun teşkil edip etmediği hususuyla satıcının orantısız güçlüğüne katlanması arasında bir seçim yapılması gerekir.

Bu çerçevede, uygulamada malın ücretsiz onarımının sağlanamadığı ve mislinin de bulunmadığı gerekçesiyle tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını seçmesinin zaruri kılınması ihtimalinde, mahkeme tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi ve fatura bedeli üzerinden satıcının tüketicinin ödemiş olduğu ücreti iade etmesine karar verilebilmesi olasılığı gündeme gelir.⁵ Özellikle tüketicinin; enflasyonist bir ülkede, uzun

⁴ TUTUMLU, Ayıplı Mal, s. 187; *"Aynı anda birden çok seçeneği kullanması mümkün değildir."* AYDOĞDU/ TUNCER, s. 173; GÜLERCİ/ KILINÇ, s. 219; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.34; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 81; ASLAN Y., s. 116; Y. 13. HD, 29.06.2004, E. 2004/8617, K. 2004/10239; Y. 13. HD, 16.11.2017, E. 2016/13017, K. 2017/11219, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁵ *"Temyize konu davada, ilk derece mahkemesince misli ile değişim kararı verilmiş, Bölge Adliye Mahkemesince ise, davacının ayıpsız yenisiyle değiştirilmesi talebinin kabulüne karar verilmişse de; davanın terditli olarak açıldığı bu nedenle aracın ayıpsız misliyle değişimine ilişkin talep yönünden aracın stoklarda mevcut olup olmadığının tespiti için üretici firmaya yazılan müzekkereye verilen cevapta dava konusu aracın "0" km yenisinin stoklarda bulunmadığının bildirildiği ve aracın yenisini ile değiştirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak bedel iadesi yönünde hüküm tadil edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere tüketici seçimlik hakkını ayıpsız misli ile değişim yönünde kullanmış olup, stoklarda bu aracın mislinin bulunmaması halinde sorun infaz aşamasında İİK 24. maddesi uygulaması ile çözümlenebilecek olup bu gerekçe ile ilk derece mahkemesi kararının aksine bedel iadesine hükmedilmesi hatalıdır. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir."* Y. 13. HD, 22.10.2019, E. 2018/2931, K. 2019/10307; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024); *"Hal böyle olunca mah-*

süren yargılama neticesinde yalnızca fatura bedelinin iadesini kabul etmesinin tüketici açısından bir sorun teşkil edeceği aşıkardır.⁶

Bu kapsamda, malın mislinin bulunmaması halinde, ilk mesele mahkeme tarafından tüketicinin misli ile değişim talebinin resen değiştirilmemesi; ikinci mesele bu durumda hükmün icrası aşamasında misli ile değişim mümkün olmayacağından icra dairesinin fatura bedeli üzerinden mi yoksa kıymet takdirıyla belirlenen bedel üzerinde mi asıl borcu hesaplayacağıdır. Çalışmanın konusu tüketicinin misli ile değişim seçimlik hakkını kullanması, ancak satıcının malı elinde bulundurmaması halinde bu hakkın niteliği ve icrası ile sınırlıdır.

I. MISLİ İLE DEĞİŞİM HAKKI

Tüketicinin ayıplı maldan doğan seçimlik hakları, 6502 sayılı Kanun'un 11. maddesinde sözleşmeden dönme, ücretsiz onarım, bedelden indirim ve misliyle değişim olarak düzenlenir. Görüleceği üzere 6502 sayılı Kanun'un anılan hükmünde düzenlenen dört seçimlik haktan birisi misli ile değişimdir ve hüküm uyarınca malın ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda tüketici *"imkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme"* hakkına sahiptir.

A. Hakkın Konusu

Misli ile değişim hakkının konusunun belirlenebilmesi için öncelikle misli eşya, parça borcu, cins (çeşit) borcu kavramlarının tanımlanması gerekir. Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki; *"parça borcunun konusu,*

kemece, davacının seçimlik haklarından bedel iadesini içeren sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının TMK'nın 2. ve 6502 Sayılı Kanun 11/3. maddeleri uyarınca hakkaniyete ve taraflar arasındaki hak ve menfaatler dengesine aykırı olacağından, araçtaki ayıp nedeniyle seçimlik hakkından bedel indirim uygulanmasının uygun olacağı değerlendirilerek sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken, yazılı şekilde ayıpsız misli ile değişimine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, 11.02.2020, E. 2016/25174, K. 2020/1844; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁶ Örneğin tüketicinin üç kere misli ile değişim hakkını kullanmasına rağmen hâlâ *"satın alınan mobil telefonun arızalanması sebebiyle malın ücretsiz onarımını talep edilmesine rağmen satım konusu cins malın misli ile değişimi yoluna gidilmiştir. Fakat ikame edilen telefon da arızalanarak 1 ay içinde 3 defa misli ile değişim yapılmıştır. Tüketiciciye ayıpsız misli teslim edilemediğinden ve son verilen telefon da 2 aydan fazla serviste kaldığından tüketicinin maldan yararlanamaması sürekli hale gelmiştir. Tüketicinin sözleşmeden dönerek bedelin iadesini talep etme hakkı vardır."* Y. 13. HD, 13.05.2019, E. 2016/29257, K. 2019/6087; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.04.2025).

taraf larca bireyselleştirilerek, somut olarak belirlenir.”⁷ Öte yandan, “çeşit borcunda ise borç konusu belirli bir tür üzerinden belirlenir.”⁸ Örneğin galeriden satın alınan 06XXX06 plakalı highline donanımlı Volkswagen polo marka araç bir parça borcuyken bayiden satın alınan son model highline donanımlı Volkswagen polo marka araç bir çeşit borcudur.

Tarafların yalnızca, çeşit borcuna ilişkin ölçüt belirlemeleri burada bir sınırlı çeşit borcu olduğu anlamına gelmez. Örneğin aracın modelinin donanımının yılının belirlenmesi sınırlı çeşit borcuna vücut vermez.⁹ Sınırlı çeşit borcundan bahsedilebilmesi için; *“borçlu sınırlı çeşit borcu kapsamındaki yükümünü ya kendisine ait olan veya olmayan belirli bir stoktan, ya da kendisinin üreteceği ürünlerle ileri gerçekleşecek olan bir stoktan ifa etmeyi yükümlenir.”¹⁰ Örneğin belirli bir yük gemisinde bulunan 100 adet son model highline donanımlı Volkswagen polo marka araçtan birisi satış sözleşmesine konu edilirse sınırlı çeşit borcu söz konusu olur.*

Çeşit borcu ve parça borcu ayrımından bağımsız borcun konusuna ilişkin bir de misli ve misli olmayan eşya sınıflandırması yapılır. Misli eşya; tartılabilen, ölçülebilen ya da bir başkasıyla değiştirilebilen eşyadır.¹¹ Özellikle seri üretime tâbi eşyalar bu kapsamda değerlendirilir. *“Çeşit borçlarının konusu genel olarak misli şeyler, yani nitelikleri itibariyle birbirinin aynı olan veya biri diğerinin yerine konulabilen ve böylece sayılabilen, ölçülebilen ya da tartılabilen taşınır şeylerdir.”¹² Karakteristik özellikleri uyarınca bir başkasından ayırt edilebilir olan ve bu nedenle bir başkasıyla değiştirilmesi mümkün olmayan eşya ise misli olmayan eşyadır.¹³ Örneğin galeriden satın alınan 06XXX06 plakalı highline donanımlı 2025 model*

⁷ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021, s. 85; Aynı yönde EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022, s. 115; ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024, s. 50; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, İstanbul 2013, s. 300; ARAL, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 113; AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2020, s. 51.

⁸ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85; Aynı yönde EREN, Genel Hükümler, s. 115; NO-MER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021, s. 338; ÇETİNER, Genel Hükümler, s. 50; REİSOĞLU, s. 300; ARAL, s. 114; AYAN, s. 51.

⁹ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85.

¹⁰ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85; Aynı yönde EREN, Genel Hükümler, s. 116.

¹¹ HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 205; GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85.

¹² EREN, Genel Hükümler, s. 116.

¹³ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85; EREN, Genel Hükümler, s. 116; HATEMİ/ GÖK-YAYLA, s. 205.

Volkswagen polo marka araç bir misli olmayan eşyayken bayiden satın alınan 2025 (son) model highline donanımlı Volkswagen polo marka araç misli bir eşyadır.

*“Misli mal misli olmayan mal ayrımı tamamen objektif ölçütlere dayanır. Parça borcu ve çeşit borcu ayrımı ise sübjektiftir.”*¹⁴ Borcun konusunun imkânsız hale gelmesi meselesi irdelenirken parça borcu ve çeşit borcu ayrımına dayanmak gerekir. Zira parça borcunda borcun konusunun imkânsız hale gelmesi yükümü sona erdirirken, çeşit borcunda tür yok olmaz kuralı geçerlidir. Bu halde çeşit borcu ancak o çeşide ilişkin son örneğin de yok olması ile sona erer.¹⁵

Bu bilgiler ışığında ilk olarak *“misli ile değişim”* ifadesine değinmek gerekir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun¹⁶ 227. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinde *“imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme”* olarak ifade edilen seçimlik hak; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nda misli ile değişim hakkı olarak ifade edilmiştir. Haliyle, 6502 sayılı Kanun’da geçen misli ile ifadesi, 6098 sayılı Kanun’da yer aldığı üzere *“benzeri”* olarak anlaşılmalıdır.¹⁷

*“Satıcı bu seçimlik hakkı ifa ederken, ayıplı malın marka ve modelinin ayınsından bulamayabilir. Ayıpsız olan farklı bir marka ve modeli, benzeri bir piyasadan temin etmek durumunda kalabilir. Sadece bu işlemi gerekçe gösteren tüketici için, bu durum geçerli bir reddetme sebebi değildir. Ancak satıcı tarafından teslim edilen farklı marka ve modeldeki ayıpsız malın, en azından ayıplı mala yakın ve mümkünse onunla benzer niteliklere sahip olması gerekir.”*¹⁸ Öte yandan evleviyetle *“ taraflar anlaşırsa başka belirli bir parçayı satış sözleşmesinin*

¹⁴ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 85; Aynı yönde EREN, Genel Hükümler, s. 116.

¹⁵ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 86, 854; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 206; AYAN, s. 52; Çetiner, çeşit borcunda ancak sınırlı çeşit borcunun ürünle sınırlı olabileceğini, bu durumda ürünlerin tamamen yok olması halinde borcun Borçlar Kanunu’nun 136. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sona ereceğini; sınırsız çeşit borcunda ise borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermeyeceğini ifade eder. ÇETİNER, s. 51.

¹⁶ RG; 04.02.2011, 27836.

¹⁷ AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nihat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021, s. 287; ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 363.

¹⁸ ASLAN B., s.45; Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1997 model olan otomobilin üretiminin devam etmiyor olmasının misli ile değişim hakkının kullanımını etkilemediği yönündeki kararı için bkz. Y. HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309; K. 2005/391; <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.05.2025).

konusu haline getirebilirler."¹⁹ Bu bağlamda, misli ile değişim hakkının hem parça hem de cins borçlarında kullanılabilir olduğu aşağıda daha detaylı olarak ele alınacağı üzere, ifade edilebilir.

İkinci olarak *"imkân varsa"* ifadesinden bahsetmek gerekir. Zira, 6098 sayılı Kanun ve 6502 sayılı Kanun, hangi durumlarda ayıpsız benzeri/misli ile değişimin mümkün olacağını düzenlemediğinden *"imkân varsa"* ifadesinin burada yer alan hüküm içi boşluk nedeniyle hâkim tarafından yorumlanması gerekir. Öncelikle, bu ifade, 6098 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde *"satıcıdan beklenebilir olma"* şeklinde yorumlanabilir.²⁰ Başka bir ifadeyle, satıcının elinde malın benzerinin bulunması gerektiği şeklinde düşünülebilir.²¹ Yine bu noktada değinilmesi gereken başka bir husus 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrasına göre ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabileceğidir. Bu çerçevede, ayıplı malın mislinin bulunması noktasında yalnızca satıcının değil üreticinin ve ithalatçının da elinde malın benzerinin bulunması gerekir.²²

Öte yandan, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin gerekçesinde *"Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez."* ifadelerine yer verilmiştir.²³ Ancak bu hakkın talep edilememesi durumunda, nasıl bir yol izleneceğine ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle hâkim tarafından hüküm içi boşluk doldurulurken nasıl bir yol izleneceğinin tespiti gerekir.

¹⁹ GÜLERCİ/ KILINÇ, s. 253; Bir parça borcunun söz konusu olması durumunda aynı çeşitten başka bir malın teslimini alacaklı kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul ederse ifa yerine eda anlaşması yapılmış olur. NÖMER, s. 339; Parça borçlarında değişim hakkı ancak tarafların mutabakatı ile olur. ARAL/ AYRANCI, s. 194; Aynı yönde bkz. KAZĞURT, 281.

²⁰ YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2013, s. 102; ÖZTAŞ, İlker: "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2016, s. 341.

²¹ KILIÇOĞLU, s. 96; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 107.

²² AKİPEK ÖCAL/ KARA, s. 67; ŞENOCAK, s. 36.

²³ ÇABRİ, s. 316.

Yargıtay *imkân varsa* ifadesine ilişkin yorum yaparken söz konusu ayıplı malın yenisinin mevcut olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadır. Başka bir ifadeyle ayıplı malın tedarik edilebilir olması ölçütü uygulanmamaktadır. Örneğin misli ile değişim talebine konu otomobilin sıfır kilometresinin yani yenisinin mevcut olmadığı uyuşmazlıkta otomobilin dava tarihinde sıfır kilometresi yani yenisi üretilmiş olsaydı rayiç fiyatının ne olacağının tespit edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.²⁴

En genel manasıyla, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un amacına odaklanıldığında hüküm içi boşluk içeren düzenlemelerin bulunduğu hususlarda tüketicinin lehine yorum yapılması gerektiği ifade edilebilir. Tüketici hukukunda tüketici lehine yorum kuralı temel ilke olarak edilir.²⁵ Bu bağlamda, 6098 sayılı Kanun kapsamında yapılan ayıplı satışlarda "*imkân varsa*" ifadesinin yorumu satıcıya özgülenen bir ölçüte bağlanabilirken, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde yapılan ayıplı satışlar bakımından bu yorum çözüm olmayabilir.

B. Hukuki Niteliği

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un sunduğu seçimlik haklardan birisi olan misli ile değişim hakkı, öğretideki genel kabul ve yargı uygulaması uyarınca yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilir.²⁶ Buna karşın, seçimlik haklardan sözleşmeden dönmeyi ve bedel-

²⁴ Yargıtay 8. HD 02.04.2013 2013/4394 2013/4853; Aynı yönde Y. HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391.

²⁵ **KARA**, s. 86; **ÖZCAN**, Zeynep /**TÜRK**, Ali: Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 3, 2020, s. 1493; **SİRMEN**, Lale: Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Özel, 2013, s. 2472-2479.

²⁶ **ARAL/ AYRANCI**, s. 176-177; **KÜÇÜKBAY**, Esmâ: Tüketici İşlemi Niteliğindeki Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2021, s. 148; **EREN/ ÜNSAL**, s. 254; **EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 151; **BAŞOĞLU**, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 117; **TUTUMLU**, Mehmet Akif: Ayıplı Mal Hukuku, Ankara 2021, s. 186; **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014, s. 121; "*Değiştirici yenilik doğurucu hakka örnek olarak seçimlik hakka sahip olan bir kişinin bu hakkını kullanarak mevcut borç ilişkisinin konusunu seçtiği konuya göre değiştirmesini gösterebiliriz.*" **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021, s. 35; "*tüketicinin seçimlik hakkının yenilik doğuran hak olduğunu söyleyebiliriz.*" Y. 13. HD, 25.06.2019, E.

den indirimi yenilik doğrudan hak olarak görmesine karşın misliyle değişim ve ücretsiz onarım haklarının yenilik doğuran hak olmadığını, ifa talebinin devamı olduğunu ileri süren ancak yargı uygulamasında pek taraftar bulmayan bir başka görüş de mevcuttur.²⁷

1. İfa Talebinin Devamı Görüşü

Misli ile değişim hakkını ifa talebinin devamı olarak kabul eden görüşe göre “satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi ve onarılması talebi; aynen ifa talebinin ayıplı ifa sonrasında devamı olarak yorumlanmalıdır.”²⁸ Zira “gerek onarım gerekse de yenisi ile değiştirme talebinin ileri sürülmesi ile edimde ya da sözleşmede bir değişiklik meydana gelmemektedir. Tüketicinin istediği sadece sözleşmeye uygun bir ifanın yapılmasıdır.”²⁹

Bu görüşe göre, alıcının ayıpsız misliye değiştirme hakkını kullanmasıyla söz konusu malın değişmesi bir tazminat talebi oluşturmaz; aksine borçlanılan edimin aynen ifasının talep edildiği anlamına gelir.³⁰

2018/489, K. 2019/7685; Y. 13. HD, 14.05.2019, E. 2016/30596, K. 2019/6097, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024); “Öğretide ve uygulamada da kabul edildiği üzere tüketicinin seçimlik haklarını tek yanlı ve varması gereken bir irade açıklamasıyla kullanması gerekmektedir. Tüketici bu haklardan hangisini seçtiğini, bir kez bildirmekle, seçim hakkını kullanmış olur ve artık tercihini değiştiremez. Çünkü, satıcı kayıtsız şartsız, bildirilen tercihi yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle tüketicinin seçim hakkı, bir kez kullanılmakla sona ermekte ve onun yerine tercih ettiği hak geçmektedir. Bu özelliği nedeniyle, tüketicinin seçimlik hakkının yenilik doğurucu (inşai) haklardan olduğunu söyleyebiliriz.” Y. 13. HD, 25.06.2019, E. 2018/489, K. 2019/7685, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 13.01.2025).

²⁷ ÖZTAŞ, s. 336; Aynı yönde ÇABRİ, s. 321; BİLGİN YÜCE, Melek: “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ankara 2012, s. 406; KARA, s. 786.

²⁸ “Ayıplı ifa sorumluluğunda bedel indirimi değiştirici yenilik doğuran haktır; ayıbın giderilmesini talep etme ve ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme hakları ise bir görüşe göre yenilik doğuran hak iken diğer bir görüşe göre aynen ifa talebinin devamıdır.” GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 77-78; ÖZTAŞ, s. 336; Aynı yönde ÇABRİ, s. 321; BİLGİN YÜCE, s. 406; KARA, s. 786; AYDOĞDU/ TUNCER, s. 173; İNCEOĞLU, M. Murat: “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), Der: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 191.

²⁹ İNCEOĞLU, s. 191.

³⁰ “Asli borcun gereği gibi ifa edilmemesi halinde alacaklının yenisiyle değiştirilmesini veya ayıbın giderilmesini talep hakkı şeklinde ortaya çıkan bir yeniden ifa talebinin bulunup bulunmadığı sözleşmenin tipine göre belirlenir.” ÇETİNER, s. 641; Buz, ayıptan doğan hakları borçlunun temerrüdüne benzetir. Her iki durumda da alacaklının talebinin söz-

Bu görüş çerçevesinde misli ile değişim hakkı değerlendirilirse, ayıplı malın değiştirilmesi talebi aynen ifa talebi olarak kabul edileceğinden aynen ifa bakımından geçerli olan “ifa imkansızlığı” ve “aşırı ifa güçlüğü” kurumları, alıcının ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebini kullanmasını engelleyebilir.³¹ Bu bağlamda, örneğin sınırlı çeşit borcunun varlığı halinde stoktaki malların tükenmesi halinde alıcı değişim hakkını fiilen kullanamayabilir.³²

Öte yandan, ifa imkansızlığı edimin borçlu tarafından ifa edilebilirliği ile ilgili bir meseledir.³³ İmkânsızlık ancak borçlu tarafından kesin olarak bertaraf edilemeyecek bir engel bulunması durumunda söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle “sadece edimi ifa etmesi borçludan dürüstlük kuralına göre beklenemeyecek hale gelmişse imkânsızlık yoktur.”³⁴ İmkânsızlığı daha dar yorumlayan bir başka görüş de borcun yalnızca borçlu tarafından ifa edilmemesini imkânsızlık olarak değerlendirmez; borcun ancak kimse tarafından ifa edilememesi söz konusuysa yani objektif imkânsızlık varsa borcun imkânsız hale geleceğini ileri sürer.³⁵

İfanın imkansızlığı, bir maddi hukuk meselesidir; bu çerçevede usul hukuku bakımından ortak bir değerlendirmenin yapılması doğru olmayabilir. Örneğin tüketicinin misli ile değişim hakkını kullandığı bir uyuş-

leşmeye uygun tam ifa olduğunu, bu nedenle ayıbın giderilmesine ilişkin talebin yenilik doğuran hak olmadığını ileri sürer. **BUZ**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 172; **EREN**, Özel Hükümler, s. 151; ancak burada 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nun 229. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendi uyarınca doğrudan zararların tazmini talep edilebilir. **ARAL/ AYRANCI**, s. 195.

³¹ **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 207; **ÖZTAŞ**, s. 341; **BAŞOĞLU**, s. 119.

³² **EREN**, Özel Hükümler, s. 150; **EREN**, Fikret/ **DÖNMEZ** Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, Ankara 2023, s. 253; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 102; **DERYAL/ KORKMAZ**, s. 111.

³³ Serozan, özellikle borç ilişkisinde imkansızlığı alacaklının edim sonucuna ulaşmasıyla değil; borçlunun edim eylemini yerine getirmesiyle ilişkilendirir. Serozan, ifa imkansızlığının ölçeğinin parça borcu-çeşit borcu ayrımı olmaması gerektiğini; burada kıstasın borçlunun edim eylemini kendisinden beklenebilecek araçlarla gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği olduğunu ifade eder. **SEROZAN**, Rona: “Parça Borcu-Çeşit Borcu Aşılması Gerekli Bir Ayrım” İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s.216.

³⁴ **KURT**, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Ankara 2016, s. 90.

³⁵ **ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Ankara 2019, s. 291; **ALTAŞ**, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Ankara 2002, s.184; **AYAN**, s. 514.

mazlıkta, bir sınırlı çeşit borcunun varlığı halinde mahkemenin stok kontrolü yapmaması ya da eşyanın stokta bulunmadığı gerekçesiyle imkansızlığın varlığına karar vermemesi gerekir. Yargılamanın sonucunda elde edilecek ilamın yerine getirilip getirilemeyeceğinin araştırılması mahkemenin yetkisi içerisinde değildir. Aksinin kabulü borçlunun herhangi icra edilebilir bir malvarlığı olmaması nedeniyle alacak davasının reddedilmesine benzer bir çelişki oluşturur. Bu çerçevede, tahsil kabiliyeti olan bir karar elde edilememesi imkânsızlık olarak değerlendirilmemelidir. Kaldı ki eşyanın mislinin bulunmaması halinde kararın tahsil kabiliyeti olmadığı iddiası da hatalıdır.

Misliyle değişim ve ücretsiz onarım haklarının yenilik doğuran hak olmadığını savunan aksi görüşe göre; *aşırı ifa güçlüğü de* alıcının malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebini kullanmasını engelleyebilir. Maddi edim borçlusu bakımından, edim yükümlülüğünde aşırı bir güçleşme olması durumunda aşırı ifa güçlüğünden bahsedilir.³⁶ Burada borçlu için edimin yerine getirilmesi aşırı bir fedakarlığa katlanmayı gerektirmelidir.³⁷ Malın misli elinde olmayan satıcının, yerine güncel değerini ödemesinin nasıl bir aşırı ifa güçlüğü oluşturacağı muğlaktır. Bu nedenle, satıcının aşırı ifa güçlüğüne dayanarak ayıplı malın misliyle değişim talebini yerine getirmemesi ve böylece tüketicinin başka bir seçimlik hakkı kullanmaya zorlanmasını, bu kavramla açıklamak yerinde değildir.

