



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: **11** | Sayı: **2**
Temmuz 2025

Yayın Sahibi / Owner

Başkent Üniversitesi Adına
Rektör Prof. Dr. Hakan ÖZKARDEŞ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editorial Manager

Prof. Dr. Mehmet Emin AKGÜL

Editör / Editor

Prof. Dr. Rıza AYHAN

Editör Yardımcısı / Deputy Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Aybüke BASIM

Yönetim Adresi

Yukarı Bahçelievler, Mareşal Fevzi Çakmak Cad.
10. Sok. No: 45
Çankaya / ANKARA

İletişim Adresi

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bağlıca Kampüsü
Fatih Sultan Mehmet Mah. Eskişehir Yolu 18. km
Etimesgut / ANKARA
Tel: 0312 246 66 66 / 2181
Faks: 0312 246 66 44
E-Posta: hukukdergisi@baskent.edu.tr

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158 Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

Sayfa ve Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Baskı

Vadi Grafik. Ltd. Şti. (Sertifika No: 47479)
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1
Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0 312 395 85 71

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Eylül 2025

Yayın Aralığı

6 ay | Ocak-Temmuz

Yayın Türü

Yerel | Süreli

ISSN 2148-6638

- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.
- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler ve bundan doğacak sorumluluk yazarlara aittir. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bağlamaz.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.
- Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi TUBİTAK-ULAKBİM TR Dizininde Yer almaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORS BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Yadigâr İZMİRLİ • <i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK • <i>TED Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çiğdem KIRCA • <i>TOBB ETÜ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Arzu OĞUZ • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sevgi Gül AKYILMAZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cemal OĞUZ • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serdar ALTINOK • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Erdal ONAR • <i>Bilkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Çağlar ÖZEL • <i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Muharrem ÖZEN • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Ethem ATAY • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rıza AYHAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Murat SEZGİNER • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vedat BUZ • <i>Bilkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mertol CAN • <i>Çankaya Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Süha TANRIVER • <i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN • <i>Atılım Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Asuman TURANBOY • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN • <i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>	Prof. Dr. M. Fatih UŞAN • <i>Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Gülriz UYGUR • <i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fikret EREN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL • <i>Başkent Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nadi GÜNAL • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ • <i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR • <i>Ankara Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Aynur YONGALIK • <i>Atılım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kudret GÜVEN • <i>Başkent Üniversitesi</i>	Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU • <i>Başkent Üniversitesi</i>

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD^(*)

Prof. Dr. Abdurrahman AKDOĞAN
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Prof. Dr. E. Ethem ATAY
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
Prof. Dr. Sadi ÇAYCI
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. Fikret EREN
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil ÜNAL

^(*) Yukarıda yer alan öğretim üyeleri Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ, YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 yılı itibarıyla “Dergipark” sistemine geçmiştir. Bu nedenle, dergiye gönderilen çalışmaların hakemlik süreçleri Dergipark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

Dergide hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki çalışmalar Yayın Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

Dergiye gönderilecek çalışmalar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların ilk değerlendirmesi Editörlük tarafından yapılır. Bu değerlendirmeden sonra, çalışmaların hakem değerlendirme süreci başlar. Hakem değerlendirme süreci sonunda çalışmaların yayımlanmasına, hakem raporları dikkate alınarak düzeltilmesine (revizyonuna) veya geri çevrilmesine karar verilir.

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayımlanmasına karar verilen çalışmaların elektronik ortamda tam metin şeklinde yayımlanmak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.

II. BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAZIM VE ATIF KURALLARI

A. Yazım Kuralları

Çalışmada Türk Dil Kurumu’nun kabul ettiği güncel yazım ve dil bilgisi kuralları ile “Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yazım ve Atıf Kuralları”na uyulmalıdır. Anılan kurallara uyulmaması durumunda Editörlük, çalışmanın ilgili kurallara uygun şekilde düzenlenmesini yazardan talep edebilir.

Çalışmalar, Dergipark sistemine “.doc” veya “.docx” uzantılı dosya formatında ve biri isim-siz olmak üzere iki nüsha halinde yüklenmelidir.

Çalışmanın başlığı, sayfa ortalanarak tüm harfler büyük olacak şekilde Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.

Çalışma başlığının sağ altında, yazarın unvanı, adı - soyadı ve yazarın soyadının bitiminde yıldız (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta, yazarın iletişim bilgileri (kurumu, bölümü, kurumsal elektronik posta adresi, ORCID numarası) yer almalıdır.

Örn: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-posta: ornek@baskent.edu.tr, Orcid: 0000-0000-0000-0000.

Çalışmada, **Türkçe ve İngilizce olarak “Özet”** ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı, anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin sadece ilk harfleri büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır. Çalışma içerisinde 1.25 cm paragraf girintisi kullanılmalı ve tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.

Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar halinde eklenmeli ve kenara yaslanmış şekilde yazılmalıdır.

Cümle sonunda kullanılan dipnotlarda, dipnotun, cümle sonu noktalama işaretinden önce ve boşluk bırakılmadan gösterilmesi gerekir.

Çalışmaların gövde metni 1,5 satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 12 punto; dipnotlar ise, sayfanın altında gösterilecek biçimde, tek satır aralığıyla, Times New Roman karakteri ve 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır.

Yazılarda kullanılacak **başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde** oluşturulmalıdır:

- Birinci Derecede Alt Bölüm : I, II, III ... (**I. SİYAH, KALIN VE TÜM HARFLER BÜYÜK**)
İkinci Derecede Alt Bölüm : A, B, C ... (**A. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Üçüncü Derecede Alt Bölüm : 1, 2, 3 ... (**1. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Dördüncü Derecede Alt Bölüm: a, b, c ... (**a. Siyah, Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**)
Beşinci Derecede Alt Bölüm : aa, bb, cc ... (*aa. İtalik, İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük*)

Metin içerisinde içindekiler bölümü ve kısaltmalar cetveli yer almamalıdır. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk defa kullanıldığında, kısaltılmadan yazılmalı ve yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

B. Atıf Kuralları

1. Kitap Atıfları

a. Tek Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : İhsan Erdoğan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023, s. 20.

Tekrar atıf : Erdoğan, s. 22.

Kaynakça : Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

b. Birden Fazla Yazarlı

Dipnotta ilk atıf : Fikret Eren/İpek Yücer Aktürk, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023, s. 100.

Tekrar atıf : Eren/Yücer Akürk, s. 105.

Kaynakça : Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

2. Bir (veya Birden Fazla) Yazarın Birden Fazla Eserinden Yararlanılması

Bu halde yapılan kısaltmalar, eser sonunda parantez içinde gösterilmelidir.

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 40.

Tekrar atıf : Kuru, Nizasız Kaza, s. 45.

Kaynakça : Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 200.

Tekrar atıf : Kuru, El Kitabı, s. 215.

Kaynakça : Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

3. Çeviri Esere Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983, s. 70.

Tekrar atıf : von Tuhr, s. 72.

Kaynakça : von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

4. Editörlü Kitapta İlgili Bölüme Yapılan Atıf

Editörlü kitapta ilgili bölüme (paragrafa, makaleye vb.) yapılacak atıf, o bölümün yazarını ve bölüm başlığını içermelidir.

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Güray Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 437.

Tekrar atıf : Erdönmez, “Usûl İşlemleri”, s. 440.

Kaynakça : Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özekes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

5. Editörlü Kitabın Tamamına Yapılan Atıf

Dipnotta ilk atıf : Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Ed., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017, s. 97.

Tekrar atıf : Pekcanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 100.

Kaynakça : Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya (Ed.), Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

6. Dergi ve Süreli Yayın Atıfları

a. Tek Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Rıza Ayhan, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64), s. 16.

Tekrar atıf : Ayhan, s. 40.

Kaynakça : Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

b. Birden Fazla Yazarlı

Örneğin:

Dipnotta ilk atıf : Baki Kuru/Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, (İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43), s. 25.

Tekrar atıf : Kuru/Budak, s. 38.

Kaynakça : Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

7. Resmi Gazeteye Yapılan Atıflar

Örneğin:

RG, 02.11.2023, S. 32357

8. Yargı Kararlarına Yapılan Atıflar

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

Y. 13. HD., E. 28425, K. 1470, T. 07.02.2017: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: Yargı Kararına Ulaşılan Kaynak

Örneğin:

İstanbul BAM 3. HD., E. 3017, K. 2933, T. 12.10.2023: E-Uyar Online İçtihat Programı

Yabancı mahkeme kararlarına yapılan atıflarda, özel bir usul öngörülmemiştir. Bununla birlikte yazarın, yabancı mahkeme karar atıfları bakımından benimsediği usulü çalışmanın tamamında aynı şekilde kullanması gerekmektedir.

9. Elektronik Kaynaklara Yapılan Atıflar

Örneğin:

İlk atıf : Vural Seven, Afet Sigortaları Kanunu Kapsamında DASK’a Açılacak Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Dava Şartının Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, <https://blog.lexpera.com.tr/afet-sigortalari-kanunu-kapsaminda-daska-acilacak-davalarda-zorunlu-arabuluculuk-dava-sartinin-degerlendirilmesi/> (Erişim Tarihi: 05.11.2023)

Tekrar Atıf : Seven, Lexpera Blog^(*).

Kaynakça : Elektronik kaynağa erişim tarihine metin içerisinde yer verildiğinden, kaynakçada ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Örneğin:

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

(*) Elektronik kaynağın sayfa numarası ıçermesi halinde, gerek ilk atıf gerek tekrar atıfta sayfa numarası da belirtilmelidir.

10. Kaynakça

Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakları içeren bir bölüm yer almalıdır. Fiziki kaynakları içeren bölümün başlığı “Kaynakça” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAFA YASLANMIŞ**); elektronik kaynakları içeren bölümün başlığı ise, “Elektronik Kaynaklar” (**SİYAH, KALIN, TÜM HARFLER BÜYÜK, TİMES NEW ROMAN, 12 PUNTO VE HER İKİ TARAFA YASLANMIŞ**) şeklinde yazılmalıdır.

Kaynakçadaki eserler, Times New Roman karakteri, 12 punto ve 1,5 satır aralığı ve her iki tarafa yaslanmış biçimde düzenlenmelidir. Kaynakçadaki eserler, yazarların soyadına göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.

Örneğin:

KAYNAKÇA

Ayhan, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticari Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 1, s. 13-64.

Erdoğan, İhsan, Hukuka Giriş, 4. B., Ankara 2023.

Erdönmez, Güray, “Usûl İşlemleri”, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Ed.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Muhammet Özkes, Doç. Dr. Mine Akkan, Doç. Dr. Hülya Taş Korkmaz, C. I, 15. B., İstanbul 2017.

Eren, Fikret/Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. B., Ankara 2023.

Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013. (El Kitabı).

Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ankara 1961. (Nizasız Kaza).

Kuru, Baki/Budak, Ali Cem, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 3-43.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege, C. 1-2, Ankara 1983.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

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

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

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

İçindekiler

ÖZEL HUKUK

(Araştırma Makalesi)

Dr. Mehmet Çelebi CAN, Doçent

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Haklarının Genel Kurul Kararı ile Belirlenmesinde Oydan Yoksunluk Söz Konusu Mu?

-Anonim İstinaf Kararları Çerçevesinde İnceleme-

Does the Principle of Voting Exclusion Apply to General Assembly Decisions on the Financial Rights of Board Members in Joint Stock Companies?

-Review within the Framework of Anonymous Appeal Decisions-.....307

(Araştırma Makalesi)

Dr. Ceren DEMİREL MİT, Öğretim Üyesi

Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ile Bu Yükümlülüklere Aykırılığın Yaptırımı

The Obligations to Observe Good Faith and to Tell the Truth and the Legal Sanctions for Breach of These Obligations.....337

(Araştırma Makalesi)

Dr. İsmet MAZLUM, Öğretim Üyesi

Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarının Takibinde Avukatla Temsil Zorunluluğu

The Obligation of Legal Representation by an Attorney in the Enforcement of Monetary Claims Arising from Subscription Contracts.....381

(Araştırma Makalesi)

Dr. Fatma Begüm YEŞİLLER, Araştırma Görevlisi

Dr. Mehmet YEŞİLLER, Öğretim Üyesi

Roma ve Türk Hukuku'nda Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesinin (Depositum Irregulare) Tüketim Ödücü Sözleşmesinden (Mutuum) Ayrılması

Distinction between the Deposit of Fungible Goods (Depositum Irregulare) and the Loan for Consumption (Mutuum) in Roman and Turkish Law.....415

(Araştırma Makalesi)

Dr. Öğr. Üyesi Sarp ŞAHANKAYA, Öğretim Üyesi

Eşya Hukuku Kuralları Açısından “Davalıdır Şerhi”nin Değerlendirilmesi

Evaluation of the “Annotation of Pending Litigation” in Terms of Property Law Rules.....449

(Araştırma Makalesi)

Dr. Aslıhan ÇOBAN, Araştırma Görevlisi

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Ürün Sorumluluğuna İktisap Yeri Hukukunun Uygulanmasının Değerlendirilmesi

An Assessment of the Applicability of the Law of the Place of Acquisition to Product Liability Under Turkish Private International Law.....465

(Araştırma Makalesi)

Gözde Sena ERGİNBAŞ, Araştırma Görevlisi

Anonim Şirket Yönetimine Yönelik Güncel Tartışmalar Çerçevesinde Şirket Menfaati Kavramının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Concept of Company Interest in the Context of Current Discussions on Management of Joint Stock Companies.....495

(Araştırma Makalesi)

Emre KOLUMAN, Avukat

Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmalarda En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Düzenlenmesi*The Regulation of the Most Favored Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties to Which Turkey is a Party .. 531*

(Araştırma Makalesi)

Hacer Ülkü DOĞAN KAYA, Avukat

Kişisel Verilerin İşlenmesine Uygulanacak Hukuk*The Law Applicable to Processing of Personal Data 559*

(Araştırma Makalesi)

Uğur İLKUTLU, Avukat

Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyanın Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkı ve Hakkın Kaybına Yol Açan Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi*The Right to Limit Liability of the Carrier in Maritime Transport of Goods and Evaluation of the Types of Faults Leading to Loss of This Right 605***KAMU HUKUKU**

(Araştırma Makalesi)

Dr. Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK, Öğretim Üyesi

Mücbir Sebep Bağlamında İdarenin Depremden Kaynaklanan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi*Evaluation of the Administration's Liability Arising from an Earthquake in the Context of Force Majeure 645*

(Araştırma Makalesi)

Dr. Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR, Öğretim Üyesi

Ücretsiz Sağlık Hizmetlerinde Sağlık Uygulama Tebliği'nin Rolü: Mevcut Durum, Sorunlar ve Potansiyel Çözümler*The Role of the Health Implementation Communiqué in the Provision of Free Healthcare Services: Current Status, Challenges, and Possible Solutions 691*

(Araştırma Makalesi)

Dr. Mahmut CEYLAN, Öğretim Üyesi

Dünyada ve Türkiye'deki Gelişmeler Ekseninde Döngüsel Ekonomiye Geçişte En Önemli Aktör Olan İdarenin Anahtar Rolü*The Key Role of the Administration as the Most Important Actor in the Transition to Circular Economy in the Context of Developments in the World and in Turkey 719*

(Araştırma Makalesi)

Dr. Seda DUNBAY, Öğretim Üyesi

La Laïcité Turque: Une Analyse Succincte De L'évolution D'un Principe Constitutionnel*Türk Laikliği: Anayasal Bir İlkenin Evrimine İlişkin Kısa Bir Analiz**Turkish Laicism: A Brief Analysis of the Evolution of a Constitutional Principle 759*

(Araştırma Makalesi)

Canberk İNCEDERE, Araştırma Görevlisi

1961 Anayasası Döneminde Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetlenmesi*Judicial Review of Substance of Constitutional Amendments Made within the Term of 1961 Constitution 797*

(Araştırma Makalesi)

Kadircan Berkay ÇAKIRALP, Araştırma Görevlisi

Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Devletlerin Yükümlülükleri: Zorluklar ve Yaklaşımlar*Obligations of States in the Context of Cultural Heritage Protection: Challenges and Approaches 821*

Özel Hukuk

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Haklarının Genel Kurul Kararı ile Belirlenmesinde Oydan Yoksunluk Söz Konusu Mu? (*)

-Anonim İstinaf Kararları Çerçevesinde İnceleme-

Does the Principle of Voting Exclusion Apply to General Assembly Decisions on the Financial Rights of Board Members in Joint Stock Companies?

-Review within the Framework of Anonymous Appeal Decisions-

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN^(*)

Öz:

2023 yılı sonu ve 2025 yılı başında verilen iki ayrı *Anonim İstinaf Kararı*'nda, aynı zamanda pay sahibi de olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına ilişkin olan genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanmalarının, TTK m.436/1 bağlamında oydan yoksunluk sınırlamasına tabi olmadığına karar verilmesi huzurdaki çalışmanın hazırlanmasını tetiklemiştir. Konu hakkında Yargıtay ihtisas dairesinin doğrudan değerlendirme yapmamış olması, aslında görüşünün söz konusu sınırlamayı genişletmeme yönünde olduğu kanaatindeyse de, temyiz aşaması bakımından görünümü flu kılmaktadır. İlk derece mahkemelerinde ise kimi zaman oydan yoksunluk yönünde değerlendirme yapıp, ilgili genel kurul kararının sakatlığına hükmedildiğine tesadüf edilmektedir. Oydan yoksunluğa dair genişletici bu yorumlamanın sonucu her zaman genel kurul kararının iptali ile sonuçlanmamakta, yokluk kararları da görülmektedir. İncelenen pek çok karardan anlaşıldığı üzere, yargı mercilerinin odaklandığı husus aslında mali hakkın fahiş olup olmadığıdır. Bunun önüne geçmek için TTK m.394'ün de uygulanmasını engelleyici şekilde, TTK m.436/1 hükmünü kanun koyucunun da amacına aykırı biçimde bireysel işin niteliğini hatalı yorumlayıp genişleterek, mali hakların belirlendiği genel kurul kararlarını oydan yoksunluğa tabi tutmak hukuka aykırıdır. Anılan anonim istinaf kararlarının, ilk derece mahkemelerindeki bu yanlışlığı kapıyı kapatmış olması önem arz etmektedir.

(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 26.05.2025 - Makale Kabul Tarihi: 19.06.2025.

(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: celebican001@gmail.com,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7177-6998>.

Anahtar Kelimeler:

Genel Kurul, Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Hakları, Oydan Yoksunluk, Korporatif İş, Bireysel İş.

Abstract:

This study was triggered by two separate anonymous appeal decisions, ruled respectively at the end of 2023 and the beginning of 2025, in which it was held that board members who are also shareholders are not subject to the voting exclusion under Art.436/1 of the Turkish Commercial Code when voting in the general assembly on matters concerning their own financial rights arising from their position. The fact that the specialised chamber of the Court of Cassation has not made a direct assessment on the subject, although we believe that its opinion is in favour of not extending the limitation in question, blurs the view in terms of the appeal stage. At the trial courts, it is sometimes observed that a vote exclusion is imposed, resulting in the invalidity of the relevant general assembly resolution. Such an expansive interpretation of vote exclusion does not always lead to the cancelation of the general assembly resolution; in some cases, rulings of nullity have also been observed. Based on the many rulings reviewed, the primary focus of the judiciary is actually whether the financial right is excessive. To prevent this, it is unlawful to subject general assembly resolutions determining financial rights to vote exclusion by erroneously interpreting and unduly broadening the nature of personal matters under Art.436/1 of the TCC, thereby obstructing the application of Art.394 and contradicting the legislature's intent. It is important that the aforementioned anonymous appeal decisions have effectively put an end to this erroneous interpretation adopted by the trial courts.

Keywords:

General Assembly, Financial Rights of the Members of the Board of Directors, Vote Exclusion, Corporate Matter, Personal Matter.

GİRİŞ

Huzurdaki çalışmanın başlığında yer alan “*Anonim İstinaf Kararları*” ibaresi¹ hakkında açıklama yaparak giriş yapmakta fayda görmektediriz. Başlıkta tercih edilen bu ifade, yazarın konuya dikkat çekme kaygısı ile olağan dışı bir kullanıma yönelmesinden kaynaklanmıştır. Ayrıca henüz kesinleşmemiş mahkeme kararları hakkında kalem oynatmak, yazarın elin sahibi için çeşitli çekinceler de barındırır. Bu nedenle de bahsi geçen kaygıları aşmanın yolu olarak başlıkta yer alan “*Anonim İstinaf Kararları*” ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanmasını tetikleyen soru; anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının genel kurul kararı ile belirlenmesinde oydan yoksunluğun söz konusu olup olmadığıdır. Daha somut bir ifade ile; aynı zamanda pay sahibi de olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına ilişkin olan genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanmaları TTK m.436 kapsamındaki sınırlamaya tabi midir? Bu soruyu cevabı da içerecek şekilde yeniden kaleme alırsak da; TTK m.436, TTK m.394'ün uygulanmasını engelleyecek şekilde yorumlanmalı mıdır? Türk literatüründe pek çok kez sorulan ve cevap aranılan bu soruya, iki anonim istinaf kararı perspektifinde bu çalışmayla biz de kendi cevabımızı vermeyi amaçlamaktayız.

¹ Bu çalışmada, İstinaf Kararları ile Bölge Adliye Mahkemesi Kararları ifadeleri birbirini ikame eder şekilde kullanılmıştır.

Öğretide pek çok kez tartışılan söz konusu mevzu hakkında Yargıtay ihtisas dairesinin görüşünün aslında -oydan yoksunluğun söz konusu olmadığı yönünde- anlaşılabilir olmasına rağmen, konu hakkındaki bazı içtihatlarda görünümün hâlâ flu kaldığı söylenebilir. Bunun nedeni ise söz konusu içtihatlarda uyumsuzluğa dair esas hususun doğrudan bahsi geçilen konu olmamasıdır. Yargıtay ihtisas dairesi, benzer davalar olsa dahi, önüne gelen olayla ilgili doğrudan ilgisi olmadığı ve onama/bozma kararına bir gerekçe teşkil etmediği takdirde söz konusu mevzuu hakkında değerlendirme yapmamaktadır. Aslında bu tavır araştırma konumuza özgü bir tutum da değil, ihtisas dairesinin genel işleyişi ile ilgilidir. Yani *"obiter dictum"* niteliğinde değerlendirmelere pek rastlanılmamaktadır. Temyiz derecesinde durum bu iken, son yıllarda ülkemizin iki farklı Bölge Adliye Mahkemesi nezdindeki ilgili ihtisas dairelerinde benzer kararlar çıkmış ve en azından yargılamanın istinaf aşamasında söz konusu mevzuu hakkındaki daire görüşleri net bir şekilde ortaya konulmuş ve görünüm berraklaşmıştır.

Son sözü ilk başta zikretmek gerekir ki, Bölge Adliye Mahkemeleri nezdindeki ihtisas dairelerinin konu hakkındaki net görüşü şu şekildedir:

"TTK m.436/1'de belirtilen oydan yoksunluk düzenlemesi, bir hakkı sınırlayan kural olması hasebiyle istisna hükmüdür ve dar yorumlanmalıdır, buna göre de TTK m.436/1'in TTK m.394'ün uygulanmasını engelleyecek şekilde yorumlanması mümkün görülmediğinden, aynı zamanda pay sahibi de olan yönetim kurulu üyelerinin kendileri de dahil oldukları yönetim kurulu üyelerinin mali hakları ile ilgili genel kurul görüşmelerindeki müzakerelere katılıp oy vermeleri mümkündür. Bu şekilde alınan genel kurul kararlarının iptali ve hatta aksi görüşün kabulü halinde çoğu zaman asıl sonuç olarak tartışılması gereken genel kurul kararının yokluğu söz konusu değildir".

Yukarıda zikredilen Bölge Adliye Mahkemeleri nezdindeki ihtisas dairelerinin bu çalışmada ele alınan sorun hakkında verdikleri kararlar, aşağıda uyumsuzluk taraflarının isim, unvan ve diğer kişisel verileri belirtilmeden ve dahi ilgili mahkeme kararlarına dair künyeler de açıklanmadan anonim şekilde ele alınıp, değerlendirilecektir. Pek tabii ki, akademisyenler ve uygulayıcılar, basit bir araştırma ile güncel bu kararlara erişme imkânını haizdirler.

I. BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KARARLARI

A. Genel Olarak

Ülkemizin iki farklı Bölge Adliye Mahkemesi nezdindeki ihtisas daireleri tarafından ilk derece mahkemelerinin çalışma konumuzla doğrudan ilgili kararları-

nın istinaf denetimi sırasında, kesin olacak şekilde kararlar alındığı görülmüştür. Hakikaten bu çalışmada ele aldığımız her iki karar sonucunda da, “Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması” sebebiyle HMK’nın 353/(1)-a.6 ve 362/(1)-g maddeleri gereğince kesin olarak karar verildiği hüküm sonucundan anlaşılmaktadır. İlgili Bölge Adliye Mahkemesi İhtisas Daireleri bu soyut ve genel madde hükümlerine dayansalar da, hüküm gerekçelerinde işbu çalışmada ele alınan sorun hakkında yol gösterici değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

B. Kararların İncelenmesi

1. Anonim İlk Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

Anonim olarak incelenen ilk kararda, Bölge Adliye Mahkemesi ihtisas daire-sinde istinaf denetimine konu edilen ilk derece mahkemesindeki davaya ilişkin olarak; -pek çoğunun yanı sıra işbu çalışmanın kapsamına girmesi bakımından burada sadece ele aldığımız- genel kurulun 7 no.lu bendindeki “... şirket yönetim kurulunun teklifi üzerine, şirket yönetim kurulu üyelerinden ...’na 2021 yılında çalışmaları karşılığında göstermiş olduğu performanslarından dolayı vergiler ve diğer yasal kesintiler hariç toplam ... TL’nin eşit şekilde bölünerek her bir yön-e-tim kurulu üyesine ayrı ayrı ödenmesine ... oy çokluğu ile karar verildi.” madde-sinin iptalinin konu edildiği belirlenmiştir. İlk derece mahkemesi anonim şirket genel kurul toplantısının 7. maddesinin yoklukla malul olduğunun tespitine ve TTK 449 maddesi gereğince yürütülmesinin geri bırakılmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesinin konuya ilişkin gerekçesinde “yerel mahkemece kararın gerekçesinde TTK 436/1. maddesinden bahisle pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin mali konularda oydan yoksun olduklarının değerlendirildiğini, aka-binde bu oylar çıkartıldığında nisap sağlanmadığı belirtilerek tutanağın 7. mad-desinin yoklukla malul olduğuna dair karar verildiği” şeklinde değerlendirme yaptığı anlaşılmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi ihtisas dairesi, davayı “dava, genel kurul kararının iptali ile Şirket yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkı, kar payı, prim ve ikramiye ödemelerine ilişkin kararın, uygulanmasının tedbiren durdurulması istemine ilişkindir” şeklinde tespitinden sonra aşağıdaki ayrıntılı değerlendirmeler-i yapmıştır:

“Doktrinde;

Mustafa Çeker, kişisel (şahsi) deyiminin kullanılmış olması nedeniyle pay sahibinin ortaklıkta yaptığı hukuki işlemin, özel bir menfaat amacı ile gerçekleştirilen işlemleri kapsadığı ortaksal ilişkiden doğacak men-

faatlerin bu hüküm anlamında “iş” olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmek gerekir. (Anonim ortaklıklarla oy hakkı ve kullanılması sayfa 203. Dipnot 89. Borçlar ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları 2000) görüşündedir.

Ömer Teoman da Anonim ortaklık pay sahibini oy hakkında yoksunluğu kitabında YK üyesinin kendisine tanınacak mali hakların görüşülmesine ilişkin toplantı da oy kullanabileceğini görüşündedir. (Sayfa 108 dipnot 98- Borçlar ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü- 1983)

Veliye Yanlı ise oydan yoksun kurumunun temelinde yatan düşünce gözetildiğinde (tarafsız kalamayacağı) bir pay sahibinin kendisinin ya da TTK 436 da sayılan bağlantılı kişilerin YK üyesi olması halinde bunlara sağlanacak mali hakkın belirlenmesine ilişkin karar da oy kullanamayacağı görüşündedir. (YK. Üyelerine sağlanacak mali haklar ile ilgili bazı değerlendirmeler- Batıder C. XXXIII sayfa 4. Sayfa 52)

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bugüne kadarki uygulamasında karar altına alınan mali hakkın, azlık haklarına etkisi, şirketin faaliyet kolu ve emsal şirketlerle karşılaştırma, örtülü kazanç aktarımı gibi ekonomik araştırmalar yönünden değerlendirme yapmıştır.

Her sınırlamanın yorumunda olduğu gibi TTK 436 maddesindeki sınırlandırma da yorumlanmalıdır. Kanunun açıkça yasaklamadığı hallerde oy hakkının genişletici yoruma tabi tutularak sınırlamaya ilişkin madde hükmünün uygulanması TTK 436 maddesine ve yorum ilkelerine aykırıdır.

Sermaye şirketi olan A.Ş.'de pay sahibinin kendisi YK üyesi olduğu takdirde YK üyesinin mali haklarının belirlenmesinde oydan yoksun olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK 436 md. Pay sahibinin kendisi ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe ve işleme ilişkin müzakerelerde oy kullanamaz hükmündeki “kişisel” nitelendirmesi YK üyeliği ve YK üyelerine ilişkin mali hakları kapsadığını söylemez sınırlama amacını aşan sermaye şirketti özelliğine aykırı bir genişletici yorum olacaktır.

6102 sayılı TTK'nın “Oydan Yoksunluk” başlıklı 436. maddesinde “Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz. Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz.”

düzenlemesi mevcuttur. TTK'da oydan yoksunluk haline ilişkin mevcut düzenleme, anonim şirketin pay sahiplerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai nitelikte olup istisna hükümlerinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi kaçınılmaması gereken bir yöntemdir. Bu nedenlerle, TTK'nın 436. maddesinde hükme bağlanan oydan yoksunluk halinin uyuşmazlık konusu yönetim kurulu üyelerinin huzur hakkı, kar payı, prim ve ikramiyelerin yönetim kurulu üyelerine verilmesinin kararlaştırıldığı 7 no.lu karar yönünden oluşmadığı anlaşılmakla ilk derece mahkemesince 31.03.2022 tarihinde yapılan davalı şirketin 2021 yılı olağan genel kurul toplantısının 7. maddesinin yoklukla malul olduğunun tespitine karar verilmesinde isabet görülmemiştir...

Somut olayda, her ne kadar ilk derece mahkemesince hüküm ile birlikte yokluğa karar verildiği gerekçesiyle ...2022 tarihinde yapılan 2021 yılına ait Olağan Genel Kurul Toplantısının 7. maddesinin TTK. 449. maddesi gereğince yürütülmesinin geri bırakılmasına karar verilmiş olduğundan yukarıdaki gerekçelerle İlk derece mahkemesi kararı kaldırılmakla ve tedbire ilişkin başka bir gerekçeye yer verilmediğinden ilk derece mahkemesinin yokluğa dayalı tedbir gerekçesi dikkate alınarak tedbirin kaldırılmasına karar verilmiştir...

Hal böyle olunca, ilk derece mahkemesince şirketin mali durumu, emsal şirket uygulamaları ile şirketin eski uygulamaları azlık hakları ve örtülü kazanç aktarımı olup olmadığı yönündeki ve benzeri durumlar açısından uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli nitelikteki delillerin toplanmamış ve değerlendirilmemiş olduğu anlaşılmakla 6100 Sayılı HMK'nın 22/07/2020 tarih ve 7751 Sayılı Yasa'nın 35. maddesi ile değişik 353/(1)-a.6. maddesi gereğince ilk derece mahkemesi kararının ve tedbirin kaldırılmasına davanın yeniden görülmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine, kaldırma nedenine göre davacı vekilinin istinaf nedenlerinin bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiş...

... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin ...2022 tarih ve ... Esas ... Karar sayılı KARARININ ve ...2022 tarihinde yapılan 2021 yılı ait Olağan Genel Kurul Toplantısının 7. maddesinin TTK. 449. maddesi gereğince yürütülmesinin geri bırakılmasına dair tedbir kararının KALDIRILMASINA, ...

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda HMK'nın 353/(1)-a.6 ve 362/(1)-g. maddeleri uyarınca kesin olmak üzere oy birliği ile karar verildi".

2. Anonim İkinci Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

Anonim olarak incelenen ikinci kararda, diğer Bölge Adliye Mahkemesi ihtisas dairesinde istinaf denetimine konu edilen ilk derece mahkemesindeki davaya ilişkin olarak; -pek çoğunun yanı sıra işbu çalışmanın kapsamına girmesi bakımından burada sadece ele aldığımız- *“genel kurulun (7) no.lu karar ile şirket yönetim kurulu üyelerine ... -TL huzur hakkı/ücret ödenmesine diğer iki ortağın kabulü ile (%58 payın kabulü ile) karar verildiği...” ile ilgili “...2021 tarihinde gerçekleştirilen olağan genel kurul toplantısında alınan ...7 no.lu genel kurul kararlarının iptaline karar verilmesi ile dava sonuçlanıncaya kadar kararların uygulanmasının durdurulması” talepleridir. İlk derece mahkemesi “dava konusu 26/07/2021 tarihli olağan genel kurul toplantısı 7. maddesinin yönetim kurulunun ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi hakların verilip verilmeyeceğinin müzakere edilmesi ve karara bağlanmasına ilişkin olduğu, olağanüstü genel kurul toplantısında iki yönetim kurulu üyesine her birine ... TL ücret verilmesine ilişkin kararın iptal edildiği açıklanarak, daha önce tüm ortakların mutabakatı doğrultusunda iki yönetim kurulu üyesinin her birine ... TL ücret verilmesine ve fazla aldıkları ... TL'nin şirkete iade edilmesine, davacı temsilcisinin %41,5 oya karşılık, %58,5 oy oranıyla karar verilmiş, davacı temsilcisi iki yönetim kurulu üyesinin oy kullanmaması gerektiğini, şirketin mali yapısı müzakere edilmeyen belirlenen ücretin fahiş olduğunu, pay sahibi asilin bilgi alma hakkının ihlal edilmiş ve erteleme talebinin ret edilmiş olması nedeniyle karara muhalif kalındığı anlaşılmış, TTK'nın 436/1. maddesi gereğince pay sahibi, kendisi ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme ilişkin müzakerelerde oy kullanamayacağı açık olup, dava konusu genel kurul toplantısına tüm ortaklar katılmış olup, şirketin mevcut sermaye ve pay dağılımı ise ortaklığın üç ortağının muvafakati olmadan huzur hakkının tespitine imkan vermediği, bu hususta davacı tarafça davalı şirket aleyhine açılan ... Ticaret Mahkemesi'nin ... Esas, ... Karar sayılı dosyasında davalı şirketin ...2020 tarihli olağanüstü genel kurulda aynı iki yönetim kurulu üyesinin oyuyla alınan ücret tespit kararının iptal edildiği, bu kapsamda yönetim kurulunun ücretleri ile huzur hakkı, ikramiye ve prim gibi hakların verilip verilmeyeceğine ilişkin oylamada yönetim kurulu üyelerinin kendisi ile ilgili oylamalara katılarak oy kullandığı sabit olduğundan söz konusu 7. maddedeki genel kurul kararının TTK 436/1 maddesine aykırı olmasından dolayı iptali gerektiği anlaşılmakla bu haliyle davalı şirketin esas sözleşmesi, dosya kapsamında bulunan tüm belgeler, dava konusu ...2021 tarihli genel kurul toplantı tutanağı birlikte değerlendirildiğinde, düzenlenen bilirkişi raporunun dosya kapsamına uygun ve denetime elverişli bulunması nedeniyle bilirkişi raporundaki mali tespit ve değerlendirmeler ile yukarıda bahsedilen yasal*

düzenlemeler kapsamında davalı şirketin ...2021 tarihli genel kurul toplantısında alınan ..., 7 numaralı kararların yasaya, şirket esas sözleşmesin ve hukuka aykırı olmasından dolayı iptallerine" gerekçesi ile karar verdiği görülmüştür.

Bölge Adliye Mahkemesi ihtisas dairesi, ilk derece mahkeme kararını istinaf eden davalı yanın istinaf sebeplerine ayrıntılı şekilde yer vermiştir: Davalı vekili istinaf dilekçesinde işbu çalışma konusunun esasıyla ilgili olarak; "Mahkeme kararının genel kurulda alınan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının belirlenmesine ilişkin maddeye dair yaptığı yorumun gerek Türk Hukukundaki gerek Mehaz İsviçre Hukukundaki doktrin görüşlerine, gerek Almanya Federal Mahkemesinin gerekse de Yargıtay'ın görüşlerine tam aykırılık teşkil etmekte olduğunu, dosyada bilirkişi heyetinin raporlarının 27'nci sayfasında aynen "Türk Ticaret Kanununun "Oydan yoksunluk" başlıklı 436. maddesinde, emredici; "Pay sahibi kendisi, (...) ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme (...) ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz" hükmü yer almıştır. Şirketin mevcut sermaye ve pay dağılımı ise ortakların üçü ortağının muvafakati olmadan huzur hakkının tespitine imkân vermemektedir" ifadesine yer verdiğini ve işbu gerekçe ile de ilgili genel kurul kararının iptal edilebileceği kanaatine vardığını... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin de yine kelime dahi değiştirmeksizin bilirkişi raporuna katıldığını ve bu yönde hüküm tesis ettiğini, Türk Ticaret Kanunu'nun 436'ncı maddesinde tanzim edilen oydan yoksunluk şirket pay sahiplerinin şirketle olan şahsi ilişkilerinde oydan yoksun olduğu yönünde bir düzenleme getirdiğini; bu hususta doktrinin yoksunluğun saptanmasındaki ölçütün "Özel Menfaat-Pay Sahipliği Sıfatına Bağlı Menfaat Ayrımı" olduğu görüşünde fikir birliği bulunmakta olduğunu,

Oydan yoksunluğun tarihçesine bakılır ise; pay sahiplerinin ortaklık ile yaptıkları hukuki işlemleri konu alan kararlarda oydan yoksun olacaklarını öngören Alm. TK. 252.f.3, özellikle 20. Yüzyılın başlarında Almanya'da bilim adamları ile mahkemeleri genel bir ölçüt aramaya yönelttiğini; 1916 yılında yayımlanan kitabında FİSCHER'in (FISCHER in Ehrenberg's Handbuch 188.), Alm.TK. 252.f.3'ün sadece bireysel işlemlerde uygulanabileceği, buna karşılık toplumsal hukuki işlemlerde pay sahibinin oydan yoksun olmayacağı görüşünü ileri sürdüğünü; Fischer'in toplumsal-hukuki işlem deyimi ile kastedilenin, anonim ortaklıkta pay sahibi olmak nedeniyle ve bu sığata bağlı olarak yapılan işlemler olduğunu, bir hukuki işlemde her iki niteliğin bir arada bulunması halinde, toplumsal hukuki işlemin ağır basması nedeniyle pay sahibinin oy hakkını kullanabileceğini belirttiğini ve buna örnek olarak da ortaklığın kuruluşu ya da sermaye artırımı ile birlikte malvarlığı değerlerinin devralınmasına ilişkin sözleşmelerin yapılmasını, yönetim kuruluna atanma ve hizmet sözleşmesi yapılmasını, görevden azil ile sözleşmenin bozulmasını gösterdiğini; bunun gibi Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin de değişik kararlarda organ üye-

liğine seçilmenin olağan anlamı ile bir hukuki işlem oluşturmayıp, ortaklığın iç düzene ilişkin bir karar sayılacağını, ortaklık yöneticisi olarak atanmanın ortaklıklar hukukuna ilişkin bir işlem teşkil ettiğini ve nihayet Alm.TK. 252.f.3'deki oydan yoksunluğun sadece bireysel alandaki işlemlerde uygulanabileceğini belirttiğini, Zöllner'e göre, Yüksek Mahkemenin anılan son formülünün öğretide de benimsendiğini ve bugün dahi oydan yoksunluğa ilişkin kuralların yorumunda önemli bir işlev görmekte olduğunu (ZÖLLNER; Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht 226.) Zöllner'in bir hukuki işlemin pay sahipliği sıfatına mı bağ olduğunu, yoksa bireysel hukuki nitelik mi taşıdığının belirlenmesi konusunda öğretide ileri sürülen görüşleri başlıca üç grupta toplamakta olduğunu, gerçekten, bir ölçüt uyarınca, işlemle ilgili olan pay sahibinin ortaklığın karşısında üçüncü kişi olarak yer alıp almadığına bakılacağına; burada önem taşıyan hususun, aynı işlemin pay sahibi olmayan bir kişi ile yapılmasının mümkün bulunup bulunmadığı olduğunu; soru olumsuz yanıtlanacak olursa, işlemin bireysel hukuki nitelik taşıdığı ve pay sahibinin buna ilişkin kararda oy kullanamayacağı sonucuna varılacağını; görülen davaya konu olayda da yönetim kurulu üyesinin her üç pay sahibi de olabileceğini; daha önceki yönetim kurulunda davacı pay sahibi olan ... de bulunmakta olduğunu, bu görüşün benimsenmesi halinde sözkonusu kişilerin oylamada bulunabileceğini, ikinci bir görüş uyarınca hukuki işlemi yapma yetkisinin doğrudan doğruya genel kurula ait olup olmamasının işlemin niteliğinin saptanılmasına da yarayacağını; buna göre bir diğer organın araya girmesine gerek kalmaksızın pay sahipleri hakkında doğrudan doğruya hukuki etkiler doğuran kararların toplumsal-hukuki nitelikte sayılacağını; görülen davaya konu olayda da TTK'nın 408'inci maddesi gereği yetkinin Genel Kurula ait olduğunu, dolayısıyla bu görüşün benimsenmesi halinde de sözkonusu kişilerin oylamada bulunabileceğinin kuşkusuz olduğunu, nihayet üçüncü bir görüşün, tıpkı ilkinde olduğu gibi, pay sahibi olmayan kişilerle de yapılabilecek işlemleri bireysel hukuki işlemler olarak kabul etmekte, fakat toplumsal hukuki işlemlerin bir birliğin iç ilişkilerinin düzenlenmesi konusundaki işlemler olduğunu ve anılan iki niteliğin bazen tek bir işlemde bir arada bulunabileceğini savunmakta olduğunu; HERZFELDER'in (HERZFELDER; Stimmrecht und Interkollision bei den Personenverbänden des deutschen Reichsprivatrechts, s. 36.) de katıldığı bu görüş uyarınca örneğin yönetim kurulu üyelerinin göreve atanmaları ve onlarla hizmet sözleşmesi yapılmasında olduğu üzere, iki nitelik bir arada bulunuyorsa, bireysel hukuki niteliğe öncelik tanınmalı ve pay sahibinin oy kullanamayacağı kabul edilmesi gerektiğini; görülen davaya konu olayda da hizmet sözleşmesi gibi harici bir sözleşme bulunmayıp yönetim kurulu üyeliğine bağlı mali bir hak sözkonusudur. dolayısıyla üçüncü görüşün benimsenmesi halinde de sözkonusu kişilerin oylamada bulunabileceğinin kuşkusuz olduğunu, ZÖLLNER'e (Wolfgang ZÖLLNER; Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht 227.)

göre, oydan yoksunluk hakkındaki hükümlerin temel amacının, üyenin (pay sahibi-nin) özel menfaatleri karşısında birliğin (anonim ortaklığın) menfaatini korumak olduğunu; pay sahiplerinin menfaatlerinin de bu sıfattan doğabileceği, yani pay sahibi olmak nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi, sadece özel nitelik de taşıyabileceğini; bir pay sahibinin anonim ortaklık ile bir satım sözleşmesi yapması durumunda, onun menfaati anonim ortaklığın menfaati ile çelişen özel bir menfaat olduğunu; buna karşılık pay sahibi, kendisinin yönetim kuruluna seçilmesine ilişkin kararda oy kullanırsa, o zaman onun çıkarı pay sahipliği sıfatından doğan, ortaksal bir çıkar olduğunu; hiç kuşkusuz, bir pay sahibinin pay sahipliği sıfatına bağlı çıkarlarını koruması düşünülemeyeceği gibi, bu durumda oydan yoksun kılınması da söz konusu olmayacağını, doktrinde oy hakkından yoksunluk hususundaki en önemli eser niteliğini haiz "Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu" kitabında da Prof. Dr. Ömer TEOMAN'ın, (Ömer TEOMAN; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, s. 102 ve devamı.) Zöllner'in işbu görüşlerine katıldığını belirttiğini, Oydan yoksunluk konusunda yargı kararlarının da yeknesaklık kesbetmekte olduğunu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD., E. 2017/875 K. 2018/220 T. 8.3.2018 tarihli kararında; "TTK 436. maddesi oydan yoksunluk hallerini düzenlemiştir. Buna göre pay sahibi, kendisi, eşi, alt ve üst soyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hakimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin müzakerelerde oy kullanamazlar. Gündemin 5. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin seçimine dair karar alınmış, yönetim kurulu üyelerine aylık ücret takdir edilmiştir. Takdir edilen ücret, yönetimde imza yetkisine sahip kişilere aittir. İsim belirtilmek suretiyle subjektif bir düzenleme yapılmamıştır. TTK 394. maddesine göre de yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile belirlenmek şartıyla ücret ödenebilir. Kanun, yönetim kurulu üyelerine ücret ödenebileceğini düzenlemiştir. Bu konuda genel kurul tarafından karar alınmasında yönetim kurulu üyelerinin oy kullanamayacağına dair bir yasak söz konusu değildir. Kaldı ki gündemin 5. maddesi ile yapılan düzenleme genel niteliktedir. Bu sebeple TTK 436. maddesindeki oydan yoksunluk halinin olaya uygulanması söz konusu değildir. Bu konudaki istinaf sebep ve gerekçeleri yerinde görülmemiştir." dediğini, yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2020/1032 K. 2021/228 T. 20.1.2021 numaralı kararında açıkça "... (7) no.lu karar ile yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkının belirlendiği, yönetim kurulu üyesine ödenecek ücretin TTK. 394-1'de düzenlendiği, şirket esas sözleşmesinde bu hususta bir hüküm bulunmadığı, yönetim kurulu üyesi için genel kurulda huzur hakkı belirlenmesinde sözleşmeye ve yasaya aykırılık bulunmadığı, ayrıca 5.000.-TL'lik huzur hakkı tutarının 2014 yılında davacının da katıldığı ve olumlu oy verdiği genel kurul toplantısında

buna ilişkin alınmış kararda yer alan huzur hakkı tutarı ile aynı miktarda olduğu, ücret miktarının örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olmadığı, şirketin mali yapısı, şirketin bu yöndeki daha evvelki uygulamaları, yöneticinin harcadığı emek ve mesai ile orantılı olduğu, fahiş olmadığı ve ayrıca yönetim kuruluna huzur hakkı ödenmesinin somut davada objektif iyi niyet kurallarına da aykırı olmadığı, ...'nin yapılan oylamada oy kullanmasının TTK.'nin 436. maddesinde belirlenen oydan yoksunluk kapsamında olmadığı, ..." dediğini, Türk özel hukukunun en temel ilkelerinden birisi kanun koyucu tarafından bir yoksunluk, bir yasaklama yahut bir men düzenlemesi yapmadığı tüm hallerde serbestinin olması olduğunu; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda da tıpkı Yüksek Mahkeme'nin yukarıda esas ve karar numarası mezkur kararında da "bu konuda genel kurul tarafından karar alınmasında yönetim kurulu üyelerinin oy kullanamayacağına dair bir yasak söz konusu değildir." ifadesi ile açıkça belirttiği üzere herhangi bir oy kullanma yasağının sözkonusu olmadığını, görülen davaya ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakan ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararının ilgili genel kurulun 7'nci maddesi bakımından da hatalı olduğu gerek Türk doktrini gerekse oydan yoksunluk mefhumunun Türk hukukuna girmesini sağlayan mehz İsviçre doktrini görüşlerine, gerek Alman mahkemeleri gerek Türk bölge adliye mahkemeleri gerekse de Yargıtay'ın içtihatlarına aykırı olması sebebiyle istinaf yasa yoluna başvurmak zorunluluğunun hasıl olduğunu..." şeklinde ayrıntılı gerekçelerle istinaf sebepleri sıralanmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi ihtisas dairesi, yukarıda ayrıntılı şekilde yer alan davalı yan istinaf sebeplerini sıraladıktan sonra kendi değerlendirmelerini aşağıdaki şekilde yapmıştır:

"... İlk derece mahkemesi tarafından, pay sahibi yönetim kurulu üyelerine aylık ücret verilmesine ilişkin kararda TTK'nun 436/1 fıkrası uyarınca ilgili yönetim kurulu üyelerinin oydan yoksun olmalarına rağmen, oy kullandıkları gerekçesi ile iptal kararı verilmiştir. TTK'nun 394 maddesi uyarınca; yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşme veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak kaydıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kardan pay ödenebilir. Davalı şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde bu konuda karar verme yetkisi genel kurula ait olup, bu yetki TTK'nun 408/2-b bendi uyarınca genel kurulun devredilemez yetkileri arasındadır. Anonim şirketlerde oydan yoksunluk TTK'nun 436 maddesinde düzenlenmiş olup, hükmün birinci fıkrası uyarınca, pay sahibinin kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya

herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamazlar. TTK'nun 394 maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına ilişkin verilecek kararlar, pay sahibinin kendisi ve eşi ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme ilişkin olmadığından, ücrete ilişkin oylamada yönetim kurulu üyeleri bakımından kendi paylarından doğan oylar için TTK'nun 436/1 fıkrasında düzenlenen oydan yoksunluk hali söz konusu olmayacaktır. Oydan yoksunluk hali söz konusu olmadığından nitelikli nisaba tabi olmayan kararın, TTK'nun 418 maddesindeki karar nisabına uygun alındığı anlaşılmıştır. Mahkemenin aksi yöndeki kabulü isabetsiz olup, davalı yanın bu yöndeki istinaf sebebi haklı bulunmuştur...

Sonuç itibarıyla; davalı yanın istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının 6100 Sayılı HMK'nun 353/1-a6 maddesi uyarınca kaldırılmasına... ..2025 tarihinde HMK'nun 362/1-g maddesi gereğince kesin olarak oy birliği ile karar verildi".

C. Kararların Değerlendirilmesi

Her iki Bölge Adliye Mahkemesi kararında da istinaf denetimine tâbi tutulan ilk derece mahkeme kararlarına göre; anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının genel kurul kararı ile belirlenmesinde oydan yoksunluk söz konusu olup, aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına dair genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanmaları TTK m.436 kapsamındaki sınırlamaya tabi olacaktır. Buna göre ilk derecenin ilk kararda, anonim şirket genel kurulunda yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına dair alınan genel kurul kararı hakkında, iptal talep edilmesine rağmen resen inceleme ile yokluğa hükmedilirken, ikinci kararda iptal kararı verildiği görülmektedir. İlk derece mahkemelerinin benzer neticede görülen kararları "oydan yoksunluğu kabul eden görüş" bakımından aslında bir başka sıkıntı arz eden hususu ortaya koyması bakımından da önemi haizdir. Şöyle ki TTK m.394 kapsamına alınan genel kurul kararında oydan yoksunluğun kabulü öncelikle ve çoğu zaman iptali değil, bilakis genel kurul kararının yokluğunu gündeme getirir. Bu halde de 3 aylık süre zarfında iptal davası açılmadığı takdirde yürürlükte kalacak kararlar kapsamından bu nevi kararları çıkartmak gerekecektir. Dolayısıyla da yönetim kurulu mali haklarına dair alınan genel kurul kararları süre olmaksızın her zaman tartışılabilir hale gelecektir. Oydan yoksunluğa ilişkin gerek literatür gerekse içtihatlar bakımından konunun bu yönden vahameti ortaya konulmuş değildir. Bu çalışma ile söz konusu duruma dikkat çekmekte fayda görmekteyiz.

Bam kararlarından ilki, ilk derece kararını kaldırırken son derece ayrıntılı gerekçeler sıralamıştır. Özetle; öğretilde farklı görüşlerin olduğunu, Yargıtay ihtisas dairesinin konuya ilişkin *“karar altına alınan mali hakkın, azlık haklarına etkisi, şirketin faaliyet kolu ve emsal şirketlerle karşılaştırma, örtülü kazanç aktarımı gibi ekonomik araştırmalar yönünden değerlendirdiği”* tespitlerinden sonra, TTK’nın 436. maddesindeki sınırlamanın, her sınırlamanın yorumundaki gibi dar yorumlanması gerektiğini, madde lafzında yer alan *“kişisel”* nitelendirmesinin yönetim kurulu üyeliği sıfatı ile yönetim kurulu üyelerine ilişkin mali hakları kapsadığının söylenemeyeceğini, sınırlama amacını aşan sermaye şirketi özelliğine aykırı bir genişletici yorum yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Anılan yönüyle kararda konunun ilk kez bu kadar açık şekilde, belki de Yargıtay ihtisas dairesi kararlarında olmayan netlikte, ele alındığı görülmektedir. Aşağıda yapacağımız ayrıntılı değerlendirme ve tespitlerimizin tamamını barındırmasa da özü itibarıyla söz konusu BAM kararında esas hakkındaki kanaat açıkça belirtilmiş ve konu hakkında tartışmalara 2023 yılı sonu itibari ile bu derecede son verilmiştir.

BAM kararlarından ikincisinin önemi ise, ilk derece kararı kaldırılırken davanın gerekçelerin yanı sıra, davalı tarafın istinaf dilekçesinde yer alan konu hakkındaki değerlendirme ve tespitlere tüm ayrıntısıyla yer verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Hatta burada yer alan görüşler, BAM gerekçesinde özetle dahi yer almış olsaydı, karar daha da anlamlı olabilirdi. Buna rağmen BAM, 2025 yılı başında verdiği anılan kararın gerekçesinde, TTK’nın 394 maddesi uyarınca bu konuda karar verme yetkisinin genel kurula ait olduğunu, belirtilen yetkinin TTK’nın 408/2-b madde hükmü uyarınca genel kurulun devredilemez yetkileri arasında sayıldığını, anılan kapsamda verilen kararın TTK’nın 436/1 fıkrası kapsamında kişisel bir iş veya işleme ilişkin olmadığını tespit etmiş olmakla, çalışmadaki esas sorun hakkında tartışmalara ilişkin 2023 sonu itibari ile verilen BAM kararını da teyit ederek, ilk derecedeki hukuka aykırı yoruma, istinafta kapının kapalı olduğunu teyit etmiştir.

II. KARARLAR BAĞLAMINDA SORUNUN TAKDİMİ

Pay sahibi anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurulda alınan kararla mali haklarının belirlenmesinde oydan yoksunluk sorununun anlaşılması için konuyu bir örnekle anlatmakta fayda görmekteyiz.

(X) Yazılım A.Ş.’nin ortakları; (A), (B), (C) ve (D)’dir. Pay sahiplerinin, pay oranları sırasıyla %15, %45, %35 ve %5’tir. Bu kişilerden (B) ve (C) ile pay sahibi olmayan (E) birlikte şirketin yönetim kurulunu oluşturmaktadır. Şirketin 2025 yılında yapılan 2024 yılı faaliyet dönemine ilişkin olağan genel kurulunun yedinci gündem maddesinde *“Yönetim kurulu üyelerinin her birinin aylık üc-*

retinin 1.000.000 TL ve her yönetim kurulu toplantısı için üyelerin her birine 100.000 TL huzur hakkı ödemesi ile bir önceki döneme ait yıl sonu net kârından da %2 oranında kar payı ödemesi yapılacaktır” ifadesi hakkında müzakere başlatılmıştır. Bu müzakere neticesinde yapılacak oylamada (B) ve (C) oy kullanabilecek midir? Ezcümle (B) ve (C)’nin yönetim kurulu üyelerinin mali haklarını belirleyebilmesi münferiden kendileri veya diğer pay sahibi ile birlikte kendileri veya sadece diğer pay sahibi yönetim kurulu üyesi veya münferiden pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi için mümkün müdür?