Yine bu noktada, stokta bulunmayan ürün bakımından satıcının, ürünün tedarik edilebilir olması halinde, ürünü tedarik ederek değiştirmesi gerektiği ifade edilebilirken³⁸ aksi de savunulabilir.³⁹ Zira, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin 4. fıkrasında "*Yedinde bulunmazsa ilamda yazılı değeri alınır. Vermezse ayrıca icra emri tebliğine hacet kalmaksızın haciz yoluyla tahsil olunur. Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadığı*

³⁶ TİLE, Latife: Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara 2021, s. 114; PAK, Elif: Türk Borçlar Kanunu'nda Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara 2020, s. 66; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 1088; ANTALYA, Cilt V/1,3, s. 305-306; AYAN, s. 515.

³⁷ RESULOĞLU, Özenç: Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara 2021, s. 21.

³⁸ ÖZTAŞ, s. 342.

³⁹ Tedarik etmesi gerekmediği yönünde bkz. GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 107.

veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.” denilir.⁴⁰ Görüleceği üzere 2004 sayılı Kanun, tüketicinin ayıpsız misliyle değişim talep etmesi halinde satıcının ürünün stokta kalmadığı iddiası icraya engel değildir.

Ayrıca malın ayıpsız mislinin satıcının elinde bulunmamasına karşın temin edilebilir olması yani imkansızlığın subjektif nitelik taşıması halinde ancak ifanın önündeki engel borçlu için aşılmazsa ifa imkansızlığına başvurulması mümkün olmalıdır.⁴¹ Özellikle fiili imkansızlığın yani ifanın hala mümkün olduğu ancak borçlu bakımından orantısız bir zahmet ya da masrafa katlanması gerektiği haller değerlendirilirken; örneğin ürünün bir başka satıcıdan tedarik edilmesi ve nakliye masrafının meydana gelmesi gibi basit zorlukların ve maliyetlerin ifanın yapılmasında imkansızlık olarak kabul edilmemesi gerekir.⁴²

Tüm anlatımlar ışığında ifade etmek gerekir ki; ifa imkansızlığı ya da aşırı ifa güçlü gibi kurumlara başvurulması, esasen seçimlik hakların temel mantalitesiyle çelişir. Bu nedenle seçimlik hakların kullanımı, aynen ifa talebinin devamı niteliğinde kabul edilmemelidir.

Zira tüketicinin seçimlik haklara başvurabilmesi için satıcının kusurlu olmasına gerek yoktur. Oysa ifa imkansızlığının sonuçları borçlunun kusurlu olup olmamasına göre değişir. İfanın borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesi durumunda borç sona erer.⁴³ Ancak ifanın borçlunun kusuruyla imkansızlaşması durumunda, borç sona ermez. Ancak alacak hakkı nitelik değiştirerek tazminat alacağına dönüşür.⁴⁴

Örneğin bir malın teslimine ilişkin bir borcun borçlunun kusuruyla imkânsız hale gelmesinde alacaklının tazminat alacağının kapsamına malın değeriyle birlikte, tüketicinin bu malı başka bir yerden daha yüksek

⁴⁰ “Mahkemece bu istem nazara alınarak, aracın ”0” km. aynı nitelikte yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiştir. Aracın modelinin eski olması, yasal seçimlik haklarından birini kullanan tüketicinin bu isteminin karşılanmamasına neden olarak gösterilemez. Diğer taraftan, infaz aşamasında hükme konu malın bulunamaması halinde, İİK m. 24’ün uygulanma olanağının varlığı da unutulmamalıdır.” Y. HGK, 22.06.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391.

⁴¹ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s.860.

⁴² ANTALYA, Cilt V/1,3, s. 323.

⁴³ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 855.

⁴⁴ REİSOĞLU, s. 351; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 1081; GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 870.

fiyata satın almaya mecbur olması nedeniyle uğradığı maddi kayıp da girer.⁴⁵ Bu bağlamda, “eğer ayıbın giderilmesini talep etme hakkı bir yenilik doğuran hak olmasaydı, alıcı bu yönde bir talepte bulunmamış olsa idi dahi, borçlunun ayıpları gidermekle yükümlü olması gerekirdi. Oysa bu tür sonuç, ayıplı ifa halinde alacaklıya seçimlik haklar tanıyan kanun hükümlerinin ruhuna aykırı düşer.”⁴⁶

2. Yenilik Doğuran Hak Görüşü

Öğretideki hâkim görüş malın misli ile değişimi talebinin bir yenilik doğuran hak olduğunu ifade eder.⁴⁷ Ancak bu görüşlerden bir kısmı, misli ile değişim seçimlik hakkının aynen ifade ısrar edildiğini gösteren bir yenilik doğuran hak olduğunu savunurken⁴⁸ katıldığımız genel kabul gören görüşe göre göre misli ile değişim hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır.⁴⁹

Bilindiği üzere yenilik doğuran hak, sahibine tek taraflı olarak bir hukuki işlemle bir hukuki ilişkiyi kurma, sona erdirmeye ya da değiştirme

⁴⁵ REİSOĞLU, s. 353.

⁴⁶ BUZ, s. 171.

⁴⁷ ARAL/ AYRANCI, s. 176-177; KÜÇÜKBAY, s. 148; EREN/ ÜNSAL, s. 254; EREN, Özel Hükümler, s. 151; BAŞOĞLU, s. 117; TUTUMLU, Ayıplı Mal Hukuku, s. 186; GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 121; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 35; “tüketicinin seçimlik hakkının yenilik doğuran hak olduğunu söyleyebiliriz.” Y. 13. HD, 25.06.2019, E. 2018/489, K. 2019/7685; Y. 13. HD, 14.05.2019, E. 2016/30596, K. 2019/6097, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁴⁸ ŞAHİN, Eda: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1-2, 2016, s. 112; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 81; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 106; AYDOĞDU/KAHVECİ, Tüketici Dersleri, s. 305; ASLAN, Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2016, s. 116.

⁴⁹ EREN/ ÜNSAL, s. 254; EREN, Özel Hükümler, s. 151; GÜLERCİ/ KILINÇ, s. 253; DEMİRBAŞ, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 61; BAŞOĞLU, s. 117; KÜÇÜKBAY, s. 148; TUTUMLU, Ayıplı Mal, s. 186; GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 121; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 35; “tüketicinin seçimlik hakkının yenilik doğuran hak olduğunu söyleyebiliriz.” Y. 13. HD, 25.06.2019, E. 2018/489, K. 2019/7685; Y. 13. HD, 14.05.2019, E. 2016/30596, K. 2019/6097, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024); Aksi yönde, “sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi hakları bozucu nitelikli inşai haklardan olup” Y13.HD, 29.06.2004, E.2004/8617 ve K.2004/10239, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024); DERYAL/ KORKMAZ, s. 109.

yetkisi bahşeder.⁵⁰ Değiştirici yenilik doğuran hak ise, kullanılması sonucunda sahibine, mevcut bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi değiştirme imkânı tanır.⁵¹

Yenilik doğuran hak, amaçlanan hukuki sonuç gerçekleştiğinde artık geri alınamaz; bu nedenle kullanılmakla tükenir.⁵² Ayrıca kullanılan bir yenilik doğuran hakkın geri alınması, yani bu haktan dönmek, mümkün değildir. Çünkü söz konusu hak artık mevcut değildir.⁵³

Öğretide bir görüş yenilik doğuran haklar bakımından kullanılan hakkın geri alınabilmesine ilişkin katı bir tutumun var olduğunu ancak yenilik doğuran hakkın geri alınamamasının temelinde muhatap bakımından belirsizlik ortamının doğmasının engellenmesi düşüncesinin yattığını, bu nedenle muhatap bakımından herhangi bir belirsizliğin doğmayacağı durumlarda yenilik doğuran hakka ilişkin geleneksel anlayışa, haliyle bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalınmasına gerek olmadığını ifade eder.⁵⁴

Ayıptan doğan seçimlik hakkın hukuki niteliğinin tespiti özellikle kullanılması aşamasında önem arz eder. Çünkü yenilik doğuran hak olmadığının, yani aynen ifa talebinin devam ettiğinin kabulü halinde bir yenilik doğuran hak söz konusu olmadığından, muhatap tarafından kabul edilmelerine ya da hâkim tarafından dönme veya bedel indirimine hükmedilmesine⁵⁵ kadar hak sahibi seçimlik hakkını değiştirme yetkisine sahiptir.⁵⁶ Oysa, katıldığımız hâkim görüş uyarınca yenilik doğuran hak olduğu kabul edilirse hakkın kullanılması ile değiştirilmesi ya da geri alınması artık mümkün olmamalıdır.

C. Kullanılması

Tüketicinin seçimlik hakları, bizim de katıldığımız genel kabul gören görüşe göre birer yenilik doğuran hak olduğundan tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılması mümkündür. Bu bağlamda, tüketicinin seçimlik

⁵⁰ **ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 90; **EREN**, Genel Hükümler, s. 62; **GÜMÜŞ**, Genel Hükümler, s. 76.

⁵¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 65.

⁵² **BUZ**, s. 443; **DEMİRBAŞ**, s. 28; **EREN**, Genel Hükümler, s. 65; **GÜMÜŞ**, Genel Hükümler, s. 79; **ANTALYA**, Cilt V/1,1, s. 91.

⁵³ **EREN**, Genel Hükümler, s. 70; **ARAL/ AYRANCI**, s. 179; **ANTALYA**, Cilt V/1,1, s. 91.

⁵⁴ **BUZ**, s. 445-446.

⁵⁵ "Hatta dönme ya da bedel indirimi hakları dava açılması suretiyle kullanılmış olsa bile, usul hukuku kurallarına göre dava değişikliği imkânı mevcut olduğu sürece haklar arası bir geçiş söz konusu olabilir." **BUZ**, s. 462.

⁵⁶ **BUZ**, s. 461.

hakkını kullanabilmesi, dava açmasına ya da icra takibi yapmasına bağlanmamalıdır.⁵⁷ Ancak hakkın hukuki niteliği gereğince tüketicinin bazı kurallara uyması gerekir. Bu çerçevede ilk olarak misli ile değişim seçimlik hakkının terditli olarak kullanılması yasağından ikinci olarak da tüketicinin tercih etmiş olduğu bu hakkın sınırlandırılmasından bahsetmek gerekir.

1. Terditli Olarak Kullanılmama

Tüketici seçimlik hakları, terditli olarak kullanmamalıdır.⁵⁸ Başka bir ifadeyle, tüketici ayıplı mala ilişkin talepte bulunurken birden fazla seçimlik hakkı sıralayarak talep etmemelidir. Örneğin ayıplı bilgisayarın yenisiyle değiştirilmesi, mümkün değilse onarılması, bunun da mümkün olmaması halinde paranın iadesi talebi terditli bir taleptir. Oysa tüketicinin seçimlik haklardan birini seçmesi ve doğrudan o hakka ilişkin talepte bulunması beklenir. Zira ifade edildiği üzere seçimlik haklar yenilik doğuran haklar olup kullanılmakla tükenir.

Buna karşın katılmadığımız bir görüş, seçimlik hakların aynı anda birden fazla kullanılamayacağını ancak *“alternatifli”* olarak ileri sürülebileceğini iddia ederken⁵⁹ bir başka görüş *“alıcı tarafından kullanılan seçimlik hakka satıcı tarafından açıkça itiraz edildiği hâlde alıcı diğer haklardan birini kul-*

⁵⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 129-130; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Ayıplı Mal, Şahin McCarthy, Oya/ Dinç Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2022, s. 163; GÜLERCİ/ KILINÇ, s. 218; YAVUZ, s. 55; ŞAHİN, s. 112; SERT SÜTÇÜ Selin: Satış Sözleşmesi, Bağışlama Sözleşmesi, Mal Değişimi Sözleşmesi, Öz Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 102; ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 132.

⁵⁸ TUTUMLU, Ayıplı Mal, s. 187; *“Aynı anda birden çok seçeneği kullanması mümkün değildir.”* AYDOĞDU/ TUNCER, s. 173; GÜLERCİ/ KILINÇ, s. 219.

⁵⁹ AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nihat: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 73; AYDOĞDU/KAHVECİ, Tüketici Dersleri, s. 287-288; ÇABRİ, s. 320; *“Seçimlik borç ve seçimlik yetkiden ayırt edilmesi gereken bir diğer kurum da seçimlik (alternatif) yarışma ilişkisidir. Burada aynı sebepten ortaya çıkan ve içerikleri nedeniyle birbirini dışlayan farklı taleplerden yahut yenilik doğuran haklardan birinin alacaklı tarafından seçilmesi söz konusudur. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu kapsamında alıcıya tanınan sözleşmeden dönme ve bedelde indirim hakları arasında seçim hakkı bakımından böyle bir ilişki mevcuttur. Yine hâkim görüşe göre aynı ilişki alıcının ücretsiz onarım hakkı ile ayıpsız benzeri ile değiştirme hakları arasında da mevcuttur.”* ÇETİNER, Bilgehan/ FURRER, Andreas/ MÜLLER-CHEN, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021, s. 53.

lanmaya bir seferliğine daha yetkili olur.” şeklinde bir ifadenin seçimlik hakların kullanımı tartışmasını sona erdirmesi açısından kanuna eklenmesini önerir.⁶⁰

Öte yandan, Yargıtay tüketicinin seçimlik haklarını alternatifli olarak talep ettiği dava dilekçelerine ilişkin, dilekçenin açıklattırılması yönünde yerleşik bir uygulamayı haizdir.⁶¹ Kural, tüketicinin dilediği seçimlik hakkı kullanmakta özgür olmasıdır ve seçimlik haklar, yenilik doğuran haklar olduğundan kullanılmakla tükenirler. Bu bakımdan tüketici, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un tanıdığı seçimlik haklardan birini kullandıktan sonra bu hakkı kullanmaktan vazgeçemez, kullandığı hakkı değiştiremez ya da terditli talepte bulunamaz.⁶²

⁶⁰ **BİLGİN YÜCE**, s. 394; Buz’a göre özellikle muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanılmasını tartışma konusu yapması, yani hakkın kullanılması için gerekli şartların oluşmadığını ileri sürmesi durumunda hak sahibi, yenilik doğuran beyanı geri alabilmelidir. **BUZ**, s. 466; Aynı yönde **ANTALYA**, Cilt V/1,1, s. 91; Hatta Şenocak, bu hakların kümülatif olarak kullanılabileceğini ileri sürer. Örneğin kısmi onarım ile indirim talep edilebileceği görüşündedir. **ŞENOCAK**, s. 35.

⁶¹ **TUTUMLU**, Ayıplı Mal, s. 252; Davacının dava konusu otomobilin bu haliyle ayıplı bir ürün olduğunu ileri sürerek ayıplı aracın ayıpsız misli ile değişimine, bunun mümkün olmaması halinde ise araç için ödenmiş olan bedelin iadesine karar verilmesini istediği somut olayda, Yargıtay tarafından “*Davacının dava dilekçesindeki talebi aracın ayıpsız misli ile değişimi, bunun mümkün olmaması halinde ise araç bedelinin iadesine hükmedilmesi yönündedir. Davalının bu talebinin terditli bir talep mahiyetinde değerlendirilmesi halinde terditli taleplerden öncelikli olanı ise dava dilekçesinde ilk olarak ileri sürülmüş olması hasebiyle dava konusu aracın ayıpsız misli ile değişimi talebidir. Bu minvalde somut olay değerlendirildiğinde tüketicinin seçimlik hakkını misli ile değişim yönünde kullanmış olduğunun kabulü ancak bununla birlikte tüketicinin seçimlik hakkını hangi yönde kullandığı hususunda tereddüt var ise de, davacıya bu talebi hakkında değişim hakkını mı, ya da sözleşmeden dönme hakkını mı kullanacağı hususu açıklattırılmak suretiyle sonuca gidilmesi gerekir. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklandığı üzere davacının talebini neye hasrettiği açıklattırılıp, seçimlik hakkını ne şekilde kullandığı sorularak, hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*” şeklinde hüküm kurulmuştur. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁶² **ARAL/ AYRANCI**, s. 179; **TUTUMLU**, Ayıplı Mal, s. 198; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.34; **YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN**, s. 81; **AYDOĞDU/ KAHVECİ**, Tüketici Dersleri, s. 305; **ASLAN Y.**, s. 116; **ZEVKLİLER** Aydın/ **ÖZEL** Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 176; Y. 13. HD, 29.06.2004, E. 2004/8617, K. 2004/10239; Y. 13. HD, 16.11.2017, E. 2016/13017, K. 2017/11219, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

2. Seçimlik Hakkın Sınırlandırılması

6502 sayılı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tüketicinin misli ile değişim hakkını kullanmasının *"satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir."* 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Mülga EC 1999/44 sayılı Yönergeyle uyum sağlarken sözleşmeye aykırılık kavramı bakımından EC 2019/771⁶³ sayılı Yönergenin hükümleri ile tam bir örtüşme içerisinde değildir.

Öte yandan, her ne kadar yeknesaklık sağlanmaya çalışılmış olsa da Mülga EC 1999/44 sayılı Yönergenin tüketicinin seçimlik haklarını düzenleyen hükmünde seçimlik haklar bakımından bir kademelendirme öngörülmüşken 6502 sayılı Kanun'da böyle bir kademelendirmeden bahsedilmez. Yönergeye göre tüketici ilk olarak, imkânsız veya orantısız olmadığı sürece, ücretsiz onarım ya da misli ile değişim hakkını kullanmalıdır. Oysa 6502 sayılı Kanun'a göre tüketici kural olarak dilediği seçimlik hakkı kullanabilir. Seçimlik haklar, EC 2019/771 sayılı Yönergenin 13. maddesinde kendisine yer bulur. Hükme göre sözleşmeye aykırılık hâlinde tüketici, malların sözleşmeye uygun hâle getirilmesini talep edebilir. Bu çerçevede, seçilen hakkın yerine getirilmesi imkânsız değilse ve satıcı bakımından orantısız güçlük yaratmıyorsa bu seçimlik haklar kullanılabilir.

Öğretide bir görüş, ayıpsız benzeri ile değişim hakkının yalnızca çeşit borçları bakımından söz konusu olabileceğini ileri sürer.⁶⁴ Buna karşın uygulamada, parça borçları bakımından da misli ile değişim seçimlik hakkının kullanılabilmesi kabul edilir.⁶⁵ Haliyle tüketicinin bir parça borcuna ilişkin misliyle değişim hakkını kullanması durumunda, satıcının

⁶³ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0771> (Erişim Tarihi: 01.01.2025).

⁶⁴ ARAL/ AYRANCI, s. 152; ZEVLİLER/ ÖZEL, s. 181; ÖZEL, s. 132; TUTUMLU, Ayıplı Mal, s. 246; KALKAN, Arif: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018, s. 241-242; İLGÜN, Ömer Faruk: Tüketici İşlemleri Hukuku, İstanbul 2021, s. 116; AKINCI, Şahin: Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998, s. 109.

⁶⁵ "Kanunun tüketiciyi koruma amacı göz önüne tutulduğunda ise ilgili seçimlik hak parça borcu için de kullanılabilir nitelik taşımalıdır. Aksi takdirde, yani hükmün lafzı ile okunması halinde, özellikle eser sözleşmesinin ve kira sözleşmesinin konusunu her halde parça borcu oluşturacağından bu tür tüketici sözleşmesinde ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme hakkını kullanamayacaktır." GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 121; ÇABRİ, s. 360.

dürüstlük kuralı gereğince tüketicinin kabulünün beklenebileceği benzer ya da üstün nitelikle bir malı önermesi mümkündür.⁶⁶ Bu çerçevede, mahkemenin misli ile değişim kararı verirken malın mislinin mevcudiyetini araştırması gerekmez.⁶⁷

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre "*Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.*"⁶⁸ Öte yandan, ayıplı malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi talebi satıcı tarafından yerine getirilememişse ya da getirilemeyeceği tüketiciye bildirilmişse, tüketici sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilir.⁶⁹ Ancak tüketici, bu hakkı kullanmaya mecbur bırakılmamalıdır. Çünkü tüketicinin misli ile değişim talebi edaya yönelik icrası kabil taleplerdir.⁷⁰ Başka bir ifadeyle, ileride açıklanacağı üzere satıcının malın mislini sunamaması durumunda dahi hükmün icrası mümkündür.

Burada mesele tüketicinin neyi talep ettiği olmamalıdır. Tüketicinin seçimlik haklarından dilediğini kullanmaya imkânı bulunmalıdır. Yalnız tüketici, kullanmış olduğu seçimlik hak sonucunda satıcının ifasını engelleyen imkânsızlık ya benzeri bir durum olması durumunda aynen ifade ısrarcı olamamalıdır. Böylece mahkeme, yargılama aşamasında tüketici tarafından seçilen seçimlik hakkın borçlu tarafından ifasının mümkün olup olmadığıyla ilgilenmemeli, kararın icrası aşamasında bu mesele icra müdürünün yetkisine bırakılmalıdır. Daha açık bir anlatımla, yargılama aşamasında mahkeme malın mislinin satıcının elinde bulunup bulunmadığını araştırmamalı; ancak icra aşamasında icra müdürlüğü malın mislinin bulunmaması halinde aşağıda açıklanan İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan usulü süreci işletmelidir.

⁶⁶ GÜMÜŞ, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 122; ÇABRİ, s. 363.

⁶⁷ TUTUMLU, Makale, s. 2590.

⁶⁸ ÖZDEMİR, s. 163; ÇABRİ, s. 318; "*Dolayısı ile satıcı tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Mahkemece davacının sözleşmeden caymakta haklı olduğunun kabulü ile ödediği bedelin tahsiline hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde tamir bedeli ve değer kaybına hükmedilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*" Y. 13. HD, 21.01.2008, E. 2007/15789, K. 2008/616, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024); Aksi yönde, satıcının ayıpsız misli ile değiştirme imkânı bulunmuyorsa bu hak kullanılamaz. USTA Salih: "Ayıplı Mal Nedir ve Tüketicinin Seçimlik Hakları Nelerdir", Gümrük Ticaret Dergisi, S. 16, 2019, s. 49.

⁶⁹ Benzer şekilde alıcı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi gereğince sözleşmeden dönerek müspet zararlarını talep edebilir. YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 101.

⁷⁰ ÖZDEMİR, s. 163.

Tüketicinin malın ayıpsız mislini talep etmesi halinde satıcının ürünün benzerini bulması dürüstlük kuralı sınırları içerisinde kendisinden beklenir.⁷¹ Yalnızca misli ile değişimi talep edilen ürünün eski model olması, üretimden kalkması ya da yenisinin üretilmemesi tüketicinin misli ile değişim hakkını kullanmasına engel olmamalıdır.⁷² Örneğin satıcı *Apple iPhone 13* marka telefonun artık üretilmemesi nedeniyle tüketicinin misli ile değişim talebini kabul edemiyorsa tüketiciye üretimde olan *Apple iPhone 14* marka telefonu önerebilir. Burada dürüstlük kuralı gereğince tüketicinin ayıpsız misli ile değişim hakkını kullanmasının engellenmemesi gerekir. Başka bir ifadeyle, tüketiciye sözleşmeden dönme hakkının dayatılması hukuka uygun değildir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre satıcı malın ayıpsız bir mislini derhal vererek alıcının diğer seçimlik hakkını kullanmasını engelleyebilir. Bu noktada mahkeme tarafından misli ile değişim kararı verilmesi halinde, satıcı malın örneğin bir model üstünü vererek ilamın icrasını durdurabilir mi? Burada kıtas, tüketicinin sözleşmeden kaynaklanan beklentisinin karşılanması olmalıdır.⁷³ Örneğin satıcı, aradaki fiyat farkını talep ederek bir üst modeli önerememelidir.⁷⁴ Burada satıcı bakımından aşırı ifa güçlüğü olduğu düşünülebilirse de aşırı ifa güçlüğünden bahsedebilmek için borçlu için edimin yerine getirilmesi aşırı bir fedakarlığa katlanmayı gerektirmelidir.⁷⁵ Özellikle fiili imkansızlığın yani ifanın hala mümkün olduğu ancak borçlu bakımından orantısız bir zahmet ya da masrafa katlanması gerektiği haller değerlendirilirken;

⁷¹ Aynı yönde **ÖZTAŞ**, s. 342; "Hükümde seçimlik hakkın kullanılması bakımından aranan ve gerekli sùbjektifleştirmenin sağlanabilmesi için dürüstlük kuralı gereği satıcıdan beklenebiliyorsa şeklinde okunması daha doğru olan imkân varsa kıtası sadece parça satışı bakımından getirilmiş bir sınırlama olarak kabul edilmelidir." **GÜMÜŞ**, Özel Hükümler, s. 107.