Mezkur sorunun bu çalışmayı tetiklemesinin sebebi, yukarıda anılan her iki anonim BAM kararında istinaf denetimine tâbi tutulup kaldırılan ilk derece mahkemesi kararlarındaki yanılmanın ortadan kaldırılmasına yönelik niyetimizdir. “TTK.’nın 394. madde hükmüne göre esas sözleşmeye konulacak hüküm ile veya genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyelerine belirli dönemlerde ücret ödenmesinin kararlaştırılabileceği, ancak ilgili genel kurul kararın alınması söz konusu olacaksa TTK’nın 436/1 madde hükmü uyarınca pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin oy hakkından mahrum olduklarının göz ardı edilemeyeceği, bu nedenle de oy kullanmış olsalar da pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin oyları hesaba katılmadan diğer oyların toplamına göre basit çoğunlukla karar nisabının tetkik edilmesi gerekeceği” yönündeki değerlendirme hem tarafımızca hem de BAM ihtisas dairesi tarafından hatalı görülmektedir. Ayrıca Yargıtay ihtisas dairesinin kararlarında konuya dair görüşü, bazı kararları bakımından flu kalsa da, oydan yoksunluğun söz konusu olmadığı varsayımıyla mali hakkın fahişliği noktasında denetim yaptığı kanaatindeyiz.

İlk derece mahkeme kararlarında tesadüf ettiğimiz oydan yoksunluğun varlığına dair bu yanılsmadan kaynaklanan -aynı zamanda birbiriyle çelişkili- şu çıkarımlar ve değerlendirmeler yapılabilir:

- Pay sahibi çoğunluk yönetim kurulu üyelerini seçebilmektedirler. Bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Bu hususta tartışmanın olmadığı ön kabulü altında aşağıda yer alan diğer menfi çıkarımları da anlamsız kılmaktadır.
- Seçilen yönetim kurulu üyeleri arasında pay sahipleri olduğu takdirde mali hakların belirlenmesinde oydan yoksunluğun varlığını iddia etmek, genel kuruldaki çoğunluğun, seçilmeleri konusunda irade gösterdikleri yönetim kurulu üyesinin mali haklarının belirlenmesinde karar almaya muktedir olmadığını söylemek demektir. Bu halde de karar alma imkânı sadece azınlığa bırakılıyor demektir. Böylece imtiyazlı paylara ilişkin TTK m.478’deki düzenlemenin yanında ve ondan farklı olarak zımni şekilde paya tanınan üstün bir hak, bir imtiyaz daha çıkarılmış olur.

- Azınlık somut olay bakımından mali haklara dair önerileri şirket menfaatini göz ardı ederek çoğu zaman kişisel menfaatlerine göre reddedecektir.
- Bu halde mali haklara ilişkin azınlığın red oyu ile çoğunluğun oydan yoksunluk nedeniyle sayılmayacak olan reylerinin mevcudiyeti karşısında, genel kurulun bu husustaki iradesi ortaya çıkmadığından yokluk gündeme gelecektir².
- Bu halde yönetim kurul üyelerinin herhangi bir ücret dâhil mali hak olmaksızın **-ANGARYA YASAKTIR (T.C. Anayasası m.18)-** çalışmaları söz konusu olamayacağından mali hakların belirlenmesini mahkemeden istemele-ri kaçınılmazdır. Dolayısıyla oydan yoksunluğun kabul edilmesi de sonucu değiştirmemekte, TTK m.394 kapsamında genel kurul kararı ile belirlenen yönetim kurulu mali haklarının fahiş olup olmadığına dair zaten uygulamada var olan yargı denetimi -adeta kulağı tersten tutarcasına- yönetim kurulu üyelerinin kendileri için açacakları mali haklarının tespiti ve ödenmesi davasında yapılmış olacaktır.
- Pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin varlığı halinde, mali hakların müzakere edilip kararlaştırıldığı anonim şirket genel kurullarında pay sahibi yönetim kurulu üyeleri sadece kendileri ile ilgili karar alınırken mi, yoksa diğer pay sahibi yönetim kurulu üyeleri hakkında da karar alınırken mi veyahut pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri de dâhil olmak üzere tüm yönetim kurulu üyeleri hakkında karar alınırken mi oydan yoksun kabul edileceklerdir? Görülüyor ki tüm seçenekler ayrı hukuki ihtilaflara kapı aralamaktadır.

III. HUKUKİ DÜZENLEMELER

Pay sahibi anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurulda alınan kararlar mali haklarının belirlenmesinde oydan yoksunluk sorunu esasen - aşağıda başka maddeler de incelenmekle birlikte- Türk Ticaret Kanunu'nun iki maddesi düzleminde tartışılmalıdır. Bunlar TTK m.394 ve 436 hükümleridir. Zira oydan yoksunluğu doğrudan düzenleyen hüküm TTK m.436'dır. Burada bahsi geçen genel kurul kararlarında oydan yoksunluğun söz konusu olabilmesi de, ancak TTK m.394'ün hüküm ve sonuç doğurmayacağı ön kabulü ile mümkündür. Dolayısıyla bu hükümler incelenmeye muhtaçtır. Çalışmada incelenen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında bu hususa isabetli şekilde değinildiği de görülmektedir.

² TTK m.436 hükmüne aykırı bir kararın iptal edilebilir olduğu ve davanın üç aylık süresi içerisinde açılmaması halinde kararın geçerli hale geleceği yönünde Aslı Elif Gürbüz Usluel, "Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Hükümleri Bakımından Yönetim Kurulu Üyelerine Tanınan Mali Haklar", (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, Özel Sayı, s. 200-217), s. 211-212.

Türk Ticaret Kanunu'nun *oydan yoksunluk* başlığı altında 436/1. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) *Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.*

Mezkur Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında bu madde, oydan yoksunluğu düzenlemesi bakımından sınırlayıcı bir hüküm olarak nitelendirilmiş, bu yönüyle *-singularia non sunt extenda-* istisnaların dar yorumlanması ilkesi³ vurgulanmıştır. Mezkur istinaf kararlarında da yorum yoluyla oydan yoksunluğun kapsamının genişletilmemesi sonucuna varılarak ilk derece mahkemesi kararları isabetli bulunmamıştır. Bu noktada TTK m.436/2'deki *"Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz"* hükme de dikkat çekmek gerekir. Burada aslında TTK m.436/1 lafzında yer alan kişisel nitelikte bir iş niteliğinde olmayan⁴ yönetim kurulu üyelerinin ibrasının da oydan yoksunluk kapsamına alındığını görmekteyiz. Demek ki, kural sadece kişisel⁵ nitelikte işin oydan yoksun olması iken, ortaklık menfaatinin konu olduğu işler bu kapsamda sayılmayacak, aksi şekilde genişletici yorumlardan kaçınılacaktır. Bunun istisnası ise TTK m.436/2 hükmünde olduğu gibi ancak bir yasal düzenleme ile mümkün olabilecektir.

TTK m.436/1'de düzenlenen oydan yoksunluğun yorum yoluyla genişletilerek, aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına ilişkin olan genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanamayacakları şeklinde sonuca varılması, TTK m.394 hükmünün uygulanmasını da engellemektedir. Zira TTK m.394'te yer alan *"yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir"* hükmünden de anlaşılacağı üzere esas sözleşmede yer almadığı durumlarda genel kurul, yönetim kurulunun mali haklarıyla ilgili karar alabilecektir. Bu karara karşı, TTK m.436/1'deki istisnai hükmün amaca aykırı şekilde geniş yorum-

³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", (AÜHFD, Y. 2011, C. 60, S. 1, s. 1-15), s. 1-15.

⁴ Bkz. Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, 1. B., İstanbul 1983, s. 113-116. Karşı görüş için bkz. Sergül Balsever, "Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md.559)", (İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2018, C. 76, S. 1, s. 153-177), s. 163.

⁵ *Kişisel* ifadesindeki kanun koyucunun amacının TTK m.393 gerekçesine bakılarak da anlaşılacağına dair aşağıda *Değerlendirmelerimiz* başlığı altında açıklamalar yapılmıştır.

lanması yoluyla, aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahiplerinin reyle-rini oydan yoksunluk gerekçesiyle genel kurul nisabında saymamak, ilgili genel kurul kararının iptali ve hatta yokluğu sonucunu doğurur ki, bu da TTK m.394 hükmünü işlevsiz kılar. O halde, kanun koyucu TTK m.394 ve 436 hükümlerini birlikte vazettiğine göre, TTK m.394'ün hüküm ve sonuç doğurmasını engeller şekilde TTK m.436 hükmünün geniş yorumlanması isabetli değildir. Bu görüşü aşağıda ayrıntısına yer vereceğimiz üzere TTK'nın 408/2-b madde hükmünün varlığı da desteklemektedir.

IV. YARGITAY'IN OYDAN YOKSUNLUĞA DAİR KARARLARINA KISA BİR BAKIŞ

Öncelikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.02.2022 tarih ve 2020/1650 Esas, 2022/981 Karar sayılı içtihadının⁶ içeriğine bakmakta fayda vardır. Bu karar aslında İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 2018/1609 Esas, 2020/193 Karar sayılı kararın onaylanmasından ibaret olup makale konusuyla ilgili herhangi bir temyiz inceleme ve denetimi yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle de mezkur istinaf karar içeriği incelenmelidir. Burada "... TTK'nın 394. madde hükmüne göre esas sözleşmeye konacak hükümle veya genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyelerine belirli dönemlerde ücret ödemesinin kararlaştırılabileceği, ilgili kararın alınmasında pay sahibi yönetim kurulu üyeleri oy hakkından mahrum olmalarına rağmen oy kullanmış olsalar da pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin oyları hesaba katılmasa dahi kullanılan diğer oyların toplamı basit çoğunlukla kararın alınması için yeterli olduğundan, ücret ödenmesine ilişkin kararın TTK'nın 394. maddesine uygun olması, dağıtılan kârın ana sözleşmeye uygun şekilde ortaklara kâr payı dağıtımı yapıldıktan sonra ve %10 oranındaki kârın icracı olmayan yöneticilere dağıtımına ilişkin olup, eşitlik ilkesini ihlal eder bir yanının bulunmadığı, örtülü kazanç dağıtımı sayılamayacağı ve dürüstlük kuralına aykırı olmayacağı" yönünde ilgili BAM ihtisas dairesinin tespitleri bulunmaktadır. Ancak Yargıtay onama kararında buna dair bir inceleme ve denetim olmadığı da görülmektedir. Huzurdaki çalışmanın da esinlendiği ve ilk dipnotta belirtilen sempozyumdaki sunumumuz sonrası da Yargıtay ihtisas dairesi sayın üyeleri söz alarak, temyiz incelemesi sırasında dayanak istinaf kararlarının tüm içeriğinin kabulü ve/veya reddi anlamında daire görüşü belirtme gibi bir usulün esasen olmadığı, somut olaydaki ihtilafa yönelik ve sınırlı şekilde temyiz incelemesi ve denetimi yapıldığı, aksi bir yoruma gidilmemesi, yani onama kararı verilen alt derece yargı kararlarının tüm içeriğinin kabulü gibi bir sonuç çıkarılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim yukarıda incelediğimiz Anonim

⁶ Y. 11. HD., E. 2020/1650, K. 2022/981, T. 10.02.2022: <https://karararama.yargitay.gov.tr>. (E.T: 11.05.2025).

İlk Bölge Adliye Mahkemesi Kararı bu şekilde yanlış bir değerlendirmeye varmış olan ilk derece mahkeme kararıyla ilgilidir. Hakikaten o kararda ilk derece mahkemesi, Yargıtay ihtisas dairesinin salt onama kararından hareketle sanki o yönde Yargıtay içtihadı varmışçasına kendi hükmüne bu onama kararını dayanak göstererek genel kurul kararı hakkında yokluğa hükmedebilmiştir.

Aslında Yargıtay da TTK m.436/1 istisna hükmünü yorum yoluyla genişletmeyi kabul etmemiş, yalnızca kişisel nitelikte bir iş görüşülüp karara bağlanmışsa menfaat çatışmasının varlığını kabul etmiştir. Bu yöndeki Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.12.2019 tarih ve 2018/1327 Esas, 2019/8307 Karar sayılı içtihadı' şu şekildedir:

“Görüşülüp karara bağlanan gündem maddesinde, mahkemece oydan yoksun oldukları değerlendirilen anonim şirketlerin ne kendileri ile davalı şirket arasında, ne de yine bu anonim şirketlerin ortağı olduğu şahıs şirketi ile hakimiyetleri altındaki şirketler arasında kişisel nitelikte bir iş görüşülüp karara bağlanmış değildir. TTK'da oydan yoksunluk haline ilişkin mevcut düzenleme, anonim şirketin pay sahiplerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai nitelikte olup istisna hükümlerinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi kaçınılmazı gereken bir yöntemdir”.

Yargıtay'ın, *“aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına ilişkin olan genel kuruldaki müzakereelerde pay sahibi olarak oy kullanmalarının TTK.'nın 436. maddesinde belirlenen oydan yoksunluk kapsamında olmadığı”* yönünde kabul edilebilecek bir kararı ise Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 20.01.2021 tarih ve 2020/1032 Esas, 2021/228 Karar sayılı içtihadıdır⁸. Burada ilk derece mahkemesince; *“... yönetim kurulunun ibra kararında şirket yönetim kurulu üyesi A. A.'nın oylamaya katılmadığı, kararın 28.500 olumsuz oya (davacının) karşılık 712.000 olumlu oy (diğer ortak T. A.) ile oy çokluğu ile alındığı, A. A.'nın eşi T. A.'nın ibrada oy kullanmasının TTK.'nın 436. maddesinde düzenlenen oydan yoksunluk kapsamında değerlendirilemeyeceği, (7) no.lu karar ile yönetim kurulu üyelerine ödenecek huzur hakkının belirlendiği, yönetim kurulu üyesine ödenecek ücretin TTK. 394-1'de düzenlendiği, şirket esas sözleşmesinde bu hususta bir hüküm bulunmadığı, yönetim kurulu üyesi için genel kurulda huzur hakkı belirlenmesinde sözleşmeye ve yasaya aykırılık bulunmadığı, ayrıca 5.000.-TL'lik huzur hakkı tutarının 2014 yılında davacının*

⁷ Y. 11. HD., E. 2018/1327, K. 2019/8307, T. 19.12.2019: <https://karararama.yargitay.gov.tr>. (E.T: 11.05.2025).

⁸ Y. 11. HD., E. 2020/1032, K. 2021/228, T. 20.01.2021: <https://karararama.yargitay.gov.tr>. (E.T: 11.05.2025).

da katıldığı ve olumlu oy verdiği genel kurul toplantısında buna ilişkin alınmış kararda yer alan huzur hakkı tutarı ile aynı miktarda olduğu, ücret miktarının örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olmadığı, şirketin mali yapısı, şirketin bu yöndeki daha evvelki uygulamaları, yöneticinin harcadığı emek ve mesai ile orantılı olduğu, fahiş olmadığı ve ayrıca yönetim kuruluna huzur hakkı ödenmesinin somut davada objektif iyi niyet kurallarına da aykırı olmadığı, T. A.'nın yapılan oylamada oy kullanmasının TTK.'nın 436. maddesinde belirlenen oydan yoksunluk kapsamında olmadığı, ..." yönünde karar verilmiştir. BAM istinaf başvurularının esastan reddine karar verirken Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın onanmasına karar vermiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay ihtisas dairesi, ilk derecede mahkemelerince makale konumuzla ilgili yapılan birbiriyle zıt değerlendirmeleri dahi yorumlamamış; uyumsuzluğu, genel kurulda kararlaştırılan mali hakkın örtülü kazanç aktarımı niteliği, şirketin mali yapısı ile uyumu, şirketin bu yöndeki daha evvelki uygulamaları, yöneticinin harcadığı emek ve mesai ile orantısı ve emsal araştırmalarına göre fahiş olup olmadığı vb. yönleriyle ele almıştır⁹. Buradan çıkan sonuç, aslında Yargıtay'ın oydan yoksunluğun mevcudiyetine

⁹ Yargıtay'ın mali haklara ilişkin alınan genel kurul kararlarında oydan yoksunluk değil de, sadece miktara ilişkin yapmış olduğu temyiz denetimine dair diğer bir kararda da ilk derece mahkemesince «... gündemin 5. ve 10. maddelerinin pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin oydan mahrumiyetleri dikkate alınarak oy kullanmamaları ile oy çokluğu ile alındığı, ..., şirketin yüksek oranda kar sağladığı, ... TTK'nın 511. maddesine göre yönetim kurulu üyelerine kazanç payları sadece net kardan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin %5'i oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kar payı dağıtıldıktan sonra verilebileceği, TTK'nın 394. maddesinde de yönetim kurulu üyelerinin tutarı esas sözleşme veya genel kurul kararı ile belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kardan pay ödenebileceğinin kararlaştırıldığı, genel kurul toplantısında alınan 6. no.lu kararın TTK'nın 511. maddesi hükmüne uygun olduğu, kazanç payının teşvik tedbiri olduğu, TTK'nın 511. maddesine ve TTK'nın 394. maddesine aykırı olmayan 6. maddenin iptali gerekmediği gerekçesiyle bu maddenin iptali isteminin de reddine karar verilmiş...» yönünde karar verilmiştir. BAM istinaf başvurularının esastan reddine karar verirken Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın onanmasına karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD., E. 2021/1495, K. 2022/7229, T. 20.10.2022: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 11.05.2025). Benzer bir kararda, ilk derece mahkemesince "... huzur hakkının yönetim kurulunda bulunan kişilerin şahsına yönelik bir düzenleme olmadığı, yönetim kurulu yasal çerçevede olduğu, yönetim kurulu üyelerinin değişmesi ile huzur hakkının değişmeyeceği, kişiye bağlı bir hak olmayıp, görev icra etmeleri nedeniyle verildiği, TTK 436. maddesinde yer alan oydan yoksunluğa ilişkin yasal düzenlemenin bu durumu kapsamadığı, ..." yönünde karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD kararı şu şekilde bozmuştur: "yönetim kurulu üyelerine harcadıkları emek ve zaman için bir ücret takdir edilmiştir. Davacı vekili, yönetim kurulu üyelerin seçiminde TTK 436. maddesindeki oy yoksunluğu halinin söz konusu olduğunu ileri sürmüş, bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde de yönetim kurulu üyeleri için belirlenen aylık ücretin fahiş olduğunu ifade etmiştir. Mahkemece, genel kurul tarafından yönetim kurulu üye seçimi ve ücret belirlenmesi hususunda karar alınmasında yönetim kurulu üyelerinin oy kullanamayacağına dair bir yasak söz konusu olmadığı gerekçesiyle davacının iptal talebinin reddine karar verilmiş, davacı vekilinin ücretin fahiş olduğuna dair itirazları hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Bölge Adliye Mahkemesi ise, yanlışlıkla şekilde ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmalar istinaf aşamasında ileri sürülemez diyerek, davacının ilk derece mahkemesindeki söylemlerini gözden kaçırmıştır. Bu durumda, mahkemece, yönetim kurulu başkan üyeleri için belirlenen aylık ücretin fahiş olup olmadığının değerlendirilmesi, bu

dair bir hukuki değerlendirmeyi gerekli görmediği, genel kurulda kararlaştırılan mali hakkın miktarına ilişkin çeşitli kriterlere dayalı bir inceleme ve değerlendirme yapılmasını aradığı gerçeğidir. Sonuç olarak Yargıtay'ın TTK m.394 çerçevesinde alınan bir karara karşı iptal ve/veya yokluk yönünden TTK m.436/1 kapsamında bir temyiz denetimi yapmadığı açıkça söylenebilir. Hatta Yargıtay'ın burada oydan yoksunluğun olmadığı varsayımıyla hareket ettiği dile getirilebilir. Hakikaten Yargıtay nezdinde temyiz incelemesinden geçen davaların çoğunda, ihtilaf konusu olup da burada korunması gereken menfaat, yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının fahiş olma sakıncası ile ilgilidir. Yargıtay pratiğinde bu husus hakkında, oydan yoksunlukla ilgili hukuki değerlendirmeden ziyade, genel kurul kararına karşı açılan iptal davalarında TTK m.445 bağlamında yukarıda anılan kriterlere dayalı denetim yapılmaktadır. Bu noktada genel kurul kararının hükümsüzlüğü bakımından TTK m.447 bağlamında da bir denetim yapılmasına engel bir durum olmadığını belirtmekte fayda görmekteyiz.

Yargıtay; mevzuu mali hakkın miktarıyla ilgili bir denetim işlemine işaret ederken, özellikle ilgili anonim şirketin mali yapısı, ciro ve kârlılığı ve bunların sürdürülebilirliği, yönetim kurulunun bunlara katkısı hususlarında teknik açıdan bilirkişi incelemeleri talep etmektedir. Profesyonel yöneticilerin pay sahibi olsun olmasının elde edilen ciro ve kârlılığa doğrudan etkileri olmakta ve bu yüzden de kaçınılmaz şekilde sektörlerine has ciro ve karlılık nispetinde bunlar üzerinden yüksek mali haklar alabilmektedir. Kurumsal yönetim ve sürdürülebilirlik ilkeleri çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin cironun sürdürülebilirliğine katkıları bazında, kimi zaman zarar edilen dönemlerde dahi ciro üzerinden mali haklar alabilmesi muhtemeldir. Kârın varlığı halinde ise, evleviyetle bunun üzerinden mali hak hesaplanması olağandır. Yargıtay kararlarında geçmekle birlikte emsal araştırması yapılması da bir kistas olarak dursa da, özellikle teknoloji ve yazılım şirketleri¹⁰ bakımından

değerlendirme yapılırken de genel kurulun düzenlendiği dönemde şirketin ortaklık yapısı, finansal durumu, şirketin geçmiş uygulamaları, ortaklık yapısı ve mali durum açısından davacı şirketle aynı-benzer durumda bulunan şirketlerin yöneticilerinin aldığı emsal ücretler göz önünde bulundurularak karşılaştırılmak suretiyle yönetim kurulunun harcadığı emek ve mesai ile orantılı, pay sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki kârdan pay alma haklarını da ihlal etmeyecek şekilde tespiti, bu itibarla davalı şirketin defter ve kayıtları celp edilip açıklanan şekilde araştırma ve değerlendirme yapıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir". Bkz. Y. 11. HD., E. 2018/2906, K. 2020/94, T. 07.01.2020: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T: 11.05.2025). Benzer diğer bir karar için bkz. Y. 11. HD., E. 2017/4108, K. 2019/2787, T. 09.04.2019: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T: 11.05.2025).

¹⁰ Dijitalleşen dünya ile birlikte yazılım ve teknoloji şirketlerinin ve bunların yöneticilerinin bu şirketlerin ciro ve karlılığına bireysel etkisi, geleneksel sektörlerde faaliyet gösteren şirket yöneticilerine göre tamamen farklılaşmaktadır. Geleneksel sektörde faaliyet gösteren şirketlerin bazılarında, işletme faaliyetleri mevcut yönetim olmasa dahi devam edebilme niteliğini haizdir. Ancak yazılım ve teknoloji şirketleri faaliyetlerinin mevcudiyeti ve devamlılığı, Steve Jobs/Apple örneğinde olduğu gibi, şirkete dair tüm kurumsal bilgi ve potansiyeli haiz yönetim kurulu ve üst düzey yönetimin

birebir emsalin bulunabileceği durumlar da azdır, emsaller bulunsu dahi ticari sır ve kişisel veriler bakımından analiz imkânı neredeyse yoktur. Bu noktada Kamuyu Aydınlatma Platformu (KAP) nezdinde paylaşılan bilgilerden yararlanılabilir.

V. DEĞERLENDİRMEMİZ

Sorunun makale konusu olarak tercih edilme nedeni yukarıda anılan 2023 yılı sonu ve 2025 yılı başında verilen iki ayrı *Anonim İstinaf Kararının* verilmiş olmasıdır. İlk dipnotta belirtildiği üzere, Yargıtay Başkanlığı ve Sivas Barosu işbirliği ile 26 Mayıs 2023 tarihinde düzenlenen “*Cumhuriyetin 100. Yılında Hukukun Güncel Sorunları*” sempozyumunda tarafımızca sözlü tebliğde yer alan “*anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının genel kurul kararı ile belirlenmesinde oydan yoksunluğun söz konusu olup olmadığı*” sorunu, tebliğ sonrası verilen mezkur BAM ihtisas dairesi kararlarıyla istinaf düzeyinde artık cevaplanmış bulunmaktadır. Böylece ilk derece mahkemelerinin Yargıtay ihtisas dairesinin aslında doğrudan görüş belirtmediği bir mevzuda sırf onama kararlarından hareketle, onanan ilk derece mahkemesinde yapılan tüm değerlendirmeleri sanki emsal alınacak Yargıtay içtihadıymış gibi gerekçe göstermelerinin -en azından makalede ele alınan sorun bakımından- ve bu yönden iptal kararı vermelerinin ve hatta -TTK m.436/1 hükmünü de yasal dayanak göstermek suretiyle aynı zamanda yönetim kurulu üyesi konumunda olan pay sahiplerinin madde görüşmelerinden oydan yoksun oldukları, azınlığın da zaten ret oyu verdikleri, dolayısıyla da TTK m.421’e göre aranılan basit çoğunluğun genel kurulun ilgili maddesinin karar alınması sürecinde bulunmadığı

varlığına muhtaçtır. Bu nedenle de bu nevi üst düzey yöneticiler ücret yanında ciro ve karlılığa katkıları ve bunların sürdürülebilirliği bakımından diğer tüm kalemlerde mali haklar da almaktadırlar. Buna dair genel kurul kararları özellikle azınlık pay sahipleri tarafından iptal davalarına konu edilmektedir. Buna ilişkin inceleme ve denetimin klasik şirket bakış açısından ziyade dijitalleşen dünya ve güncel gelişmelere göre yapılması elzemdir. Örneğin Elon Musk’ın Tesla yöneticisi olarak 100 milyar doları aşan maaş paketinin şirket genel kurulunda pay sahipleri tarafından onaylanmasına rağmen açılan dava neticesinde hâkimler tarafından maaş paketinin reddedilmesi gibi örnekler pay sahiplerinin zamanın ruhunu kavradığını ama mahkemelerin bunu geriden takip ettiğini gösterir. İlgili örnek için bkz. https://www.bloomberg.com/news/articles/2024-12-02/musk-record-tesla-pay-package-rejected-again-by-delaware-judge?embedded-check_out=true. Dijitalleşen dünyada yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticiler özellikle teknoloji ve yazılım şirketleri bakımından bizatihi şirketin varlık sebebi olup, onların mali haklarının hakkaniyetli şekilde belirlenmemesi neticesinde şirketten uzaklaşmalarına neden olduğu takdirde de ciro ve karlılıktan söz edilemeyeceği gibi şirket payının gerçek değerinin de sıfırlanması gibi bir sonuçla karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir. Hakikaten Elon Musk siyasete ağırlık verip şirkete ilgisini azalttığı izlenimi vermeden hemen önce şirket değeri yaklaşık 1,5 trilyon USA dolar ve hisse değerleri 480 USA dolar iken, siyasete daha az zaman ayırıp Tesla ile daha fazla zaman geçireceğini ifade etmesine kadar geçen süreçte şirket yarından daha fazla değer kaybetmiş, dönüş sinyali ile de hisse değeri hızlı şekilde toparlanmaya başlamıştır. Bu dalgalanma süreci sadece 4 ay içinde gözlemlenmiştir. Dolayısıyla somut olay bakımından bir yönetim kurulu üyesi ve/veya üst düzey yöneticinin şirketin değerine, cirosuna ve karlılığına etkisinin tespiti onun mali haklarının belirlendiği genel kurul kararlarının mahkemeler nezdindeki denetiminde göz ardı edilmemelidir.

gereçekleriyle TTK m.436/1 ile TTK m.421 hükümlerine açık aykırılık nedeniyle ilgili genel kurul kararının- yoklukla malul olduğu yönündeki kararlarının da, anılan istinaf kararlarıyla önüne geçildiği kanaatindeyiz.

Öğretide Teoman, "... Kanımızca yönetim kurulu üyeleri kendilerine tanınacak mali hakların (örneğin kâr payı, ücret, prim ve huzur hakkı) görüşülmesine ilişkin toplantıda oy kullanabilir..." yönünde görüş serdetmiştir¹¹. Görüldüğü üzere oydan yoksunlukla ilgili Türk literatüründeki en kapsamlı çalışmalardan biri olan, hatta öncü niteliğindeki eserinde yazar, açıkça yöneticilerin mali haklarıyla ilgili genel kurul kararında aynı zamanda pay sahibi olan bu kişilerin oydan yoksun olmayacağını belirtmiştir. Benzer bir kanaate de dolaylı şekilde Çamoğlu'nun vardığı ve yönetim kurulu üyeliği görevi kapsamında ödenecek ücret başta olmak üzere mali hakların belirlenmesinin ortaklık dışı kişisel menfaat haricinde olduğunu dolayısıyla da TTK m.346/1'deki yasak kapsamına girmediğini belirttiği söylenebilir¹². Mali hakların belirlenmesinde oydan yoksunluğun söz konusu olmadığına dair öğretilerdeki en kapsamlı son çalışmanın yazarları Kendigelen ve Zengin ise; anonim şirkette pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının belirlendiği genel kurulda TTK m.436/1'in uygulanamayacağı, dolayısıyla oydan yoksunluğun söz konusu olmadığı, mehzaz hukuk sistemlerinde Türk hukukunda olduğu gibi konuyla ilgili güncel bir tartışmanın bulunmadığı, mali haklara ilişkin genel kurulda oydan yoksunluğun esasen kabul edilmediği değerlendirmelerinde bulunmuşlardır. Bu yazarlar ayrıca, Yargıtay'ın çeşitli kararlarına da yer vermiş ve sonuç olarak ihtisas dairesinin konuya ilişkin aksi kararları olsa da, Yargıtay'ın genel tutumunun mali hakların belirlenmesine ilişkin genel kurul kararlarında yönetim kurulu üyelerinin oy hakkından yoksun olmadığını belirtmişlerdir¹³. Öğretide Yanlı¹⁴, Özdamar¹⁵, Şehirli Çelik¹⁶ ve Özer¹⁷ ise aksi kanaate sahip olup, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının genel kurul kararı ile belirlenmesinde oydan yoksunluğun söz konusu olduğu görüşünü benimsemişlerdir.

¹¹ Teoman, s. 108, dn. 98; Tülay Gökdemir Tamer, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, 1. B., İstanbul 2022, s. 338-339.

¹² Ersin Çamoğlu (Reha Poroy/ Ünal Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, 15. B., İstanbul 2021, N. 578.

¹³ Yazarların dayanak gösterdiği kararlar: Y. 11. HD., E. 2020/1032, K. 2021/22, T. 20.01.2021; Y. 11. HD., E. 2017/4118, K. 2019/2883, T. 11.04.2019; Y. 11. HD., E. 2018/2906, K. 2020/94, T. 07.01.2020. Görüş için bkz. Abuzer Kendigelen/ İbrahim Çağrı Zengin, "Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Haklarına İlişkin Oylamada Üye Pay Sahipleri Oy Hakkından Yoksun Mudur?", Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan, C. 1, Ankara 2022, s. 381-400, s. 391-397.

¹⁴ Veliye Yanlı, "Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler", (Batider, Y. 2017, C. 33, S. 4, s. 41-72), s. 50-51.

¹⁵ Mehmet Özdamar, Banka Yöneticilerinin Mali Hakları, 1. B., Ankara 2016, s. 302.

¹⁶ Feyzan Hayal Şehirli Çelik (İsmail Kırca/ Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul, C. 2/1, 1. B., Ankara 2025, s. 616.

¹⁷ Işık Özer, Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları, 1. B., Ankara 2013, s. 397.

Bizim konu hakkındaki kanaatimiz öğretilerdeki ağırlıklı görüş ve anonim istinaf kararları ile aynı yöndedir. Buna göre, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin mali haklarının genel kurul kararı ile belirlenmesinde, oydan yoksunluk söz konusu değildir. Dolayısıyla da aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına ilişkin olan genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanmaları önünde, TTK m.436 kapsamında bir sınırlama bulunmamaktadır. Aksi yönde yani, TTK m.436 hükmünün TTK m.394'ün uygulanmasını engelleyecek şekilde yorumlanması tarafımızca mümkün görülmemektedir.

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, çalışmamıza dayanak anonim istinaf mahkemesi kararlarının aksine olacak şekilde; yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilme kabiliyetini haiz olan pay sahibinin bu göreviyle ilgili mali haklarının belirlenmesinde oydan yoksun olduğu, hatta bu durumdaki tüm yönetim kurulu üyelerinin tamamının birbiriyle ilgili mali haklarının belirlenmesinde oydan yoksunluğunun söz konusu olduğuna dair alınmış bir karar şirketin faaliyetlerini sürdüremez hale getirecek ve azlık ile çoğunluk pay sahipleri arasında birçok yeni ihtilafa neden olacaktır. Ayrıca bu şekilde yapılan yorumun ne denli hatalı olduğu; alınan bu yöndeki olası bir kararın yarattığı sonucun değerlendirilmesinde de ortaya çıkacaktır. Şöyle ki; bu hatalı görüşün kabulü ile azınlık bakımından TTK m.478'deki düzenlemenin yanında zımni olarak paylarına tanınan üstün bir hakkın, bir imtiyazın varlığı sonucu da doğmaktadır. Ayrıca bu halde, azınlık hiçbir zaman çoğunluğu haiz yöneticilere ücret ve başka mali hakların verilmesine izin vermeyecek ve anonim şirketin çoğunluğunu haiz olan ve profesyonel anlamda şirket yönetimine katılan yöneticilerin ücretsiz çalışmasına yol açacaktır. Bu yöneticiler de bu sefer mali haklara ilişkin azınlık oylarıyla reddedilen ya da karar alınamayan genel kurul kararlarının dürüstlüğü ve hakkaniyete aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini isteyecek yahut da çalışmalarının karşılığı mali haklarının belirlenmesi için mahkemeye başvuracaklardır. Adeta kulağın tersten gösterilmesine yol açan oydan yoksunluk yönündeki görüş, bu yönden dahi açıkça hatalıdır. Dolayısıyla mahkemeler önünde anonim şirket yöneticilerinin ücretlerinin ve mali haklarının belirlenmesine ilişkin davalar başka bir formda görülmeye devam edecektir.

TTK m.436/1 kapsamı her halde dar yorumlanmalı, kişisel iş niteliğine hiçbir şekilde girmeyen yönetim kurulu mali haklarının belirlenmesine dair genel kurul kararlarında oydan yoksunluk söz konusu olmamalıdır¹⁸. Bu nokta da TTK m.447'ye göre butlan; ihlal sebebi TTK m.447'de sayılanlardan olmayıp da, sa-

¹⁸ Ferhat Kayış, Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksunluk, İstanbul 2024, s. 163-164. Her ne kadar doğrudan ifade edilmese de Tekinalp'in de bu görüşe yakın olduğu ifade edilebilir. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. B., İstanbul 2020, N. 14-60; Ünal Tekinalp (Reha Poroy/ Ersin Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku II, 15. B., İstanbul 2023, N. 989a.

dece mali hakkın fahiş olmasından kaynaklanıyorsa TTK m.445'e göre iptal her zaman mali hakların belirlenmesine dair genel kurul kararları için elverişli bir denetim mekanizması olacaktır. Aksi düşünce örnek verdiğimiz ilk derece yargılamasındaki gibi yoklukla malul olma gibi bir sonucun da varlığını kabul etmek olur ki, o zaman tamamen kanuna aykırı genel kurul kararlarının alınmasına kapı aralanmış olur.

TTK m.436/1 hükmünü dar yorumlamak yerine geniş yorumlamak suretiyle, kişisel iş niteliğinde olmayan, tamamen ortaklığın korporatif yapısını ilgilendiren, ortaklığın yapısına ya da iç düzenine ilişkin olan, yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına dair alınan genel kurul kararında aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan pay sahiplerinin oydan yoksunluğu sonucuna varılmasının kanun koyucunun amacına aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Kanun koyucu TTK m.436/2'de özellikle istisnai şekilde nasıl ibrada oydan yoksunluğu düzenlemişse aynı şekilde mali hakların belirlenmesinde de oydan yoksunluğa dair açık ve istisnai bir düzenleme vazetmediği müddetçe aksi görüşlere katılmanın mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

Bu kısımda son söz olarak; ister pay sahibi olsun ister olmasın yönetim kurulu üyesi bakımından mali hakların mevcudiyeti mutlak suretle söz konusudur. Buna dair TTK m.394 kapsamında esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde bir genel kurul karar alınacağı hükmüne bağlanmıştır. Ayrıca TTK m.408/2-b kapsamında bu keyfiyet devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Anonim şirket kim olursa olsun yönetim kurulu üyelerine mali haklar tanıyacaktır. Dolayısıyla pay sahibinin şahsı ve sıfatından tamamen bağımsız olan yönetim kurulu üyesinin mali hakları, onun şirketle olan kişisel nitelikte bir işi değil bizatihi anonim şirkete dair korporatif niteliği haiz bir iştir. Yönetim kurulu üyesi bakımından kişisel işten ne anlaşılması gerektiğine dair TTK'da yer alan diğer bir hüküm de *"müzakereye katılma yasağına ilişkin"* TTK m.393 hükmüdür. Hakikaten bu hükmün gerekçesinde yer alan *"Kişisel sözcüğü ile bizzat üyeye veya yakınına yönelik, onları konu alan veya onlarla ilgili bulunan bir menfaat kastedilmiştir, yoksa bir topluluğa ait olup da kişinin de yararlanabileceği bir kazanç, bir avantaj, bir zararın önlenmesi vb. haller kişisel sayılmaz. Menfaatin şirket dışı olması gerekir; yoksa, bir üye kendisinin, eşinin alt veya üst soyundan birinin bir şirket görevine seçimi, atanması, görevden alınması, yolluk belirlenmesi vs. gibi şirketi ilgilendiren bir işte müzakerelere katılabilir"* ifadelerinden hareketle de yönetim kuruluna yolluk belirlenmesi gibi mali haklara dair kararların kişisel iş olmadığı açıklanmıştır. Bu paragraf kapsamında yapılan açıklamalar dahi tek başına, kanun koyucunun *"ratio legis"*i bakımından *"aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin, bu sıfatlarından kaynaklı kendi mali haklarına*

ilişkin olan genel kuruldaki müzakerelerde pay sahibi olarak oy kullanmalarına" TTK m.436/1 hükmünün engel teşkil etmediği sonucuna varılması için yeterli olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Çalışmanın ilk başında zikrettiğimiz son sözü burada da yinelemek gerekir. Sorun olarak kalem oynattığımız hususa dair çalışmayı tetikleyen hem 2023 yılı sonunda hem de 2025 yılı başında verilen iki farklı Bölge Adliye Mahkemesi nezdindeki ihtisas dairelerinin konu hakkındaki nihai görüşü şu şekildedir: *"TTK m.436/1'de belirtilen oydan yoksunluk düzenlemesi, bir hakkı sınırlayan kural olması hasebiyle istisna hükmüdür ve dar yorumlanmalıdır, buna göre de TTK m.436/1 'in TTK m.394'ün uygulanmasını engelleyecek şekilde yorumlanması mümkün görülmediğinden, aynı zamanda pay sahibi de olan yönetim kurulu üyelerinin kendileri de dahil oldukları yönetim kurulu üyelerinin mali hakları ile ilgili genel kurul görüşmelerindeki müzakerelere katılıp oy vermeleri mümkündür. Bu şekilde alınan genel kurul kararlarının iptali ve hatta aksi görüşün kabulü halinde çoğu zaman asıl sonuç olarak tartışılması gereken genel kurul kararının yokluğu söz konusu değildir"*. Bu kararların anılan içeriği perspektifinde sorun tarafımızca da incelenmiş ve aşağıdaki cevaplara sonuç kabilinden ulaşılmıştır.

Aynı zamanda pay sahibi de olan yönetim kurulu üyelerinin kendi mali haklarına ilişkin genel kuruldaki müzakerelerde oy kullanmaları halinde, TTK m.436/1 uyarınca oydan yoksunluk nedeniyle, ilgili genel kurul kararının hükümsüzlüğü söz konusu olmamalıdır. Burada dikkat çektiğimiz husus yapılan değerlendirmenin çerçevesinin TTK m.436/1 hükmü ile çizilmiş olmasıdır. Yoksa yönetim kurulu üyeleri ister pay sahibi olsun ister olmasın, genel kurul kararında belirlenen mali hakkın fahiş olup olmadığına dair denetim TTK m.445 (iptal sebepleri) ve m.447 (butlan sebepleri) bağlamında zaten yapılmaktadır. Bu anılan hükümler çerçevesinde genel kurul kararının sakatlığına dair ileri sürülen argümanlar ve çekinceler gerekçe gösterilerek TTK m.436/1'in kapsamının genişletilmesi ve mali haklara dair genel kurul kararlarında da oydan yoksunluğun söz konusu olabileceği sonucuna varılması hatalı olacaktır. Bu yanlışlığa düşülerek verilen oydan yoksunluk kararlarının neticesi de çoğu zaman ilgili genel kurul kararının ne iptali ne de butlanı, bilakis yokluğudur. Zira oydan yoksunluğun varlığı kabul edildiği an, çoğu ses getiren olayda görüldüğü üzere, nisapta olumlu oy verenlerin oydan yoksunluk nedeniyle söz konusu reyleri hiç hesaba katılmayacak, kalan azınlık zaten ret verdiği içinde genel kurul kararının alınması için ortada bir irade olmayacak ve yokluk sonucuyla karşılaşılacaktır. Dolayısıyla oydan yoksunluk kabul edilse dahi 3 aylık sürede iptal davası açılmadığı takdirde, mezkur ge-

nel kurul kararı hüküm ve sonuç doğurmaya devam edebileceği değerlendirmesi de ihtimal dışında kalmaktadır. Ayrıca pek az da ses getirse gündeme gelebilecek şu hususa da değinilmelidir. Pay sahiplerinin *-aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olan ve olmayan şeklinde-* iki gruba değil de *-aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmayan pay sahiplerinin de karşıt olduğu-* ikiden fazla gruba dağıldığı durumlarda, oydan yoksunluğa tabi olan! -bir an için TTK m.436/1 kapsamında olduğu kabul edildiği takdirde- reylerin alınan karara bir etkisi olmadığı ihtimali de söz konusudur. Yani bu reyler hesaba katılmasa dahi mezkur genel kurul kararı ile yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına dair karar alınabiliyorsa “etki kuralı” gereği TTK m.436/1 burada söz konusudur denilse dahi ortada bu bakımdan hukuka aykırı sakat bir karardan bahsedilemeyecektir. Bu durumun mezkur kararın TTK m.445 ve 447 bağlamında denetimini engellemeyeceğinin izahtan varestedir. Bu durumun mezkur kararın TTK m.436/1 hükmünün kapsamını genişletmek için istisnalar/sınırlamalar dar yorumlanır ilkesini ihlal etmek olmadığını yinelemekte fayda görmekteyiz. Ayrıca yönetim kurulu üyesinin mali hakkının belirlenmesini önlemek için kanunda öngörülmemiş bir oydan yoksunluk halinin varlığını iddia etmek azınlık bakımından da beklenen bir nihai çözüm olmayacaktır. Zira mahkemeler nezdinde bu hatalı savın kabul edildiği bir an için düşünülse dahi, bu seferde mali hak alamayan yönetim kurulu T.C. Anayasası m.18’deki *angarya yasağından* hareketle kendi mali haklarının belirlenmesini mahkemelerden talep edecektir. Böylece yukarıda zikrettiğimiz kriterlere göre belirlenen mali haklar yargılama neticesinde yine yönetim kuruluna tanınmış olacaktır. O halde adeta kulağı tersten tutarcasına TTK m.436/1 yorumuna gitmek bu amacı taşıyan azınlık açısından da bir çözüm yolu olamayacaktır.

Soruna TTK m.436/1 lafzı özelinden bakıldığında ise; burada geçen oydan yoksunluğa sebebiyet verecek bireysel iş/işlemin tespitinde elimizdeki öncelikli kıstas korporatif iş/işlem olgusudur. Bunu belirlerken önceleyeceğimiz husus söz konusu iş/işlemin pay sahibinin şahsi menfaatini de ilgilendiriyor olması değil, şirket menfaatiyle bir ölçüde ilgili olması daha doğru bir ifade ile korporatif bir iş/işlem olması esasıdır. Şöyle ki, pay sahibinin sıfatından bağımsız ilgili iş/işlem korporatif bir işlemse yani pay sahibi olsun olmasın yönetim kurulu üyesi seçilecekse ve seçilmiş yönetim kurulu üyesinin mali hakkı belirlenecekse artık bu işlemin ilgisinin bireysel menfaatini de etkiliyor olmasına TTK m.436/1 sınırlaması bakımından bakılmamalıdır. Söz konusu iş/işlem TTK m.436/1 kapsamı dışında kalmakta ve ilgili pay sahibi bakımından oydan yoksunluk bulunmamaktadır. Yargıtay bu noktadan hareketle zaten yukarıda bir kısmı anılan kararlarında görüleceği üzere kararın alınmasında oydan yoksunlukla ilgili bir denetimden ziyade alınan karar gereği mevzuu mali hakkın miktarıyla ilgili bir denetim işlemine işaret etmektedir.

Yargıtay'ın, mali hakkın miktarıyla ilgili denetime odaklandığı anlaşılmaktadır. Burada, anonim şirketin mali yapısına, ciro ve karlılık ile yönetim kurulunun bunlara katkısına, kurumsal yönetim ve sürdürülebilirlik ilkeleri çerçevesinde elde edilen ciro ve karlılıktaki tutarlılığa, ilgili sektördeki yöneticinin konumuna ve şirket içi uygulamalarla birlikte sektördeki emsallere, sektörün kendi iç dinamiği ve özelliklerine dikkat edilmesi gereklidir.

Dijitalleşen dünya ile birlikte özellikle de yazılım ve teknoloji şirket yöneticilerinin mali hakları denetlenirken, yöneticinin katkısının sınırlı olduğu şirketin işletmesinin nasılsa kendi kendisine rutin şekilde faaliyet gösterip ciro elde ettiği klasik şirket yaklaşımlarıyla hakkaniyetli çözümlere ulaşamayacağı kanaatindeyiz. Dijitalleşen dünyada yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticiler, özellikle teknoloji ve yazılım şirketleri bakımından bizatihi şirketin varlık sebebidir. Onların mali haklarının, verimliliğini sürdürülebildikleri ciro ve karlılık nispetinde, hakkaniyetli şekilde belirlenmesi elzemdir. Aksi takdirde, günümüz rekabetçi ortamında üst düzey yöneticinin şirketten uzaklaşması ve/veya bir şekilde verimliliğinin azalması sonucu doğurur ki, bu da şirketin cirosu ve karlılığını olumsuz etkiler. Sonuç olarak da, şirket payının gerçek değerinin de önemli ölçüde azalacağı, azınlık dâhil tüm pay sahiplerinin aleyhine bir sonuçla karşılaşılması kuvvetle muhtemeldir.

TTK m.394 hükmü gayet açıktır ve esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde genel kurul yönetim kurulunun mali haklarını belirleme yetkisini haizdir. Dolayısıyla TTK m.436/1'de yer alan oydan yoksunluğa dair sınırlayıcı hükmün, söz konusu istisnai özelliği göz ardı edilip geniş yorumlanmama ilkesi de ihlal edilerek, TTK m.394'ün uygulanmasını engelleyecek şekilde tatbik edilmesi hukuka uygun değildir. Bu kanaatimizi, TTK m.408/2-b'de yönetim kurulunun mali haklarını belirleme hususunu genel kurulun devredilemez görevleri arasında saymış olması da desteklemektedir. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin mali haklara dair oylamaya katılmaları halinde, genel kuruldaki müspet reyleri hakkında oydan yoksunluğun kabulü, kalan pay sahiplerinin oylamada menfi oylarının mevcudiyeti de gözetildiğinde, bir karar için iradenin oluşmaması sonucunu doğurur ki, bu da yokluk olarak ifade edilir. Dolayısıyla oydan yoksunluğu kabul eden görüşün vardığı neticelerden biri de, yönetim kurulu üyelerini seçebilen pay sahiplerinin, onların mali haklarına dair genel kurulda karar alma haklarının bulunmadığıdır. Bu görüşün getirdiği sakıncalı diğer bir sonuç da, aynı zamanda pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına dair genel kurul kararında azınlıkta kalan pay sahiplerine TTK m.478'deki düzenlemenin yanında ve ondan farklı olarak zımni olarak bir imtiyaz sağlanmış olmasıdır. Yönetim kurulu üyesinin seçiminde oydan yoksunluk tartışılmazken,

mali haklarında bunu iddia etmek, çoğunluğun seçtiği yönetim kurulu üyesine mali hakkın verilip verilmeyeceği ile miktarı hususlarında azınlığa imtiyaz tanınması anlamına da gelir.

TTK m.436/1 kapsamı her halde dar yorumlanmalı, kişisel iş niteliğine hiçbir şekilde girmeyen yönetim kurulu mali haklarının belirlenmesine dair genel kurul kararlarında oydan yoksunluk söz konusu olmamalıdır. TTK 436/2'nin varlığı dahi TTK m.436/1'in dar yorumlanması gerektiğinin delilidir. İbra benzeri şirket iş ve işlemleri için oydan yoksunluğun söz konusu olabilmesi ancak TTK m.436/2 benzeri açık bir hükmün varlığına bağlıdır. Yoksa ibra da aslında ilgisi yönetim kurulunun menfaatini ilgilendirmektedir. Kanun koyucu buradan geniş yorumla ibrada oydan yoksunluğu TTK m.436/1'e bırakmamış, doğrudan TTK m.436/2 ile düzenlemiştir. Mali haklar bakımından böyle bir özel düzenleme de söz konusu değildir. Bu yönüyle de kanun koyucunun TTK m.436/1'deki sınırlama hükmüne dair, istisnaların geniş yorumlanmaması ilkesini benimsediği söylenebilir.

İlk derece mahkemelerinin, yönetim kurulu üyelerinin mali haklarına dair genel kurullarda oydan yoksunluğun söz konusu olacağı yönündeki, hatalı değerlendirmelerine, anılan BAM kararlarıyla istinaf aşamasında kapı kapatılmıştır. Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşü ilk bakışta flu kalsa da, ayrıntılı şekilde içtihatları incelendiğinde, oydan yoksunluğu kabul ettiğine dair doğrudan ve açıkça aleyhe değerlendirmelere rastlanılmamakta, bilakis birçok kararında bu konuya girmemekte, oydan yoksunluğun söz konusu olmadığı varsayımıyla mali hakkın fahişliği noktasında denetim yapmaktadır. Zaten anılan sözlü tebliğimiz sırasında da, Yargıtay ihtisas dairesinin bu hususu açıkça değerlendirmede, sadece mali hakkın fahişliği yönünden incelendiği belirtilmiştir.

KAYNAKÇA

- Balsever, Sergül, “Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra (TTK md.559)”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2018, C. 76, S. 1, s. 153-177.
- Gökdemir, Tamer, Tülay, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Oy Hakkının Kapsamı ve Etkisi, 1. B., İstanbul 2022.
- Gürbüz Usluel, Aslı Elif, “Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Hükümleri Bakımından Yönetim Kurulu Üyelerine Tanınan Mali Haklar”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, Özel Sayı, s. 200-217.
- Kayış, Ferhat, Anonim Ortaklıkta Oydan Yoksunluk, İstanbul 2024.
- Kendigelen, Abuzer /Zengin, İbrahim Çağrı, “Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yönetim Kurulu Üyelerinin Mali Haklarına İlişkin Oylamada Üye Pay Sahipleri Oy Hakkından Yoksun Mudur?”, Prof. Dr. Rıza Ayhan’a Armağan, C. 1, Ankara 2022, s. 381-400.
- Kırca, İsmail /Şehirali Çelik, Feyzan Hayal /Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul, C. 2/1, 1. B., Ankara 2025.
- Özdamar, Mehmet, Banka Yöneticilerinin Mali Hakları, 1. B., Ankara 2016.
- Özer, Işık, Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları, 1. B., Ankara 2013.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. B., İstanbul 2021.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 15. B., İstanbul 2023.
- Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. B., İstanbul 2020.
- Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, 1. B., İstanbul 1983.
- Yanlı, Veliye, “Yönetim Kurulu Üyelerine Sağlanacak Mali Haklar ile İlgili Bazı Değerlendirmeler”, Batider, Y. 2017, C. 33, S. 4, s. 41-72.
- Yongalık, Aynur, ““İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, AÜHFHD, Y. 2011, C. 60, S. 1, s. 1-15.

Elektronik Kaynaklar

<https://karararama.yargitay.gov.tr>.

Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü ile Bu Yükümlülüklerle Aykırılığın Yaptırımı^(*)

The Obligations to Observe Good Faith and to Tell the Truth and the Legal Sanctions for Breach of These Obligations

Dr. Öğr. Üyesi Ceren DEMİREL MİT^(**)

Öz:

Davanın taraflarının dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülükleri, 1086 sayılı mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almazken Türk hukukunda ilk defa, 2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında sayılmak suretiyle 29. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile taraflara yüklenen yükümlülükler, esasen TMK m.2'de düzenleme bulan dürüstlük kuralının medenî usûl kanunundaki yansımasıdır. Bilindiği üzere dürüstlük kuralı, dava ve savunma hakkının kullanılmasının sınırlarını çizmesi dolayısıyla keyfiliği önleyici işlevi haizdir. Bu sebeple medenî yargılamada çok eskiden beri uygulanagelen bu yükümlülüklerin doğru şekilde anlaşılması ayrıca önem taşımaktadır. Tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü konu alan çalışmamızda da bu yükümlülüklerin anlamı, niteliği, kapsamı ve sınırları ile bu yükümlülüklerle aykırılık hâlinde karşılaşılabilecek yaptırımlar detaylı şekilde incelenmiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Dürüst Davranma Yükümlülüğü, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Yaptırım, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.29, Dürüstlük Kuralı.

Abstract:

While the obligations of the parties to observe good faith and to tell the truth were not included in the annulled Civil Procedure Code No. 1086, these were regulated for the first time in Turkish law in Art.29 of the Civil Procedure Code No. 6100 dated 2011 by being listed among the principles governing the proceedings. These obligations imposed on the parties by this regulation are essentially the reflection of the principle of good faith regulated under Art.2 of the Civil Code, in the civil procedure code. As it is known, the principle of good faith has the function of preventing arbitrariness as it sets the limitations for the exercise of the right of litigation and the right of defence. Thus, it is of great importance for the obligations in question, whose application in the proceedings goes long way back, to be apprehended accurately. In our article on the obligation of the parties to observe good faith and to tell the truth, the

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 03.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.01.2025.

^(**) Yozgat Bozok Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Yozgat - Türkiye,

E-posta: cerendemirelmit@gmail.com,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0332-8987>.

interpretation, legal nature, scope, limitations and legal sanctions to be encountered in case of violation of these obligations have been examined in detail.

Keywords:

The Obligation to Observe Good Faith, The Obligation to Tell the Truth, Legal Sanctions, Art.29 of the Civil Procedure Code, The Principle of Good Faith.

GİRİŞ

Davanın tarafları yargılamada, kendi menfaatlerine uygun olarak hangi hususları ileri sürecekleri konusunda serbesttir. Bu bağlamda taraflarca getirilme ve tasarruf ilkeleri ile dava hakkının ve diğer usûlî yetkilerin kullanımının sınırlarını ise, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü teşkil eder¹. Usûl hukukunda tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, 1086 sayılı mülga Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nda (mülga HUMK) yer almazken Türk hukukunda ilk defa, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında sayılmak suretiyle 29. maddede düzenlenmiştir.