⁷² **AYDOĞDU/KAHVECİ**, Tüketici Dersler, s. 301; Aksi yönde bkz. "Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez." **DERYAL/ KORKMAZ**, s. 111.

⁷³ **ÖZDEMİR**, s. 182; "Özellikle satıcının daha kaliteli bir malı verdiği hallerde tüketicinin dürüstlük kuralı gereği malı geri çevirmemesi gerekir." **ÇABRİ**, s. 363; "Dürüstlük kuralı sunulan farklı marka ve modeldeki benzerinin tüketici tarafından kabulünü haklı göstermelidir." **GÜMÜŞ**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, s. 122; "Hükümün infazı tarihinde satıcının veya diğer sorumlu kişilerin elinde bulunan en son model araç hangisi ise o araç tüketiciye teslim edilmelidir." **TUTUMLU**, Ayıplı Mal, s. 270.

⁷⁴ **TUTUMLU**, Ayıplı Mal, s. 255-256.

⁷⁵ **RESULOĞLU**, Özenç: Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara 2021, s. 21.

örneğin ürünün bir başka satıcıdan tedarik edilmesi ve nakliye masrafının meydana gelmesi gibi basit zorlukların ve maliyetlerin ifanın yapılmasında imkansızlık olarak kabul edilmemesi gerekir.⁷⁶

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında *"Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır."* düzenlemesi yer alır. Burada yalnızca imkansızlıktan bahsedilmez. Zira imkansızlığın tespiti kolaydır. Ancak orantısız güçlük kavramının tespiti o kadar kolay değildir.

Görüleceği üzere orantısızlığın varlığının tespiti için, *"malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği"* ölçüt olarak kabul edilmiştir. Bu noktada tartışılması gereken en önemli husus *"diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceğidir."*⁷⁷

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 5. fıkrası uyarınca tüketici eğer sözleşmeden dönme hakkını seçerse, ödemiş olduğu bedelin tümünün derhal tüketiciye iade edilmesi gerekir. Ancak bu bedel, uygulamada fatura bedelidir. Başka bir ifadeyle, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını seçmesi halinde, mahkeme tarafından sözleşme ortadan kaldırılacak ve fatura bedeli üzerinden satıcının tüketicinin ödemiş olduğu ücreti iade etmesine karar verilecektir. Enflasyonist bir ülkede, tüketicinin örneğin iki ya da üç yıl süren yargılama neticesinde, fatura bedelini iadeyi kabul etmesinin tüketici açısından bir sorun teşkil edeceği aşikardır. Oysa mahkeme tarafından ayıplı malın misli ile değişimine karar verilmişse ve malın misli satıcının stoklarında bulunmuyorsa malın gerçek ve güncel değerinin tespit edilmesi için piyasa değerinin araştırılması gerekir.⁷⁸ Zira, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin 4. fıkrasında *"Taşınır malın değeri, ilamda yazılı olmadıgı*

⁷⁶ ANTALYA, Cilt V/1,3, s. 323.

⁷⁷ Tüketici bakımından misli ile değişim talebi neticesinde malın rayiç değerinin hesaplanması halinde dahi aleyhe sonuç doğması söz konusu olabilir. Zira tüketicinin eline malın ayıpsız hali değil para geçmekte üstelik tüketicinin daha önce ödemiş olduğu satım bedelinin kullanımı karşılığı faiz elde etme imkânı da elinden alınmış olmaktadır. Aynı yönde bkz. ŞENOCAK, s. 35.

⁷⁸ TUTUMLU, Makale, s. 2590; ÖZDEMİR, s. 180.

veya ihtilaflı bulunduğu takdirde, icra memuru tarafından haczin yapıldığı tarihteki rayice göre takdir olunur.” düzenlemesine yer verilir.

D. Seçimlik Hakkın Değiştirilmesi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 11. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir.” denilir. Misli ile değişim hakkını kullanan tüketicinin bu hüküm uyarınca seçim hakkını seçim hakkını değiştirmesinden değil; hakkın kullanımının engellenmesinden bahsedilebilir. Zira “Yenilik doğuran hakların ihlali olmaz; muhatap sadece hakkın kullanılmasının şartlarının oluşumunu engelleyebilir.”⁷⁹

Ancak bu düzenlemenin tüketicinin seçimlik hakkında, mahkeme tarafından değişiklik yapılabileceği anlamına gelmediği aşikardır.⁸⁰ Zira hükmün lafzına bakıldığında hâkime bu yönde bir takdir yetkisi verilmediği görülür. Bu bağlamda, hâkimin, imkân bulunmayan hallerde misli ile değişim talebi yerine sözleşmeden dönme karar verebileceğinin kabulü⁸¹ yerinde değildir.

6502 sayılı Kanun’un 11. maddesinin gerekçesine göre “Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tüketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira

⁷⁹ GÜMÜŞ, Genel Hükümler, s. 76.

⁸⁰ “Aracın seri üretimden kalkmış olması da yasal seçimlik haklarından birini kullanan tüketicinin bu isteminin karşılanmamasına gerekçe olarak gösterilemez.” Y. 13. HD, 19.02.2008, E. 2007/11592, K. 2008/1274, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁸¹ AYDOĞDU/ KAHVECİ, Özel Hükümler, s. 79; AYDOĞDU VE KAHVECİ, s. Tüketiciler Dersleri, 302; ZEVKLİLER/ ÖZEL, s. 176; “Her hakkın kullanılmasında olduğu gibi seçimlik hakkın kullanılması da dürüstlük kurallarına uygun olmalıdır. Bu hakkın kötüye kullanıldığı hallerde, mahkeme diğer bir seçimlik hakka karar verebilir. Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’da satılan malın ayıplı çıkması halinde, alıcı satılanın ayıpsız olanıyla değiştirilmesini, ayıp oranında bedelinin indirilmesini, ayıbın giderilmesini ve sözleşmeden dönme haklarından birini seçebilir. Fakat malın basit bir ayıp nedeniyle bedelinin indirilmesi mümkün iken alıcının sözleşmeden dönme ya da misliyle değiştirilmesini istemesi hakkın kötüye kullanılması oluşturduğundan mahkeme bunun yerine bedelin indirilmesine karar verebilir.” KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 35.

elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde sözleşmelerin nîsbiliği ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan tüketiciciye veya ithalatçıya gidilmesi kabul edilmiştir.”⁸² Bu çerçevede, tüketicinin misli ile değişim hakkının sınırlandırılması, özellikle stokta bulunmama ya da bahsedilen modelin artık üretilmemesi gibi sebeplere dayanılarak ve tüketiciciye sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının dayatılması kanunun ruhuna aykırıdır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde misli ile değişim talebi yöneltilirken muhatap, yalnızca satıcı ile sınırlı değildir. 6502 sayılı Kanun’un 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir.*”⁸³ Bu nedenle sadece satıcının elinde stok kalmaması tüketicinin misli ile değişim seçimlik hakkını kullanamayacağı anlamına gelmemelidir. Tüketici yalnızca satıcı değil, üretici ithalatçı gibi kişileri de aynen ifadan sorumlu tutabilmektedir. Bu çerçevede, 6502 sayılı Kanun’un gerekçesine göre “*tüketicinin ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi taleplerinin yerine getirilmesi konusunda satıcı üretici ve ithalatçı müteselsil sorumluluk yüklenmiştir.*”⁸⁴ Bu hususun özel olarak gerekçede yer alması, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan seçimlik hakların 6098 sayılı borçlar Kanunu’ndan ayrıştığı⁸⁵ ve daha farklı ele alınması gerektiğinin bir göstergesidir.

Öte yandan, tüketicinin misli ile değişim talep ettiği bir uyumsuzlukta satıcının, söz konusu ürünün stokta bulunmadığını ya da bahsedilen modelin artık üretilmediğini iddia etmesi üzerine mahkeme “*üst model*” ya da “*son model*” ile değişim kararı da vermemelidir.⁸⁶ Zira 6100 sayılı HMK’nın 26. maddesince “*hâkim tarafların talepleriyle bağlı olup talep dışına*

⁸² ÇABRİ, s. 316; İLGÜN, s. 116-117.

⁸³ “4077 sayılı Kanun’da ise, sözleşmeden dönme veya bedel indirimi haklarından da bu kişiler sorumlu olmaktaydı.” AYDOĞDU, Murat: “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2013, s. 10.

⁸⁴ ÇABRİ, s. 316.

⁸⁵ Örneğin 6098 sayılı Borçlar Kanunu çerçevesinde cins borçlarına özgülenen benzeri ile değişim hakkı 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde parça borçları bakımından da öngörülmüştür. ÇABRİ, s. 363.

⁸⁶ TUTUMLU, Makale, s. 2589.

çıkarak karar veremez. Mahkemenin anılan yasa hükmünü göz ardı ederek dava-cıya son model aracın verilmesine hükmetmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır.”⁸⁷

Tüm bunlara ek olarak; katıldığımız görüşe göre bir yenilik doğuran hak olan misliyle değişim hakkının kullanılmasından sonra tüketicinin bu haktan dönerek örneğin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması usul hukuku bakımından iddia ve savunmanın genişletilmesi yasasına takılır.⁸⁸ Yine, seçimlik hakların hukuki niteliği gereğince, bir seçimlik hak kullanıldıktan sonra ıslah⁸⁹ ile bu hakkın geri alınabilmesini ve yeni bir seçimlik hak kullanılmasını engeller.⁹⁰ Hâl böyle iken, tüketici dahi seçimlik hakkını değiştiremezken⁹¹ hâkime böyle bir hakkın tanınması usul hukukunun temel ilkelerine uygun değildir.⁹²

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan seçimlik hakların kullanılması satıcının kusurlu olmasına bağlı değildir.⁹³ Satıcının malın mislinin bulunmaması nedeniyle tüketicinin bu talebini karşılayamadığı hallerde, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerektiği kabul edilirse, özellikle satıcının kusurlu olmadığı hallerde tüketicinin maddi kayıplarının talebi sorunu doğar. Tüketicinin dönme hakkını kullanması nedeniyle kendisine fatura bedelinin iade edilmesine karar verilmesi söz konusu olur; ancak bu bedelle malın mislinin artık alınamıyor olunması tüketicinin malvarlığında azalmaya ne-

⁸⁷ Y. 8. HD, 01.06.2015, E. 2014/11228, K. 2015/12181, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁸⁸ **YAVUZ**, s. 61.

⁸⁹ Öğretide bir görüş, bu uygulamanın tüketiciyi koruma amacına ve usul hukuku ilkelerine uygun olmadığını ifade eder. Bu görüşe göre 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 180. maddesi uyarınca davanın bütünüyle ıslah edilmesi halinde tüketicinin yeni bir dava dilekçesi verebileceğinden yeni bir seçimlik hak seçebilmesi gerekir. Bu görüşe göre tüketici dürüstlük kuralına uygun olarak seçimlik hakkını değiştirebilmelidir. **KARA**, s.786.

⁹⁰ **EREN**, Özel Hükümler, s. 131; “Sona eren maddi hukuk işlemleri ıslahla düzeltilmez.” **TUTUMLU**, Ayıplı Mal, s. 204.

⁹¹ “Tüketici bu haklardan hangisini seçtiğini, bir kez bildirmekle, seçim hakkını kullanmış olur ve artık tercihini değiştiremez.” Y. 13. HD, 02.10.2019, E. 2016/25865, K. 2019/9328, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.12.2024).

⁹² Her ne kadar satıcının malın mislini teslim etme borcunu ifa etmemesi nedeniyle tüketicinin yenilik doğurucu beyanını geri alması ve diğer seçimlik haklarından birini örneğin dönme hakkını kullanmasının mümkün olabileceği ifade edilebilir olsa da tüketicinin başka bir seçimlik bu hakkı kullanmaya zorlanması tüketici hukukunun temel ilkelerine uygun değildir. Görüşlere ilişkin bkz. **YAVUZ**, s. 61.

⁹³ **ÖZDEMİR**, s. 164.

den olur. Tüketicinin doğan zararını talep edebilmesi için ise satıcının kusurunu ispat etmesi şarttır. Bu nedenle, misli ile değişim hakkının sonuçları sözleşmeden dönme ile aynı değildir.

Sonuç olarak mahkeme dava konusu ayıplı malın ayırıcı niteliklerini belirterek ayıpsız misliyle değiştirilmesine karar vermelidir. Hükmün icrası aşamasında, aşağıda detaylı bilgi verildiği üzere, satıcının ürünün mislinin bulunmadığını beyan etmesi üzerine, icra dairesi tarafından söz konusu ayıplı malın sıfırının bugün üretilse satış değerinin ne olacağının bilirkışı marifetiyle tespit edilerek hükmün icra edilmesi tüketici hukuku bakımından en yerinde çözüm olarak değerlendirilmelidir.⁹⁴

II. MISLİ İLE DEĞİŞİM SEÇİMLİK HAKKININ İCRASI

A. Tüketici Hakem Heyeti ve Tüketici Mahkemesinin Kararının Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Tüketici tarafından malın misli ile değişimi talep edilmesine rağmen satıcı ya da üretici tarafından ürünün eski model olması, üretimden kalkması ya da yenisinin üretilmemesi ilişkin bir savunma sunulsa dahi hakem heyeti ya da mahkeme, misli ile değişim yönünde karar vermelidir. Zira malın teslim edilememesi, hükmün icrasına engel olmadığı gibi tüketici hakem heyetlerinde ve mahkemesinde taleple bağlılık ilkesi uygulanmaktadır.⁹⁵

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁶ 26. maddesi; *“Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.”*⁹⁷ Bu durumda taleple bağlılık ilkesinin geçerli olduğu bir yargılamada, karar merci tarafların talep sonucu ile bağlı olmalıdır.

Tüketici hakem heyetlerine ilişkin düzenleme ise Tüketici Hakem Heyeti Yönetmeliğinin⁹⁸ 20. maddesinde bulunur. Bu maddeye göre; *“Tüketici hakem heyeti, uyuşmazlık ile ilgili karar verirken tarafların talebiyle bağlı-*

⁹⁴ KARA, s.798; TUTUMLU, Ayıplı Mal, s. 265.

⁹⁵ TUTUMLU, Mehmet Akif: Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 134.

⁹⁶ RG; 04.02.2011, 27836.

⁹⁷ ATALI, Murat: Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 61; MERİÇ, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 38 vd.

⁹⁸ RG; 21.09.2022, 31960.

dır. Ancak başvurunun yapıldığı tarihte uyumsuzluk miktarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, başvuru sahibinin hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktarı belirtmesi ve inceleme sürecinde uyumsuzluk miktarının bilgi veya belgelerle tam olarak tespit edilmesi halinde talep edilen miktardan daha fazlasına veya azına karar verilebilir.” Görüleceği üzere, hakem heyetinin yapılan yargılama sırasında taleple bağlı olduğu açıkça ifade edilmiştir⁹⁹.

Tüketici mahkemesi ve tüketici hakem heyeti, taleple bağıllık ilkesi gereğince talep sonucuna göre karar vermelidir. Tüketicinin seçimlik hakkını ele alarak malın teslim edilmesinin imkânsız olması sebebiyle talep dışında bir hakka yönelik hüküm kurmamalıdır. Zira, ifanın imkansızlığı, bir maddi hukuk meselesi olduğundan medeni usul hukuku ya da icra hukuku bakımından yeknesak bir değerlendirmenin yapılması doğru olmaz.

Cebri icraya uygun bir karar elde edilememesi imkânsızlık olarak değerlendirilmemelidir. İmkânsızlık ancak borçlu tarafından kesin olarak bertaraf edilemeyecek bir engel bulunması durumunda söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle *“sadece edimi ifa etmesi borçludan dürüstlük kuralına göre beklenemeyecek hale gelmişse imkânsızlık yoktur.”*¹⁰⁰

Yargıtay da *“aynı model aracın stoklarda bulunmaması ve bu nedenle temin edilmesinin güç olması, İcra ve İflas Kanunu’nun 24/4 maddesi hükmü karşısında, davalıların açıklanan sorumlulukları yönünden sonuca etkili değildir.”* ifadeleriyle benzer bir görüş ortaya koyar.¹⁰¹

⁹⁹ TOPAL, Öner: “Tüketici Hakem Heyeti ile Özellikle Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz Yargılamasında İcranın Geri Bırakılması Üzerine Düşünceler (Son Değişiklikler Çerçevesinde)”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1, 2024, s. 293-335, s. 306; Tüketici hakem heyetlerinde belirsiz alacak başvurusu yapılabilir. Ancak belirsiz alacak başvurusu sonucunda verilecek kararın tüketici hakem heyetinin inceleme kapsamında olan parasal sınırında olmalıdır. İnceleme neticesinde tüketicinin alacağı tespit edildiğinde miktar tüketici hakem heyetinin inceleyebileceği parasal sınırın üzerindeyse görevsizlik kararı verilir. Bkz. YAĞBASAN, Hicabi: “Medeni Usul Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetlerinde Ortaya Çıkan Bazı Usuli Sorunlar”, C. 2, S. 1, s. 73 -125, 2019, s. 101.

¹⁰⁰ KURT, s. 90.

¹⁰¹ Y. HGK, 04.03.2009, E. 2009/4-11, K. 2009/99, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2009-4-11-k-2009-99-t-4-3-2009> (Erişim Tarihi: 01.01.2025).

Görüleceği üzere, misli ile değişim seçimlik hakkının tercih edilmesi halinde, satıcının elinde aynı maldan bulunmaması hükmün icrasına engel değildir. Devam eden bölümde açıklanacağı üzere malın teslim edilememesi halinde malın tespit edilen değeri üzerinden icra takibine devam edilmesi, böylece alacaklının alacağına kavuşması mümkündür.

B. Tüketici Mahkemesinin ve Tüketici Hakem Heyeti Kararının İcrası

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 70. maddesine göre; taraflar, tüketici hakem heyetinin kararlarına karşı tebliğden itibaren iki hafta içinde tüketici hakem heyetinin veya tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilirler¹⁰². İtiraz, tüketici hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak talep edilmesi halinde tüketici hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Karara karşı yapılan itiraz üzerine mahkemenin vereceği karar kesindir. Hakem heyeti kararlarının uygulanması, ilamlı icra suretiyle olur ve kararın icra edilebilmesi için kararın kesinleşmesi gerekmez.¹⁰³

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun¹⁰⁴ 42. maddesi uyarınca; para veya teminat alacakları bakımından alacaklı doğrudan icra takibi başlatabilir¹⁰⁵. Buna karşılık para veya teminat dışında alacaklar bakımından ilamsız takip yapılması söz konusu değildir.¹⁰⁶ Bu alacaklar bakımından öncelikle bir ilam alınması ve ilamlı takip yapılması gerekmektedir.¹⁰⁷

¹⁰² Hakem heyetine ilişkin hükümlerde yer alan belirsizlikler itirazın hukuki niteliği konusunda da belirsizliğe yol açmıştır. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmakta olup ilgili görüşler için bkz. **TOPAL**, s. 310 vd.

¹⁰³ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 351; **TUTUMLU**, Tüketici, s. 195 vd.

¹⁰⁴ RG; 19.06.1932, 2128.

¹⁰⁵ Tüketici hakem heyetinin görev alanına giren bir uyuşmazlık için mutlaka tüketici hakem heyetine başvurulması gerekmez. Tüketici bir para veya teminat alacağı için doğrudan ilamsız icra takibine başvurabilir. Uyuşmazlığın miktar itibarıyla tüketici hakem heyetinin görev alanında olması tüketicinin alacağı bakımından ilamsız icraya başvurmaya engel değildir.

¹⁰⁶ **ŞANAL**, Görgün/ **BÖRÜ**, Levent/ **KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2022, s. 387; **PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2024 s. 287; **ATALI**, Murat/ **ERMENEK**, İbrahim/ **ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2020, s. 414; **KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 891.

¹⁰⁷ **ŞANAL/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU**, s. 387; **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, s. 287; **ATALI/ ERMENEK/ ERSİN**, s. 414; **KURU**, s. 891.

Haliyle, tüketici tarafından ayıplı bir malın misli ile değişimi talep edildiğinde ilam alınması ve ilamlı takip yapılması gerekir¹⁰⁸. Tüketici hakem heyeti kararlarına dayanan ilamlı icra takibinin konusu, İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesi kapsamında takibe dayanak teşkil eden ilâmda yer alan taşınırın aynen teslimidir. Taşınır teslimi ile ifade edilen, borçludan alınan taşınır malın alacaklıya verilmesidir.¹⁰⁹ Bu çerçevede, İcra ve İflas Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca alacaklı ilâm ya da ilâm niteliğindeki bir belgeyi, örneğin tüketici hakem heyeti kararını, takip talebiyle birlikte icra dairesine verir. Takip talebini alan icra dairesi, borçluya bir icra emri gönderir.

İcra emrinde, borçlunun yedi gün içinde taşınırı teslim etmesi ya da icranın geri bırakılmasına ilişkin karar getirmesi¹¹⁰; aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceği bildirilir. İcra emrini alan borçlu taşınırı

¹⁰⁸ Hakem heyeti kararlarının icrasında İcra ve İflas Kanunu hükümleri uygulanır (TKHK m. 70/II ve THHY m. 24)

¹⁰⁹ **KURU**, s. 959.