Taraflara dürüst davranma yükümlülüğünü yükleyen HMK m.29/1, "*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.*" şeklindedir. HMK m.29/1 ile taraflara yüklenen bu yükümlülük, esasen Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenleme bulan dürüstlük kuralının medenî usûl kanunundaki görünümüdür². Bu sebeple doktrindeki bazı yazarlar, HMK m.29/1'de

¹ TBMM, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574)', Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2024) - (HMK Tasarısı), s. 20; Volkert Vorwerk/Christian Wolf, *BeckOK ZPO*, 54. Baskı, Münih 2024, ZPO §138, Rn. 1; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, Ankara 2016, s. 410, 413; Gökçen Durmuş, 'Tahkim Müessesesinde Usûl İlkeleri', *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 1, S. 2, s. 88; Nesibe Kurt-Konca, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2017, s. 122, 143; Yargıtay 1. Hukuk Dairesi (Y1HD), 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

² YHGK, 2017/5-2547 E. 2020/927 K. 24.11.2020 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku*, Ankara 2017, s. 220; Tanrıver, s. 410; HMK Tasarısı, s. 20; Efe Dörenisa, 'Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katılma Zorunluluğu', *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 18, S. 2, s. 278; Yiğit Türker Çoban, 'Türk Marka Hukukunda Hükümsüzlüğün ve İptalin Etkisinin Kesin Hükümle İlişkisi', *Mali Hukuk Dergisi*, 2017, C. 13, S. 147, s. 594; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 2017, s. 912; Tanrıver, s. 415; Durmuş, s. 88; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku - Temel Bilgiler*, 18. Baskı, İstanbul 2024, s. 153; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2012, s. 310-311. Usûl hukukunda dürüstlük kuralının uygulanması oldukça eskiye dayanmakta olup, her ne kadar günümüzdeki gibi kanunlarda genel bir ilke olarak yer almamış da olsa, Osmanlı hukukunda kadı yargılamasında da tarafların dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olduğu kabul edilmekteydi. Buna göre, davacının davayı dürüstlük kuralına uygun olarak; başka bir deyişle, hak arama niyetiyle ve usûlüne uygun şekilde açması ve yargılama aşamasında ise her iki tarafın davayı dürüstlük kuralına uygun şekilde yürütmesi, örneğin

düzenleme bulan ve objektif bir nitelik taşıyan dürüst davranma yükümlülüğü'nün, TMK m.2'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki yansımaları oluşturması sebebiyle herhangi bir yenilik ihtiva etmediğini³; başka bir deyişle, hukuk usûlündeki gelişmelerin bir sonucu olmadığını ileri sürmektedir. Gerçekten de bir davanın dürüstlük kurallarına uygun olarak açılması ve yürütülmesi çabası diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da çok eskiye dayanmaktadır⁴. Aynı şekilde HMK m.29/2 ile taraflara getirilen sübjektif bir yükümlülük olan doğruyu söyleme yükümlülüğünün de yeni bir yükümlülük olarak ortaya çıkmadığı dile getirmekte kanımızca bir sakınca yoktur. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hâlen yürürlükte olduğu dönemde de tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün mevcut olduğu doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmekteydi⁵. Bu bağlamda, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda her ne kadar doğruyu söyleme yükümlülüğüne ilişkin açık bir hüküm yok idiyse de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kabulü öncesinde Türk hukukunda tarafların bu yükümlülüğünün bulunmadığını iddia etmek mümkün değildir. Nitekim doğruyu söyleme yükümlülüğü, esasen dürüstlük kuralının bir uzantısıdır⁶. Ayrıca doktrinde de mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yer alan çeşitli hükümlerden, tarafların davada doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varıldığı ve kanunkoyucunun bu hususta susmasının bir önemi olmadığı; çünkü tarafların bu yükümlülüğünün mevcudiyetinin, yargılamanın amacından anlaşıldığı ifade edilmekteydi⁷. Dahası, bazı yazarlar tara-

yargılamayı uzatacak ve karşı tarafın hak kaybına uğramasına sebep olabilecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir. Ayrıca tarafların iddia ve savunmalarında doğruyu söyleme yükümlülüğü de bu kapsamda değerlendirilmekteydi (Müge Vatansever Öztürk, 'Osmanlı Kadı Yargılamasında Dürüstlük Kuralı', *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, S. 1, s. 95, 97).

³ Acun Papakçı, 'Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü', *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, S. 137-138, s. 103, 107, 116; Ahmet Cahit İyilikli, 'Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 2, s. 107.

⁴ Ramazan Arslan, *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 2, 49.

⁵ Erdal Tercan, 'Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü', *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, C. 5, S. 1-2, s. 183, 187; Muhammet Özekes, 'Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti', *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2005, S. 1, s. 31; Ahmet Cahit İyilikli, 'Pirince Giderken Evdeki Bulgurdan Olmak: Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Bir Mahkeme Kararının Tahlili', *Legal Hukuk Dergisi*, 2010, S. 86, s. 497-500; Arslan, s. 116 vd.; Tanrıver, s. 416; İbrahim Çetin, 'Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medenî Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi', *Sayıştay Dergisi*, 2010, S. 78, s. 97; Çoban, s. 594; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 121; Abdurrahim Karslı, *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 237; Kurt-Konca, s. 141-142.

⁶ Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 1.

⁷ Tercan, s. 185, 186 dipnot 1, 211; Arslan, s. 116 vd.; Kurt-Konca, s. 104. Karşı görüş için bk. Papakçı, s. 103, 109, 116. Yazar, tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün Türk hukuku açısından

findan usûl ekonomisi yönünden tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu kabulünün kamu yararı gereği olduğu; nitekim davanın usûl ekonomisine uygun şekilde sonuçlanmasının ancak dürüstlük kuralının medeni usûl hukukunda da geçerli olması ve hâkim tarafından re'sen nazara alınmasıyla mümkün olacağı ileri sürülmekteydi⁸.

Kanımızca da dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ilk defa HMK m.29'da düzenlenmiş bulunması, usûl hukukundaki gelişmelerin bir sonucu olmayıp⁹, mevcudun, yargılamaya hâkim olan diğer ilkelerin yanında usûl kanununda ayrıca ve açıkça ifade edilmesinden, TMK m.2'deki dürüstlük kuralının hukuk davalarında da uygulanacağını açıklanmasından ibarettir¹⁰. Nitekim dürüstlük kuralı ve onun somut planda özel bir uygulanma biçimi olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, özel hukukun her alanında ve dolayısıyla medenî yargılama hukukunda da uygulama bulan hukukun genel ilkelerindendir¹¹. Bundan ötürü dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü mülga Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da düzenlenmemiş olsaydı, yargılamanın amacının gerçeğe ulaşmak olmasından hareketle, tarafların yargılama boyunca dürüst davranmakla ve doğruyu söylemekle yükümlü olduğu sonucu yine ortaya çıkardı¹².

Her ne kadar HMK m.29 ile açık ve pozitif bir düzenlemeye kavuşan dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü, TMK m.2'ye nisbetle özel hüküm niteliğinde de olsa¹³, HMK m.29'u, TMK m.2'den ayrı düşünmek mümkün değil-

dan yeni bir düzenleme ve taraflara getirilen yeni bir yükümlülük olduğunu ifade etmektedir; ancak doğruyu söyleme yükümlülüğünün Türk usûl hukukundaki uygulamasının oldukça eskiye dayandığı gerçeği karşısında zikredilen görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Mülga HUMK'ta doğruyu söyleme yükümlülüğü doğrudan ve açık bir şekilde düzenlenmemiş olduğundan, HMK m.29/2 hükmünün Türk hukuku bakımından bir yenilik niteliği taşıdığına ilişkin görüş için bk. Kurt-Konca, s. 108.

⁸ Pekcanitez/Erdönmez, s. 912-913; Çetin, s. 97.

⁹ Aynı yöndeki görüş için bk. Ejder Yılmaz, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri', *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 2, s. 225. Yazar, HMK m.29'un aslında TMK m.2'de düzenlenmiş bulunan "dürüstlük kuralı"nın, hukuk davalarında da uygulanacağını açıklaması olduğunu ifade etmektedir.

¹⁰ Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 310; Kurt-Konca, s. 109.

¹¹ Tanrıver, s. 410; Kurt-Konca, s. 139-140.

¹² Tanrıver, s. 416; Kurt-Konca, s. 50.

¹³ "Bir hükmün maddî unsurunda daima diğer bir hükmün maddî unsuru ve buna ilaveten diğer bazı vakıa veya vakıalar yer alıyorsa bu takdirde birinci hüküm ikincisine nisbetle özel, ikincisi de birincisine nisbetle genel hüküm niteliğindedir. Özel hükmün kapsamına giren bütün hâller, genel hükmün de kapsamına girer." (Çağrı Tahir, 'Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder mi?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, S. 3, s. 370). Bu bağlamda, bilindiği gibi kanun hükümlerinin niteliklerine göre uygulanması, kural olarak bir hukukî ilişkiye önce varsa onunla ilgili özel hükmün uygulanması, özel hükmün bulunmaması hâlinde genel hükümlere başvurulması suretiyle gerçekleşir (Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri*, 13. Baskı, İstanbul 2018, s. 132, par. 824).

dir; çünkü her iki hüküm de aynı “dürüstlük” kavramını ihtiva etmektedir. Başka bir anlatımla, HMK m.29’a aykırılık teşkil eden bir davranış, doğal olarak aynı zamanda TMK m.2’ye de aykırıdır. Kanımızca kanunkoyucunun HMK m.29’u kaleme almaktaki amacı TMK m.2’yi bertaraf etmek¹⁴ veya TMK m.2’den ayrı ve bağımsız bir dürüstlük kriteri ile farklı uygulama alanları yaratmak değildir. Aksine kanunkoyucu, dürüstlük kuralına ve bu kuralın medenî yargılama hukukundaki somut bir uygulamasını teşkil eden doğruyu söyleme yükümlülüğüne atfettiği önemden ötürü bunları ayrıca ve açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlemiş bulunmaktadır. Nitekim hem HMK m.29’un hem de muhakeme sürecine ilişkin kötüniyetli davranışların önüne geçmek için bazı yaptırımların öngörüldüğü hükümlerin temelinde, dürüstlük kuralına uygun davranmayı sağlama amacının yatmakta olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda ifade edilmiştir¹⁵. Uygulamada Yargıtay’ın da bu yükümlülüklerle sıklıkla başvururken HMK m.29 ile TMK m.2’yi bir arada değerlendirdiği görülmektedir¹⁶. İşte bu

¹⁴ Nitekim iki hükmün birbirine nisbetle özel ve genel hüküm teşkil etmesi, genel hükmün bertaraf edilmesi için yeterli olmayıp bu sonucun doğabilmesi için kanunkoyucunun özel hükmü sevk ederkenki iradesinin, bunun kapsamına giren olaylara artık genel hükmün değil, münhasıran özel hükmün uygulanması yönünde olması da gerekmektedir. Aksi hâlde ise kanunkoyucunun her iki hükmün birden uygulanmasını istediği sonucuna varılmalıdır (Tahir, 372-374).

¹⁵ HMK Tasarısı, s. 20.

¹⁶ Y10HD, 2011/13383 E. 2011/20959 K. 29.12.2011 T.: “... aynı işyerinde gerçekleşen çalışmalar için 178 adet sigortalı yönünden, aynı istemi içeren, aynı davalı işveren ve Kuruma karşı bir anlamda toplu (seri) dava açılmış olması, davacıların aynı iki avukat tarafından temsil edilmiş bulunmaları, davaların türü, taraflar arasındaki uyumsuzluğun niteliği, yargılamaların süresi, davaların görülmesi sırasında avukatların harcadığı emek ve çaba göz önünde bulundurulduğunda, yargılamada vekil ile temsil olgusu gerekçesiyle her bir dava yönünden 1.100,00 TL. maktu avukatlık ücreti belirlenerek, davalıların adalet ve hakkaniyet ilke ve ölçülerini içerisnde yer almayacak suret ve şekilde avukatlık ücreti ile sorumluluklarının benimsenmesi, özellikle 4721 sayılı Kanunun 2 ile 6100 sayılı Kanunun 29’uncu maddeleri olmak üzere yukarıda sıralanan düzenlemelere aykırılık oluşturduğu gibi, seri denebilecek bu tür davalarda harcanan emek ve çabanın oldukça üstünde avukatlık ücretine hükmedilerek davalılara ölçüsüz bir yükümlülük getirilmesinin hukuk düzenince korunmamacı da belirgindir. ...”. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (YİBGK), 2017/2 E. 2017/3 K. 26.05.2017 T.: “... Alacaklının bu yöntemi seçmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m.2) kapsamında kaldığı tartışmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 29 uncu maddesi hukuk yargılaması usulünde de dürüstlük kuralının uygulanacağını hüküm altına almıştır; bu ilkenin icra ve iflas hukukunda da cari olduğu her türlü tereddütten uzaktır. ...”. YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.: “... 6100 Sayılı Kanun’un ... 29. maddesi[nin] ... birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir ki bunlar taraf hâkimiyetinin sınırları olarak görülmektedir. Maddenin ilk fıkrası, Türk Medeni Kanunu’ndaki dürüstlük kuralının medenî usul kanunundaki görünümüdür. ... Hukukun temel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralına yargılama sırasında da riayet edilmelidir. ... Maddenin ikinci fıkrasında, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsur olan doğruyu söyleme ödevi açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. ... Davada dürüst davranma ilkesinden amaç 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan ... ilkenin eldeki davada da geçerli olduğunun vurgulanmasıdır (Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 310). ...”. Aynı yöndeki diğer kararlar için bk. Y10HD, 2012/9247 E. 2012/9006 K. 17.05.2012 T.; Y10HD, 2013/15662 E. 2013/16389 K. 16.09.2013 T.; YHGK, 2014/8611 E. 2016/492 K. 06.04.2016 T.; Y21HD, 2015/18583 E. 2017/588 K. 06.02.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; Y12HD, 2018/3657 E. 2018/8247 K. 18.09.2018 T.; Y22HD,

yüzden ve de özellikle dava ve savunma hakkı kullanımının sınırlarını çizmek suretiyle yerine getirdiği keyfiligi önleyici işlevi sebebiyle¹⁷, dürüstlük kuralının usûl hukukundaki yansıması olan ve yargılamada çok eskiden beri uygulanagelen bu yükümlülüklerin anlamı, niteliği, uygulama alanı, kapsamı, sınırları ve yaptırımlarının doğru şekilde anlaşılması, ayrıca önem taşımaktadır.

I. DÜRÜST DAVRANMA VE DOĞRUYU SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Dürüst Davranma Yükümlülüğü

1. Genel Açıklama

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak TMK m.2’de düzenleme bulan “dürüstlük kuralı” ve bu kuralı tamamlayıcı nitelikteki “hakkın kötüye kullanılması yasağı”, hukukun her alanında sıkça uygulanarak birçok yargı kararına dayanak teşkil etmektedir¹⁸. Dürüstlük kuralını Türk Medeni Kanunu’nun “Dürüst davranma” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasında, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.*” şeklinde düzenleyen kanunkoyucu, aynı maddenin 2. fıkrasında, “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” hükmüne yer vermek suretiyle hakkın kötüye kullanılması yasağını da maddî hukukta ayrıca ve açıkça düzenlemiştir¹⁹. Söz konusu ilke, hâkime, özel ve istisnai hâllerde adaletle uygun hüküm tesis etme imkânını sağlaması bakımından oldukça önemlidir²⁰.

2016/10186 E. 2019/10613 K. 14.05.2019 T.; YHGK, 2017/5-2374 E. 2019/1161 K. 12.11.2019 T.; YHGK, 2017/5-2547 E. 2020/927 K. 24.11.2020 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; Y12HD, 2023/5451 E. 2024/2871 K. 25.03.2024 T.

¹⁷ Tanrıver s. 410; Kurt-Konca, s. 74, 141.

¹⁸ Nami Barlas, ‘Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunu’ndaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi’, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, C. 55, S. 3, s. 191; Ahmet Kılıçoğlu, ‘Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması’, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, C. 38, S. 1-4, s. 213.

¹⁹ Hakkın kötüye kullanılması yasağı, esasen dürüstlük kuralının doğal sonucu olmakla birlikte bu iki kural arasındaki ilişkinin ne olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu bağlamda bir görüş uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağının düzenlendiği 2. fıkra hükmü, 1. fıkra düzenlenenden dürüstlük kuralının olumsuz yönden ele alınmasından başka bir şey değildir. Buna göre, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılması aynı zamanda o hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelmekte; bir hakkın kötüye kullanıldığı her durum da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Buna karşılık bu husustaki bir başka görüş ise, 1. fıkra yer alan dürüstlük kuralının fonksiyonunun kanunun ve sözleşmelerin yorumlanması ile boşlukların doldurulması olduğunu, 2. fıkra yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının ise bunlara ek olarak kanunu düzeltme fonksiyonunun da bulunduğunu; bu sebeple de bu iki kuralın birbiriyle fonksiyonel açıdan ve uygulama alanı bakımından aynıyet taşımayan hükümler olduğunu ifade etmektedir (Barlas, s. 192, dipnot 1).

²⁰ İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 502.

HMK m.29/1 ile düzenlenmeden önce dürüst davranma yükümlülüğünün usûl hukukunda da mevcut olup olmadığına dair bir açıklık bulunmamakta²¹; buna rağmen her türlü hakkın kötüye kullanılması mümkün olduğundan²², özellikle dava ve savunma hakkının kötüye kullanılmasının, TMK m.2 anlamında hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bulunduğu hareketle, dürüstlük kuralının usûl hukukunda da uygulanan ve uygulanması da gereken bir ilke olduğu kabul edilmekteydi²³. Buna ilişkin olarak doktrinde, dürüstlük kuralının hakların kullanımının sınırını oluşturduğu ve sübjektif (kişisel) hakların kullanımında bile dürüstlük kuralına uyma mecburiyetinin bulunması karşısında bu kuralın, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı imkânlardan yararlanmalarına ilişkin olan tarafların usûlî işlemleri hakkında evleviyetle geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir²⁴. Ayrıca hâkime aralarındaki uyuşmazlık ile hâkimin hakkında hüküm kuracağı vakıaları açıklarken ve bunları ispat ederken, kendilerine tanınan savunma hakkının sınırsızca kullanımının tarafların keyif ve arzusuna bırakılamayacağı, bir hakkın dava yoluyla ileri sürülmesinde veya buna karşı savunma yapılmasında dürüstlük kuralına aykırı yöntemler kullanılmasının kabul edilemeyeceği de vurgulanmıştır²⁵. Bu sebeple dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olan usûlî işlemlerin, kanunun lafzına uygun olsa bile, hâkim tarafından reddedilerek hukukî sonuçtan mahrum bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶.

Özetle, HMK m.29/1 ile yasalaşmadan önce dahi dürüstlük kuralının usûl hukukunda da uyulması gerekli bir ilke olduğu doktrinde²⁷ ve yargı kararlarında kabul edilmiş, hatta dürüstlük kuralının Türk usûl hukukunda da uygulanacağına dair bir tereddüt bulunmadığı belirtilmiştir²⁸. Ayrıca bu ilke mülga Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli hükümlerine de yansımıştır²⁹. Örneğin, kötüniyetle ve haksız dava açılmasının sonuçlarını düzenleyen HMK m.329 hükmünün mülga Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'ndaki karşılığı olan 422. madde hükmü uyarınca, kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan

²¹ Max Guldener, 'Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Âfakî Hüsniyet Esası' (Çeviren: Tahir Çağa), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1946, C. 3, S. 2, s. 648.

²² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 11. Baskı, İstanbul 2014, s. 175.

²³ Yeğengil, s. 9; Y21HD, 2015/18583 E. 2017/588 K. 06.02.2017 T.

²⁴ Guldener, s. 648-651; Arslan, s. 52.

²⁵ Guldener, s. 651.

²⁶ Guldener, s. 655-657, 667.

²⁷ Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 302-303; Ozan Tok, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 21, S. 1, s. 239-240; Yeğengil, s. 8; Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 31, 47; Guldener, s. 648 vd., 662; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 496; Arslan, s. 48 vd.

²⁸ Arslan, s. 48, 62.

²⁹ Arslan, s. 49.

taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkum edilebilmekte; söz konusu tarafa ayrıca mahkemece idarî para cezası verilmekte; bu hâllere vekil sebebiyet vermiş ise idarî para cezası vekil hakkında uygulanmaktaydı. Zikredilen düzenlemede her ne kadar tarafların dürüstlük kuralına uymakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmemiş olsa dahi, daha farklı kelimelerin kullanılması suretiyle esasen TMK m.2'nin dayandığı fikir yansıtılmış bulunmaktadır³⁰.

2. Hukukî Niteliği

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına yargılama sürecinde de riayet edilmesini gerektiren davada “dürüst davranma” kuralı³¹, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir yük (külfet) değil, bir yükümlülük (ödev, mükellefiyet) olarak düzenlenmiştir³². Bunun sebebi HMK m.29/1'e uygun davranmalarının tarafların iradelerine bırakılmaması ve bu hükme aykırılık hâlinde, taraflara hukukî yaptırım uygulanacak olmasıdır (örneğin HMK m.7/2, 42/4, 124/3, 182/1, 213/1, 327, 329)³³. Dolayısıyla HMK m.29/1, tarafları yargılama boyunca dürüst davranmaya zorlayıcı nitelik taşımaktadır.

Tarafların dürüst davranma yükümlülüğü, davanın açılmasında³⁴, davaya cevap verilmesinde, yargılamanın yürütülmesi aşamasında; kısacası, yargılamanın başlangıcından sonuna kadar uyulması gerekli bir yükümlülüktür³⁵. Hâkim de somut olayda dürüstlük kuralına aykırılığın mevcudiyetinin dava dosyasından anlaşılması durumunda, taraflarca ileri sürülmesi gerekmeksizin, bu hususu HMK m.33 gereği re'sen dikkate alır³⁶. Ayrıca bu ilkeye aykırılığın mevcudiyetine iliş-

³⁰ Guldener, s. 652.

³¹ YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154.

³³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 28. Buna karşılık yük (külfet) olarak düzenlenen davranışlar herhangi bir zorlayıcılık unsuru taşımaz. Bir yükün yerine getirilip getirilmemesi, sadece kişinin bu yüke bağlanan bir hakkı kazanması veya kazanamaması sonucunu doğurur (Eren, s. 45; Kurt-Konca, s. 66-67).

³⁴ Doktrindeki bazı yazarlara göre, davalının adresini bilmeyen davacının sırf prosedürü tamamlamak için yanlış adres vermesi dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceğinden, bu durumun teşvik edilmemesi için davalının adresini bilmeyen davacıyı mutlaka bir adres göstermeye zorlamak yerine, davacının dilekçesinde, yaptığı araştırmada davalı tarafın gerçek adresini tespit edemediğine yönelik makul açıklamada bulunması üzerine şartlarına göre mahkemece adres araştırması veya ilânen tebligat yoluna gidilebilmesi gerekir (Muhammet Özekes, 'HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler', *Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 272-273).

³⁵ Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 35.

³⁶ YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.; Demet Çeliktaş, 'Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı', *Dokuz Eylül Üniversitesi*

kin iddia, hukukî niteliği itibarıyla itiraz olduğundan³⁷, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın yargılama sona erinceye dek taraflarca her zaman ileri sürülebilir³⁸.

Dürüstlük kuralı objektiftir; başka bir anlatımla kişiler dışında oluşur³⁹. Dolayısıyla bir davranışın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği, tarafların kendi anlayışına, kişisel duygu ve düşüncesine veya ruhsal durumuna göre değil⁴⁰; objektif kıstasa göre tespit edilecek bir husustur⁴¹. Dürüstlük kuralı, bir kişiden dürüst bir insan olarak beklenen davranışa ilişkindir ve bir davranışın dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı belirlenirken, dürüst, makul, orta zekalı bir kişinin somut olayda nasıl davranacağı esas alınır⁴².

3. Uygulama Alanı ve Kapsamı

HMK m.29/1'de düzenlenmiş olan dürüst davranma yükümlülüğü, esasen HMK m.29/2'de yer alan doğruyu söyleme yükümlülüğünü de içeren oldukça geniş kapsamlı bir yükümlülüktür⁴³. Yargılama hukukunda dürüstlük kuralı, mahkemece, tarafların birbirleri ve mahkeme ile olan ilişkilerinde ve usûlî işlemlerin yorumlanması, tamamlanması, yeniden gözden geçirilmesi ve değiştirilmesinde göz önünde tutulan bir kuraldır⁴⁴. Dürüst davranma yükümlülüğü uyarınca taraflar ve onların avukatları⁴⁵, dava hakkı, iddia ve savunma hakkı ile diğer usûlî yet-

Hukuk Fakültesi Dergisi, 1987, C. 3, S. 1-4, s. 615; Edis, s. 292; Kılıçoğlu, s. 213; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 499; Tok, s. 243, 255; Oğuzman/Barlas, s. 187; Arslan, s. 27-28; İbrahim Ermenek, 'Hukuk Muhakemeleri Kanuna göre Ön İnceleme', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 1, s. 158; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 107; Pekcanitez/Erdönmez, s. 912, 920; Dural/Sarı, s. 262, par. 1272; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154; Kurt-Konca, s. 139, 142. Buna göre hâkim, doğruyu söyleme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini değerlendirirken tarafların iddiaları, savunmaları, dosyadan anlaşılan bilgileri ve delilleri dikkate alır; ancak hâkim, kendisi bilgi toplayamaz ve kendi özel bilgisine dayanamaz (Pekcanitez/Erdönmez, s. 920).

³⁷ Dürüstlük kuralı esasen kendi başına ne itiraz ne de def'i karakterine sahip bir savunma vasıtasıdır. Buna karşılık somut bir olayda taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı davranması vakıası ise bir itiraz sebebi teşkil eder (Tok, s. 243).

³⁸ YİBGK, 1990/4 E. 1991/3 K. 08.11.1991 T.; Pekcanitez/Erdönmez, s. 912; Kurt-Konca, s. 142.

³⁹ Arslan, s. 26, 59; Pekcanitez/Erdönmez, s. 913; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154; Kurt-Konca, s. 143.

⁴⁰ Edis, s. 292; Arslan, s. 26.

⁴¹ Ferit H. Saymen, 'Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suistimali', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, C. 12, S. 4, s. 1150; Çeliktaş, s. 603-604. Doktrinde aksi yönde görüşler olmakla birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın mevcut olup olmadığının tespitinde de objektif kritere göre hareket edilmesi gerektiği kabul edilmelidir (Edis, s. 327-328).

⁴² Çeliktaş, s. 603.

⁴³ Kurt-Konca, s. 142. Yazara göre, "Temel bir hukuk ilkesi olan dürüst davranma yükümlülüğünün sahip olduğu genel anlam karşısında, Medeni Usûl Hukukunda, tarafların yalan söylemesine tek başına engel olamayacağı düşüncesiyle, doğruyu söyleme yükümlülüğü, dürüst davranma yükümlülüğünün somut bir uygulama şekli olarak düzenlenmiştir."

⁴⁴ Kurt-Konca, s. 140; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154.

⁴⁵ Pekcanitez/Erdönmez, s. 914; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154.

kilerin kullanılmasında; başka bir deyişle, dava açılmasıyla başlayan usûl hukuku ilişkisinin her safhasında, dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır⁴⁶. Buna göre, salt karşı tarafı savunma masrafına sokmak için dava açan bir davacı, davacının meşru hakkının yerine getirilmesini geciktirmek amacıyla onun talebine itiraz eden davalı veya sırf neticeyi geciktirmek için kanun yollarına başvuran ya da çelişkili davranan taraf⁴⁷, hukuk düzenince kendilerine tanınan dava ve savunma haklarını kötüye kullanmış sayılır⁴⁸. Usûl hukukunda dürüstlük ilkesinin, taraflardan birinin mahkemece yapılan usûlî bir hatayı bildiği hâlde, bu hususu ileride davanın yeni baştan görülmesi sonucunu doğuracak tarzda bir imkân olarak elinde tutması durumunda da ihlal edilmiş olacağı, doktrinde ifade edilmektedir⁴⁹. Yargılamanın sürüncemede kalmaması amacıyla tarafların, kanundan kaynaklanan ve üzerlerine düşen tüm yükümlülükleri tam ve vaktinde yerine getirmeleri ve boş yere masraf yapılmasına sebebiyet vermemeleri de dürüstlük kuralı kapsamında gerçekleştirilmesi gereken davranışlardandır⁵⁰.