¹¹⁰ Tüketici hakem heyeti kararlarının ilamlı icraya konu edilmesi halinde ilamlı icraya ilişkin icranın durdurulması ve geri bırakılması başlı başına tartışma konusudur. Tartışmaya sebep olan durum, hakem heyeti kararının ilam mı yoksa ilam niteliğinde belge olarak mı kabul edilmesi gerektiğidir. İİK m. 33-33/a çerçevesinde düzenlenen icranın geri bırakılması hem ilâm hem de ilâm niteliğindeki belgede başvurulabilecek bir yöntemdir. Bu nedenle icranın geri bırakılması usulüne ilişkin herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bkz. **TOPAL**, s. 320; Tüketici hakem heyeti kararlarının ilam mı yoksa ilam niteliğinde belge mi olduğu İİK m. 36 kapsamında icranın durdurulması usulüne başvuru noktasında önem kazanmaktadır. Zira İİK m. 36 hükmü yalnızca ilamlar için başvurulabilen bir usuldür. Tüketici hakem heyeti kararlarının hukuki niteliği ise bu noktada tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **ATALI**, Murat: "6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, Ankara, 2014, s. 397-418, s. 407; **ERMENEK**, İbrahim: "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, 2013, s. 563 – 630, s. 581; **TUTUMLU**, Tüketici, s. 273; **BUDAK**, Ali Cem: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri", DEÜ-HFD, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. I, 2014, s. 77-103, s. 94; **YEŞİLOVA**, Bilgehan: "6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2014, s. 107-143, s. 127; **KURU**, s. 900, Hakem heyeti kararın kesin hükme yaklaşan bir güce haiz olduğu, karara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurarak icranın geri bırakılması kararı alınabileceğine yönelik bkz. **ERMENEK**, s. 617.

teslim etme ve taşınırı teslim etmeme şeklinde iki farklı davranışta bulunabilir. Taşınırın teslim edilmesi halinde ilâmda belirtilen özellikleri taşıyıp taşımadığı incelenir. Teslim edilen taşınır, ilâmda öngörülen niteliklere sahipse, taşınırın alacaklıya verilmesiyle takip son bulur.¹¹¹

İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; borçlu, icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde taşınırı teslim etmez ve bu süre içerisinde icranın geri bırakılmasına ilişkin karar getirmezse ilâma konu olan taşınır mal icra dairesi tarafından zorla alınarak alacaklıya teslim edilir. İcra müdürü ya da görevlendireceği bir memur borçlunun mahallinde yapılan araştırma sonucunda; taşınırın, borçlunun yedinde bulunup bulunmadığını tespit eder. Taşınır malın borçlu yedinde bulunmadığı tespit edilirse, borçlu aynen ifaya zorlanamaz.¹¹²

Taşınırın ayıplı olması ve ayıpsız benzerinin bulunmaması halinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin 4. fıkrası uyarınca taşınırı teslim borcu para borcuna dönüşür. Bu durumda borçlunun, taşınırın değerini ödemesi; alacaklının da teslim almış olduğu ayıplı malı borçluya iade etmesi gerekir.¹¹³ Mahkeme tarafından hüküm fıkrasına ayıplı malın iadesine ilişkin bir hüküm kurulmaması durumunda, tüketici dürüstlük kuralına uygun olarak en kısa süre içerisinde malı iade etmelidir. Ancak satıcı, ayıplı malın iade edilmediği gerekçesiyle misli ile değişim talebini yerine getirmekten kaçınmamalıdır.¹¹⁴

¹¹¹ KURU, s. 960; ŞANAL/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 415; ATALI/ ERMENEK/ ERSİN, s. 440.

¹¹² ATALI/ ERMENEK/ ERSİN, s. 440; KURU, s. 960.

¹¹³ ÖZEL, s. 132; "...Takip konusu ilamda dava konusu aracın davalılar tarafından ayıpsız yenisi ile değiştirilerek davacıya teslim edilmesine, ayıplı aracın davacı tarafından davalılara iadesine karar verildiğine göre; taraflara yüklenen edimler karşılıklı olup, ayıplı aracın iadesine ilişkin edim yerine getirilinceye kadar takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, şikayetin reddine karar verildiğinden hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." Y. 8. H.D, 17.05.2017, E. 2015/4918, K. 2017/7244, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹¹⁴ "Alacaklı tarafından başlatılan ilamlı takipte, ... 1. Tüketici Mahkemesinin 04.11.2014 tarihli, 2014/1377 E.- 2156 K. sayılı, bozma ilamı sonrasında verilen kararına dayalı olarak dava konusu aracın yenisi ile değiştirilerek teslimi talep edilmiş, borçlulardan ... Ltd. Şti. tarafından icra mahkemesine yapılan başvuruda, takibe dayanak ilamda karşılıklı edimler olduğu, alacaklının aracın iadesine ilişkin edimini gerçekleştirmeden yenisinin teslimini ya da bedelini talep edemeyeceği, ayrıca yapılan dosya hesabında faiz miktarının fazla hesap edildiği ileri sürülerek takibin iptali istenmiş; mahkemece, takibe dayanak ilamda, ayıplı aracın alacaklı tarafından borçluya iadesine karar verilerek karşılıklı edimlere hükmedildiği, alacaklının iadeye ilişkin edimini yerine getirmeden takibe devam edemeyeceği gerekçesi ile takip durdurul-

Taşınır teslimine ilişkin alacağın, para alacağına dönüşmesi halinde takibe bedel üzerinden devam edilir.¹¹⁵ Takibin para borcuna dönüşmesi halinde borçluya ayrıca bir ödeme emri tebliğ edilmeksizin, artık alacak haciz yoluyla tahsil edilebilir.

Taşınırın değer tespiti, bedelin ilâmda yer alıp almamasına göre farklılık gösterir. Malın değeri, ilâmda belirtilmişse ayrıca bir hesaplama yapılmadan ilâmda yazılı olan değer üzerinden takibe devam edilir. Bunun için ilâmın taşınırın teslimi ve mümkün olmaması durumunda malın değeri olan miktarın ödenmesi şeklinde düzenlenmiş olması gerekir.¹¹⁶ Özellikle bu hususta, tüketici mahkemesi hakiminin ya da tüketici hakem heyetinin misli ile değişim kararı verirken ayıplı malın değerini karara yazmaması gerekir. Burada, temel nokta tüketicinin fatura bedeline razı

larak, diğer şikâyet nedenleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmiştir. Somut olayda, takibin başlamasına dayanak olan ... 1. Tüketici Mahkemesinin 29.03.2013 tarihli, 2012/131 E.- 2013/440 K. sayılı ilamında ve yine bozma sonrasında verilen aynı mahkemenin 04.11.2014 tarihli, 2014/1377 E.- 2156 K. sayılı ilamının hüküm bölümünün "2" nolu bendinde aynen "Dava konusu...plaka sayılı ... 2011 model aracın ayıplı olduğunun tespiti ile ayıpsız yenisi ile değiştirilerek davalılar, ... ve ... Tic. ve Servis Hiz. Ltd. Şti. ile davalı ... Tic. Ltd. Şti. tarafından yenisi değiştirilerek davacıya teslim edilmesine" karar verildiği, söz konusu ilamda ayıplı aracın davalılara (takip borçlularına) teslimine dair hüküm kurulmadığı görülmektedir. İlamların infaz edilecek kısmı hüküm fıkrası olup, ilamın aynen infazı zorunludur. İcra mahkemesi, infazın ilama uygunluğunu denetlemekle görevli olup, ilamı yorumlayıp, değiştiremez. (HGK'nun 8.10.1997 tarih, 1997/12-517 E, 1997/776 K.) O halde mahkemece, borçlunun, ilamda alacaklıya düşen edimin yerine getirilmediğine ilişkin şikâyetinin reddi ile dosya hesabına yönelik diğer şikâyet sebepleri incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirme ve yazılı gerekçe ile takibin durdurulması isabetsizdir." Y. 12. HD, 18.10.2018, E. 2018/4278, K. 2018/10160, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹¹⁵ ATALI/ ERMENEK/ ERSİN, s. 440; KURU, s. 960; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 322; ŞANAL/ BÖRÜ/ KODAKOĞLU, s. 416.

¹¹⁶ KURU, s. 961; "...Teslimine hükmolunan taşınır malın değeri ilâmda yazılı ise, borçlu, elinde bulunmayan taşınır malın ilâmda yazılı olan bu değerini para olarak ödemek zorundadır (m. 24/4- c. I ve 2). Bu durum, alacaklının (davacının) taşınır malın aynen teslimi, bulunamazsa bedelinin tahsili talebiyle bir terditli dava açmış olması ve mahkemenin de (hüküm fıkrasında) taşınır malın aynen teslimine, bulunamazsa bedeli olan şu kadar liranın ödenmesine şeklinde terditli hüküm vermiş olması hâlinde söz konusu olabilir..." Y. HGK 29.06.2022, E. 2019/161, K. 2022/1078, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

edilmek zorunda bırakılmamasıdır. Çünkü genellikle fatura bedeli ile rayiç bedelin farklı çıktığı görülür.¹¹⁷ Zira icra dairesi tarafından belirlenecek rayiç değer hesabında haciz tarihi dikkate alınır. Bu tarihten anlaşılması gereken tarih, söz konusu taşınırın teslimi için verilen sürenin sona erdiği tarihtir.¹¹⁸ Hatta öğretide bir görüş, rayiç değer hesaplamasına ilişkin dahi, ayıplı malın rayiç değeri tespit edilirken bilirkişilerin genellikle piyasada bulunan ikinci el değeri üzerinden tespit yapmasının tüketici bakımından mağduriyet yarattığını ifade eder.¹¹⁹ Haliyle, değil rayiç fiyat üzerinden doğrudan fatura bedeli üzerinden borcun ifa edilmesi evleviyetle tüketici hukuku ilkelerine aykırı olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, takibe konu taşınırın değerinin ilâmda gösterilmesi, doğrudan malın bedelini talep etme hakkı vermez. Öncelikle malın aynen teslimi istenmeli, bu mümkün olmazsa ilâmda yazılı değer tahsil edilmelidir.¹²⁰ Taşınırın değeri ilâmda yazılı değilse, taraflar malın değeri

¹¹⁷ Örneğin fatura bedeli 49.998,96 TL olan *Apple iPhone 14 Pro Max* Model 128 GB cep telefonu, Ankara Ticaret Odası tarafından Oda Muamelat Yönetmeliği'nin 36. maddesinde yer alan "*Rayiç fiyatlar, rayiç fiyat tespiti istenilen mal veya hizmetle iştilal eden en az üç işletmeden mümkünse belgelendirilmek suretiyle alınacak fiyatların ortalaması veya birbirine en yakın değeri dikkate alınarak tespit edilir.*" hükmü uyarınca rayiç fiyat tespitine konu olmuş ve cep telefonunun güncel fiyatının 80.000,00 TL olabileceği bildirilmiştir. Ankara Batı İcra Dairesi, 2024/27965E.

¹¹⁸ "...Bu durumda, mahkemece ilamda yenisi ile değiştirilmesine karar verilen takip konusu ayıplı aracın teknik donanımını gösteren bilgi ve belgeler taraflardan temin edilerek 2011 model bahse konu aracın 0 km'sinin haciz tarihi itibari (aracın aynen teslimi için verilen 7 günlük sürenin sona erdiği tarih) ile değerinin bu verilere göre yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile belirlenerek sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." Y. 12. HD., 07.11.2018, E. 2018/4802, K. 2018/11039; "... Yukarıdaki düzenlemeye açıklanan haciz tarihi aracın aynen teslimi için verilen 7 günlük sürenin sona erdiği tarihtir. Borçlunun ayıpsız aracın elinde olmadığını bildirdiği tarih itibariyle değer tespiti yapılması gerekeceği, bu tarih de icra emrinin tebliği üzerine borçlunun ayıpsız mislinin elinde olmadığını bildirdiği tarihtir. Ayıpsız misli ile değiştirilmesine karar verilen takip konusu İlâmdaki 2012 model aracın mislinin üretilmediği, fakat aracın üretimine devam edilmesi nedeniyle muadili olarak iadesi gereken tarihteki modelinin (2015 yılı) donanım farklarının tek tek ve fark miktarlarının neye tekabül ettiği de açıklanarak 2012 model araçta bulunmayan donanım farkları tutarı düşülerek iade konusu aracın değerinin bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekir..." Y. 12. HD., 20.02.2019, E. 2018/5679, K. 2019/2560, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹¹⁹ Özellikle uygulamada, otomobil satışlarında ayıplı aracın ikinci el piyasa değerinin araştırılarak rayiç değer belirlenmesi tüketicilerin hak kaybı yaşamasına neden olur. KARA, s. 799.

¹²⁰ "...Somut olayda takip konusu ilâmın hüküm fıkrasında teslimi gerekli menkuller açıklanmış bunlar bulunmadığı takdirde ödenecek bedel ilâma yazılmıştır. İcra müdürlüğünün 24. mad-

üzerinde anlaşma sağlayabilir.¹²¹ Bu durumda anlaşılan bedel üzerinden takibe devam edilir. Ancak tarafların anlaşma sağlayamaması halinde taşınırın değeri icra müdürü tarafından takdir edilir. İcra müdürü değer tespitini yaparken, söz konusu taşınırın *haciz tarihindeki* rayiç değerini esas almalıdır.¹²²

Rayiç değer, borsa, ticaret odası ve belediyeden ya da bu kuruluşların bulunmadığı yerlerde icra memuru tarafından seçilecek bilirkişilerden görüş sorularak belirlenmelidir.¹²³ İcra ve İflas Kanunu'nun 24. maddesinin 5. fıkrasında belirlenen sıra değerlidir. Başka bir ifadeyle, taşınırın değeri tespit edilirken örneğin ticaret odasına sorulmadan bilirkişiye hesaplama yaptırılması halinde icra takibinin taraflarının şikâyet yoluna başvurması mümkündür.¹²⁴ Bu durumda icra mahkemesi işlemin iptaline ve yeniden kıymet takdirine karar vermelidir.¹²⁵ İcra müdürü, taşınırın değerini tespit ettikten sonra da taraflar, icra müdürünün belirlemiş olduğu

deye uygun olmayan ve sadece para alınmasını öngören icra emrini düzenleyip borçluya göndermesi yukarıdaki hükümlere aykırıdır. Zira ilâmda eşyanın değerinin yazılmış olması nedeniyle alacaklıya seçimlik bir hak verilmiş olmayıp öncelikle menkulün tesliminin istenmesi zorunludur..." Y. 12. HD., 28.06.2007, E. 2007/10798, K. 2007/13428 <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹²¹ KURU, s. 962; KURU, Baki/ AYDIN, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2023, s. 342.

¹²² Bu konuya ilişkin eski düzenleme; taşınırın değerinin, takip tarihindeki rayiç değere göre belirlenmesi yönündeydi. Ancak söz konusu düzenleme, paranın zaman içerisinde değer kaybetmesiyle zarara uğrayan alacaklının haklarını koruyamaya elverişli olmaması nedeniyle İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 sayılı Kanun' un 6. maddesiyle değiştirilmiştir.

¹²³ KARA, s. 799.

¹²⁴ "...Borçlu vekili 22.12.2010 tarihli dilekçe ile ilama konu aracın ellerinde bulunmadığını ve İİK'nun 24. maddesinin uygulanarak aracın değerinin tespitini istediğine göre, icra müdürünce aynen ifa mümkün olmadığından İİK'nun 24/5. madde hükmü uyarınca ticaret odasından aracın değerinin sorularak belirlenmesi gerekirken, doğrudan bilirkişi marifeti ile değer tespiti yapılması doğru değildir...." Y. 12. HD., 03.04.2012, E. 2011/26619, K. 2012/10869, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹²⁵ "...İİK'nun 24. maddesi gereğince, ayıpsız aracın verilmesinin mümkün olmaması halinde İcra Müdürlüğü'n'ce bu yasa kapsamında haciz tarihi itibarıyla malın değeri tespit edilerek ödenmesi için borçluya muhtıra tebliği ile temerrüt oluşacağından bu tarihten itibaren yasal faiziyle tahsili istenebilir. O halde henüz muhtıra tebliğ edilmeden faiz işletilemeyeceği de dikkate alınarak yukarıdaki kurallar ışığında yapılacak incelemelere ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi isabetsizdir..." Y. 8. HD., 03.06.2014, E. 2013/20444, K. 2014/11335, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

değere karşı şikâyet yoluna başvurabilir. İcra mahkemesi, bu denetimi bilirkişi vasıtasıyla gerçekleştirir.¹²⁶ Bilirkişi değer tespiti yaparken; muadil taşınurların güncel değerlerini ve farklarını incelemeli, takibe konu taşınırıya ilişkin teknik özellikleri göz önüne almalı, gerekirse taraflardan bu hususa ilişkin ellerinde olan belgeleri talep etmelidir.¹²⁷

Netice olarak; borçlu, icra müdürünün belirlediği değeri ödediğinde aleyhine başlatılmış olan takip son bulur. Ödeme yapılmaması halinde ayrıca ödeme emri tebliğ edilmeksizin, tespit olunan bedel hacizle tahsil edilir. Görüleceği üzere, satıcı tarafından elinde bulunmadığı sayıyla ifa edilmekten kaçınılan borç medeni usul hukuku çerçevesinde imkânsız kabul edilmemeli; satıcının misli ile değişim kararını ifa etmesinin mümkün olmadığını bildirmesi üzerine takip konusu malın yerini takibe konu malın parasal değeri almalıdır. Bu çözüm yolunun kabulünün tüketici hukukunun temel dayanağı olan tüketicinin korunması ilkesine daha uygun olduğu ifa edilmelidir.

SONUÇ

Tüm bu anlatımlar neticesinde ilk olarak ifade etmek gerekir ki tüketicinin misli ile değişim seçimlik hakkını kullanmasına ilişkin daha açık, anlaşılabilir ve kesin bir hukuki düzenlemenin yapılması gerekir. Zira, malın ayıplı çıkması, uzun yargılama süresi ya da enflasyon oranının yüksekliği tüketiciye atfedilebilen kusurlar değildir. Bu noktada tüketici hukukunun amacına ve misyonuna uygun olarak tüketicinin ekonomik çıkarının korunması gerekir.

¹²⁶ “Yine son fıkrada yer verilen düzenlemenin, icra müdürünün belirlediği taşınır değerinin taraflarca şikâyet konusu edilmesi halinde, icra mahkemesine denetleme yetkisi de tanıdığı, bu denetlemenin de icra hakimî tarafından uzman bilirkişiden yardım alınmak suretiyle gerçekleştirileceğinin kabulü gerekir.” Y. 12. HD, 28.02.2019, E. 2018/16277, K. 2019/3224, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

¹²⁷ “...O halde mahkemece, dava konusu ayıplı aracın teknik donanımını gösteren bilgi ve belgelerin (araç kataloğu, kitapçığı vb) temin edilerek bu araçtaki özellikler ile haczin yapıldığı tarihteki aynı marka ve model aracın yine teknik donanımını gösteren bilgi ve belgelerin (araç kataloğu, kitapçığı vb) getirtilerek (bilirkişi incelemesiyle) fiyata etkili teknik donanımlarının karşılaştırılması, bu suretle ayıplı araçta bulunmayan özelliklerin değerleri tespit edilip, bu karşılığın haciz tarihindeki (icra dosyasındaki değer belirleme tarihindeki) aracın değerinden mahsubu suretiyle ayıpsız araç yerine talep edilebilecek miktarın bulunması gerektirirken tüm bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde eksik inceleme ile sonuca gidilmesi de isabetsizdir.” Y. 12. H.D, 19.09.2018, E. 2018/3479, K.2018/8298, <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2025).

Tüketicinin seçimlik haklarına ilişkin temel kural, tüketicinin dileği seçimlik hakkı kullanmakta özgür olmasıdır. Bu noktada mesele, tüketicinin misli bulunmayan bir ayıplı mala ilişkin misli ile değişim hakkını kullanması noktasında ortaya çıkar. Satıcı, malın mislinin bulunmadığı savunmasıyla bu hakkın tercih edilmesini engelleyememelidir. Mahkeme de bu durumda, tüketicinin misli ile değişim hakkını kullanmasına rağmen, misli ile değişim mümkün olmadığından başka seçimlik hakkın kullanılması yönünde bir hüküm kurmamalıdır. Zira, 6502 sayılı Kanun'un 11. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği üzere misli ile değişim hakkının kullanılması bakımından *"diğer seçimlik haklara başvurma hakkının tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği"* bir ölçüt olarak belirlenmiştir.

Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan sonra zararlarının tazmini için satıcıya başvurabileceği savunulabilir. Ancak fatura bedeliyle malın mislinin artık alınamıyor olunması dolaylı zararın kapsamına girer. Tüketicinin dolaylı zararını talep edebilmesi için ise satıcının kusurunu ispat etmesi şarttır. Satıcı kendisine hiçbir kusur yükletilemeyeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacağından, misli ile değişim hakkının sonuçları sözleşmeden dönme ile aynı değildir. Sonuç olarak mahkeme dava konusu ayıplı malın ayırıcı niteliklerini belirterek ayıpsız misliyle değiştirilmesine karar vermelidir. Hükmün icrası aşamasında, aşağıda detaylı bilgi verildiği üzere, satıcının ürünün mislinin bulunmadığını beyan etmesi üzerine, icra dairesi tarafından söz konusu ayıplı malın sıfırının bugün üretilse satış değerinin ne olacağının bilirkişi marifetiyle tespit edilerek hükmün icra edilmesi tüketici hukuku bakımından en yerinde çözüm olarak değerlendirilmelidir.

Bu noktada tüketicinin misli ile değişim seçimlik hakkını sınırlandıran hükmün yeniden düzenlenmesi; hatta kaldırılması yerinde olacaktır. Hatta eklemek gerekir ki ayıplı malın misli ile değişim talebinin kabul edilmesi ve hükmün icrası aşamasında para alacağına dönüşmesi halinde dahi tüketicinin enflasyon karşısındaki zararının karşılanması mümkün olmayabilir. Bu nedenle kanuni düzenleme yapılırken bu hususun da dikkate alınması ve çözümlenmesi gerekir.

Son olarak hâkim ayıplı malın misli ile değişimine karar verirken ayıplı malın iadesini de hüküm altına almalıdır. Bu konuda 6502 sayılı Kanun'da bir hüküm yer almadığında mahkemenin iadeye ilişkin hüküm kurmaması halinde dürüstlük kuralı uyarınca iadenin en kısa sürede yapılması gerekir. Ancak bu hususa ilişkin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a bir hüküm konulması daha yerinde olur.

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Şahin: Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Tüketicinin Korunması, Konya 1998.
- AKİPEK ÖCAL**, Şebnem/ **KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- ALTAŞ**, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Ankara 2002.
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ARBEK**, Ömer: Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI** Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Ankara 2024.
- ARAL**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ASLAN**, Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Bursa 2016.
- ASLAN**, Bayram: Tüketicinin Onarım Hakkı, Ankara 2018.
- ATALI**, Murat/ **ERMENEK**, İbrahim/ **ERDOĞAN**, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2020.
- ATALI**, Murat: Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014.
- ATALI**, Murat: "6502 sayılı Kanun'un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. 1, Ankara, 2014, s. 397-418.
- AYAN**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2020.
- AYDOĞDU**, Murat/ **KAHVECİ**, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- AYDOĞDU**, Murat/ **TUNCER**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara 2023.
- AYDOĞDU**, Murat: "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2013, s. 1-62.

- BAŞOĞLU**, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- BİLGİN**, Melek Yüce: “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu Bildiri Kitabı, Ankara 2012.
- BUDAK**, Ali Cem: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, C. I, 2014, s. 77-103.
- BUZ**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- ÇABRİ**, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2021.
- ÇETİNER**, Bilgehan/ **FURRER**, Andreas/ **MÜLLER-CHEN**, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2021
- ÇETİNER**, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2024.
- ÇÜRÜK**, Abdil: Tüketici Satış Sözleşmesinde Satış Konusu Malın Ayıplı Olmasının Sonuçları, Ankara 2021.
- DERYAL**, Yahya/ **KORKMAZ**, Yakup: Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara 2015.
- DEMİRBAŞ**, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- EREN**, Fikret/ **DÖNMEZ** Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt IV, Ankara 2023.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Ankara 2022.
- ERMENEK**, İbrahim: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2, 2013, s. 563 – 630.
- ERZURUMLUOĞLU**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borçlar İlişkileri), 2. Baskı, Ankara 2012.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1, İstanbul 2014.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 2013.

- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Ankara 2021.
- HATEMİ**, Hüseyin/ **GÖKYAYLA**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- İLGÜN**, Ömer Faruk: Tüketici İşlemleri Hukuku, İstanbul 2021.
- İNCEOĞLU**, M. Murat: “Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), Der: Doç. Dr. Murat Inceoğlu, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 153-238.
- KALKAN**, Arif: Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara 2018.
- KARA**, İlhan: Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2023.
- KAZĞURT**, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Taşınır Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, 2014, s. 275-284.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2021.
- GÜLERCİ**, Altan Fahri/ **KILINÇ** Ayşe: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- KURT**, Leyla Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Ankara 2016.
- KURU**, Baki/ **AYDIN**, Burak: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2023, s. 342.
- KURU**, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013.
- KÜÇÜKBAY**, Esmâ: Tüketici İşlemi Niteliğindeki Taşınmaz Satış Sözleşmelerinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Ankara 2021.
- NOMER**, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, İstanbul 2021.
- MERİÇ**, Nedim: “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı Ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 23-63.

- ÖZCAN**, Zeynep /**TÜRK**, Ali: Yargıtay Kararları Eşliğinde Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartların Denetimi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, S. 3, 2020, s. 1465-1505.
- ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: Ayıplı Mal, Şahin Mccarthy, Oya/ Dinç Mutlu (Editörler), Tüketici Hukuku Davaları, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara 2022.
- ÖZEL**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021.
- ÖZTAŞ**, İlker: "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Taşınır Satışında Alıcının Ayıplı Satılanın Değiştirilmesini Talep Hakkı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2016, s. 331-364.
- PAK**, Elif: Türk Borçlar Kanununda Aşırı İfa Güçlüğü, Ankara 2020.
- PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammed: Medeni Usul Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2024.
- REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, İstanbul 2013.
- RESULOĞLU**, Özenç: Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara 2021.
- REMZİ**, Mehmet/ **AYDIN**, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2019.
- SEROZAN**, Rona: "Parça Borcu- Çeşit Borcu Aşılması Gerekli Bir Ayrım" İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, S. 5, 1969, s. 211-238.
- SERT SÜTÇÜ** Selin: Satış Sözleşmesi, Bağışlama Sözleşmesi, Mal Değişimi Sözleşmesi, Öz Turgut (Editör), Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.
- SİRMEN**, Lale: Tüketici Hukukunun Amacı Ve Özellikleri, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C. 8, S. Özel, 2013, s. 2465-2476.
- ŞAHİN**, Eda: "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı Hizmetin Hukuki Niteliği, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk ve Tüketicilerin Seçimlik Hakları", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1-2, 2016, s. 85-124.
- ŞANAL**, Görgün/ **BÖRÜ**, Levent/ **KODAKOĞLU**, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2022.

- ŞENOCAK**, Zarife: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. Özel, 2014, s. 30-37.
- TİLE**, Latife: *Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü*, Ankara 2021.
- TOPAL**, Öner: “Tüketici Hakem Heyeti İle Özellikle Tüketici Hakem Heyeti Kararına İtiraz Yargılamasında İcranın Geri Bırakılması Üzerine Düşünceler (Son Değişiklikler Çerçevesinde)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, s. 1, 2024, s. 293-335.
- TUTUMLU**, Mehmet Akif: “Ayıplı Malın Ayıpsız Misli ile Değiştirilmesi Kararının Özellikleri ve İnfaz Edilebilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 172, 2020, s. 2586-2592. (Makale)
- TUTUMLU**, Mehmet Akif: *Ayıplı Mal Hukuku*, Ankara 2021. (Ayıplı Mal)
- TUTUMLU**, Mehmet Akif: *Türk Hukuk Sisteminde Tüketici Hakem Heyetleri*, 3. Baskı, Ankara 2019. (Tüketici)
- USTA** Salih: “Ayıplı Mal Nedir ve Tüketicinin Seçimlik Hakları Nelerdir”, *Gümrük Ticaret Dergisi*, S.16, 2019, s. 43-54.
- UYGUR**, Turgut: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt I, 2. Baskı, Ankara 2012.
- YAĞBASAN**, Hicabi: “Medeni Usul Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tüketici Hakem Heyetlerinde Ortaya Çıkan Bazı Usuli Sorunlar”, C. 2, S. 1, s. 73-125, 2019.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak: *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, 12. Baskı, İstanbul 2013.
- YAVUZ**, Nihat: *Ayıplı İfa*, 5. Baskı, Ankara 2016.
- YEŞİLOVA**, Bilgehan: “6502 Sayılı (Yeni) Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’a Göre Tüketici Uyuşmazlıklarının Çözümü Usulü ve Yargılama Kuralları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, Özel Sayı, 2014, s. 107-143.
- ZEVKİLİLER**, Aydın/ **ÖZEL**, Çağlar: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2016.

KAMBIYO SENETLERİNDE TAHRİFAT KAVRAMI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL*

Öz

Kambiyo senetleri metninde, senet tedavüle çıkarıldıktan sonra çeşitli değişiklikler meydana gelebilir. Bu değişikliklerin bir kimsenin menfaatine kasti olarak yapılması halinde kambiyo senetlerinde tahrifat gün-deme gelebilir. Diğer taraftan kambiyo senetlerinde değişikliğin düzenlendiği, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 748'e göre, kural olarak eski metne imza atanlar önceki metne göre; değiştirilmiş metne imza atanlar ise yeni metne göre sorumlu tutulur. İlgili düzenleme karşısında, 6762 sayılı eski TTK (eTTK) m. 660'taki 'tahrifat' ifadesinin aynı şekilde korunmadığı açıktır. Bu kapsamda hala hukukumuzda yerini koruyan tahrifat kavramının anlamı ve kapsamının yakından incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada TTK m. 748'deki 'poliçe metnindeki değişiklik' ifadesinin, eski kanundaki anlamını koruyup korumadığı ve tahrifatın bu hüküm bağlamında hangi hallerde ortaya çıkabileceği incelenmiştir. Bunun yanı sıra TTK m. 748 dışında kalan ama tahrifat olarak nitelendirilen bazı durumlar da çalışmada ele alınmıştır. Bu şekilde tahrifat kavramının tanımlanması ve özellikle TTK m. 748'deki değişiklik ifadesi ile ilişkisinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Department of Private Law, Commercial Law Department, Ankara, Türkiye.

✉ n.meral@aybu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6205-2680.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: MERAL, Nevin: "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat Kavramı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", SÜHFD, C. 33, S. 2, 2025, s. 1645-1676.

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Kambyo Senetleri • Kayıtların Çizilmesi • Senet Metninde Yapılan Değişiklikler • Sahtecilik • Tahrifat

SOME EVALUATIONS ON THE CONCEPT OF FALSIFICATION IN NEGOTIABLE INSTRUMENTS

Abstract

Negotiable instruments can be variously altered in their text after being put into circulation. When these alterations are intentionally made with the purpose of providing advantage to someone, then it may be called falsification. In this regard, according to the Article 748 of the Turkish Commercial Code (TCC), in which alterations to the negotiable instruments are regulated, signatories to the original text of the negotiable instrument are held accountable according to the original text, while signatories to the altered text are held accountable according to the new text. It seems clear that the wording 'falsification' of the Art. 660 of the previous TCC no. 6762 is not kept in the new regulation. In this regard, it is necessary to closely examine the concept and scope of falsification, which still exist in Turkish law. This study analyses whether the phrase 'alterations in the text of bill of exchange' in art. 748 of the TCC still preserves the meaning it had under the previous Code no. 6762 and under which circumstances falsification may occur within the scope of this provision. Moreover, circumstances which may be regarded as falsification, outside of the art. 748 of the TCC are considered in this study. Thereby, it is aimed in this study to define the concept of falsification and to determine its relationship with the concept of alteration in the art. 748 of the TCC.

Keywords

• Negotiable Instruments • Crossing Out of Entries • Alterations of Texts of Negotiable Instrument • Forgery • Falsification

GİRİŞ

Kambyo senetleri tedavüle çıkarıldıktan sonra bazı kayıtların çizilmesi, değiştirilmesi veya senede eklenmesi mümkündür. Senet metninde değişiklik yapılması hali genel itibariyle TTK m. 748'de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, eski metne imza atanların eski metne göre; değiştirilmiş metne imza atanların da değişik metne göre sorumlu olacakları esası kabul edilmiştir. Bir kambyo senedinde yapılan değişiklik her zaman tahrifat anlamına gelmediği gibi, her zaman TTK m.

748 kapsamında da değerlendirilmez. Kambiyo senetlerinde yapılan tahrifat, senedi bozmak suretiyle bir yarar sağlanmak amacıyla yapılan değişikliktir. Tahrifatın TTK m. 748 anlamında senet metninde değişiklik olduğu görüşü, yargı kararlarında ve öğretide hakimdir. Bu çalışma kapsamında tahrifatın ilk boyutuyla çoğunlukla TTK m. 748 anlamında değişiklik kavramına denk geldiği, ancak diğer boyutuyla, ilgili hükmün uygulama alanı dışında kalan durumlar için kullanılabildiği savunulacaktır.

Bu doğrultuda çalışmanın ilk kısmında tahrifat kavramı açıklanmaya çalışılacaktır. Çizilecek kavramsal çerçevede tahrifatın tanımı yapılacak ve TTK m. 748 ile olan ilişkisi açıklanacaktır. Tahrifatın, bu hükümdeki değişiklik kavramı ile kesişen, ancak aynı zamanda onu aşan anlamı bulunmaktadır. TTK m. 748 bağlamında tahrifat, bir senet metninin çeşitli unsurlarının kasten ve ilgisinin menfaatine değiştirilmesi suretiyle senedin bozulmasıdır. Özel olarak eksik senedin doldurulması veya açık senedin doldurma yetkisinin bulunmadığı veya yetkinin aşıldığı durumlarda tahrifattan söz edilir. Ayrıca TTK m. 748'in uygulanmadığı bazı tahrifat hallerinde özel düzenlemeler ihdas edilmiştir. TTK m. 812 bağlamında çekte yapılan tahrifat ayrıca düzenlenmiştir. Diğer taraftan senette kambiyo vasfını ortadan kaldıran tahrifatın yapılması sonucunda, borçlu tahrifata dayanarak her zaman bu defiyi ileri sürebilecektir. Son olarak da TCK'da düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçuna sebebiyet veren tahrifattan da bahsedilecektir.

Çalışmanın ikinci kısmında, tahrifat olarak kabul edilmeyen, hukuka uygun şekilde kendisine sonuç bağlanan senet metnindeki değişikliklere ilişkin durumlardan kısaca bahsedilecektir. Sonuç olarak da tahrifat niteliğinde bile olsa bazı istisnai şartlarda senedin, iyiniyetli hamilleri ve işlem güvenliğini korumak adına düzenleyenin, değişiklikten sonraki metne göre sorumlu olması üzerinde durulacaktır. Tahrifat kabul edilen hallerde dahi her zaman net bir yaptırımın olmadığı, somut olaya göre tahrifatın sonucunun değişiklik gösterebileceği savunulacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Kavram Olarak Tahrifat

Sözlük anlamı itibariyle Arapça kökenli bir kelime olan tahrifat, bir şeyin aslını bozmak, üzerinde oynama yaparak anlamını değiştirmek

demektir¹. Kambiyo senetlerinde tahrifat ise tedavüle çıkarılmasından sonra senet metninin veya unsurlarından herhangi birinin ilgililerin tamamının rızası olmaksızın değiştirilmesi, karalanması, kazınması, silinmesi veya bozulması anlamına gelmektedir². Tahrifat, ya senet metninde halihazırda yer alan bir unsurun senetten çıkarılması veya bu unsurun çeşitli şekillerde değiştirilmesi ya da metne yeni bir unsurun bir şekilde eklenmesi suretiyle yapılabilir³. Tahrifatın bu şekilde ifade edilmesi, TTK m. 748’de düzenlenen senet metninde değişiklik yapılması düzenlemesine fazlasıyla benzemektedir. Ancak iki kavram arasında benzerlik bulunmakla birlikte, bunun ötesinde her iki kavramın farklı anlamları da ihtiva ettiği söylenebilir. Dolayısıyla öncelikle bu iki kavram arasındaki ilişkinin belirlenmesi, tahrifatın bu çalışma kapsamında tam olarak hangi anlamda kullanıldığının anlaşılması için gereklidir.

TTK m. 748 hükmünde yer alan ‘senet metnindeki değişiklikler’ ifadesinin, doğrudan tahrifat anlamına geldiği bazı yargı kararlarında⁴ ve öğretide bir grup yazar tarafından kabul edilmektedir⁵. Ancak bu

¹ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>> (s.e.t. 21.05.2025).

² Benzer yönde bkz. **CİNBAŞ**, Mustafa Eser: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik, Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, Konya 2022, s. 93; **COŞKUN**, Mahmut: Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 112; çekte tahrifat için kullanılan benzer ifadeler için bkz. **BOZER**, Ali/ **GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 391; **ORUÇ**, Kübra Betül: “Tahrif Edilmiş Çekte Muhatabın Sorumluluğu”, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 194.

³ **ERDEM**, Nuri: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), Vedat, İstanbul 2008, s. 22.

⁴ Bkz. Y. 19. HD, 15.03.2017, E. 2016/6499, K. 2017/2145 Sayılı Kararı: “...poliçe metninde tahrifatı düzenleyen ve bonolara da uygulanması gereken TTK’nın 748. maddesine göre bir poliçe metninin tahrif edildiği hallerde tahrifattan önce imza koyanların eski metne göre sorumlu olduğu...”. Benzer şekilde, Y. 12. HD., 18.6.2013, E. 2013/13751, K. 2013/22808 Sayılı Kararı (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.09.2024); HGK, 09.12.2021, E. 2017/2737, K. 2021/1640; HGK, 17.04.2024, 18/184 K. Sayılı karar: “Kambiyo senedinin lehtara verilmesinden sonra senet metninde yapılan değişikliklere tahrifat denir. Şekli unsurları tamam tedavüldeki senede bazı ilaveler yapılabilir veya bazı kayıtlar silinip, karalanabilir.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 25.09.2024). Biz bu görüşe katılmamakta ve lehtara teslim edildikten sonra senette yapılan her değişikliğin tahrifat anlamına geldiğini düşünmemekteyiz.

⁵ Bkz. **ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Turhan, Ankara 1997, s. 862; **ERDEM**, s. 3-4. Ayrıca Adliye Encümeni Mazbatasında da şu ifadeler yer almıştır: “Madde 660: Bu maddedeki değişiklikten kasıt, sahtelik şeklindeki değişiklik olduğundan maddenin ilk kısmı bunu açıkça anlatacak şekilde ve «değiştirildiği» yerine «tahrif edildiği»

ifadenin her şartta tahrifata işaret ettiğini söylemek kanaatimizce uygun değildir⁶. Nitekim tahrifat, TTK m. 748 anlamında senet metninde değişiklik yapılması boyutunun yanı sıra bu maddedeki anlamı aşan farklı bir boyuta da sahiptir. Esasen tahrifatın bu iki boyutu ayrı ayrı öğretide ve yargı kararlarında tartışılmış olsa da bir bütün olarak tahrifat başlığında tartışılmamıştır. Ayrıca tespit edebildiğimiz kadarıyla tahrifatın, TTK m. 748'deki değişiklik kavramından ayrıldığı hususuna öğretide pek değinilmemiştir. İlk boyutuyla tahrifat, bir senedin aslının kötüniyetle ve ağır şekilde hasara uğratılarak bozulmasıdır ki bu durumda kavram, TTK m. 748'deki senet metninde değişiklik olarak da karşımıza çıkar. İkinci boyutuyla tahrifat, senedin kambiyo vasfını yitirmesine yol açan bozulmalar ve değişiklikleri ifade etmektedir.

TTK m. 748'in gerekçesine bakıldığında, 6762 sayılı eTTK m. 660 hükmünün dilinin güncelleştirilerek aynen korunduğu belirtilmektedir. eTTK m. 660 hükmünde açıkça '*tahrifat*' olarak ifade edilen değişiklikler, yeni kanunla İsviçre Borçlar Kanunu m. 1068'e⁷ uygun şekilde '*senet metnindeki değişiklikler*' ifadesine evrilmiştir⁸. Türkçeleştirme aşamasında bu iki ifade arasında küçük ama bizce önemli bir fark ortaya çıkmıştır: tahrifat ve değişiklik kavramlarının bir noktada kesiştiği, ama tamamen aynı anlama gelmediği hususu.

"Senet Metninde Değişiklikler" kenar başlığına sahip eTTK m. 660'ın gerekçesine bakıldığında da "[b]u maddedeki değişiklikten kasıt,

sözleri konularak değiştirilmiştir", bkz. TTK Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası, Esas No: 1/150, Karar No: 50, 04.06.1956, s. 389.

⁶ Benzer yönde bkz. **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2023, para. 417; **CİNBAŞ**, s. 97; nitekim aslen TTK m. 748'in (eTTK m. 660) tahrifatı düzenlediğini düşünen ve kanun koyucunun 'tahrifat' kavramını bilinçli şekilde ilgili maddede kullanmış olduğunu belirten *Erdem* de bu hükmün, bir borçlunun haberi veya rızası olmaksızın senette hamil tarafından kasten yapılan değişiklik sonrası hala geçerli olan senede göre sorumlulukların belirlenmesinde kullanıldığını ifade etmektedir, bkz. **ERDEM**, s. 23-24.

⁷ Metnin orijinalinde de (1068 OR) senet metnindeki değişiklikler olarak çevirebileceğimiz '*Änderung*' ifadesi kullanılmaktadır: "*Wird der Text eines Wechsels geändert, so haften diejenigen, die nach der Änderung ihre Unterschrift auf den Wechsel gesetzt haben, entsprechend dem geänderten Text Wer früher unterschrieben hat, haftet nach dem ursprünglichen Text*"

⁸ TTK m. 748'in madde gerekçesi ise "[b]u madde, 6762 sayılı Kanunun 660 ıncı maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır." şeklindedir. Söz konusu ifade değişikliğinin sebebi ise gerekçede gösterilmemektedir.

sahtelik şeklindeki değişiklik olduğundan maddenin ilk kısmı bunu açıkça anlatacak şekilde ve «değiştirildiği» yerine «tahrif edildiği» sözleri konularak değiştirilmiştir»⁹ denilmektedir. Bu şekilde, ‘değişiklik’ kavramının daha özel bir haline işaret ederek ‘tahrifat’ ifadesinin kullanıldığı ve bu iki kavramın farklılığının eski kanun döneminde de gözönüne alındığı görülmektedir. Ayrıca kanun koyucunun eTTK m. 660 hükmünün kenar başlığında kullandığı ‘Senet Metnindeki Değişiklikler’ ifadesi, günümüz Türkçesine uygun ve güncel olmasına rağmen madde metninde yukarıdaki gerekçe ile değişikliğe gidilip ‘tahrifat’ kavramı tercih edilmiştir.

TTK m. 748 hükmü anlamında değişiklik, tahrifat ile bazı durumlarda kesişen, ancak onu aşan bir anlama da sahiptir. Öğretide bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “TK 748’in açık ifadesi karşısında, değişikliğin ‘tahrifat’ anlamına gelecek kasti bir harekete dayanması şart değildir”¹⁰. Diğer bir ifadeyle bu hüküm anlamında senet metninde değişiklik kavramı, özel düzenleme ile öngörülen değişiklikler dışında, bazı durumlarda tahrifatı ve bazı durumlarda da senette yapılan ve tahrifat boyutuna varmayan değişiklikleri kapsamaktadır. Bu sebeple, poliş metninde değişiklik yapılmasına zaman zaman kanun koyucu tarafından izin verilmiş olsa da kanaatimizce tahrifat farklı bir kavramdır.

B. Tahrifatın Görünüm Şekilleri

1. TTK m. 748 Bağlamında Tahrifat

a. Genel Olarak

Kambiyo senetlerine güveni arttırmayı amaçlayan¹¹ ve tahrifatın görünüm şekillerinden biri olan TTK m. 748 hükmü uyarınca, poliş metninde değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır. TTK m. 748 uyarınca senet metninde değişiklik yapıldığı takdirde, ayrıca ve açıkça izin veya icazet vermemeleri halinde her imza atan kişi, senedin o andaki metninden sorumlu olmaktadır. Polişlere ilişkin bu hüküm, TTK m. 778/1-g uyarınca bonolar ve TTK m. 818/1-ö uyarınca çekler hakkında da

⁹ Türk Ticaret Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası (1/150) Devre X, İçtima 2, Sıra Sayısı 198, s. 389 < https://www.lexpera.com.tr/Appendix/REASONING_TR/GK801K6762RGG_156717523_1.pdf> (s.e.t. 20.05.2025). Vurgu, tarafımızca eklenmiştir.

¹⁰ KENDİGELEN/ KIRCA, para. 417.

¹¹ ÇAMOĞLU, Ersin: “Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları”, BATİDER, C. 35, S. 2, 2019, s. 7.

uygulanmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senedindeki değişiklikler anlamında adeta bir torba hüküm mahiyetinde olan bu düzenleme, esasen tahrifat konusunda da ne yapılacağına ilişkin temelde yol göstericidir.¹²

TTK m. 748 uyarınca yapılan bir değişiklikten bahsedilebilmesi için öncelikle senedin poliçe için TTK m. 671, bono için TTK m. 776 ve çekler için TTK m. 780 hükümlerinde öngörülen zorunlu şartları taşıyan bir kambiyo senedi niteliğinde olması gerekir¹³. Tahrifata uğramış bir senedin, zorunlu unsurlarına halel gelmediği sürece hala geçerli şekilde tedavül edebileceği göz ardı edilmemelidir¹⁴. Nitekim düzenleyen açısından artık senedin temsil ettiği borç ‘görünüşte’ doğmamış olsa da senede imza atan diğer borçlular, imzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca değişik metne göre sorumlu kalmaya devam eder.

Değişikliğin ayrıca, senedin lehtara tesliminden sonra yapılması gerekir, senet henüz düzenleyenin elinde iken metin üzerinde yapılan değişiklikler, hükmün uygulama alanına girmez¹⁵, tahrifat da kabul edilmez. Senet metninde yapılan değişikliğin tahrifata vücut verip vermediği ve bunun sonucunun ne olduğunun değerlendirmesi, senedin hukuka uygun şekilde düzenlenip tedavüle çıktıktan sonra üzerinde değişiklik yapılması halinde gündeme gelebilir¹⁶. Senet tedavüle çıktıktan sonra hamil, senette adı geçen herhangi bir kimsenin onayını veya rızasını almaksızın senet metninde değişiklik yapabilmektedir¹⁷. Ancak bu çalışma amacına uygun şekilde, ilgili değişikliğin tahrifat boyutunda kasti bir hareketle yapılmış olması halinde TTK m. 748 uygulama alanı bulacaktır¹⁸.

Hükmün uygulama alanı bulabilmesi için tahrifatın ayrıca ‘senet metninde’ yapılmış olması gerekir. Senet metni kavramına, sadece

¹² YILDIZ, Burçak: “Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Tahrifat (TTK m. 748) Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2024, C. 26, S. 1, s. 107-108.

¹³ YILDIZ, s. 109 vd.

¹⁴ ERDEM, s. 43; YILDIZ, s. 128.

¹⁵ YILDIZ, s. 111.

¹⁶ Senet düzenlendikten sonra ancak tedavüle çıkmadan evvel düzenleyen tarafından değiştirilirse, bu durum TTK m. 748 kapsamında değerlendirilmez. Nitekim lehtar da dahil tüm borçlular, senedin değişik haliyle sorumlu olurlar, bkz. ÖZTAN, s. 865.

¹⁷ Bkz. ÖZTAN, s. 861; KENDİGELEN/ KIRCA, para. 416; YILDIZ, s. 111.

¹⁸ Benzer şekilde bkz. KENDİGELEN/ KIRCA, para. 417.

düzenleyen tarafından ikrar edilen borcun veya emredilen bir havalenin bulunduğu ana metni değil, ayrıca kambiyo senedinin ön veya arka yüzünde veya alonjda bulunan ve senetteki borçlularca yazılan kayıtların tamamı dahildir¹⁹. Diğer taraftan, senetlerin genellikle sol tarafında bulunan koçanlar, metne dahil sayılmazlar²⁰. İmza gibi senet metnine dahil olmayan kayıtlarda yapılan değişiklikler için kural olarak kıymetli evrakın iptali prosedürü işletilebilir²¹. Son olarak senet metninde yapılan değişikliklerden sonra senet, hala geçerliliğini sürdürmelidir²². Aksi halde değişiklik sonrası imza atanların değişik metne göre sorumlu olduklarından bahsedilemez.