Yargıtay'ın uygulamasına göre örneğin, bir kimsenin daha önceden komşusuna balkonu kapatması için izin vermiş olmasına rağmen sonradan buna ilişkin dava açması hâlinde de bu durum, davacının dava hakkını kötüye kullanmasına dayanılarak reddedilmelidir⁵¹. Nitekim burada dava, karşı tarafta dava açılmayacağına dair haklı bir güven oluşturulduktan sonra açılmış olmaktadır⁵². Yine alacaklının aynı borçludan olan alacağını parçalar hâlinde çok sayıda dava açarak talep etmesinde hukukî yararı yoktur ve bu durum dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁵³. Hukukî yararı olsa bile davacının sadece daha fazla vekalet ücretine hak kazanabilmek için çok sayıda kısmî dava açması hâlinde de aynı sonuç doğar⁵⁴. Yine, kötü niyetli olmasa da kanundaki boşluktan yararlanılarak alacaklı

⁴⁶ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku*, Ankara 2023, 9. Baskı, s. 171; Yeğengil, s. 8; Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 32, 35; Arslan, s. 71 vd., 87; Tanrıver, s. 412-413; İçen Adem, "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Usûlden Ret Kararı Verilmesine Dair Anayasa Mahkemesinin "İsmail Avcı" Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi", *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, C. 2, S. 1, s. 127; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 122; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 154.

⁴⁷ YHGK'nın 2017/1-1243 E. 2021/113 K. sayılı ve 18.02.2021 tarihli kararında, tarafın daha önce gerçekleştirdiği bir hukuki durumla çelişen usûl işlemi yapmak istemesinin, yargılama sırasında dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak davranış şekillerinden birini teşkil ettiği ve çelişkili davranış yasağına tabi olduğu ifade edilmiştir.

⁴⁸ Yeğengil, s. 8; Arslan, s. 97.

⁴⁹ Edis, s. 303.

⁵⁰ Tanrıver, s. 412.

⁵¹ Y18HD, 2008/1278 E. 2008/5318 K. 01.05.2008 T.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 171; Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 311.

⁵² Pekcanitez/Erdönmez, s. 916.

⁵³ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 121.

⁵⁴ Pekcanitez/Erdönmez, s. 914.

tarafından tek bir ilamdaki haklar, örneğin asıl alacak ve fer'ileri için yasal ve geçerli bir neden olmaksızın iki ayrı takip başlatılarak sebepsiz zenginleşmeye neden olacak şekilde fazladan avukatlık ücreti talep edilmesi ve davacı borçlu tarafa fazladan yargılama giderleri yükletilmesine; dolayısıyla borçlunun zarara uğratılmasına neden olunması, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı uyarınca dürüst davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder⁵⁵. Ayrıca alacaklının, ilama bağlı alacağı için ilamlı icra takibi yerine ilamsız icra takibi yapması da dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz⁵⁶. Bunlardan başka, açılmış ve hâlen görülmekte olan bir davanın ikinci kez açılması, davacının dürüst davranma yükümlülüğünü ağır şekilde ihlali anlama gelmekte olup, bu kişinin söz konusu davranışı sonucu karşılaşılabilecek derdestlik itirazı da bu ikinci davayı bertaraf etmek suretiyle esasen davanın taraflarını dürüst davranmaya zorlayıcı bir işlevi haizdir⁵⁷.

B. Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü

1. Genel Açıklama

Doğruyu söyleme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsuru, somut bir uygulama şeklidir⁵⁸. Bu sebeple taraflardan birinin bilinçli şekilde yalan beyanda bulunması, aynı zamanda dürüst davranma yükümlülüğünün de ihlali teşkil eder⁵⁹. Bu yükümlülük, yargılama sürecinde karşı tarafa ve mahkemeye karşı yalan söylememe yükümlülüğünü ifade etmekte ve yargı organlarının korunmasını amaçlamakta olup⁶⁰; yargılamanın amacına ve dolayısıyla da gerçeğe ulaşılabilmesi için davanın açılmasından yargılamanın sona ermesine kadar taraflarca yerine getirilmesi gereken önemli yükümlülüklerden birini teşkil eder⁶¹.

⁵⁵ Y8HD, 2012/7921 E. 2012/10135 K. 09.11.2012 T.; Y12HD, 2012/18690 E. 2012/25539 K. 10.09.2012 T.; Y8HD, 2014/13218 E. 2014/14534 K. 08.07.2014 T.; Y8HD, 2014/5221 E. 2015/5534 K. 09.03.2015 T.; Y8HD, 2014/17218 E. 2015/19594 K. 04.11.2015 T.; Y8HD, 2015/19523 E. 2016/4650 K. 15.03.2016 T.; YHGK, 2014/8611 E. 2016/492 K. 06.04.2016 T.; Y8HD, 2016/10484 E. 2016/13508 K. 10.10.2016 T.; Y8HD, 2017/11231 E. 2017/7439 K. 22.05.2017 T.; Y8HD, 2015/16674 E. 2017/9905 K. 05.07.2017 T.; Y8HD, 2017/14178 E. 2017/14765 K. 08.11.2017 T.; Y12HD, 2018/3657 E. 2018/8247 K. 18.09.2018 T.; Y12HD, 2018/6599 E. 2019/6129 K. 10.04.2019; Y12HD, 2021/11733 E. 2022/4613 K. 07.04.2022 T.; Y12HD, 2022/10650 E. 2023/3146 K. 08.05.2023 T.; Y12HD, 2023/5451 E. 2024/2871 K. 25.03.2024 T.

⁵⁶ YİBGK, 2017/2 E. 2017/3 K. 26.05.2017 T.

⁵⁷ Tanrıver, s. 410-411.

⁵⁸ Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.; Arslan, s. 115; Tercan, s. 184; Tanrıver, s. 419; Kurt-Konca, s. 110, 141-142, 287-288.

⁵⁹ Kurt-Konca, s. 142-143.

⁶⁰ Kurt-Konca, s. 58, 73.

⁶¹ Ingo Saenger, *Zivilprozessordnung*, 10. Baskı, Baden-Baden 2023, ZPO §138, Rn. 1; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Zivilprozessordnung (ZPO)*, 21. Baskı, Münih 2024, ZPO §138, Rn. 1; Tercan, s. 183, 211; Tanrıver, s. 415-416; Kurt-Konca, s. 48-49.

Buna göre taraflar, yargılamada kendi menfaatine uygun olarak neleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbest olmakla birlikte ileri sürülen hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir⁶². Başka bir deyişle doğruyu söyleme yükümlülüğü, mahkeme kararına etki eden vakialara ilişkin olarak tarafların usûl hilesine başvurmalarını önlemeyi amaçlar⁶³. Anılan yükümlülük bu yönüyle, taraflarca getirilme ilkesinin meydana getirebileceği sakıncaları da bertaraf eder⁶⁴.

Tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü, Türk hukukunda ilk defa 2011 tarihli HMK m.29/2 ile düzenlenmiş olmakla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de davada dürüstlük kuralının uygulanmasının bir gereği olarak tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu doktrinde⁶⁵ ve yargı kararlarında kabul edilmekteydi. Nitekim, tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü, bir üst kavram olan dürüstlük kuralının uygulanma örneğini oluşturmakta olup, söz konusu yükümlülüğün ihlali, aynı zamanda dürüstlük kuralının da ihlali anlamına gelmektedir⁶⁶.

2. Hukukî Niteliği

Konusunu, taraflarca iddia ve savunmanın dayanağını oluşturan vakialara ilişkin yapılan açıklamalar ve gösterilen deliller; yani dava malzemesinin teşkil ettiği “doğruyu söyleme” davranışı da⁶⁷, “dürüst davranma” kuralı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir yük (kulfet) değil, bir yükümlülük (ödev, mükellefiyet) olarak düzenlenmiştir⁶⁸. Nitekim taraflar, yargılama sırasında doğruyu söyleyip söylememe hususunda serbest bırakılmamıştır ve HMK m.29/2'ye aykırılık hâlinde çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür (HMK m.329/2, 375/1,g,h)⁶⁹. Ayrıca yargılamanın amacının gerçekleştirilmesine hizmet etmesi bakımından kamu düzenine ilişkin nitelik taşıması dolayısıyla hâkimin, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini re'sen gözetmesi gerekir⁷⁰.

⁶² Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.

⁶³ Cenk Akil, 'Avukatların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Y. 9, S. 35, s. 42.

⁶⁴ Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 43.

⁶⁵ Özkes, *Vekâlet Ücreti*, s. 32; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 497-500; Tercan, s. 183; Arslan, s. 116 vd.

⁶⁶ Arslan, s. 116; Tercan, s. 183, 185; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 497-498.

⁶⁷ Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 43.

⁶⁸ Wolfgang Krüger/Thomas Rauscher, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Baskı, Münih 2020, ZPO §138, Rn. 1; Kurt-Konca, s. 68-69; Pekcanitez/Erdönmez, s. 919.

⁶⁹ Kurt-Konca, s. 68-69.

⁷⁰ Kurt-Konca, s. 111, 283.

HMK m.29/2'de tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü, pozitif bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Esasen bu yükümlülük, taraflara subjektif anlamda gerçek beyanlarda bulunma yükümlülüğü yüklemesiyle pozitif karakterini ortaya koymakla birlikte, tarafların bilinçli şekilde gerçek dışı beyanlarda bulunmasını; yani yalan söylemesini yasaklaması dolayısıyla aynı zamanda negatif karaktere de sahiptir⁷¹. Bu hususta Alman hukuk doktrinde, doğruyu söyleme yükümlülüğü kapsamında beyanlarının subjektif olarak gerçeğe uygun olması gerekliliğinin yanında ayrıca bu yükümlülüğün negatif yönü bağlamında tarafların, gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyecek veya güçleştirecek olan hiçbir şeyi yapmamaları ve mahkemeye sundukları iddia ve savunmalarında gerçekten sapmamaları; özellikle karşı tarafın iddia ettiği hususların doğruluğunu biliyorlarsa bunları tartışmalı hâle getirmemeleri gerektiği kabul edilmektedir⁷².

Doğruyu söyleme yükümlülüğü, dürüst davranma yükümlülüğünün aksine, objektif nitelik taşımaz. Şöyle ki, bir vakıaya ilişkin objektif gerçek, tektir; subjektif gerçek ise, kişiden kişiye değişir⁷³. Bunun sebebi subjektif gerçeğin, kişinin beş duyu organı aracılığıyla algılaması sonucunda vakıayı, hafızasında kaldığı hâliyle ifade etmesi ile oluşmasıdır⁷⁴. İşte doktrinde yapılan bu ayrım kapsamında doğruyu söyleme yükümlülüğünün objektif değil, subjektif bir yükümlülük olduğu kabul edilmektedir⁷⁵. Nitekim, gerçeğin objektif olarak tespiti hâkimin görevidir⁷⁶. Ayrıca tarafların, iddia ve savunmalarını objektif gerçeğe uygun şekilde ortaya koyma yükümlülüğü altına sokulması, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını da engeller⁷⁷. Bu sebeple HMK m.29/2 ile taraflara yüklenen yükümlülük, tarafların ileri sürdüğü hususların fiili durumla tam olarak örtüşmesi; yani objektif açıdan doğruluğu değildir⁷⁸. Buna göre tarafların, davanın dayanağını oluşturan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapma yükümlülüğü altında olması onların, söz konusu hususları subjektif bir şekilde değerlendirerek kendi algıladığı hâliyle mahkemeye yansıtmalarına, iddialarını dayandırdığı vakıaları kendi kanaatine göre gerçek olduğuna inandığı şekilde mahkemeye sunmasına, ileri sürdüğü vakıayı ken-

⁷¹ Kurt-Konca, s. 59.

⁷² Christian Wolf/Nicola Ziebig, *Evidence in Civil Law - Germany*, Maribor 2015, s. 22; Tercan, s. 189-189, 190; Çoban, s. 594; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

⁷³ Kurt-Konca, s. 33.

⁷⁴ Kurt-Konca, s. 33.

⁷⁵ Christopher F. Weidt, *The Comparative Analysis of the UK and Germany in Civil Pleadings*, OPUS Siegen 2020, s. 30; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 3; Saenger, ZPO §138, Rn. 1; Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 2; Tanrıver, s. 417, 419; Tercan, s. 190 vd., 211; Papakçı, s. 103, 108-109; Kurt-Konca, s. 33-34, 123, 238 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Karslı, s. 238; Pekcanitez/Erdönmez, s. 919; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153.

⁷⁶ Tercan, s. 191; Kurt-Konca, s. 34.

⁷⁷ Kurt-Konca, s. 319.

⁷⁸ Tercan, s. 190-191; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

di sübjektif algılayış şekline dayanarak, kendi görüş ve anlayışları doğrultusunda ve kendi hafızasındaki şekliyle aktarmasına engel değildir⁷⁹. Nitekim Kanun burada tarafların sübjektif değerlendirmesini değil, bilinçli şekilde yalan söylemesini yasaklamaktadır⁸⁰. Başka bir ifade ile doğruyu söyleme yükümlülüğü, davanın taraflarının vakıaları, kasıtlı olarak kendi kanaati ile çelişen şekilde aktarmasını, doğru olmadığını bildiği iddiaları ileri sürmesini yasaklamaktadır⁸¹. Buna karşılık tarafların doğruluğundan emin olmadığı vakıaları doğru olduğu kanaati ile ileri sürmesi, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz⁸². Bu bağlamda tarafların, gerçek olmadığını bilmediği maddî vakıalara dayanması, bunları ispat amacıyla delil göstermesi, karşı tarafça ileri sürülen gerçek olduğunu bilmedikleri maddî vakıaları ve bunları ispat için getirilen delilleri tartışmaya açması mümkündür⁸³. Yine bir davada ispat yükü kendisine düşen tarafın doğru olduğuna inanarak dayandığı vakıaların doğruluğunu kanıtlayamaması da somut olaya göre doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmeyebilir⁸⁴. Bu durumda gerçek olduğuna inanarak gerçeğe aykırı bir hususu ileri süren taraf doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranmış olmazken; kendisinin gerçek olduğuna inanmadığı bir hususu ileri süren taraf, o husus gerçeğe uygun olsa bile, doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olmaktadır⁸⁵. Dolayısıyla tarafların gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi açıklamasının yasaklanması da sübjektif yönden değerlendirilmelidir. Örneğin objektif açıdan imkânsız bir olayı, tarafın psikolojik bir rahatsızlığı bulunması gibi özel bir durum nedeniyle sübjektif değerlendirmesiyle gerçekmiş gibi algılaması söz konusu olabilir ve böyle bir hâlde bahsi geçen kişi esasen olayları, kendi açısından gerçeğe uygun bir şekilde açıklamaktadır⁸⁶. Bu durumda taraf, HMK m.29/2'ye aykırı davranmış olmayıp, mahkeme davayı aydınlatırken tarafın beyanını kabul etmemekle yetinecektir⁸⁷.

Doktrindeki bazı yazarlar, tarafların farklı bir olay kurgulaması ve gerçek olmayan olayları gerçekmiş gibi açıklamasının yanında, somut gerçekleri bilerek

⁷⁹ Kurt-Konca, s. 239; Tercan, s. 190-191; Papakçı, s. 108-109.

⁸⁰ Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 2; Papakçı, s. 108-109; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Karslı, s. 238; Kurt-Konca, s. 35, 58, 61.

⁸¹ Wolf/Zeibig, s. 22; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 29; Karslı, s. 238-239; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 153.

⁸² Wolf/Ziebig, s. 22-23; Weidt, s. 30-31; Saenger, ZPO §138, Rn. 1; Kurt-Konca, s. 61, 278; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Karslı, s. 238 Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

⁸³ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 3; Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 2; Tanrıver, s. 417; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

⁸⁴ Arslan, s. 119.

⁸⁵ Tercan, s. 191; Kurt-Konca, s. 278.

⁸⁶ Papakçı, s. 109.

⁸⁷ *HMK Tasarısı*, s. 20; Papakçı, s. 109.

gizlemesinin de yasaklanmış olduğunu ileri sürmektedir⁸⁸. Hâlbuki taraflardan aleyhine olan hususları beyan etmesi beklenemeyecek olup, burada taraflara yüklenen yükümlülük, tarafların ileri sürdüğü hususların doğru olmasına, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmamasına ve gerek kendilerine gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptığı açıklamalar ile mahkemenin yanıtılmamasına ilişkindir⁸⁹.

3. Uygulama Alanı

Doğruyu söyleme yükümlülüğü, yargılamanın sadece sözlü kısmı veya duruşmalar için değil, yargılamanın her aşamasında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür⁹⁰. Bu yükümlülük daha davanın açılması anında doğmakta; davacı dava açarken ve dava dilekçesini hazırlarken (HMK m.119), davalı da savunmasını yaparken ve cevap dilekçesini hazırlarken (HMK m.129) bu yükümlülüğe uygun hareket etmek durumundadır⁹¹. Buna göre örneğin, dava konusu borcun ödendiğini bilen veya bu borcu kendisi ibra etmiş olan alacaklının, bu borcun ödenmesini dava etmesi hâlinde, daha davanın açılması aşamasında doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali söz konusudur⁹². Doğruyu söyleme yükümlülüğü, tarafların hem yazılı hem de sözlü beyanları için (örneğin, ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken)⁹³, bütün dava ve yargılama usûlleri (örneğin, hakem yargılaması)⁹⁴ için, yargılama yapan tüm yargı mercileri önünde, hükmün temyizi ve icrası aşamasında da mevcuttur⁹⁵. Bu kapsamda isticvabın yapılmasına ilişkin HMK m.173/2'nin, "*Hâkim, isticvaba başlamadan önce isticvap olunan tarafa gerçeği söylemesi gerektiği hususunu hatırlatır.*" hükmü, tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün isticvab sırasında da bulunduğunu ayrıca ve açıkça düzenlemiştir⁹⁶.

⁸⁸ Papakçı, s. 108-109.

⁸⁹ HMK Tasarısı, s. 20; Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

⁹⁰ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 1.

⁹¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayyaz/Hanağası, s. 172; Tercan, s. 183, 186; Kurt-Konca, s. 147 vd.

⁹² Erdal Tercan, *Medeni Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara 2001, s. 189-190.

⁹³ Ermenek, s. 158; Adem Albayrak, 'Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Y. 11, S. 41, s. 519; Kurt-Konca, s. 179; Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

⁹⁴ Kurt-Konca, s. 157-158.

⁹⁵ HMK Tasarısı, s. 20; Weidt, s. 29-30; Tercan, s. 187, 211; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 500; Arslan, s. 119; Kurt-Konca, s. 70, 147 vd., 179; Tanrıver, s. 418; Pekcanitez/Erdönmez, s. 917-918.

⁹⁶ Bu bağlamda doktrinde, sırların korunması gerekliliği ve menfaat ihlali tehlikesinin bulunması durumunda, tanıklara sağlanan tanıklıktan çekinme imkânının isticvabtan kaçınma veya isticvab olunacak vakialara dair susma hakkı şeklinde isticvab olunacak tarafa da sağlandığının kabu-

4. Kapsamı

a. Süjesi

HMK m.29/2 ile getirilen yükümlülük, davacı veya davalı olduğuna bakılmaksızın davanın taraflarını⁹⁷, taraflar dışında ise tarafların yasal temsilcileri (veli veya vasileri) ile davaya müdahil olarak katılanları kapsamakta olup⁹⁸, tanık, bilirkişi gibi davanın tarafı olmayan kişilerin dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülükleri HMK m.29'dan değil, ilgili sair düzenlemelerden kaynaklanmaktadır⁹⁹. Buna karşılık, tasfiye memuru, iflâs idaresi gibi görevi gereği belirli bir malvarlığını temsil ettiğinden davada taraf durumunda bulunanlar, ihtiyari ve mecburi dava arkadaşları ile davaya aslî veya fer'î olarak müdahale edenler için de HMK m.29/2 uyarınca doğruyu söyleme yükümlülüğü uygulama bulur¹⁰⁰.

HMK m.29'un tarafların vekillerini de kapsayıp kapsamadığı hususu ise doktrinde tartışmalı olup bu hususta hâkim görüşteki yazarlar, tarafların kendilerini iradi temsilci ile temsil ettirmesi hâlinde gerçeği söyleme yükümlülüğünün avukatlar için, Avukatlık Kanunu m.34'ün yanı sıra HMK m.29 kapsamında da mevcut olduğunu ileri sürmektedir¹⁰¹. Buna göre avukatın, ancak karşı tarafın ileri sürdüğü iddiaların doğru olmadığına kanaat getirmesi durumunda karşı iddiada bulunması; bu hususların geçerli olmadığını gerçeğe aykırı ve keyfi olarak iddia etmemesi; müvekkilinin doğru olmadığından emin olduğu iddialarını davada ileri sürmemesi gerekir¹⁰². Buna karşılık bazı yazarlar ise, taraf vekillerinin HMK m.29'un kapsamında dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün, taraflarca kendilerine aktarılan bilgilerin mahkemeye yazılı ve sözlü şekilde beyanı ile sınırlı olduğunu düşünmektedir¹⁰³. Buna göre taraf vekillerinin, taraflarca kendilerine yapılan gerçeğe uygun açıklamaları gerçeğe aykırı şekilde mahkemeye

lünün; bu sebeple de davanın taraflarından birinin şahsen isticvabı sırasında anılan sebeplerle cevap vermekten kaçınması hâlinde, bunun o tarafın aleyhine yorumlanmaması gerektiği ifade edilmektedir (Tercan, s. 249). Başka bir anlatımla, bu görüş uyarınca, HMK m.171'in, "*ilgili tarafın geçerli bir özürlü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvab konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı*"na dair hükmünün, bu takdirde uygulama bulmaması gerekir.

⁹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 171; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 500; Tercan, s. 188; Kurt-Konca, s. 162-164; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 107-108.

⁹⁸ Weidt, s. 30; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 500; Tercan, s. 188; Kurt-Konca, s. 165-168; Mustafa Göksu, 'Türk Hukuk Yargılaması ile Mukayeseli Olarak Amerikan Hukuk Yargılamasında Gıyapta Hüküm (Default Judgment)', *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 25, S. 4, s. 48; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 122; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 42, 46.

⁹⁹ Papakçı, s. 110; Kurt-Konca, s. 109. Karşı görüş için bk. Direnisa, s. 278, dipnot 78.

¹⁰⁰ Tercan, s. 188.

¹⁰¹ Pekcanitez/Erdönmez, s. 917; Kurt-Konca, s. 170, 175 vd.; Tercan, s. 188; Tanrıver, s. 418; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 41, 46-47.

¹⁰² Tercan, s. 188; Kurt-Konca, s. 170, 175-176.

¹⁰³ Papakçı, s. 110-111.

beyanı veya bunları gizlemesi hâlinde bunun, madde metninde taraf vekillerinden bahsedilmemiş olunması sebebiyle HMK m.29 kapsamında sayılmayacağı; ancak taraf vekillerinin bu şekildeki dürüst olmayan davranışlarından ve gerçeğe uygun olmayan beyanlarından doğacak zarardan müvekkillerine karşı ve meslek kuralları dolayısıyla disiplin yönünden sorumlu olacağı iddia edilmektedir¹⁰⁴.

b. Konusu

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün düzenlendiği HMK m.29/2, "*Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.*" şeklindedir. Dolayısıyla söz konusu yükümlülük, davanın temeli olan vakıalara, hükme esas teşkil edecek dava malzemesine; başka bir deyişle, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları fiili sebeplere ve delillere ilişkindir¹⁰⁵. Üçüncü bir kişi tarafından inceleme ve kontrole açık tüm dahili ve harici vakıalar, hukukî olaylar, fiiller ve işlemler bu kapsamdadır¹⁰⁶. Doktrindeki bir görüş uyarınca, maddede yer alan "*davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalar*" ibaresi, davanın dayanağı olan olayların neler olduğuna ilişkin ayrımın nasıl yapılacağı ile davanın dayanağı olmayan olaylara ilişkin açıklamaların gerçeğe uygun yapılmasının zorunlu olup olmadığı belirsizlik taşıdığı ve yapılan bu ayrım, söz konusu düzenlemenin uygulanmasını güçleştirdiği için isabetli değildir¹⁰⁷.

Doğruyu söyleme yükümlülüğü tarafların, doğru olmadığını bildiği hususları davaya getirmemesini ve yalan söylememesini gerektirir¹⁰⁸. Dolayısıyla taraflar, gerek kendi lehlerine gerekse karşı taraf aleyhine ileri sürdüğü hususlar bakımından mahkemeyi yanıltmamalıdır¹⁰⁹. Buna göre, tarafların, davanın temeline (vakıalara) ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde yapması; karşı tarafın dayandığı vakıanın doğru olduğunu bilmesine rağmen buna karşı çıkıp deliller göstermeye çalışmaması gerekmektedir¹¹⁰. Yine buna göre davacı, bir hakka engel olan veya ortadan kaldıran bir vakıayı biliyorsa bunu tartışmalı hâle getirmeye

¹⁰⁴ Papakçı, s. 110-111.

¹⁰⁵ Tanrıver, s. 417; Tercan, s. 189; Ermenek, s. 158; Karslı, s. 238; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153. Kurt-Konca'ya göre, tarafların iddia ve savunmalarının temelini oluşturan vakıalara ilişkin beyan ve açıklamalarının doğruluğu, "dar anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü"nün; vakıalara ilişkin açıklamaların yanında kimlik ve adres bilgileri, deliller ve hukukî sebebe ilişkin açıklamaların doğruluğu ise, "geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü"nün kapsamını teşkil eder (Kurt-Konca, s. 179 vd., 223).

¹⁰⁶ Tercan, s. 189.

¹⁰⁷ Papakçı, s. 109.

¹⁰⁸ Wolf/Ziebig, s. 22; Tercan, s. 185; Tanrıver, s. 417; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

¹⁰⁹ Ermenek, s. 158; Albayrak, s. 520; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.

¹¹⁰ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 13; Tanrıver, s. 417; Arslan, s. 117; Kurt-Konca, s. 58, 239, 277; Pekcanitez/Erdönmez, s. 919.

çalışmamalıdır¹¹¹. Burada yasaklanan husus gerçeğe aykırı iddiada bulunulması olduğundan taraflar, gerçek olup olmadığı konusunda emin olmadığı vakialara dayanabilir; karşı tarafça ileri sürülen vakıaların doğru olduğunu bilmiyorsa bunları tartışabilir¹¹². Bu kapsamda tarafların yargılama süreci başladıktan sonra gerçekleşen değişiklikleri de mahkemeye açıklaması gerekebilir¹¹³. Örneğin, hasta ve yaşlı annesinin oturması için kiracısına gereksinim sebebiyle tahliye davası (TBK m.350) açan kiralayanın annesinin, yargılama henüz devam ederken ölmesi hâlinde bu durumun mahkemeye bildirilmemesi, doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık oluşturur¹¹⁴.

Yargıtay'ın tarafların aleyhine olan vakıaları bildirmeyebileceği görüşüne karşılık doktrindeki bir görüş, tarafların vakıalara ilişkin açıklamalarını, sadece kendi lehine olanları seçerek değil, gerçeği eksik beyanlarla saptırmadan ve değiştirmeden, tam şekilde yapması gerektiği; gerçeğin bir kısmının söylenmesi ile gerçeği söyleme yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılmayacağı; özellikle eksik bilgi verilmesinin gerçeğe aykırı bir durumu ortaya çıkarması hâlinde, doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranıldığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹¹⁵. Buna göre, her iki taraf da uyuşmazlık hakkındaki açıklamalarını, kendi lehine veya aleyhine olduğu fark etmeksizin, tam olarak yapmalıdır¹¹⁶. Buna karşılık örneğin, davalıya açtığı tazminat davasında her ne kadar tüm vakıaları tam olarak mahkemeye sunması gerekse de davacı, davalının dayandığı vakıaları mahkemeye sunmak zorunda değildir¹¹⁷. Nitekim bunları, mesela davacının kusuruna ilişkin vakıaları, mahkemeye davalının sunması gerekir¹¹⁸. Yine bu görüş uyarınca, tarafların kendisi hakkında suç teşkil eden bir konuda açıklama yapma yükümlülüğü de bulunmamaktadır¹¹⁹.

Kanımızca yukarıda zikredilen görüş, Alman Medenî Usûl Kanunu'nun konuyu düzenleyiş biçimini çağrıştırmaktadır¹²⁰. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun ilgili hükmü uyarınca, "*Taraflar, vakıalara ilişkin beyanlarını tam ve gerçeğe*

¹¹¹ Arslan, s. 117; Tercan, s. 189-190; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 44.

¹¹² Arslan, s. 118; Kurt-Konca, s. 61, 278; Pekcanitez/Erdönmez, s. 919.

¹¹³ Weidt, s. 32; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 5; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 31.

¹¹⁴ Weidt, s. 32.