Kural olarak haksız fiil niteliğindeki²³ tahrifatın uygulamada senet metninde daha çok bedel ve vade unsurlarının üzerinde yapıldığı görülmektedir²⁴. Sıklıkla karşılaşılan bedel üzerinde yapılan tahrifatın tespit edilmesi halinde, burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. TTK m. 676 hükmü uyarınca, bedel senet üzerinde aynı anda yazı ve rakamla belirtilmiş ve bu ikisi birbirinden farklıysa, yazıyla yazılan bedele üstünlük tanınacaktır. Bu durumda hangi bedelin geçerli olması gerektiğine ilişkin yargılama yapılması ve somut olaya göre karar verilmesi gerekir²⁵. Tahrifat sadece rakam üzerinde yapılmış olup yazı ile

¹⁹ **KINACIOĞLU**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Gazi Büro Kitabevi, Ankara 1993, s. 157; **BAUMBACH**, Adolf/ **HEFERMEHL**, Wolfgang: Kurz Kommentar, Wechselgesetz und Schechgesetz, Band 26, 13. Auflage, Verlag, Münih 1981, s. 323. Ayrıca imzaların kural olarak senet metnine dahil olmaması gerektiğine yönelik bkz. **ÖZTAN**, s. 863; **ÜLGEN**, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 165; **YILDIZ**, s. 113; karşı. **ERDEM**, s. 16.

²⁰ **YILDIZ**, s. 112.

²¹ **ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 165; **YILDIZ**, s. 113; **COŞKUN**, s. 112; ancak bu iptal hükümlerine, senetteki imzanın tamamen yok edilmesi halinde gidilmesi; sadece imzada tahrifat yapılması halinde TTK m. 748'in uygulanması gerektiğine yönelik bkz. **ERDEM**, s. 16.

²² **YILDIZ**, s. 113.

²³ **DOMANIÇ**, Hayri: TTK Şerhi IV- Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990, s. 391; **KENDİGELEN/ KIRCA**, para. 421; **CİNBAŞ**, s. 94; **ERDEM**, s. 48; **COŞKUN**, s. 113.

²⁴ **KENDİGELEN/ KIRCA**, para. 418; **YILDIZ**, s. 112; senet üzerinde yapılabilen tahrifata ilişkin ayrıntılı örneklendirmeler için bkz. **BİLGİN**, Mahmut: "Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması", Dokuz Eylül Üni. HFD, C. 11, Özel Sayı 2009, 2010, s. 989-1004.

²⁵ **BİLGİN**, s. 990.

bedelin sonradan doldurulması söz konusuysa, borçlu tahrifattan önceki eski bedele göre sorumlu olacaktır. Nitekim bir kararında Yargıtay, “[d]airemizin yerleşmiş içtihatlarına göre bu durumda yani rakamla miktar hanesinde tahrifat yapıldığı ve yazı ile miktar hanesinin ise hamil tarafından doldurulduğu hallerde TTK. nun 588. maddesinin uygulanacağı ve senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktadır.” şeklinde yorumda bulunmuştur²⁶. Ancak Yargıtay, “...el yazısı ile yazılmış olan bölüme itibar edilebilmesi için rakamla yazılı olan bölümde herhangi bir tahrifatın bulunmaması gerekir. Somut olayda senedin rakamla yazılan kısımda tahrifat olmasından dolayı el yazısı ile yazılan bölüme itibar edilemez”²⁷ şeklinde karar vermiştir. Buna göre, rakamla yazılan bedel üzerinde bir tahrifat söz konusuysa, TTK m. 676 hükmü uygulama alanı bulmaz, doğrudan TTK m. 748 hükmü uygulanır²⁸. Örneğin bedele ilişkin değişiklikte, eski bedel üzerine imza atanların sorumlulukları o bedelle sınırlı olarak varlığını devam ettireceğinden, sonrasında bedel arttırılmışsa, daha düşük eski bedeli ödeyen asıl borçlu, senedin kendisine iadesini isteyemez. Ancak ödeme yapan borçlu, tıpkı kısmi ödemede bulunmuşçasına TTK m. 709 uyarınca, senedin üzerine bu ödemenin yazılmasını ve kendisine bir makbuz verilmesini talep etme hakkına sahiptir²⁹.

Diğer taraftan senet bedeli, tahrifat sonucu düşürülmüşse, burada asıl borçlu, ayrıca bu değişikliğe rıza göstermediği sürece eski yüksek bedele göre sorumlu olmaya devam edecektir. Ancak değişiklikten sonraki imza sahibi başvuru borçlularından birinin bu senede ödeme yapması halinde, kendisinden önce gelen ve değişiklikten evvel imza sahibi olan bir başvuru borçlusuna tekrar başvurması halinde, başvuru hakkı ilk kez kullanılacaktır³⁰. Yani burada TTK m. 726 hükmü değil, TTK m. 713 hükmü işlerlik kazanır.

²⁶ Y. 11. HD., 04.02.1987, E. 1986/6874, K. 1987/550 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.10.2024).

²⁷ Y. 19. HD., 18.10.2016, E. 2016/2316, K. 2016/13431 Sayılı Kararı; benzer yönde bkz. Y. 19. HD., 07.05.2013, E. 2013/5099, K. 2013/8312 Sayılı kararı (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.10.2024).

²⁸ Söz konusu uygulama, tamamen yargı kararlarıyla gelişmiştir, bkz. YILDIZ, s. 131.

²⁹ KINACIOĞLU, s. 158; ÖZTAN, s. 866; BİLGİN, s. 989; ERDEM, s. 55-56; YILDIZ, s. 129, dn. 101; benzer şekilde Alman hukukunda benzer düzenleme getiren 39 WG uygulanması gerekir, bkz. BAUMBACH/ HEFERMEHL, s. 323.

³⁰ ÖZTAN, s. 867; BAUMBACH/ HEFERMEHL, s. 324.

Kambiyo senetlerinde vade üzerinde tahrifat yapılması halinde somut olaya göre farklı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Vadenin değiştirilmesi halinde, eski vadeye göre çekilen protesto sonucu ödeme yapan başvuru borçlusu, değişik metne imza atmış ve yeni vadeye göre sorumlu olan başvuru borçlusuna müracaat edebilmek için tekrar protesto çekmek zorunda kalabilir³¹. Var olan vadenin üzerinin çizilmesi halinde, senedin artık görüldüğünde vadeli olarak tedavül edeceği söylenebilir. Bu yöndeki bir kararında Yargıtay, “[d]ava konusu kambiyo senedinin vade tarihinde tahrifat yapılmış olması, senedin kambiyo vasfını etkilemez. Senet, görüldüğünde ödenecek senet vasfında olur” şeklinde hüküm tesis etmiştir³². Yalnızca senedin vadenin bulunduğu haline imza atanlar o vadeyi esas alarak başvuru gibi işlemlerini yapmalıdır.

Tahrifat bazen senedin başka unsurlarında meydana gelebilmektedir. Buna göre örneğin lehtarın adında bir tahrifat yapılmışsa, senedin türüne göre burada bir ayırım yapmak gerekir. Nama ve emre yazılı senetlerde, düzenleyen, lehtarın kim olduğunu bileceği için, bu kısımda yapılan bir tahrifat dolayısıyla düzenleyen, yanlış kişiye ödeme yaptığından bahisle borcundan kurtulamaz³³. Nama yazılı senetlerde, lehtara ilişkin kayıta değil de halefiyete ilişkin kayıta bir tahrifat söz konusuysa, halefiyet, hukuki işleme dayanmıyorsa o zaman genel kural uygulanır ve borçlu yetkili olmayan hamile yaptığı ödemeden dolayı sorumlu olur, aynı senede tekrar ödeme yapması gerekebilir³⁴.

Sonuç olarak tahrifatın ilk anlamı, TTK m. 748’de çoğunlukla karşılığını bulmuştur, ancak bazı durumlarda kanun koyucu özel birtakım düzenlemelerle tahrifatın varlığını kabul edebilir. Tahrifatın o sebeple TTK m.748’i aşan bir yönünün olduğundan bahsedilebilir. Bu anlamda TTK m. 812 hükmü ile TCK m. 204 ve 210 hükümleri özel tahrifat

³¹ KINACIOĞLU, s. 159; ya da senet bedelinin düşürülmesi halinde, daha yüksek bedelli senede imza atan başvuru borçlularına karşı kullanmak amacıyla da o anki hamil aynı şekilde senedi elinde bulundurmak ve protesto çekmek zorunda olabilir, BÜLOW, s. 331.

³² Y. 19. HD, 9.12.2015, E. 2015/7437, K. 2015/16554 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 13.10.2024).

³³ ÖZTAN, s. 138.

³⁴ ÖZTAN, s. 138; Halefiyet alacağın temlikine dayanıyorsa, temlik beyanının borçluya bildirip bildirilmemesine göre durum değişeceği için, düzenleyenin bu durumda haberi olmasına rağmen yetkili olmayan hamile ödeme yapmışsa, senede tekrar ödeme yapması kaçınılmazdır, ÖZTAN, s. 138.

düzenlemeleridir. Tahrifatın sonucu genel olarak kişinin tahrifat define muhatap olması iken bu özel düzenlemelerde yaptırımlar ayrıca öngörülmüştür. Bu özel düzenlemelere geçmeden evvel, açık ve eksik senetlerin doldurulmasına özel birtakım hususlara değinilecek ve tahrifatın oluşuma sebep olabilecek haller açıklanacaktır.

b. Doldurma Yetkisinin Bulunmadığı veya Aşıldığı Hallerde Açık Senedin Doldurulması

İmza haricinde³⁵ kanuni asgari koşulları sağlanmadan bir senedin lehtara verilmesi ve doldurma anlaşmasına uygun şekilde doldurduktan sonra lehtarın senedi tedavüle çıkarması halinde açık senetten söz edilir³⁶. Bu durumda özellikle doldurma anlaşmasına göre doldurma yetkisinin devredilmediği konular açısından, senedin bu konularla bağlantılı unsurlarının doldurulması tahrifat niteliğinde olacaktır³⁷. Bu durum, hangi unsurun doldurma anlaşmasıyla sonradan doldurulması yetkisinin bırakıldığına göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin senede faiz kaydının konulması hususunda herhangi bir anlaşma bulunmamasına rağmen, lehtarın faiz kaydı eklemesi, tahrifat niteliğindedir.

Anlaşmaya aykırılık iddiası, senette borçlu olarak görünen ve imzası bulunan açısından nisbi defi niteliğindedir³⁸. Yetkili hamile karşı

³⁵ Açık senet için hangi unsurun asgari olarak sağlanması gerektiği öğretide tartışmalı olsa da baskın görüş uyarınca imza tek başına yeterli olmaktadır, **POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, Vedat, İstanbul 2019, para. 221; **TEKİL**, Fahiman: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1980, s. 120; **ÖZTAN**, s. 506, **ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA**, s. 158; **KENDİGELEN**, Abuzer: Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 144; **CAN**, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj, Ankara 2015, s. 83; **CİNBAŞ**, s. 108; **STANZL**, Gustav: Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht, Köln 1957, s. 49; **KARL**, Peter: Wechsel- und Scheckrecht: Allgemein verständliche Darstellung und Kommentar, 2. Auflage, Herne-Berlin 1960, s. 73.

³⁶ Öğretide unsurları tam olmayan bir senedin varlığı halinde, bu senedin açık mı eksik senet mi olduğunun belirlenmesine yönelik olarak senetle birlikte bir doldurma anlaşmasıyla yetki devrinin de yapıldığının karineten kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş mevcuttur. Buna göre açık kambiyo senedi karinesi olarak nitelendirilen bu durumun aksini iddia eden tarafın, ortada bir doldurma anlaşmasının bulunmadığını yani eldeki senedin, eksik senet olduğunu ispat etmesi gerekir, bkz. **TÜZEMEN ATİK**, Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 150-151; **POROY/ TEKİNALP**, para. 220.

³⁷ **TÜZEMEN ATİK**, s. 147.

³⁸ Anlaşmaya aykırılık definin niteliğine ilişkin öğretideki görüşler ve tartışmalar için bkz. **TÜZEMEN ATİK**, s. 261 vd. Ancak TTK m. 680 hükmünün özel düzenlemesiyle

ancak TTK m. 680 uyarınca hamilin poliçeyi kötünîyetle iktisap etmiş olması veya iktisabında ağır kusurlu olması halinde bu defi ileri sürülebilir³⁹. Sonuç olarak açık senetlerde, doldurma anlaşmasına aykırı olarak veya anlaşmada hiç yer almayan hususların doldurulduğu durumlarda veya senette halihazırda evvelden üzerinde yazılı olduğu anlaşılan ve bu unsurların tahrif edilerek değiştirildiği senetler açısından tahrifatın varlığı ve bu doğrultuda TTK m. 748'in uygulanabileceği kanaatimizce kabul edilmelidir⁴⁰.

c. Eksik Senedin Doldurulması

Eksik senet, bir senedin kambyo senedi sayılabilmesi için kanunda tanımlanan zorunlu unsurların tamamını taşımayan ve öncesinde bir doldurma anlaşması olmaksızın geçersiz şekilde tedavüle çıkarılmış senettir. Eksik senet, tahrifat yoluyla doldurularak tedavüle koyulsa ve sonrasında iyiniyetli hamil tarafından iktisap edilse dahi düzenleyen açısından söz konusu beyanın geçersizliğine ilişkin durum, bir mutlak defi niteliğindedir⁴¹. Nitekim eksik senet tedavüle çıkarıldığı sırada ortada bir doldurma anlaşması bulunmamasından ötürü, kural olarak bu eksik senedin kambyo senedi olduğundan ve senet metninde değişiklik yapıldığından söz edilemez⁴².

birlikte, anlaşmaya aykırılık definin temel ilişkiden kaynaklı bir kişisel defi olduğuna yönelik baskın görüş için bkz. **İMREGÜN**, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1995, s. 58. **KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku III- Ticari Senetler (Kıymetli Evrak Hukuku), Ankara 1970, s. 120-121; **ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA**, s. 160; **KENDİGELEN/ KIRCA**, para. 214; **YASAN**, s. 91; **TÜZEMEN ATİK**, s. 263; **BOZKURT**, Tamer: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s. 191-192; **KENDİGELEN**, s. 147.

³⁹ Alman hukukunda da bu konuda benzer ölçütler kabul edilmiştir, bkz. **STANZL**, s. 50; **BROX**, Hans: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 14. Auflage, München 1999, s. 270, Rn. 550.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. **ÖZTAN**, s. 517; ayrıca açık senetlerde doldurma hakkının tamamen tüketildiği ve mükerrer doldurma sayılabilecek durumlarda, yetkili kişi tarafından da olsa doldurmanın gerçekleştiği hallerde TTK m. 748'in uygulama alanı bulacağına ilişkin bkz. **CİNBAŞ**, s.116.

⁴¹ **KARAYALÇIN**, s. 122; **TÜZEMEN ATİK**, s. 149; eksik senedin doldurulması, tahrifat niteliğinde olup resmi evrakta sahtecilik suçuna da vücut verir, **BOZKURT**, s. 193. Diğer taraftan somut olayın şartlarının, eksik senetteki tahrifattan önce senette imzası bulunan kimselere tahrifatın isnat edilebilmesini gerektirebileceği, ancak bu durumda da tedavül sözleşmesinin bulunmaması sebebiyle geçersizlik definin imza sahiplerince ileri sürülebileceğine ilişkin bkz. **KENDİGELEN/ KIRCA**, para. 214.

⁴² **BİLGİN**, s. 1004; **BROX**, s. 268, Rn. 547.

Hiç kimseye doldurma anlaşmasıyla senedi doldurma yetkisinin verilmediği, yani esasen eksik senedin var olduğu durumlarda, sonradan ele geçiren kişi tarafından senedin doldurulmasına TTK m. 748'in uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir⁴³. Çünkü iyiniyetli hamil açısından, doldurma anlaşmasına aykırı doldurularak açık senet üzerinde tahrifat yapılması ile eksik senedin hukuka aykırı şekilde doldurularak üzerinde tahrifat yapılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁴⁴. Eksik senedin sonradan yapılan değişiklik ile geçerli bir senet haline getirilmesi halinde, tahrifattan önce eksik senedi imzalayanlar hiç sorumlu tutulmazken tahrifattan sonra senedi imzalayanlar imza anındaki şartlarla sorumludur⁴⁵. Diğer taraftan eksik bir senedin daha sonra düzenleyen tarafından verilen yetkiyle başka biri tarafından doldurulması halinde, TTK m. 748/1'in kıyasen uygulanması ile senet o andan itibaren geçerli hale gelecektir⁴⁶. Ancak düzenleyen tarafından verilen bir yetki olmaksızın eksik senet, başka biri tarafından doldurulursa bu tahrifat, sahteciliğe vücut verir⁴⁷.

2. Kambiyo Senedi Vasfını Ortadan Kaldıran Tahrifat

Senet metninde, senette bulunması zorunlu olan unsurların üzerinin çizilmesi suretiyle bir tahrifat yapılması veya senede, kambiyo vasfını yitirmesine yol açacak bir kaydın eklenmesi halinde⁴⁸, zorunlu unsurlarının kaybeden senedin, artık kambiyo senedi olma vasfı da

⁴³ *Kırca*, TTK m. 748 hükmünün bu durumda da uygulama alanı bulacağından bahsetmekte iken (para. 214), aynı eserde *Kendigelen* ortada senedin içeriğinde yapılan bir değişiklik olmadığından bahisle bu hükmün açık senetlere uygulamayacağını belirtmektedir (para. 417), bkz. **KENDİGELEN/KIRCA**, para. 214 ve para. 417.

⁴⁴ **İMREGÜN**, s. 58; **POROY/ TEKİNALP**, para. 220; **TÜZEMEN ATİK**, s. 153, **BROX**, s. 268, Rn. 547.

⁴⁵ Aynı yönde bkz. **YILDIZ**, s. 111.

⁴⁶ **TÜZEMEN ATİK**, s. 149.

⁴⁷ **REİSOĞLU**, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 385; **TÜZEMEN ATİK**, s. 149; **BİLGİN**, s. 1005.

⁴⁸ Örneğin temel ilişki ile kambiyo senedi arasında bağlantı kurularak ilgili bir kaydın senede eklenmesi halinde, senet, kambiyo vasfını yitirir, **YILDIZ**, s. 114.

ortadan kalkacaktır⁴⁹. Bu durumda örneğin, çifte vade düzenlenmesi⁵⁰, bonoda lehtarın adının çizilmesi, düzenleme yerinin veya tarihinin çizilmesi, senette imzanın silinmesi, senedin okunamayacak şekilde karalanmış olması gibi, senedin kambiyo senedi olma vasfını yitirdiği açık bir şekilde görülebilen bu hallerde tahrifat yapılmıştır; ancak TTK m. 748'in uygulanması söz konusu olmaz⁵¹. Bu yönde verilen bir kararda Yargıtay, “TTK. nun 690. maddesi yollamasıyla bonolarda da uygulanan 588. maddesinin birinci fıkrasında, (senet bedeli hem yazı ve hem de rakamla gösterilip de iki bedel arasında fark bulunursa yazı ile gösterilen bedele itibar olunur) hükmü yer almış ise de, bu hükmün uygulanabilmesi, senetlerin rakam ve yazı kayıtlarında herhangi bir tahrifatın yapılmamış olması koşuluna bağlıdır. Çünkü, bedelin rakam ve yazıyla ayrı ayrı yazılmasındaki amaç senetlerde yapılması olası tahrifatı önlemektir. Rakam veya yazıda bir tahrifat mevcut ise, yasal anlamda gerçek bir farktan da söz edilmeyeceği gibi böyle bir hal senetlerin tedavüle çıkarılırken doldurulmuş olması ilkesine de aykırıdır.” şeklinde hüküm kurmuştur⁵². Dolayısıyla senedin tahrifat sonucu kambiyo vasfını kaybettiği bu gibi durumlarda somut olayın durumuna göre kıymetli

⁴⁹ ÖZTAN, s. 864; KENDİGELEN/ KIRCA, para. 419; ve tüm borçluların sorumluluğu da bu şekilde sona erer, POROY/ TEKİNALP, para. 363; BİLGİN, s. 987; ERDEM, s. 70; ŞANLI KABİR, Deniz: “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 62; CİNBAŞ, s. 100; benzer yönde bkz. STANZL, s. 47; BROX, s. 267, Rn. 546.

⁵⁰ Çifte vade, düzenleme tarihinin hem metin içerisinde hem de senedin üst kısmında yer alan bir senette, bu yerlerden sadece birindeki tarihte tahrifat yapılması ve diğerinin de değiştirilmesinin unutulması halinde ortaya çıkan bir durumdur. Bu halde şüphesiz, senet, kambiyo senedi vasfını yitirmektedir ve dolayısıyla bu durumda TTK m. 748 uygulanmaz, bkz. DOMANIÇ, s. 391; YILDIZ, s. 114. Ayrıca yerleşik kararlardan örnekler için bkz. Y. 12. HD, 12.12.2011, E. 2011/10086, K. 2011/28317; Y. 12. HD, 14.12.2011, E. 2011/10624, K. 2011/28974 Sayılı Karar: “...çift vadeli düzenlenen senetler, bono vasfında sayılamaz.”; Y. 12. HD., 26.6.2014, E. 2014/16268, K. 2014/18654 Sayılı karar: “tahrifat öncesi tanzim tarihinin, bononun vade tarihinden sonrasına ilişkin olduğunun belirlenmesi halinde senet kambiyo vasfını yitireceğinden ya da vade tarihinde tahrifat yapıldığının tespiti halinde yazı ile belirtilen vade tarihi ile rakam olarak belirtilen vade tarihleri farklı olması halinde çift vadeli olarak düzenlenen bonolar kambiyo vasfını kaybedeceğinden İİK. nun 170/a maddesi uyarınca takibin iptali sonucunu doğuracaktır.” (Lexpera, Erişim Tarihi: 03.10.2024).

⁵¹ YILDIZ, s. 128; BAUMBACH/ HEFERMEHL, s.323.

⁵² Y. 11. HD., 25.04.1978, E. 1978/1587, K. 1978/2170; Y. 11. HD., 18.01.1974, E. 1973/5134, K. 1974/65 Sayılı kararlar (Lexpera, Erişim Tarihi: 05.09.2024).

evrakın zıyayı ve iptali hükümlerine başvurulması gerekir, ama bir takip söz konusuysa takibin iptali olasılığı tartışılmalıdır⁵³.

Diğer taraftan değişikliğin onaylanmadığı hallerde artık değişik metne göre değil, tahrifattan önceki eski metne göre değerlendirme yapılması gerekir. Bu yöndeki bir kararında Yargıtay da "[d]ava konusu çekin keşide tarihi gerçekte ''20/10/2007'' iken keşide tarihinde tahrifat yapılarak ''20/12/2007'' haline getirildiği, çek bedeli ise gerçekte ''6.000,00 TL'' iken tahrifat yapılarak ''16.000,00 TL'' haline getirildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu çekin tahrifattan önceki keşide tarihi ve bedeli yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir." şeklinde hüküm tesis etmiştir⁵⁴.

3. TTK m. 812 Bağlamında Çekte Tahrifat

TTK m. 748 kapsamında bulunmadığı halde tahrifat kabule dilen ve tahrif edilmiş çeklerin ödenmesine ilişkin kanundan doğan kusursuz sorumluluğun⁵⁵ muhatap bankaya ait olduğunu belirten TTK m. 812'den bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Mehazı İsviçre Borçlar Kanunu m. 1132 olan ilgili hükmün düzenlenme amacı, kambiyo senetlerine ve özellikle çeklere duyulan güveni arttırmaktır⁵⁶. Bir çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü muhataba yüklenmiştir. Muhatap banka, üzerine düşen inceleme ve araştırma yükümlülüğüne uygun şekilde davranmalı ve ödeme için çek kendisine ibraz edildiğinde senedin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığını, senedin çek niteliğinde olup olmadığını, hamilin şeklen yetkili olup olmadığını, ciro zincirinin muntazam olup olmadığını, düzenleyen ile arasında bulunan çek anlaşmasına binaen düzenleyenin imzasının sahte

⁵³ BİLGİN, s. 987; ERDEM, s. 70; ORUÇ, s. 195-196; YILDIZ, s. 115.

⁵⁴ Y. 19. HD., 10.3.2014, E. 2014/1777, K. 2014/4622 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 29.09.2024).

⁵⁵ REİSOĞLU, s. 311; ÇAMOĞLU, s. 8-9; BOZER/ GÖLE, s. 392; ÜLGİN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 333; BAHTİYAR, s. 161; BOZKURT, s. 374; BİLGİN, s. 1004; KENDİGELEN, s. 330; ERDEM, s. 85; ORUÇ, s. 203; ŞANLI KABİR, s.66; buradaki sorumluluk, borçlar hukukuna göre adam çalıştırının sorumluluğudur, PULAŞLI, s. 325, para. 12; karş. Buradaki sorumluluğun TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcısının kusurundan doğan sorumluluk olduğu yönünde bkz. BOZKURT, s. 376; karş. Burada bir özen sorumluluğu mevcuttur, bkz. POROY/ TEKİNALP, para. 488d.

⁵⁶ ÇAMOĞLU, s. 8.

olup olmadığını⁵⁷ vs. incelemek durumundadır. Buna göre, düzenleyenin onayı veya icazeti olmadan çek metnine kötüniyetle yapılan her türlü müdahale tahrifat niteliğindedir.

TTK anlamında basiretli tacir olma zorunluluğu bulunan bankaların, Çek Kanunu'na göre çek hesabı açma ve defter bastırma esnasında kendisine yüklenen inceleme ve özen yükümlülüğünün esasen çekin ödenmesinde de kendini gösterdiği söylenebilir⁵⁸. Özellikle düzenleyenin imzasının sahte olması halinde, ortada düzenleyenin bir borcu olmadığından veya başka herhangi bir tahrifat durumunda, muhatap ödeme yapmakla yükümlü değildir, ancak ödeme yapması durumunda sadece kendisinin sorumlu olması kaçınılmazdır⁵⁹. Nitekim muhatap, bankacılık uygulamasında teamül kabul edilen davranış şekliyle bağdaşmayacak derecede hareket ettiyse veya kendisinden beklenen özeni göstermediyse artık kusursuz sorumluluğundan bahsedilecektir⁶⁰. Kusurun tespitinde, özellikle sahteciliğin inandırıcı olup olmaması veya iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı ilgili hükümde ayrıca sayılmadığından önem arz etmemektedir⁶¹. TTK m. 812

⁵⁷ KARAYALÇIN, s. 301; ORUÇ, s. 201. Bu durum ancak banka görevlisinin, düzenleyenin orijinal imzası ile senetteki imzayı karşılaştırması sonucunda tespit edilebilir, ÖZTAN, s. 1109; benzer şekilde bkz. BOZKURT, s. 375; ERDEM, s. 87. Görüldüğü gibi, sahte imza durumu da çek açısından tahrifat ile aynı hukuki sonuca tabi kılınmıştır.

⁵⁸ ERDEM, s. 86; dolayısıyla bankaların çekler üzerindeki karalama veya silinme gibi atipik çizimleri özellikle dikkatle ve özenle incelemesi gerektiğine yönelik bkz. ÇAMOĞLU, s. 19.

⁵⁹ EDGÜ, s. 134.

⁶⁰ ÖZTAN, s. 1107; PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Adalet, Ankara 2018, s. 324, para. 9; BAHTİYAR, s. 161; ERDEM, s. 87.

⁶¹ PULAŞLI, s. 325, para. 12; ORUÇ, s. 203; Yargıtay da eTK döneminde bir somut uyuşmazlıkta, tahrifatın iğfal kabiliyetinin olup olmadığının, TTK m. 812'deki kusursuz sorumluluğa etki etmeyeceğine yönelik hüküm tesis etmiştir, bkz. Y. 11. HD., 23.03.1989, E. 1988/4814, K. 1989/1859 Sayılı karar: "...davacının her biri (50.000)TL. tutarı havi olarak keşide ettiği iki adet çekin dava dışı hamillerince tahrifat suretiyle birinin (11.000.000)TL.'lık, diğerinin (4.500.000)TL.'lık hale dönüştürüldüğü, böylece davacının çek hesabından çek hamillerine (15.400.000)TL. fazla ödeme yapıldığı ihtilafsızdır. Bu çeklerin tutarlarında yapılan tahrifatın iğfal kabiliyetini haiz olması, büyüteçle bakılsa bile fark edilemeyecek nitelik taşınması davalı muhatap bankanın TTK.nun 724. maddesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğunu etkilemez. Zira davacı keşideciye mezkûr maddenin ikinci cümlesinin öngördüğü biçimde bir kusurun isnadı mümkün değildir." (Lexpera, Erişim Tarihi: 06.09.2024); karş. Sahtekarlık suçunun tespitinde iğfalin arandığına yönelik bkz. REİSOĞLU, s. 387.

dolayısıyla sahte veya tahrif edilmiş çek bedelini ödediği için düzenleyenin zarara⁶² uğraması söz konusuysa hesabından ödeme yapılan düzenleyenin, muhatap bankaya ve tahrifatı yapan kişiye karşı tazminat davası açması mümkündür⁶³.

4. Sahtecilik Suçu

Bir senedin sahte imza ile düzenlenmesi durumunda senede sonradan imza atanlar açısından imzaların bağımsızlığı ilkesi gündeme gelir. Ancak düzenleyen açısından, senet düzenleme iradesi veya senedi ya o şekilde ya da hiçbir şekilde tedavüle koyma iradesi bulunmamaktadır. Tahrifatta, düzenleyen tarafından imza edilen kambiyo senedi metninin, düzenleyenin rızası olmadan kasti bir hareketle değiştirilmesi söz konusudur. Buna karşın sahtecilikte üçüncü kişinin, düzenleyen olarak görünen kimsenin onayı olmaksızın, düzenleyenin imzasını senet üzerine taklit veya kopyalamak suretiyle ile koymasından bahsedilir⁶⁴.

Sahte imza kullanımında, esasen ortada geçerli şekilde oluşturulan bir senet bulunmamaktadır. Aynı zamanda hukuki işlem güvenliği sebebiyle o senedin tedavülü kanun koyucu tarafından engellenmemektedir. Bu suç açısından, şüphesiz imzası taklit edilen ve düzenleyen konumunda olan kimsenin kambiyo hukukuna göre sorumluluğu yoktur. Sahte imzada, imzayı gerçekte atan kişi genel hükümlerden ziyade, yine kambiyo hukukuna göre sorumlu

⁶² **KENDİGELEN**, s. 330; söz konusu zararın her türlü tahrifat veya sahtecilikten doğmasına gerek yoktur. Muhatap bankanın sorumluluğunun doğması için düzenleyenin borcuna etki etmeyecek, sadece cirantaların imzalarının sahteliği veya beyanlarının tahrifatı niteliğindeki tahrifat veya sahtecilikte ödeme yapan bankanın sorumluluğunun olmadığı iddia edilebilecektir, ayrıntılı bilgi için bkz. **BOZER/ GÖLE**, s. 393; aynı yönde bkz. **ORUÇ**, s. 212; **ŞANLI KABİR**, s. 57. Dolayısıyla düzenleyen, sadece hesabının eksildiği tutar ile sınırlı olarak bankayı sorumlu tutabilir, bkz. **POROY/ TEKİNALP**, para. 488c; **ŞANLI KABİR**, s. 72-73.

⁶³ **PULAŞLI**, s. 328, para. 18. Bu noktada TTK m. 812'den bankaca karşılanması gereken zararın kimin zararı olduğu anlaşılmadığından, söz konusu zararın düzenleyenin zararı olduğu yönünde bkz. **BOZER/ GÖLE**, s. 393.

⁶⁴ **BÜLOW**, Peter: Kommentar, Wechselgesetz, Scheckgesetz, 5. Auflage, Verlag, Münih 2013, s. 329.

tutulmalıdır⁶⁵. Bu durumlarda TTK m. 748'den ziyade, defi⁶⁶ hükümlerinin uygulanması düşünülebilir.

Emre ve hamile yazılı kambiyo senedinde tahrifat ceza hukuku açısından aynı zamanda, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 210/1 ve TCK m. 204/1 uyarınca senedin ayrıca kullanılmasına gerek kalmaksızın resmî belgede sahtecilik suçuna da vücut verecektir. Nama yazılı kambiyo senedi açısından ise senette tahrifat yapılması durumunda, TCK m. 207 uyarınca özel belgede sahtecilik suçu söz konusu olabilecektir. Ayrıca açık senetlerde doldurma anlaşmasına aykırı şekilde veya anlaşma kapsamı dışında kalan kısımların herhangi biri tarafından yetki olmaksızın doldurulması halinde de TCK m. 209 uyarınca açığa imzanın kötüye kullanılması suçu meydana gelecektir⁶⁷.

Sahtecilik iddiasının ispatında delil sınırlaması olmamakta, bu suçun ispatı her türlü delille yapılabilmektedir⁶⁸. Diğer taraftan senette tahrifat yapıldığına ilişkin ceza mahkemesi kararının, hukuk mahkemesi hakimince beklenilmesi gerektiği ve bu kararın hukuk mahkemesini de bağlayacağı, yani kesin delil olacağı da yargı kararlarıyla kabul edilmiştir⁶⁹. Son olarak ise, TTK veya TCK'daki hükümlerden yararlanılmasa dahi, tahrifat tek başına haksız fiil oluşturacağından, TBK m. 49 vd. kapsamında yine de genel hükümlerden yararlanılabilir⁷⁰.

II. TAHRİFAT KABUL EDİLMEYEN DURUMLAR

A. İlgilisince Onaylanan Değişiklikler

Bir kambiyo senedi, hukuka uygun şekilde imzalanıp tedavüle çıkarıldıktan sonra, zaman içinde bazı kimselerce çeşitli değişikliklere uğratılabilir. Bu kapsamda senet metnine örneğin cirantalar tarafından

⁶⁵ ÖZTAN, s. 419; ERDEM, s. 49.

⁶⁶ Buradaki definin türünün geçersizlik defi olması gerektiğine ilişkin bkz. CİNBAŞ, s. 129.

⁶⁷ TÜZEMEN ATİK, s. 147.

⁶⁸ TÜZEMEN ATİK, s. 148.

⁶⁹ Bkz. Y. 11. HD, 10.03.2022, K. 2020-6720/1721 (Legalbank, Erişim Tarihi: 28.05.2024); Y. 11. HD, 16.05.2011, E. 2009/13523, K. 2011/5962 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.07.2024). Ayrıca bkz. ERDEM, s. 49.

⁷⁰ ÇAMOĞLU, s. 21-22; BOZER/ GÖLE, s. 392; ERDEM, s. 48; CİNBAŞ, s. 94.

ciro yasağı vb. eklemeler yapılması⁷¹, bazı kayıtların çizilmesi gibi hallerde senet metninde değişiklik yapılması söz konusu olabilir⁷². İlgili değişikliğin zorunlu, alternatif veya yazılabilen kayıtlar üzerinde yapılması arasında tahrifat açısından bir fark bulunmamaktadır⁷³. Bu bağlamda, bir senette yapılan değişiklik açısından tüm ilgililerin rızasının alınması; ilgililerden bir veya birkaçının haberi veya rızasının alınması⁷⁴ veya kimsenin haberi olmadan o anki hamil tarafından senette değişiklik yapılması söz konusu olabilir. İkinci ve son ihtimalde tahrifat söz konusu olabilir ve zaman zaman TTK m. 748 hükmü uygulama alanı bulabilir⁷⁵. Ancak bu başlık altında ilk ihtimal üzerinde durulacaktır.

Senette yapılan değişikliğe ilgililerin rıza göstermesi halinde, iradi değişiklik söz konusudur ve şüphesiz değişikliğe rıza gösteren veya icazet veren herkes değişik haliyle senetten sorumludur. Bu ihtimalde TTK m. 748 uygulama alanı bulmaz⁷⁶ ve bu husus tahrifat olarak kabul edilmez. Senet metninde değişikliğin ne şekilde yapılması gerektiğine dair TTK'da açık bir hüküm bulunmadığı için kanaatimizce bu noktada kanunda boşluk olduğu kabul edilmelidir. Buna yönelik öğretide TTK m. 650 ve HMK m. 207'nin uygulanması teklif edilmiştir⁷⁷. TTK m. 650 hükmü bir senedin türünün değiştirilmesine ilişkin olup senedin hak verdiği veya borç yüklediği herkesin senet üzerine yazacakları muvafakatle metinde değişiklik yapılabilmesi mümkündür. Senetteki herhangi bir değişikliğin, ilgili tarafından senet üzerinde imza veya parafı atılmak suretiyle ve yazılı şekilde yapılabileceği kabul edilebilir⁷⁸.

⁷¹ İlgililerin senede belirli kayıtları koyma hakları varsa, artık bu kayıtların yazılması senet metninde değişiklik olarak TTK m. 748 kapsamında hukuka aykırı kabul edilmez, ERDEM, s. 69; CİNBAŞ, s. 105-106.

⁷² ÖZTAN, s. 861; CİNBAŞ, s. 88.

⁷³ STANZL, s. 46.

⁷⁴ CİNBAŞ, s. 88.

⁷⁵ Hükmün kapsamına iradi olan ve olmayan tüm değişikliklerin girdiğine yönelik bkz. TEKİL, s. 123. Bu iki ihtimal de yukarıda 'TTK m. 748 Bağlamında Tahrifat' başlığı altında incelenmiştir.

⁷⁶ DOMANIÇ, s. 389; ÖZTAN, s. 868; ERDEM, s. 19; BÜLOW, s. 333.

⁷⁷ KENDİGELEN/ KIRCA, para. 414; CİNBAŞ, s. 89.

⁷⁸ CİNBAŞ, s. 92; YILDIZ, s. 120. Bu konuda birçok karardan bazıları için bkz. Y. 12. HD, 30.09.2019, E. 2018/10438, K. 2019/13716; Y. 11. HD, 30.09.2020, K. 2418/3689; Y. 11. HD, 08.05.2023, E. 2022/2615, K. 2023/2796 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.09.2024).

İmza sahibi aleyhine senet metninde değişikliğin nasıl yapılacağına ilişkin olarak HMK m. 207 ise, bir senetteki çıkıntı, kazıntı ve silintinin ayrıca düzenleyen tarafından onanması halinde senedi hükümsüz kılmayacağına ve değişikliğin geçerli olacağına işaret etmektedir⁷⁹. Düzenleyen tarafından onamanın nasıl yapılacağına ilişkin Hukuk Genel Kurulu şu şekilde karar vermiştir: “[HMK m. 207] hükmü gereğince senetteki düzeltmelerin keşideci tarafından paraf edilmesi gerekir. Yani, senette mevcut olan çıkıntı veya senet metni altındaki hak ve silinti ayrıca tasdik edilmemiş ise inkâr hâlinde yok hükmündedir. Bu nedenle, senet üzerinde yapılan değişikliklerin geçerli olabilmesi için düzenleyen tarafından imza veya paraf edilmek suretiyle onaylanması gerekir. İmzaya veya paraf imzasına itiraz hâlinde ise mahkemece yönteminde imza incelemesi yapılmalıdır. Düzeltmenin paraflı olmaması veya imzanın keşideciye ait olmadığına anlaşılmaması hâlinde düzeltme yok hükmünde olup, senedin düzeltme öncesi durumuna göre değerlendirme yapılması gerekir.”⁸⁰

Kanaatimizce HMK m. 207 uyarınca, çizilen metnin ayrıca düzenleyen tarafından imzalanmamış olmasının, değişikliği geçersiz kıldığı anlamına gelmediği de savunulabilir⁸¹. Sadece değişikliğin, aleyhine kullanılacağı kişi tarafından inkâr edilmesi halinde onanmama durumu önem kazanır. İlgili onama, değişikliğin altına düzenleyen tarafından imza atılması veya tamamen ayrı bir belgede değişikliğin kabulü şeklinde de kendini gösterebilir⁸². Bu halde düzenleyen, onaydan sonra senede imza atanlara karşı yeni metne göre; onayı ve haberi olmayan ciro zincirindeki cirantalara karşı ise eski metne göre sorumlu olur⁸³. Senet üzerindeki çıkıntı, silinti veya kazıntının senet daha düzenleyen tarafından lehtara teslim edilmeden, senet tedavüle çıkmadan önce var olması halinde de bu hüküm geçerlidir, aksi halde

⁷⁹ ORUÇ, s. 199; ŞANLI KABİR, s. 61; BÜLOW, s. 330.

⁸⁰ Y. HGK, 17.04.2024, K. 18/184 Sayılı karar; benzer yönde bkz. Y. 12. HD., 14.3.2013, E. 2012/33884, K. 2013/9359 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 07.09.2024).

⁸¹ Benzer şekilde bkz. BAŞ, s. 281.

⁸² KINACIOĞLU, s. 160; BAŞ, s. 281; STANZL, s. 48; ilgililerin rızasının hangi formda olacağının bu noktada önem arz etmediğine yönelik bkz. BAUMBACH/HEFERMEHL, s. 325; BÜLOW, s. 333.

⁸³ BÜLOW, s. 333.

yapılan değişiklik hiç kimse açısından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁸⁴.

Sonuç olarak TTK m. 748 hükmü, HMK m. 207/1'e bir istisna getirmiştir⁸⁵ ve hükmün, senet metninde hiç kimsenin rızası dahi olmasa da değişiklik yapılabileceğine işaret ettiği unutulmamalıdır. Senette yapılan değişiklikten önce senede imza atanlar açısından HMK m. 207'nin uygulanması mümkündür, nitekim bu kimseler eski metne göre sorumlu olacaktır⁸⁶. Ancak elbette yapılan değişikliğe ciro zincirindeki tüm borçluların onay vermesi halinde değişiklik herkes açısından bağlayıcı olur, senet metni herkes için değiştirilmiş kabul edilir⁸⁷; birkaçı tarafından onaylanması halinde ise değişiklik sadece o kimselere karşı hüküm ifade eder⁸⁸.

B. Cironun Çizilmesi

Cirosu kabil her türlü senette, ciranta bir hukuki işlem olan cirosundan dönme hakkını haizdir⁸⁹. Yetkili kimse açısından cironun çizilmesi, bir zorunluluk olmayıp sadece bir imkandır⁹⁰. Ciro zincirinin sadeleştirilmesini amaçlayan TTK m. 727/2 uyarınca⁹¹ başvurma hakkının kullanılmasından sonra borcu ödemek durumunda kalmış olan başvuru borçlusu, kendisinin ve kendisinden sonra gelen kişilerin cirosunu çizebilir. Bir senette ciro, kambiyo senedi verilmesine neden olan ilişkinin sona ermesi, geçersiz olması, sözleşmeden dönülmesi, sehven ciro yapılması, cirodaki hataların düzeltilmesi vb. çeşitli sebeplerle çizilebilmektedir. Ayrıca cironun çizilmesi, senedin zayi olması ihtimali karşısında tekrar ödeme talebine muhatap olmaktan kaçınma amacına hizmet eder⁹².

Sadece bazı durumlarda cironun çizilmesi, tahrifat niteliğinde kabul edilir: Örneğin çizilmiş cironun ciro zincirini bozması söz konusu

⁸⁴ KENDİGELEN/ KIRCA, para. 415.

⁸⁵ YILDIZ, s. 119.

⁸⁶ YILDIZ, s. 120.

⁸⁷ COŞKUN, s. 112.

⁸⁸ BÜLOW, s. 328.

⁸⁹ ÇAMOĞLU, s. 12.

⁹⁰ POROY/ TEKİNALP, para. 312; BAHTİYAR, s. 104; BOZKURT, s. 306.

⁹¹ ÇAMOĞLU, s. 13.

⁹² ÖZTAN, s. 766; BAHTİYAR, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 104.

olabilir veya çizilmiş ciro, nihai hamilin, yetkili hamil veya hak sahibi vasfını ortadan kaldıracaktır. Ciro zincirinin, lehtarın cirosu ile başlaması zorunlu olduğundan, şüphesiz lehtarın cirosunun çizilmesi, ciro zincirini en başından kopuk hale getirecektir⁹³. Ayrıca bir kimsenin kendinden önce gelenlerin cirolarını çizip kendini şeklen hak sahibi göstermesi halinde, bir tahrifattan bahsedilir⁹⁴.

C. Poliçede Kabul Şerhinin Çizilmesi

Bir muhatap, TTK m. 698/1 uyarınca poliçeyi kabul etmekle, bedelini vadede ödemeyi taahhüt eder; bu şekilde, poliçede asıl borçlu sıfatını kazanır. Kabul şerhinin geçerliliği için, yanında ayrıca imza veya tarihin olmasına gerek yoktur⁹⁵. Ayrıca TTK m. 699 uyarınca muhatap, kendisine kabul için ibraz edilmiş bir poliçeyi kabul ettikten ve bu kaydı senet üzerine yazdıktan sonra, senedi hamiline geri vermeden önce ilgili kaydın üzerini çizebilir. Bu durumda muhatapın kabulden kaçındığı kabul edilir. Kabul şerhinin karalanması, silinmesi veya üzerine iptal gibi bir ifadenin yazılması da aynı sonucu doğurur.

Bir kere senet üzerine kabul beyanı yazıldıktan ve senet teslim edildikten sonra, kabul beyanından rücu edilmesi hukuken mümkün olmamaktadır⁹⁶. Poliçede muhatap, hamil ile daha sonra anlaşarak kabul şerhinin çizilmesini sağlamışsa, bu anlaşma sadece ikisi arasında hüküm ifade edecektir. Nitekim daha evvel kabul edilmemiş bir poliçeyi ciro eden cirantalar, aksini şart düşmedikleri halde, poliçenin kabul edileceğine ilişkin garanti vermektedir. Poliçenin kabul edilmesi, cirantalar lehine bir durumdur ve cirantaların kabulden doğan sorumlulukları sona erer⁹⁷. Dolayısıyla kabul edilen poliçe, hamiline teslim edildikten sonra, bu kabul beyanından ciro zincirinde yer alanları etkileyecek şekilde rücu edilebilmesi imkânı bulunmamaktadır. Senedin

⁹³ BAŞ, Kadir: “Kambyo Senetlerinde Çizilmiş Cironun Hüküm ve Sonuçları”, Marmara Üni. Hukuk Fak. HAD, C. 26, S. 1, 2020, s. 283.

⁹⁴ ÖZTAN, s. 587; BAŞ, s. 296; YILDIZ, s. 116.

⁹⁵ ÖZTAN, s. 543.

⁹⁶ EDGÜ, Ekrem: Ticaret Hukuku III- Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1965, s. 63; KARAYALÇIN, s. 171; ÖZTAN, s. 541; BOZER/ GÖLE, s. 127; ÖZDAMAR, Mehmet/ GÖKTÜRK, Kürşat/ CAN, Mehmet Çelebi/ KAŞAK, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2024, s. 155.

⁹⁷ ÖZTAN, s. 543.

tesliminden sonra, senet metninde yapılan değişiklikler, tahrifat hükmündedir⁹⁸.

Ç. Açık Kambiyo Senedinin Anlaşmaya Uygun Doldurulması

İmza haricinde⁹⁹ kanuni asgari koşulları sağlanmadan bir senedin lehtara verilmesi ve doldurma anlaşmasına uygun şekilde doldurduktan sonra lehtarın senedi tedavüle çıkarması halinde açık senetten söz edilir¹⁰⁰. Tedavüle çıktığı anda değil, ibrazı esnasında senedin unsurlarının tam olması gerek ve yeterlidir¹⁰¹. Eksik senetle eksik senet arasındaki en büyük fark, senet lehtara verilirken açık senette düzenleyenin senedi doldurmaya yönelik, lehtarın açık veya zımni olarak özel şekilde yetkilendirmiş olmasıdır¹⁰². Söz konusu yetki, gerek senedi anlaşmaya uygun şekilde doldurmayı gerekse de bu yetkiyi diğer hamillere geçirmeyi içermektedir¹⁰³. Doldurma anlaşmasına uygun

⁹⁸ ÖZTAN, s. 541.