¹¹⁵ Arslan, s. 117-118; Tercan, s. 184-185; Pekcanitez/Erdönmez, s. 922.

¹¹⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 922.

¹¹⁷ Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 4; Pekcanitez/Erdönmez, s. 922.

¹¹⁸ Pekcanitez/Erdönmez, s. 922.

¹¹⁹ Saenger, ZPO §138, Rn. 2; Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 3; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 14; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 31.1; Pekcanitez/Erdönmez, s. 922.

¹²⁰ Nitekim *Yılmaz* da HMK m.29/2'de düzenlenen "doğruyu söyleme yükümlülüğü"nın, Alman hukukundaki "gerçeği söyleme yükümlülüğü" kurumunun etkisi altında kalınarak benimsendiğini düşünmektedir (Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 320).

uygun bir şekilde sunmalıdırlar.” (ZPO §138 Abs.1)¹²¹. HMK m.27/2’de ise söz konusu yükümlülük, “Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.” şeklinde kaleme alınmış olup, burada Alman Medenî Usûl Kanunu’nda olduğunun aksine, açıklamaların tam bir şekilde yapılması gerektiği ibaresi yer almamakta; açıklamaların sadece gerçeğe uygun bir biçimde yapılması gerektiğine işaret edilmektedir. Nitekim doktrinde de bahsi geçen görüşün, taraflarca getirilme ilkesinin (HMK m.25) egemen olduğu hukukumuzda, davanın taraflarının kendi aleyhine olan bir vakıayı mahkeme önüne taşımalarının insan doğasına ve hayatın olağan akışına aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle isabetsizliğine dikkat çeken yazarlar mevcuttur¹²². Dolayısıyla Türk hukukunda, Alman hukukunda olduğunun aksine, tarafların beyanlarını kendi aleyhine olan vakıalar bakımından tam; yani eksiksiz şekilde yapmasına ilişkin bir yükümlülük benimsenmiş olmadığından, maddî vakıalara ilişkin beyanların eksiklik içermesinin, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiği gibi, bu yükümlülük ancak aktif bir davranışta bulunulması suretiyle ihlal edilebileceğinden, bazı vakıaların hiç açıklanmaması; yani susma hâlinde de kural olarak bu yükümlülüğün ihlalinin bahsedilemez¹²³. Nitekim taraflar, kendi menfaatine olan hususları ileri sürüp sürmemekte serbest olduğu gibi, aleyhine olan hususları da ileri sürmek zorunda değildir¹²⁴.

Daha önce de açıklandığı üzere tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün, hükme esas teşkil edecek gerçek durumu yansıtan dava malzemesinin; yani vakıa ve delillerin getirilmesiyle ilgili olduğu kabul edilmektedir¹²⁵. Başka bir anlatımla söz konusu yükümlülük, hükme esas teşkil edecek gerçeklerin doğru şekilde beyanına ilişkin olup, davayı uzatmak için yapılan işlem ve davranışlar

¹²¹ Anılan düzenleme sebebiyle Alman hukukunda mahkemenin kararına etki edebilecek bir bilginin hiç açıklanmaması veya eksik açıklanması da doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder (Weidt, s. 32; Saenger, ZPO §138, Rn. 2; Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 5; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 5).

¹²² Tanrıver, s. 417-418; Kurt-Konca, s. 252-253.

¹²³ Kurt-Konca, s. 75, 123, 279, 309; Ermenek, s. 158.

¹²⁴ Ermenek, s. 158; Albayrak, s. 520; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Pekcanitez/Erdönmez, s. 917; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 152; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T. Aksi yöndeki görüş için bk. Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 45. Yazar, kural olarak tarafların kendi aleyhine olan vakıaları ileri sürme yükümlülüğü altına sokulmaması gerektiğini ifade etmekle beraber bu kurala bir istisnanın tanınması gerektiğini düşünmektedir. Buna göre, tarafın pasif kalması mahkemenin dava konusu olayın meydana geliş şeklini yanlış algılamasına yol açabilecek ve bu durum hükmün sonucunu etkileyebileceksa, tarafın kendi aleyhine olan vakıaları da beyan etmek zorunda olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte aleyhe olan vakılardan hangilerinin ileri sürülmesinin gerektiği hakkında baştan kesin bir kriter belirlemenin mümkün olmaması sebebiyle, tarafın aleyhinde olan vakıayı mahkemeye bildirmemesinin gerçeği söyleme yükümlülüğünü ihlâl edip etmediğinin her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹²⁵ Arslan, s. 116; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 498; Kurt-Konca, s. 64; Ermenek, s. 158; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 43.

gibi bunun dışındaki dürüstlük kuralı ihlalleri, doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmez¹²⁶. Ayrıca doğruyu söyleme yükümlülüğünün kapsamı, olaylara ilişkin yapılan açıklamalar ile sınırlı olup, hukukî değerlendirmenin hâkim tarafından yapılacak olması sebebiyle tarafların uygulanacak hukuk kuralına ilişkin açıklamaları ile ileri sürülen vakıaların hukukî nitelendirmesinin doğruluğunu içermez¹²⁷. Yine taraflarca bir delilin mahkemeye sunulmaması veya hâkimin taraflardan açıklama istemesi, taraflara soru sorması ya da taraflardan delil göstermesini istediği hâllerde buna uyulmaması da doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmez¹²⁸.

c. Sınırları

Doğruyu söyleme yükümlülüğünün sınırını, en başta tarafların algısı ve bilgisi oluşturmaktadır¹²⁹. Doktrinde ayrıca, bazı hâllerde tarafların menfaatinin de doğruyu söyleme yükümlülüğünün sınırını teşkil edebileceği; dolayısıyla da doğruyu söyleme yükümlülüğünün, davanın taraflarının kendi aleyhine olan maddî vakıaları da mahkeme önüne taşınmasını öngören bir içerik taşıy şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁰. Buna göre doğruyu söyleme yükümlülüğüne uyulması hâlinde davanın taraflarından birinin şeref ve haysiyeti zedelenecek veya taraflardan biri cezai kovuşturma ile karşılaşacaksa, bu durumda doğruyu söyleme yükümlülüğünden vazgeçilmesi gerekmektedir¹³¹. Nitekim yerel bir mahkemece, HMK'nın 29. maddesinin doğruyu söyleme yükümlülüğünü düzenleyen 2. fıkrasının, Anayasa'nın 2.¹³², 36/I.¹³³ ve 38/V.¹³⁴ maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi isteminin Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından reddedilmiş olması da bu hususu desteklemektedir¹³⁵.

Yukarıda anılan iptal davasında başvuruda bulunan yerel mahkeme, iptal başvurusuna ilişkin kararının gerekçesinde şu ifadelerle yer vermiştir:

¹²⁶ Arslan, s. 116; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 498.

¹²⁷ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 2; Papakçı, s. 109; Tercan, s. 190; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 43. Aksi yöndeki görüş için bk. Kurt-Konca, s. 224, 232-233.

¹²⁸ Papakçı, s. 114.

¹²⁹ Kurt-Konca, s. 238-239.

¹³⁰ Tanrıver, s. 418; Kurt-Konca, s. 238, 246 vd.; Ermenek, s. 158; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153.

¹³¹ Tanrıver, s. 418; Tercan, s. 192; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 46; Kurt-Konca, s. 257 vd.

¹³² Anayasa m.2 uyarınca, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

¹³³ Anayasa m.36/I uyarınca, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

¹³⁴ Anayasa m.38/V uyarınca, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."

¹³⁵ AYM, 2012/4 E. 2012/130 K. 27.09.2012 T.; 10.12.2013 T. 28847 S. Resmî Gazete.

“... yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde kanun, dava taraflarına davanın dayanağı olan olaylara ilişkin gerçeğe uygun bir biçimde açıklama yapma yükümlülüğü getirmeyerek bir düzenlenmeye gitmemiş, bu nedenle kanunun veya hâkimin dava taraflarına dava konusu yapılan olaylara ilişkin bir zorlama, iradelerine tesir etme gibi bir durum söz konusu değil iken; 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 29. maddesinin 2. fıkrasında emredici bir şekilde önceki yasadan farklı olarak bu husus açıkça düzenlenmiş, bu nedenle gerek kanun gerekse mahkemeler, tarafların davanın dayanağı olan olaylar hakkında yapılan açıklamaların gerçeğe uygun bir şekilde yapılması hususunda dava taraflarını zorlayacağı hükmü getirilmiştir. ... Anayasanın ... amir hükümleri ve evrensel hukukun genel ilkeleri gözetildiğinde gerek dava hâkimi gerekse kanunun hiçbir hükmü dava konusu yapılan, konusu suç teşkil eden veya teşkil etmesi ihtimali olan olay ve fiiller hakkında kendisini veyahut kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yolla delil göstermeye zorlanamayacağı aşikardır.”

İptal başvurusunda bulunan yerel mahkemenin, HMK m.29/2'nin, başvuruda belirtilen Anayasa hükümlerince korunan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan “susma ve kendini suçlamama” hakkına aykırılık teşkil ettiği yönündeki çekincesi karşısında Anayasa Mahkemesi, verdiği ret kararında isabetli bir şekilde şu açıklamayı getirmiştir:

“Belirtilen Anayasa hükümleriyle korunan “susma ve kendini suçlamama” hakkının ihlalinden söz edilebilmesi için kişinin, kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanması gerekir. İtiraz konusu kuralda, hukuk mahkemelerinde tarafların davanın dayanağını oluşturan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun şekilde yapma yükümlülükleri düzenlenmiştir. ... Bu yükümlülük, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin olarak tarafları gerçek dışı beyan ve delilleri ileri sürmeme ödevi altına sokmaktan ibaret olup bunun taraflara kendi aleyhlerine olan hususları mahkemeye sunma veya aleyhlerine ileri sürülen hususları kabul etme ödevini yüklediği açıktır. Bir başka ifadeyle, taraflar aleyhlerine olan veya kendileri hakkında suç teşkil eden bir konuda açıklama yapmama hakkına sahip olup kuralın, tarafları buna zorlayan bir yönünün bulunduğu söylenemez.”

II. DÜRÜST DAVRANMA VE DOĞRUYU SÖYLEME YÜKÜMLÜLÜKLERİNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

A. Genel Açıklama

Kural olarak, tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığının hâkim tarafından ayrıca incelenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır¹³⁶. Buna karşılık, tarafların dürüst davranmadığı veya doğruyu söylemediğinin dava kapsamından anlaşılması hâlinde, dürüst davranma ve doğruyu söyleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda taraflar için birer yükümlülük olarak düzenlenmiş olduğundan, bazı yaptırımlarla karşılaştırılması kaçınılmazdır¹³⁷. Nitekim bir yükümlülüğün ihlali, ihlalde bulunan kişinin hukukî sorumluluğunu doğurur veya mevcut hukukî sorumluluğunu genişletir¹³⁸.

Taraflarca yargılama sürecinin herhangi bir safhasında dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının çiğnenmesi veya bilerek gerçeğe aykırı beyanda bulunulması, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir¹³⁹. Böyle bir ihlalin varlığı hâlinde karşılaşılabilecek yaptırımlar, usûl hukuku alanında olabileceği gibi icra ve iflas hukuku¹⁴⁰, maddî hukuk

¹³⁶ Andrea Wall, 'Austria & Germany: A History of Successful Reforms', *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*, 2013, Volume 31, Chapter 7, s. 156.

¹³⁷ Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 32; Tercan, s. 204 vd.

¹³⁸ Arslan, s. 60; Kurt-Konca, s. 65-66.

¹³⁹ Kurt-Konca, s. 277.

¹⁴⁰ Arslan, s. 134 vd. Bu hususa ilişkin olarak Y12HD'nin 2013/9819 E. 2013/19458 K. sayılı ve 27.05.2013 tarihli kararında, alacaklının para borcuna veya teminat verilmesine dair ilama dayalı olarak ilamsız icra takibi yapması, İcra ve İflas Kanunu (İİK) m.32'nin emredici hükmüne aykırılık teşkil edeceği gibi, HMK m.29'da düzenlenen dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacağından, bu talebin hukuk düzeni tarafından korunamayacağına hükmedilmiştir. YİBGK ise 2017/2 E. 2017/3 K. sayılı ve 26.05.2017 tarihli kararı ile ilamların genel haciz yolu ile ilamsız takibe konu edilmesinin icra hukukuna ve yargılama tekniğine uygun düşmediği; ayrıca böyle bir yolun tercih edilmesinin mahkemeleri de gereksiz yere ve mükerrer biçimde işgal edeceği; hiçbir belgeye dayalı olmaksızın icra takibine girişmek yerine alacağını hüküm altına aldirmek yolunu seçen alacaklının, bu seçimini takip aşamasında değiştirip ilama bağlı alacağını ilamsız takibe koymasının haklı görülemeyeceği; bu yola başvurmakta alacaklının hukukî yararının bulunmadığı gibi borçlunun hukukî durumunun ağırlaştırıldığı ve taraflar arasındaki menfaatler dengesinin bozulduğu sonucuna varmış ve içtihatların "[ilama dayalı bir alacağın ilamsız takip konusu yapılamayacağı]" yönünde birleştirilmesine karar vermiştir. İcra ve iflas hukukundaki yaptırımlara bir başka örnek olarak, İİK m.67/II uyarınca, "[İtirazın iptali] davada[sında] borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir." Dolayısıyla, ilamsız icrada borçlunun ödeme emrine yaptığı itiraz üzerine alacaklı, itirazın iptali davası açar ve borçlu itirazında haksız bulunursa borçlu, icra inkâr tazminatına; alacaklı takibinde haksız bulunursa da alacaklı, belli bir miktar tazminata mahkûm edilir. Doktrindeki bir görüş uyarınca, söz konusu davada borçlunun itirazının veya alacaklının takibinin haksız olup olmadığı belirlenirken başvurulacak kriterlerden birini dürüstlük kuralı (TMK m.2) teşkil etmektedir (Cenk Akil, 'İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 1, s. 317, 326-329).

ve hatta ceza hukuku¹⁴¹ açısından da söz konusu olabilir¹⁴². Buna ilişkin olarak HMK m.29'un gerekçesinde de dürüstlük kuralının taraf usûl işlemlerinde etkisini göstereceği ve dürüstlük kuralına aykırılık hâlinde işlemin hukukî sonuç doğurmasının mahkemece önleneceği açıkça belirtilmiştir¹⁴³. Doktrindeki bir görüş uyarınca, madde gerekçesinde yapılan bu açıklama sakıncalı bulunmakta; çünkü tarafların dürüst olmayan işlemlerinin sonuç doğurmasının engellenmesi yetkisinin hâkime tanınmasının, hâkimlerin bu hususta keyfi davranmasının yolunu açabileceği ve böylece tarafların adil yargılanma haklarının doğrudan mahkemece ihlal edilmesi sonucunun doğabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁴.

Doktrinde, doğruyu söyleme yükümlülüğüne uymanın tarafların iradelerine bırakıldığını ve dolayısıyla bu yükümlülüğe aykırı davranışın, tarafların savunma hakkını ortadan kaldıracak şekilde uygulanması çekincesi ile herhangi bir yaptırımının kanunkoyucu tarafından öngörülmeyle söz konusu düzenlemenin “ölü doğmasına göz yumulduğu”nu ve bu yükümlülüğün pratikte bir anlamı da bulunmadığını ileri süren bir görüş mevcuttur¹⁴⁵. Bu görüş uyarınca ayrıca, doğruyu söyleme yükümlülüğünün düzenlendiği HMK m.29/2 hükmü, “*Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır.*” şeklinde kaleme alınmış olan HMK m.128 hükmü ile çelişki içinde olup buna göre, cevap dilekçesini vermemiş olan davalı daha yargılamanın başında doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranmış sayılacağı için söz konusu yükümlülüğün herhangi bir yaptırımı tabi olmaması

¹⁴¹ Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı davranış, somut olayın özelliklerine göre taraflar bakımından dolandırıcılık suçu [Türk Ceza Kanunu (TCK) m.157], yargı görevi yapma etkillemeye teşebbüs suçu (TCK m.277), adil yargılamayı etkillemeye teşebbüs suçu (TCK m.288), hakaret suçu (TCK m.125), iftira suçu (TCK m.267) veya yanlış adres bildirme ve yalan beyanda bulunma suçu (Tebliğat Kanunu m.53); avukat bakımından ise Avukatlık Kanunu m.134 uyarınca disiplin cezasını gerektiren bir suç olarak ortaya çıkabilir (Tercan, s. 210-211; Kurt-Konca, s. 327 vd.). Bu bağlamda AYM'nin bir kararında yer alan, doğruyu söyleme yükümlülüğünü düzenleyen kural (HMK m.29/2) ile taraflara yüklenen doğruyu söyleme ödevinin, cezai yaptırımı olmayan usûlî bir yükümlülük olduğu; madde gerekçesinde de, “*Bu ödevde aykırılık hâlinde beyanlar dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir.*” denilmek suretiyle bu yükümlülüğe aykırı davranışın “beyanların dikkate alınmaması” dışında herhangi bir hukukî sonucunun olmayacağına açıkça belirtildiği yönündeki görüşe (AYM, 2012/4 E. 2012/130 K. 27.09.2012 T., 10.12.2013 T. 28847 S. Resmî Gazete) katılmak mümkün değildir. Doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılığın ceza hukuku alanındaki yaptırımlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bk. Kurt-Konca, s. 327 vd.

¹⁴² Tercan, s. 204-205, 212.

¹⁴³ HMK Tasarısı, s. 20.

¹⁴⁴ Papakçı, s. 111.

¹⁴⁵ Papakçı, s. 103-104, 112. Yazar, Türk hukukuna ilk defa 2011 tarihli HMK ile giren tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünün, TMK m.2'nin usûl hukukuna olan bir yansıması olarak algılanamayacağını; söz konusu yükümlülük yasalasmadan önce tarafların davanın dayanağı olan olaylara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun şekilde yapmak zorunda olmadığını; bu yöndeki bir davranışın TMK m.2'ye aykırılık olarak değerlendirildiği bir kararın ve hatta bu hususta bir tartışmanın mevcut olmadığını ileri sürmektedir.

isabetli bulunmaktadır¹⁴⁶. Hâlbuki doğruyu söyleme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsurudur¹⁴⁷. Bir diğer anlatımla dürüstlük kuralı, doğruyu söyleme yükümlülüğüne göre bir üst kavramdır. Dolayısıyla dürüst davranma yükümlülüğünün ihlali hâlinde uygulanabilecek genel hükümler, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali hâlinde de uygulama alanı bulur¹⁴⁸. Ayrıca “doğruyu söyleme” davranışının Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bir yük değil de yükümlülük olarak düzenlenmiş olması da¹⁴⁹, zaten bu davranışa uyulmaması hâlinde yaptırımla karşılaşılacağı ve tarafların bu davranışta bulunup bulunmama konusunda serbest bırakılmadığı anlamına gelir¹⁵⁰. Bununla birlikte HMK m.29/2 hükmünün HMK m.128 hükmü ile çeliştiğine ilişkin tespit, doğruyu söyleme yükümlülüğü pasif değil, aktif bir yükümlülük olduğundan isabetli değildir¹⁵¹. Bu durumda kanımızca, HMK m.29/2’nin uygulanması tarafların iradesine bırakıldığı için hükmün etkisiz olduğuna ve bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde herhangi bir yaptırımla karşılaşılacağına dair anılan görüşe katılmak mümkün değildir.

B. Maddî Hukuktaki Yaptırımlar

1. Uğranılan Zararı Tazmin Yükümlülüğü

Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali hâlinde maddî hukuk alanında karşılaşılacak en doğal sonuç, ihlali gerçekleştiren tarafın kusurunun sabit olması hâlinde hukukî sorumluluğunun doğması; başka bir anlatımla, söz konusu yükümlülüğe aykırı davranmak suretiyle karşı tarafa verilen zararın, Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümleri (TBK m.49 vd.) uyarınca tazminidir¹⁵².

¹⁴⁶ Papakçı, s. 113, 116.

¹⁴⁷ *HMK Tasarısı*, s. 20; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 497-498; Tercan s. 191; Kurt-Konca, s. 141-142.

¹⁴⁸ Kurt-Konca, s. 287.

¹⁴⁹ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 1; Kurt-Konca, s. 68-69; Pekcanitez/Erdönmez, s. 919.

¹⁵⁰ Arslan, s. 61; Kurt-Konca, s. 68-69; Eren, s. 28.

¹⁵¹ Farklı gerekçe ile aynı yöndeki görüş için bk. Göksu, *Gıyapta Hüküm*, s. 47-48. Yazar, HMK m.128’in, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün sınırlarını belirlediğini; buna göre kanunoyucunun susma hakkını bu yükümlülüklerden daha üstün tutmuş olduğunu ifade etmektedir.

¹⁵² Musielak/Voit, ZPO §138, Rn. 8; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 15; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 2.1; Kurt-Konca, s. 312 vd.; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Pekcanitez/Erdönmez, s. 921. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle zarara uğramış olan taraf uğradığı zararın giderilmesi için tazminat davası açmaktan başka, durdurma, önleme ve tespit davaları da açabilir (Edis, s. 331). Bununla birlikte istisnaî, özellikle kamu düzenini ilgilendiren hâllerde zararın giderilmesi, özel kanunî düzenleme ile sağlanabilir (Kurt-Konca, s. 313-314). Örneğin, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun “Gelir ve aylık bağlanmayacak hâller” kenar başlıklı 56. maddesinin, “Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır.” şeklindeki son fıkrası, esasen boşanma davalarında doğruyu söyleme yükümlülüğü ihlal edilerek alınan boşanma kararının fer’î bir sonucu olarak Sosyal Güvenlik Kurumu’nun uğradığı zararın giderilmesini sağlayan özel bir

Buna göre bir kimsenin dürüst davranma yükümlülüğüne aykırı bir şekilde, örneğin mevcut olmadığını bildiği bir alacağın tahsili için dava açması veya icra takibi başlatması hâlinde bu kişi, bundan dolayı karşı tarafa vermiş olduğu zararı tazmin etmek mecburiyetinde kalacaktır¹⁵³. Benzer şekilde örneğin, doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali sebebiyle yargılama uzamış ise talep sonucuna geç ulaşılmamasından kaynaklı gecikme faiziyle karşılanamayan zararlar da bu kapsamda giderilebilir¹⁵⁴. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık sebebi ile yargılamanın iadesi (HMK m.375/1,h) söz konusu olduğunda da karşı taraf, bu sebeple uğradığı zarar için tazminat talep edebilir¹⁵⁵.

Haksız fiilin unsurlarını ihtiva eden TBK m.49/I uyarınca, *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* TBK m.49/II uyarınca ise, *“Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali sebebi ile ortaya çıkan zararın bu iki fıkradan hangisine dayanılarak tazmin edileceğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen bir görüş, tarafların, iddia ve savunmalarının temelini oluşturan vakıalara ilişkin beyan ve açıklamalarını gerçeğe uygun yapmamaları sebebi ile meydana gelen ve usûl hukuku araçlarıyla giderilemeyen zararın tazmini için TBK m.49/I’ın uygulanması gerektiği yönündedir¹⁵⁶. Buna göre, vakıalar dışındaki hususlarda yalan beyanda bulunulmasından doğan zararın usûl hukuku araçları ile giderilememesi hâlinde ise, TBK m.49/II uygulama alanı bulmalıdır¹⁵⁷. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün, “dar anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü” ve “geniş anlamda doğruyu söyleme yükümlülüğü” şeklinde bir ayrıma tabi tutularak incelenmesine dayanan bu görüş, vakıalar dışında kalan hususlara ilişkin ihlalin, HMK m.29/2’ye değil, genel olarak dürüst davranma yükümlülüğüne; yani HMK m.29/1’e aykırılık teşkil ettiğini ifade etmektedir¹⁵⁸. Bu durumda HMK m.29/2’ye aykırılıktan doğan zararın tazmini için doğruyu söyleme yükümlülüğünün herhangi bir kusurlu davranış; yani kast veya ağır, orta ya da hafif ihmal ile ihlali yeterliyken; HMK m.29/1’e ay-

düzenlemez. Nitekim böyle bir durumda taraflar boşanma kararını, ancak mahkemeye bilinçli olarak yalan beyanda bulunarak almış olabilirler. Bu husustaki başka bir örneği ise haksız yere sahtelik iddiası hâllerinde zararın giderimi için başvurulacak özel bir hüküm olan, *“Sahtelik iddiası sonunda haksız çıkan taraf kötüniyetli ise bu sebeple ertelenen her bir duruşma için celse harcına ve talep hâlinde bu sebeple diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmeye mahkûm edilir.”* şeklindeki HMK m.213/1’dir.

¹⁵³ Rasih Yeğencil, ‘Dava ve Müdafaa Hakkının Sui İstimali ve Bundan Mütevellit Hukukî Mesuliyet’, *Ankara Barosu Dergisi*, 1944, S. 8, s. 8.

¹⁵⁴ Kurt-Konca, s. 312-313.

¹⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153.

¹⁵⁶ Kurt-Konca, s. 318-319.

¹⁵⁷ Kurt-Konca, s. 319.

¹⁵⁸ Kurt-Konca, s. 319.

kırlıktan doğan zararın tazmini için ise, dürüst davranma yükümlülüğünün mutlaka kasten ihlal edilmiş olması gerekecektir. Biz ise, HMK m.29'da düzenlenen bu iki yükümlülüğe aykırılıktan doğan zararın tazmini bakımından böyle bir ayırım yapılmamasını isabetli bulmuyor ve her iki yükümlülüğün kusurlu bir şekilde ihlalinin tazminat yükümlülüğü doğuracağını düşünüyoruz.

2. Elde Edilmesi Amaçlanan Hakkın Engellenmesi

Bir hakkın varlığı veya doğumu kadar, bu hakkın hukuk düzeni önünde nasıl savunulduğu veya ileri sürüldüğü de önemlidir¹⁵⁹. Nitekim maddi hukuk açısından dürüstlük kuralına aykırı davranış yoluyla elde edilmesi amaçlanan hakkın engellenmesi kaçınılmazdır. Bu hususta örnek vermek gerekirse dürüstlük kuralı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkının da sınırını teşkil eder¹⁶⁰. Şekle aykırılık iddiasının hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hâllerde, şekle aykırılığın dürüstlük kuralı ile aşılması söz konusu olur; başka bir ifadeyle, bir sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunun tespiti için açılan bir dava, bu geçersizliği ileri sürme hakkının kötüye kullanılmış olması hâlinde reddedilir¹⁶¹. Buna göre örneğin, akdedilen bir sözleşmenin şekle aykırılığını taraflardan birinin bizzat yaratması veya önermesi ya da şekle aykırı olduğunu bilmesine rağmen bilinçli olarak sözleşmeyi ifa etmesi ve fakat daha sonra şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralının unsurlarından biri olan çelişkili davranış yasağına aykırıdır. Böyle bir şekle aykırılık iddiası hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiğinden, bu sözleşme şekle aykırılık sebebiyle geçersiz sayılamaz¹⁶². Benzer şekilde, sözleşmenin kanuna karşı hile amacıyla yapılmış olması halinde de taraflardan birinin daha sonradan bu sözleşmenin geçersizliğine dayanması, dürüst davranma yükümlülüğünün ihlali oluşturur ve bu kişi amaçladığı hukukî sonuca ulaşamaz¹⁶³.

3. Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülememesi

Doktrinde, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ettiği hâllerde, zamanaşımının kamu düzeni veya kamu yararını ko-

¹⁵⁹ Y1HD'nin 2021/1761 E. 2022/736 K. sayılı ve 27.01.2022 tarihli kararına konu olayda bir kişi, kendisine açılan taşınmazlara ilişkin davada yapılan işlemlerde herhangi bir muvazaa olmadığını, mirasbırakanın paylaşırma amacıyla hareket ettiğini savunmuş; ancak mahkeme, muvazaa olgusunu benimseyerek tapu iptali ve tescil kararı vermiş ve bu karar kesinleşmiştir. Daha sonra aynı kişinin, kardeşi yönünden muvazaa olgusunun kesinleştiğini ileri sürerek aynı taşınmazlarda hak iddia etmesi, Yargıtay tarafından açık bir şekilde TMK m.2 ve HMK m.29'daki emredici kuralara aykırı bulunmuştur.