⁹⁹ Açık senet için hangi unsurun asgari olarak sağlanması gerektiği öğretide tartışmalı olsa da baskın görüş uyarınca imza tek başına yeterli olmaktadır, **POROY/ TEKİNALP**, para. 221; **TEKİL**, s. 120; **ÖZTAN**, s. 506; **ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA**, s. 158; **KENDİGELEN**, s. 144; **CAN**, s. 83; **CİNBAŞ**, s. 108; **STANZL**, s. 49; **KARL**, s. 73.

¹⁰⁰ Öğretide unsurları tam olmayan bir senedin varlığı halinde, bu senedin açık mı eksik senet mi olduğunun belirlenmesine yönelik olarak senetle birlikte bir doldurma anlaşmasıyla yetki devrinin de yapıldığının karineten kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bir görüş mevcuttur. Buna göre açık kambiyo senedi karinesi olarak nitelendirilen bu durumun aksini iddia eden tarafın, ortada bir doldurma anlaşmasının bulunmadığını yani eldeki senedin, eksik senet olduğunu ispat etmesi gerekir, bkz. **TÜZEMEN ATİK**, s. 150-151; **POROY/ TEKİNALP**, para. 220.

¹⁰¹ **REİSOĞLU**, s. 161; **ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 159; **KENDİGELEN**, s. 148; **CİNBAŞ**, s. 109; bir senette kanun koyucunun sonuç bağladığı birkaç önemli ‘an’ dan biri de ibraz anıdır, nitekim senedin unsurlarının tamamının bulunması gereken an budur, bkz. **BOZER/ GÖLE**, s. 98. Ancak diğer taraftan senette ödememe protestosunun düzenlenmesi anına kadar doldurma yetkisinin devam ettiği de öğretide savunulmaktadır, karş. **POROY/ TEKİNALP**, para. 222.

¹⁰² **KINACIOĞLU**, s. 163; **İMREGÜN**, s. 56; **KARAYALÇIN**, s. 117; **POROY/ TEKİNALP**, para. 220; **BAHTİYAR**, s. 67; **BOZKURT**, s. 190; **TÜZEMEN ATİK**, s. 140; **CİNBAŞ**, s. 109; söz konusu anlaşma, açık polişe anlaşmasıdır, **YASAN**, Mustafa: Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin, Ankara 2021, s. 91; **KARL**, s. 73.

¹⁰³ **POROY/ TEKİNALP**, para. 222; **ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 159. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 09.02.2023, E. 2021/5674, K. 2023/735 Sayılı Kararı (Lexpera, Erişim Tarihi: 16.09.2024): “...açık düzenlenen bono eksik unsurları tamamlanınca sanki baştan beri doldurulan içeriği varmış gibi işlem görür, açık bonoda keşideci ile senedi elinde bulunduran arasında yapılan anlaşma ile eksik unsurların

şekilde unsurları tamamlanan bir açık senet, en başından beri unsurları tam bir senedin tüm özelliklerini gösterir.

Daha sonra senedin doldurma anlaşmasına aykırı doldurulduğuna dair meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda, doldurma anlaşmasının varlığının ispatlanması gerekmektedir. Açık senedin anlaşmaya uygun doldurulması, senet metninde yapılan bir değişiklik olmasına rağmen, tahrifat niteliğinde değildir. Senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğu iddiası, kural olarak düzenleyen ve lehtar arasında kalan bir husus olup düzenleyen bunu ancak yazılı delille ispatlayabilir¹⁰⁴. Bu anlamda metnin farklı zamanlarda farklı kişilerce ve farklı kalemlerle dahi yazılmış olması tek başına ispata yeterli değildir^{105, 106}. Yazılı delilin yanı sıra, Yargıtay, davacı keşidecinin yemin deliline de başvurabileceğine yönelik hüküm tesis etmiştir¹⁰⁷.

doldurulması senet teslim edilen kişiye bırakılmıştır. Tarafların anlaşmaları sonucu bononun lehdar hanesi açık bırakılarak bir başkasına tevdi mümkünüdür. Bu durumda, anlaşma uyarınca bonoyu alan kişi lehdar hanesine kendi adını yazabileceği gibi isterse bonoyu yine lehdar hanesi açık olarak başka bir kişiye vererek açık kısmının o kişi tarafından doldurulmasına imkan sağlayabilir. Başlangıçta, bazı unsurları açık olarak verilen bononun tedavüle konulurken unsurlarının tamam olması yeterlidir...". Benzer şekilde bkz. STANZL, s. 47; KARL, s. 73; BROX, s. 269, Rn. 548.

¹⁰⁴ KINACIOĞLU, s. 166; TEKİL, s. 121; İMREGÜN, s. 57; REİSOĞLU, s. 164; POROY/ TEKİNALP, para. 223; ÜLGEN/ HELVACI/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 159; YASAN, s. 91; TÜZEMEN ATİK, s. 366; BOZKURT, s. 191; BİLGİN, s. 1005 ve 1007; CAN, s. 84; CİNBAŞ, s. 110. Ceza yargılamasında günümüzde de uygulanan İBK uyarınca anlaşmaya aykırılık defi, tanıkla ispat edilememektedir, bkz. Y. İBBGK, 24.03.1989, E. 1988/1, K. 1989/2 (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.09.2024).

¹⁰⁵ ÖZTAN, s. 499; REİSOĞLU, s. 163; KENDİGELEN, s. 149; TÜZEMEN ATİK, s. 171; BİLGİN, s. 1005-1006; nitekim doldurma hakkının, senet lehtar tarafından ciro edilene kadar birden fazla kez kullanılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. CİNBAŞ, s. 115. Yargı kararları için bkz. Y. 12. HD, 20.11.2017, 5435/12344 (Lexpera, Erişim Tarihi: 08.08.2024); Bakırköy 2. ATM, 06.04.2023, E. 2022/473, K. 2023/300 (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.09.2024).

¹⁰⁶ Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, "ispat külfeti davacıda olup, bononun anlaşmaya aykırı doldurulduğu yolundaki iddianın da davacı keşideci tarafından yazılı delille kanıtlanması gerekmektedir", bkz. Y. 11. HD, 09.02.2023, E. 2021/5674, K. 2023/735 Sayılı Kararı; benzer şekilde daha genel olarak 'kanuni delille ispat'ın arandığına yönelik yargı kararları için bkz. Y. 11. HD., 28.9.2021, E. 2020/3237, K. 2021/5787; Y. 19. HD, 22.02.2012, E. 2011/10933, K. 2012/2657; Y. 19. HD, 18.03.2016, K. 4254/4849; Y. 19. HD, 14.04.2014, K. 3927/7238 Sayılı kararlar (Lexpera, Erişim Tarihi: 18.09.2024).

¹⁰⁷ "Borcun 650 DM olduğu halde bononun anlaşmaya aykırı olarak 8.000 DM olarak doldurulduğu şeklindeki iddianın yazılı delillerle kanıtlanması gerektiğine ilişkin mahkeme

Kural olarak senet metninde yapılan değişiklikler, açık senetlerin doldurma anlaşmasına aykırı şekilde doldurulmasından farklıdır¹⁰⁸. Açık senetler açısından senedin anlaşmaya aykırı doldurulmasına ilişkin risk, düzenleyenin üzerinde iken¹⁰⁹ senet metninde değişikliği öngören TTK m. 748'de risk, senedi değişik metne göre iktisap edenlere aittir¹¹⁰.

D. Maddi Hataların Düzeltilmesi ve Yazılmamış Sayılacak Kayıtların Atılması

Senet metninde özellikle bazı unsurların açıklık kazanması veya yazım hatalarının düzeltilmesi tahrifat kabul edilmez. Bu tür maddi hataların düzeltilmesi esasen TTK m. 748 kapsamında da değerlendirilmez¹¹¹. Kural olarak hukuka uygun kabul edilen bu değişikliklerin amacı senet metnini bozmak amacı veya kötünîyet mevcut olmadığından tahrifat kapsamında değerlendirilmez. Burada amaç çoğunlukla bazı açıklayıcı kayıtlar eklemektir.¹¹² Örneğin yabancı para

gerekeşi yerinde ise de, davacıya yemin teklif etme hakkının verilmemesi doğru değildir. Zira, davacı dava dilekçesinde kanıtlarını sıralarken en son sırada "her türlü yasal kanıt" ibaresine yer vermiştir. Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre böyle bir ibareden, davacının yemin deliline de dayandığı kabul edilmelidir", bkz. Y. 11. HD., 12.10.2000, E. 2000/6722, K. 2000/7732 Sayılı karar (Lexpera, Erişim Tarihi: 19.09.2024); benzer yönde bkz. Y. 11. HD., 19.1.2022, E. 2020/6396, K. 2022/398: "...davacının keşideci olarak imzalayıp verdiği bononun sonradan anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiasını kanuni delillerle (senet, yemin) ispatlamak zorunda olduğu, dava konusu senedin verilen borç paranın teminatı olarak verildiği şeklindeki davacı beyanları ve yine senette yazılı nakden kaydı karşısında senedin talilinden ve ispat yükünün talil nedeniyle yer değiştirmesinden söz etmenin mümkün olmadığı, davacının dava konusu senedin anlaşmaya aykırı olduğuna dair yazılı delil ibraz etmediği gibi yemin deliline de dayanmadığı..." (Lexpera, Erişim Tarihi: 23.09.2024).

¹⁰⁸ ÖZTAN, s. 516; ERDEM, s. 67; STANZL, s. 47; KARL, s. 73.

¹⁰⁹ KARAYALÇIN, s. 120; BOZKURT, s. 190; REİSOĞLU, s. 164; ERDEM, s. 68; nitekim düzenleyen, senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu kural olarak lehtara karşı ileri sürebilir, iyiniyetli hamile karşı değil, BOZER/ GÖLE, s. 99. Esasen burada senedin anlaşmaya aykırı doldurulduğunu iddia eden her kimse, ispat yükü kendisinde olacağından risk de bu kişi üzerindedir, KENDİGELEN, s. 154. Bu kimse öncelikle düzenleyen, ancak bunun da ötesinde ciranta, avalist gibi müteselsil sorumlu başka bir borçlu olabilir, TÜZEMEN ATİK, s. 351; Alman hukukunda da bu noktada düzenleyene isnat edilebilir bir davranışın var olduğu kabul edilir, bkz. BÜLOW, s. 335.

¹¹⁰ ÖZTAN, s. 871.

¹¹¹ ÖZTAN, s. 864; YILDIZ, s. 116-117; KARL, s. 72; BÜLOW, s. 330.

¹¹² Yine de maddi hataların düzeltilmesi ile tahrifat arasındaki çizginin çok ince olması sebebiyle bu grup değişikliğin her daim dar yorumlanması gerektiğine ilişkin bkz. YILDIZ, s. 118.

üzerinden yapılacak ödemelerde para cinsinin dolar olarak belirlendiği senet metnine ‘*Amerikan doları*’ ibaresinin yazılması, adresli poliçelerde açık adresin yazılması için bazı hususların eklenmesi, meblağın karışıklığı önlemek amacıyla bir de parantez içinde yazıyla yazılması, belirsiz hususların açıklanmasına ilişkindir.

Senede yazılmamış sayılacak bazı kayıtların da yazılması halinde, salt bu yazım, senet metninde değişiklik¹¹³ veya tahrifat kabul edilmez. Örneğin düzenleyenin bononun ödenmemesinden ötürü sorumlu olmayacağına dair koyduğu kayıt, yazılmamış sayılacağından, senede sonradan bu kaydın eklenmesi, TTK m. 748 kapsamında değerlendirilmeyecektir¹¹⁴. Düzenleyen dışında cirantalar tarafından da türüne göre senede ciro yasağı, sorumsuzluk kaydı, protesto kaydı, ihbar kaydı, faiz kaydı vb. kayıtların eklenmek suretiyle senet metninin değiştirildiği rahatlıkla söylenebilir. Bu durumlarda senedin tahrifatı değil, bazı borçlular açısından ilk keşide edilen senetten farklı bir metin ile sorumluluk söz konusu olacaktır¹¹⁵. Diğer taraftan senette borçlu olarak görünen herkesin muvafakatiyle bir değişiklik yapıldıysa, bu durumda yapılan değişiklik yine TTK m. 748 kapsamında değildir. Uygulamada kırtasiye bonusu olarak adlandırılan ve matbu şekilde basılmış bonolardaki bazı ibarelerin çizilerek bononun ihtiyaca uyarlanması suretiyle matbu metnin değiştirilmesi, TTK m. 748 bağlamında bir değişiklik değildir¹¹⁶. Burada sadece düzenleyenin bonoyu kendi iradesine uygun hale getirmesi söz konusudur¹¹⁷.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kambiyo senedi metninde, senedin unsurlarından herhangi birinin, hukuka aykırı şekilde ve tüm ilgililerin küllen rızası olmaksızın kasti olarak karalanması, kazınması, silinmesi veya bozulması, senette tahrifat anlamına gelecektir. Bu haliyle tahrifatın, doğrudan TTK m. 748’deki senet metninde değişiklik anlamına geldiği yargı kararlarında ve öğretide kabul edilmektedir. Ancak bu çalışmada da savunulduğu üzere, kanaatimizce tahrifat, çoğunlukla TTK m. 748’deki senet metninde

¹¹³ CİNBAŞ, s. 103; YILDIZ, s. 112.

¹¹⁴ ERDEM, s. 69.

¹¹⁵ DOMANIÇ, s. 391.

¹¹⁶ YILDIZ, s. 119.

¹¹⁷ YILDIZ, s. 118.

değişiklik ifadesiyle örtüşen ama onu da aşan bir anlama sahiptir. TTK m. 748 anlamında senet metnindeki değişiklikler ifadesi, kanun koyucunun özel bir düzenleme ile açıkça öngörmediği sonuçları doğuran değişikliklerin yanı sıra, zaman zaman senette kasten yapılan tahrifatı da kapsar.

Eksik senedin sonradan doldurulması veya açık senetteki doldurma yetkisinin bulunmadığı veya yetkinin aşıldığı hallerde açık senedin doldurulması durumlarında tahrifat söz konusudur. Bu durumda tahrifat, TTK m. 748 anlamında kasti bir değişikliktir ve eski metne imza atanlar o şartlarda sorumlu olur. Bunun ötesinde TTK m. 748'in yanı sıra tahrifat çeşitli hükümlerle düzenlenmiş ve TTK m. 812'de olduğu gibi bazı durumlarda özel yaptırımlara tabi tutulmuştur. Son olarak açıkça öngörülmemiş olsa da zorunlu unsurlarının tahrif edilmesi halinde senedin, artık kambiyo senedi olma vasfı da ortadan kalkacaktır. Bu durumda da tahrifatın sonucunun, kambiyo senedi vasfının yitirilmesi olduğu söylenebilir.

Tedavüle çıkarıldıktan sonra kambiyo senedinde yapılan her tür değişikliğin tahrifat anlamına gelmediği de belirtilmiştir. Senet metninde değişikliğin ne şekilde gerçekleşeceğine dair TTK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öncelikle senetteki bir değişikliğin tüm ilgililerin rızasının alınarak yapılması halinde, tahrifattan bahsedilmez. Rıza gösterilmesinde usulün nasıl olması gerektiği noktasında HMK m. 207 hükmü yol gösterici olabilecektir. Ayrıca kanunun izin verdiği, cironun çizilmesi, poliçede kabul şerhinin çizilmesi gibi durumlarda da tahrifattan bahsedilmez.

Her borçlunun tahrifata uğramış dahi olsa, imza attığı andaki senet metnine göre sorumlu olacağı kuralının bir istisnasının da bulunduğu dikkat etmek gerekir. Hukukumuzda kural olarak hiç kimse, senedin tahrifatını önlemek için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlü değildir, nitekim bu yönde bir kanuni yükümlülük de bulunmamaktadır¹¹⁸. Yine de iyiniyetli hamilin, tahrifatı senetten anlayamadığı veya anlamasının mümkün olmadığı durumlarda, artık düzenleyenin de rıza göstermemiş olmasına rağmen değişik metne göre sorumlu olacağı kabul edilebilir¹¹⁹.

¹¹⁸ ÖZTAN, s. 873; ERDEM, s. 40; CİNBAŞ, s. 131.

¹¹⁹ ÖZTAN, s. 871; ancak yine de bu istisnanın, senet metninde değişiklik definin mutlak niteliğini bertaraf edecek şekilde geniş yorumlanmaması gerekir, ERDEM, s. 41; CİNBAŞ, s. 134.

Dolayısıyla borçlunun kusurlu olmaması, tahrifata imkân oluşturacak şekilde davranmamış olması gerekmektedir. Düzenleyen, senede imza atarken metindeki bazı hususların daha sonra kolayca değiştirilebileceğini öngörüyorsa ama bu konuda tedbirini almamışsa, daha sonra tahrifat iddiasına dayanarak kendisinin sorumlu olmadığını iddia etmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir¹²⁰.

İyiniyetli hamilin, bu değişikliği veya tahrifatı senetten anlayamadığı veya anlamasının mümkün olmadığı durumlarda, işlem güvenliğinin korunması ve görünüşe güven ilkesinin de söz konusu olduğu istisnai durumlar ortaya çıkabilir¹²¹. Nitekim üzerinde görünürde hiçbir emare bırakmaya gerek kalmaksızın tahrifata veya değişikliğe elverişli bir senet söz konusuysa bu artık düzenleyenin risk alanında kalan bir husustur ve bundan düzenleyen sorumlu tutulabilir¹²². Değişikliğe veya tahrifata rıza göstermemiş bir senet borçlusunun değişik veya tahrif edilmiş metne göre sorumlu tutulabilmesinin tek yolu, değişiklik veya tahrifat riskinin kendisine isnat edilebilmesidir¹²³. Önemli olan burada görünüş vakiasını, yani tedavüle çıkarılırken unsurları tam olan bir senette tahrifatın anlaşılamayacak şekilde yapılmış olduğunu, ispatlamaktır. Burada kullanılan ölçüt ise, borçlunun, işlem güvenliğinin gereklerine aykırı şekilde senedi doldurarak muhtemel ama kaçınılabilir bir tahrifat veya değişiklik riskinin gerçekleşmesine sebebiyet vermesi

¹²⁰ ÖZTAN, s. 873.

¹²¹ Sayıyla yazılan bedelin yazıyla yazılması gereken yerinin boş bırakılmasından sonra parantez içinde daha yüksek bir bedelin yazılmak ve senetteki rakamın rahatlıkla değiştirilmek suretiyle senet metninin değiştirilmesi durumunda düzenleyenin değişik-tahrif edilmiş metne göre sorumlu tutulacağını belirtmektedir, bkz. ÖZTAN, s. 873; diğer taraftan hukuki görünüşün düzenleyene de atfedilebilmesi için düzenleyenin, bu tahrifata yol açacak şekilde davranmış olması yeterli değildir. Aksi halde gerekli özenin gösterilmesi suretiyle tahrifattan kaçınılmasının mümkün hale geleceği yorumu yapılmalıydı ve bu yorum, düzenleyenin kambiyo senedinden sorumluluğunu, tahrifatın tekniğine bağlayan bir yorumdur, bkz. BROX, s. 268, Rn 546.

¹²² ÖZTAN, s. 871; nitekim görünüşte tahrifata uğramamış bir senedin değiştirildiği hususunun ispatı, borçlunun üzerindedir, bkz. COŞKUN, s. 112. Senedin bedelinin sonradan yanına sıfır atılarak değiştirilmeye uygun şekilde önü ve arkasının “#” işareti ile kapatılmamış olması gibi durumlar Alman hukukunda bu noktada örnek olarak gösterilmiştir, KARL, s. 563; BÜLOW, s. 335.

¹²³ ERDEM, s. 40-41; COŞKUN, s. 113.

şeklinde olmalıdır¹²⁴. Tabi bu durumun belirlenmesi ancak somut olayın şartlarına göre mümkün olabilir.

¹²⁴ ÖZTAN, s. 874.

KAYNAKÇA

- BAHTİYAR**, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Baskı, Beta, İstanbul 2018.
- BAŞ**, Kadir: “Kambiyo Senetlerinde Çizilmiş Cironun Hüküm ve Sonuçları”, Marmara Üni. Hukuk Fak. HAD, C. 26, S. 1, 2020, s. 278-299.
- BAUMBACH**, Adolf/ **HEFERMEHL**, Wolfgang: Kurz Kommentar, Wechselgesetz und Schechgesetz, Band 26, 13. Auflage, Verlag, Münih 1981.
- BİLGİN**, Mahmut: “Kambiyo Senetlerinde Tahrifat (Değişiklik) Yapılması”, Dokuz Eylül Üni. HFD, C. 11, Özel Sayı 2009, 2010, s. 985-1028.
- BOZER**, Ali/ **GÖLE**, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2018.
- BOZKURT**, Tamer: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- BROX**, Hans: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 14. Auflage, München 1999.
- BÜLOW**, Peter: Kommentar, Wechselgesetz, Schechgesetz, 5. Auflage, Verlag, Münih 2013.
- CAN**, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj, Ankara 2015.
- CİNBAŞ**, Mustafa Eser: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler ve Sahtecilik, Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, Konya 2022.
- COŞKUN**, Mahmut: Hukuki ve Cezai Yönleriyle Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- ÇAMOĞLU**, Ersin: “Çizilmiş Cironun Hukuki Sonuçları”, BATİDER, C. 35, S. 2, 2019, s. 5-26.
- DOMANİÇ**, Hayri: TTK Şerhi IV- Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990.
- EDGÜ**, Ekrem: Ticaret Hukuku III- Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1965.

- ERDEM**, Nuri: Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler (Tahrifat), Vedat, İstanbul 2008.
- İMREGÜN**, Oğuz: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1995.
- KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku III- Ticari Senetler (Kıymetli Evrak Hukuku), Ankara 1970.
- KARL**, Peter: Wechsel- und Scheckrecht: Allgemein verständliche Darstellung und Kommentar, 2. Auflage, Herne-Berlin 1960.
- KENDİGELEN**, Abuzer/ **KIRCA**, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2023.
- KENDİGELEN**, Abuzer: Çek Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019.
- KINACIOĞLU**, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Baskı, Gazi Büro Kitabevi, Ankara 1993.
- ORUÇ**, Kübra Betül: “Tahrif Edilmiş Çekte Muhatabın Sorumluluğu”, Konya Barosu Dergisi, C. 1, S. 1, 2022, s. 191-224.
- ÖZDAMAR**, Mehmet/ **GÖKTÜRK**, Kürşat/ **CAN**, Mehmet Çelebi/ **KAŞAK**, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2024.
- ÖZTAN**, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Turhan, Ankara 1997.
- POROY**, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. Baskı, Vedat, İstanbul 2019.
- PULAŞLI**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Baskı, Adalet, Ankara 2018.
- REİSOĞLU**, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011.
- STANZL**, Gustav: Wechsel-, Scheck- und sonstiges Wertpapierrecht, Köln 1957.
- ŞANLI KABİR**, Deniz: “Sahte ve Tahrif Edilmiş Çek”, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- TEKİL**, Fahiman: Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1980.
- TÜZEMEN ATİK**, Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, 3. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.

ÜLGEN, Hüseyin/ **HELVACI**, Mehmet/ **KENDİGELEN**, Abuzer/ **KAYA**, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2019.

YASAN, Mustafa: Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin, Ankara 2021.

YILDIZ, Burçak: “Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Tahrifat (TTK m. 748) Uygulamasına İlişkin Bazı Değerlendirmeler” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2024, C. 26, S. 1, s. 105-136.