¹⁶⁰ Kılıçoğlu, s. 214.

¹⁶¹ Oğuzman/Barlas, s. 185.

¹⁶² O. Gökhan Antalya, 'Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları', *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 372, 377 vd.; Çeliktas, s. 601-602, 638; Kılıçoğlu, s. 220; Oğuzman/Barlas, s. 177-178; Edis, s. 347 vd.

¹⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 171.

ruma amacı güden bir müessese olmaması sebebiyle, ileri sürülen def'inin hâkim tarafından dikkate alınmaması gerektiği¹⁶⁴; ancak aynı sonucun kamu düzeni ve kamu yararını koruma amacıyla düzenlenen hak düşürücü süreler bakımından söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir¹⁶⁵. Her ne kadar doktrinde, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılığı TMK m.2 kapsamında değerlendirilse de bu durumda uyuşmazlığın taraflarından biri, dürüstlük kuralına aykırı davranışı yargılama esnasında gerçekleştirdiğinden, kanımızca bu davranış aynı zamanda HMK m.29/1'e de aykırılık teşkil etmektedir. Bu bağlamda özellikle zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturması veya bir tarafın diğer tarafta uyandırdığı haklı güveni boşa çıkarması durumunda hâkim¹⁶⁶, zamanaşımı def'inin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılığını re'sen dikkate alacaktır¹⁶⁷. Örneğin borcunu ödeyeceği konusunda alacaklıda haklı bir izlenim yaratmış ve onu, alacağının talebi için hukukî yollara başvurmaktan alıkoymuş olmasına rağmen borçlunun, kendisine sonradan açılan davada veya başlatılan takipte zamanaşımı def'ini ileri sürmesi, uyandırılan güvene aykırı bir davranış ve dolayısıyla da hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder¹⁶⁸. İşte böyle bir durumda borçlunun zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı hukuk düzenince korunmaz ve zamanaşımı savunması mahkemece reddedilerek davaya devam edilir¹⁶⁹.

C. Usûl Hukukundaki Yaptırımlar

1. Usûlî Dezavantajın Doğması ile Beyanların ve/veya Usûlî İşlemin Mahkemece Dikkate Alınmaması

Hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen TMK m.2/II hükmü uyarınca, *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* Dolayısıyla böyle bir durumda, dürüstlük kuralına aykırı şekilde ve kötüye kullanılan hakka dayanan talepler ile dürüstlük kuralına aykırılık taşıyan savunmaların dikkate alınmaması sonucu doğar ve hak sahibi, bu yolla elde etmek istediği yararı elde edemez¹⁷⁰. Başka bir deyişle, hakkını kötüye kullanan kişi bakımından usûlî dezavantaj doğmuş olur¹⁷¹. Bu durumda hakkını kötüye kullanan taraf davacı ise, davasının reddedilmesi; davalı ise, uyuşmazlığın davacı lehine karara bağlanma-

¹⁶⁴ Oğuzman/Barlas, s. 185; Tok, s. 239, 245 vd., 252 vd.

¹⁶⁵ Tok, s. 239, 245 vd., 252 vd.

¹⁶⁶ Arslan, s. 106 vd.

¹⁶⁷ Tok, s. 248-249, 256.

¹⁶⁸ Oğuzman/Barlas, s. 183; Y14HD, 2006/13930 E. 2006/14349 K. 04.12.2006 T.

¹⁶⁹ Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 313-314.

¹⁷⁰ Oğuzman/ Barlas, s. 185; Edis, s. 331; Arslan, s. 104 vd.; Tanrıver, s. 419 vd.

¹⁷¹ Kurt-Konca, s. 70, 289 vd.

sı söz konusu olabilir¹⁷². Şöyle ki, davada dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı olan işlemin hâkim tarafından dikkate alınmayıp yok sayılması mümkün olmasa da usûlî sonuç doğurmasına izin verilmez; yani reddedilir¹⁷³. Başka bir anlatımla, dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden taraf usûl işlemlerinin hukukî sonuç doğurması mahkemece önlenir¹⁷⁴. Bu durum özellikle tarafların yargılamanın sonuçlanmasını geciktirme amacıyla yaptıkları usûlî işlemler ve talepler bakımından söz konusu olur¹⁷⁵. Tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğüne aykırı olan yazılı ve/veya sözlü beyanları ise mahkemece dikkate alınmaz ve değerlendirilmez¹⁷⁶. Örneğin, bilerek gerçeğe aykırı iddiaların ileri sürülmesi veya karşı tarafın ileri sürdüğü hususların doğruluğu bilinmesine rağmen bunların inkâr edilmesi ya da tartışmalı hâle getirilmesi hâlinde, bu beyan ve iddialar mahkemece dikkate alınmaz¹⁷⁷. Bunun doğal sonucu olarak da hükümde, bu tür iddia ve beyanların tespiti gerçekleştirilir ve bunlar mahkeme kararına esas teşkil edemez¹⁷⁸.

Bu hususta önemle belirtilmelidir ki, taraflardan birinin doğru olmadığını bildiği fakat aleyhine olan maddî bir vakıayı ikrar etmesi hâlinde, HMK m.188/2'deki maddî bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemeyeceğine ilişkin kurala dayanılarak hâkimin bu ikrarla bağlı olduğu düşünülmemeli; doğruyu söyleme yükümlülüğü ile bağdaşmayan bu ikrarın mahkemece dikkate alınmayacağı kabul edilmelidir¹⁷⁹. Her ne kadar tasarruf ilkesi (HMK m.24)¹⁸⁰, taraf-

¹⁷² Edis, s. 331; Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 311. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalinde ortaya çıkacak usûlî dezavantaj, daima davanın kaybedilmesi olmayabilir. Şöyle ki, doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlal eden tarafın ispat yükü altında olmadığı hâllerde, karşı tarafın ispatı sağlayamaması sonucunda ihlali gerçekleştiren tarafın davayı kazanması söz konusu olabilir (Kurt-Konca, s. 291, 312).

¹⁷³ Arslan, s. 60, 78; Pekcanitez/Erdönmez, s. 914-915; Kurt-Konca, s. 145.

¹⁷⁴ YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

¹⁷⁵ Pekcanitez/Erdönmez, s. 915.

¹⁷⁶ *HMK Tasarısı*, s. 20; Weidt, s. 44; Saenger, ZPO §138, Rn. 3; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 15; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 172; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 499; Tercan, s. 205; Ermenek, s. 158; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 137; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 122; Pekcanitez/Erdönmez, s. 920; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 153; Kurt-Konca, s. 119, 290-291; Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

¹⁷⁷ Tercan, s. 205; Oğuzman/Tercan, s. 185; Kurt-Konca, s. 289.

¹⁷⁸ İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 499; Tercan, s. 205; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 109; Kurt-Konca, s. 289.

¹⁷⁹ Tanrıver, s. 419; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 139; Kurt-Konca, s. 197, 199, 205-206. Aksi yöndeki görüş için bk. Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 31; Pekcanitez/Erdönmez, s. 920 (Yazarlara göre ikrarda doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmamaktadır; çünkü aksinin kabulü hâlinde HMK m.188/2 hükmü anlamsız hâle gelir); Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 13 [Yazarlar, hâkimin kasten yapılan gerçeği yansıtmayan ikrar ile bağlı olduğunu; aksi hâlde ZPO §290'ın (HMK m.188/2) yaptırım gücünün ortadan kalkacağını ileri sürmektedir]; Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 46.

¹⁸⁰ HMK m.24 uyarınca, "(1) Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine

ların dava açma, davayı takip etme ve davayı sona erdirmeleri konusunda irade serbestisini esas alsa da medeni usûl hukukunun asıl amacının gerçeğe ulaşmak olduğu unutulmamalıdır¹⁸¹. Buna göre tek taraflı açık bir irade beyanı ile gerçekleşen ikrar¹⁸², kural olarak ilgili olduğu vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarır (HMK m.188/1); ancak somut olaydaki taraf iradesinin gerçeğe aykırı bir vakıanın ikrarı yönünde olması hâlinde dâhi hâkimin bu beyan ile bağlı sayılması, gerçeğe aykırı vakıanın çekişmesiz kabul edilmesi ve hükme dayanak yapılması, hiç şüphesiz medenî usûl hukukunun amacına aykırılık teşkil eder¹⁸³. Tarafların aralarında gerçek olmayan bir vakıa üzerinde anlaşarak mahkemeyi bununla bağlı tutmaları da aynı gerekçe ile mümkün değildir¹⁸⁴.

Kötüniyetli ıslah hâlinde kararın, ıslah dikkate alınmadan verileceği hususu ise Kanun'da açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim HMK m.182 cümle 1 uyarınca, *"İslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir."* Anılan hükmün karşılığıni teşkil eden mülga HUMK m.90 uyarınca ise¹⁸⁵, ıslahın dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılması hâlinde dâhi bu ıslah geçerli kabul edilmekte; mahkeme yalnız para cezasına ve karşı tarafın zararlarının ödenmesine karar verebilmekte; bu durumda da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden işlem yaptırımsız kalmaktaydı¹⁸⁶. Bunun sebebi ise 2008 yılında yapılan değişikliğe kadar HUMK m.90'ın, *"İslah hakkının, mücerred hasmı izaç ve davayı sürüncemede bırakmak gibi fena bir maksadla kullanıldığı karinei haliye ile anlaşılırsa hâkim ıslah talebinde bulunan kimseyi diğer tarafın bilûmum zarar ve ziyanını tazmin ile mahkûm ettikten başka yüz liraya kadar cezayı nakdiye de*

olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

¹⁸¹ Kurt- Konca, s. 48-50, 121.

¹⁸² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayyavaz/Hanağası, s. 435.

¹⁸³ Kurt-Konca, s. 205-206 (Yazar, *"gerçeğe aykırı olarak ikrarda bulunan tarafı cezalandırmak uğruna, yargılamanın gerçeğe ulaşma amacından vazgeçilemeyeceğini"* ifade etmektedir).

¹⁸⁴ Akil, *Gerçeği Söyleme*, s. 43.

¹⁸⁵ Her ne kadar 1086 sayılı mülga HUMK'da tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olsa da bu hususta 6100 sayılı yürürlükteki HMK'da özel olarak düzenlenmiş yaptırımların büyük kısmı, mülga usûl kanununda da yer almaktaydı. Buna göre yetkili mahkemede dava açılmasının kötüye kullanılmasının yaptırımı HUMK m.9/II'de; kötüniyetli hâkimin reddi talebinin yaptırımı HUMK m.36/IV'te; kötüniyetli ıslahın yaptırımı HUMK m.90'da; haksız yere sahtelik iddiasında bulunulmasının yaptırımı HUMK m.319'da; dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle yargılama giderlerinden sorumluluk hususu HUMK m.418'de; haksız dava açılmasının yaptırımı HUMK m.422'de; kötüniyetle istinaf yoluna başvurulmasının yaptırımı HUMK m.426/K'da; kötüniyetle temyizcinin yaptırımı HUMK m.434'te ve lehine hüküm tesis edilen tarafın karara esas alınan yemini yalan yere etmesi ve lehine verilen hükme hile ile etki etmiş olması hâlleri ayrı ayrı yargılamanın iadesi sebebi olarak HUMK m.445/6,7'de düzenlenmekteydi.

¹⁸⁶ HMK Tasarısı, s. 59.

mahkûm edebilir." hükmünü ihtiva ediyor olmasıydı¹⁸⁷. Anılan bu istisnai hüküm dışında ise gerçeği yansıtmayan beyanların mahkemece dikkate alınmaması, doğruyu söyleme yükümlülüğü HMK m.29/2 ile yasalaşmadan önce dahi TMK m.2'nin bir sonucu olarak doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir.

2. Mahkemece Yetkisizlik Kararı Verilmesi

Bir hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak yerine sırf karşı tarafa zarar vermek ve onu güç duruma düşürmek amacıyla kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder¹⁸⁸. Dolayısıyla davacının davasını, davayı görmeye yetkili birden fazla mahkemeden sırf karşı tarafı daha büyük bir zarara sokma amacıyla ona en elverişsiz olan mahkemede açması da, dava hakkının kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir¹⁸⁹. Bu hususun düzenlendiği HMK m.7/2 uyarınca, *"Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir."* Anılan kanun hükmü hem ihtiyari hem de mecburi dava arkadaşlığı hâlinde uygulama bulur¹⁹⁰. Buna göre örneğin, sırf gerçek davalıyı kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirtmek için davacının, davaya yapay olarak bir başka davalıyı dahil ederek davayı onun yerleşim yeri mahkemesinde açtığından belirtilerden veya delillerden anlaşılması durumunda, hâkimin, HMK m.7/2 uyarınca yetkisizlik kararı vermesi gerekir¹⁹¹.

Söz konusu düzenlemenin amacı, esasen davalıyı korumak olmakla birlikte uygulamada, davalının ileri sürdüğü yetki itirazının dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle reddedildiği içtihatlar da mevcuttur. Örneğin Yargıtay'ın, tarafların sözleşme serbestisi içinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kıldığı somut bir olayda, davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması üzerine, davalı tarafından yargılama aşamasında ileri sürülen uyuşmazlığın yabancı devlet mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine ilişkin yetki itirazının, sadece davalının savunma hakkının kendi yerleşim yeri mahkemesinde daha iyi kullanabileceği gerekçesiyle dürüstlük ku-

¹⁸⁷ 23.01.2008 tarih ve 5728 Sayılı Kanun'un 11. maddesi ile HUMK m.90, *"İslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi kötüniyetli düşüncelerle yapıldığı deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir. Ayrıca, mahkemece kötüniyetle ıslaha başvuru, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarının tazmininin yanı sıra ikiyüz Türk Lirasından beşyüz Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir."* şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁸⁸ Oğuzman/Barlas, s. 179.

¹⁸⁹ Yeğengil, s. 8.

¹⁹⁰ Arslan, s. 83.

¹⁹¹ Arslan, s. 83.

ralıyla bağdaşmadığı yönündeki kararı¹⁹², haklı olarak doktrindeki bazı yazarlar-
ca isabetli bulunmamaktadır¹⁹³. Hâlbuki böyle bir durumda, yabancı mahkeme
lehine yapılan yetki anlaşmasının mevcudiyeti söz konusu olduğundan, davanın
davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması üzerine davalının bu yetki sözleş-
mesine dayanan yetki itirazı, esasen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez¹⁹⁴.
Aksine, bu itirazı ileri süren davalı, yabancı mahkemeyi yetkili kılma yönündeki
daha önceki davranışı ile çelişmeyen bir itirazda bulunduğundan, burada yetki
itirazının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmemekte ve ileri
sürülen itirazın kabulü gerekmektedir¹⁹⁵.

3. Tarafta Değişiklik Talebinin Reddi

HMK m.124/3 uyarınca, “... *dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf de-
ğişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir.*”
Bu kapsamda, dava açılırken taraf temsilcisinde yanılma sonucunda tarafın yan-
lış gösterilmesi, yeteri kadar araştırma yapılmış olmasına rağmen taraf sıfatında
yanılma hâli, ölmüş kişiye ya da tüzelkişiliği olmayan kişi topluluklarına dava
açılması, resmî sicil ve kayıtlardaki hataların tarafın yanlış gösterilmesine neden
olması gibi durumlarda yapılan taraf değişikliği talebi, doktrinde ve uygulamada
dürüstlük kuralına aykırı sayılmamaktadır¹⁹⁶. Anılan hükmün mefhumu muhali-
finden ise, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi hâlinde, iradî taraf de-
ğişikliğinin hâkim tarafından kabul edilmeyeceği sonucuna varılmaktadır. Bu bağlamda
dürüstlük kuralına aykırı olan iradî taraf değişikliği, karşı tarafın rızası olsa bile
hâkim tarafından reddedilir. Nitekim dava dilekçesinde davalı tarafın kimliğinin
doğru beyan edilmesi de doğruyu söyleme yükümlülüğü kapsamında olup davalı-
nın bilinçli olarak davalı tarafı yanlış göstermesi hâlinde, bunun usûlî sonuçla-
rına katlanması gerekir¹⁹⁷. Bu kapsamda davayı ölmüş bir kişiye karşı bilerek açan
veya davayı kaybedeceğini anlayan tarafın, davalı tarafı değiştirme talebi, dürüst-
lük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden hâkim tarafından reddedilmelidir¹⁹⁸.

¹⁹² Y11HD, 2008/5454 E. 2009/2604 K. 06.03.2009 T.

¹⁹³ Emre Esen, ‘Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının De-
ğerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 06.03.2009 Tarihli
İçtihadının Eleştirisi’, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1,
s. 191, 203-204, 206.

¹⁹⁴ Yetki itirazının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi, örneğin davayı veya icra takibini geciktir-
mek amacıyla yapılması hâlinde söz konusu olabilir (Arslan, s. 81).

¹⁹⁵ Esen, s. 204, 206.

¹⁹⁶ Tolga Akkaya, ‘Medeni Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği (HMK m.124)’, *Dokuz Eylül Üniver-
sitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan)*, Özel Sayı 2014, C. 16,
s. 908 vd.

¹⁹⁷ Kurt-Konca, s. 219.

¹⁹⁸ Akkaya, 908; Kurt-Konca, s. 218-219.

4. Yargılama Giderlerinden Sorumluluk

“Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı HMK m.327’nin ilk fıkrası uyarınca, *“Gereksiz yere davanın uzamasına veya gider yapılmasına sebebiyet vermiş olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.”* Anılan hüküm, dava sonunda hak-sız çıkana yargılama giderlerinin yükletilmesi ilkesinin (HMK m.326/1) istisnalarından birini oluşturur¹⁹⁹. Buna göre, bazı kötünietli ve yanıltıcı davranışları gerçekleştirmesi durumunda davayı kazansa bile tarafın, yargılama giderlerinin tümü veya bir bölümünden sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir²⁰⁰. Nitekim Yargıtay, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararına konu somut olaydaki davalı, yönetici olduğu döneme ait belgelerin denetçi tarafından incelenmek üzere ibrazı konusunda yapılan müteaddit çağrılara cevap vermemek ve gereğini yapmamak suretiyle bu belgelerin ibrazını da içeren davaya sebebiyet verdiğinden, HUMK m.418 (HMK m.327) hükmünü dikkate alarak tüm yargılama giderlerinden davalının sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir²⁰¹. HMK m.327/1, temelinde dürüstlük kuralı bulunan doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalinde de uygulanır. Bu kapsamda, gerçeğe aykırı beyanlarla davanın uzamasına, çeşitli giderler yapılmasına veya yanlış kişiye dava açılmasına sebep olan taraf, davada lehine karar verilmiş olsa bile, karar ve ilam harcı dışında kalan yargılama giderlerinin tamamını veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir²⁰². Bu durumda örneğin, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili bilgi sahibi olmadığını bildiği kişileri, sırf yargılamayı uzatmak için tanık olarak gösteren tarafın, dava lehine sonuçlanmış olsa bile bu husustaki giderleri ödemeye mahkûm edilmesi gerekir²⁰³. Ayrıca dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlal eden tarafın yargılama giderlerine mahkûm edilebilmesi için diğer tarafın bu yönde bir talebi gerekmeyip, bu hüküm mahkemece re’sen uygulanmalıdır²⁰⁴.

HMK m.327/2 uyarınca ise, *“Bir kişi davada sıfatı olmadığı hâlde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine aitmiş gibi yanıltıp, kendisine karşı dava açılmasına*

¹⁹⁹ Pınar Çiftçi, ‘Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespitine Yönelik Yargısal Hakların Kötüye Kullanımından Doğan Tazminat Sorumluluğu’, *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, 2021, İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları: 43, s. 252.

²⁰⁰ Çiftçi, s. 252-253.

²⁰¹ Y18HD, 1992/12838 E. 1993/1222 K. 08.02.1993 T.

²⁰² Kurt-Konca, s. 298-299.

²⁰³ Kurt-Konca, s. 299.

²⁰⁴ Kurt-Konca, s. 300.

sebebiyet verirse, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddi hâlinde, davalı yararına yargılama giderlerine hükmedilemez.” Bu hususa ilişkin olarak uygulamada Yargıtay, taraf sıfatı olmadığı hâlde davacıyı, davalı sıfatı kendisine atmış gibi yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiği için, sıfat yokluğu nedeni ile hakkındaki davanın reddine karar verilen davalı lehine vekâlet ücreti takdir edilmemesi gerektiğine karar vermektedir²⁰⁵.

HMK m.327’deki düzenlemenin amacı, tarafların dürüstlük kuralına aykırı şekilde yargılamayı uzatmalarının ve kendilerine dava açılmasına sebep olmalarının engellenmesi ile dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan zararların tazmininin sağlanmasıdır²⁰⁶. Bu bağlamda özellikle avukatla yürütülen davalarda, hiçbir hukukî ve maddî dayanağı olmadan dava açılması, yargılamanın gerektirdiği asgari şartlar sağlanmaksızın yargı organına başvurulması, haksızlığı ve itiraz üzerine kaldırılacağı kesin geçici hukukî korumaların talep edilmesi, ara kararların mazeret olmaksızın zamanında yerine getirilmemesi, harç ve giderlerin kasıtlı şekilde eksik yatırılması, görev ve yetkiye ilişkin herhangi bir tereddüt bulunmamasına rağmen görevsiz ve/veya yetkisiz mahkemede dava açılması gibi hâllerde, bu tür davranışların yargılamayı uzatacağının avukat tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği gözetilerek, dürüstlük kuralına aykırılığın mevcudiyetinin kabulü gerekir²⁰⁷. Buna karşılık haklı olduğuna inanarak ancak yeterli delili olmadan dava açan veya savunma yapan tarafın yargılama giderlerinden sorumlu tutulması, burada dürüstlük kuralına aykırı bir davranışta bulunulmaksızın hak arama özgürlüğünün kullanılmış olması sebebiyle, söz konusu değildir²⁰⁸.

²⁰⁵ Y22HD, 2016/1151 E. 2016/4207 K. 17.02.2016 T.: “... Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaâ iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığının belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. ... İşe iade davasının yalnızca asıl işveren veya alt işveren aleyhine açılması durumunda, mahkemece, dava hemen reddedilmemeli, davalı olarak gösterilmeyen asıl işveren veya alt işverene davanın teşmili için davacı tarafa süre verilmeli, verilen süre içinde, diğer dava arkadaşına teşmil edilirse davaya devam edilmeli, aksi halde dava sıfat yokluğundan reddedilmelidir. Taraf teşkili sağlandıktan sonra işin esasına yönelik olarak yapılacak inceleme sonucunda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayanması sebebi ile feshin geçersizliğine yönelik karar gerçek işveren hakkında kurulmalı, geçersiz veya muvazaaya dayalı ilişkin diğer tarafı hakkında sıfat yokluğu davanın reddine karar verilmelidir. Ancak, 6100 Sayılı Kanun’un 327. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taraf sıfatı olmadığı halde, davacıyı, davalı sıfatı kendisine atmış gibi yanıltarak kendisine karşı dava açılmasına sebebiyet verdiği için, davanın sıfat yokluğu sebebi ile hakkındaki davanın reddine karar verilen taraf lehine vekâlet ücreti takdir edilmemelidir. ...” Aynı yöndeki bir diğer karar için bk. Y22HD, 2011/5173 E. 2012/485 K. 24.01.2012 T.

²⁰⁶ Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 29; Kurt-Konca, s. 300.

²⁰⁷ Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 36, 40.

²⁰⁸ Özekes, *Vekâlet Ücreti*, s. 36-37.

5. Vekâlet Ücretine Mahkûmiyet

“Kötüniyetle veya haksız dava açılmasının sonuçları” başlıklı HMK m.329/1, cümle 1 uyarınca, *“Kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, ... diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir.”* Öngörülen yaptırımın uygulanabilmesi, davacının dürüstlük kuralına aykırı davranışının mevcudiyetinin sabit olmasına bağlıdır²⁰⁹. Dolayısıyla davacının mutlaka kötüniyetli olması; başka bir anlatımla, hiçbir hakkı olmadığını bilmesine rağmen dava açması ya da durum icabı bilmesi gerektiği hâlde sırf aleyhine dava açtığı kişiye zarar verme kastı taşınması gerekir²¹⁰. Bu bağlamda, örneğin bir kararında Yargıtay, teminat olarak protokolle davacıya verilen bononun, taraflar arasındaki protokolün düzenlenme sebebi olan davanın davacı aleyhine ret ile sonuçlanması nedeniyle bedelsiz kalmasına rağmen, davacının senet bedelinin tahsiline ve tazminata karar verilmesine ilişkin davayı açmakta kötüniyetli olduğu gerekçesiyle davanın reddine ve HMK m.329 uyarınca davacının vekâlet ücretine mahkûm edilmesinin yerinde olduğuna hükmetmiştir²¹¹.

6. Disiplin Para Cezasına Mahkûmiyet

HMK m.329/2 cümle 1 uyarınca, *“Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı hâlde dava açan taraf, ... disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir.”*

²⁰⁹ Y7HD, 2015/31804 E. 2015/17391 K. 01.10.2015 T.

²¹⁰ YHGK, 2017/1-1228 E. 2021/443 K. 08.04.2021 T.: “HMK’nın 329. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kötüniyetli olan davalı ya da hiçbir hakkı olmamasına rağmen dava açan taraf, yargılama giderleri dışında diğer tarafın vekili ile aralarında kararlaştırılmış olan vekâlet ücretinin tamamı ya da bir kısmını ödemekle sorumlu tutulabilir. Burada hiçbir hakkı olmadığını bilerek dava açmak suretiyle aleyhine dava açtığı kişinin avukat tutmasına ve vekâlet ücreti ödemesine sebebiyet verme hâli söz konusudur. Ancak bu maddenin uygulanabilmesi için Hukuk Genel Kurulunun 23.03.1974 tarihli ve 1971/8-143 E., 1974/262 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere dava açan kişinin kötüniyetli olması, yani hiçbir hakkı olmadığını bilmesi ya da durum icabı bilmesi gerektiği hâlde sırf aleyhine dava açtığı kişiyi ızzar kastı taşınması gerekmektedir. Kendisini haklı bilerek dava açan kişinin davasının reddedilmesi hâlinde maddenin uygulanması düşünülemez. Bu nedenle bir tarafın kötüniyetli olduğuna kanaat getirmek için her somut olayda kişinin haklı olduğuna inanarak dava açıp açmadığı titizlikle incelenmeli ve objektif olarak açıkça hakkı olmadığını bildiği hâlde dava açan ya da yargılamayı yürüten taraf kötüniyetli kabul edilmelidir. Kişi mutlak olarak haklı olmasa da hukukun kendisine tanıdığı imkânlardan yararlanarak dava açmış yürütmüş ya da haklı olduğuna inanarak savunma yapmış ve yeterli delili olmadığı gibi bir sebeple iddia veya savunması yerinde bulunmamış ise kötüniyetli sayılamaz. Aksi takdirde Anayasanın kişilere tanıdığı hak arama özgürlüğü kapsamında dava açma ve aleyhine açılan davaya karşı savunma hakkını kullanarak ve bir şekilde haksız bulunan herkes kötüniyetli kabul edilecektir ki, böyle bir sonucun hukuken kabul edilmesi mümkün değildir. Dürüstlük kuralına aykırı olarak dava açılıp savunma hakkının kullanılması, yargılamanın yürütülerek usul işlemlerinin yapılması hâlinde bu tür davranışların adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde korunma zemini bulması mümkün olmayıp, HMK’nın 329. maddesinin uygulama olanağı bulunmaktadır. Bu nedenlerle anılan hükmün davalı hakkında uygulanması için de davalının salt dava açılmasına sebebiyet vermiş olması yeterli olmayıp, kötüniyetli olması şarttır.”

²¹¹ Y19HD, 2014/6570 E. 2014/10452 K. 03.06.2014 T.

Aynı maddenin ilk fıkrasında öngörülen vekâlet ücretine mahkûmiyet gibi bu yaptırım için de davacının, hiçbir hakkı olmadığını bilmesine rağmen dava açması ya da durum icabı bilmesi gerektiği hâlde sırf aleyhine dava açtığı kişiye zarar verme kastı taşınması gerekir²¹². Yine HMK m.351'e göre istinaf başvurusunun kötünietle yapıldığının anlaşılması ve HMK m.368'e göre, temyiz yoluna kötünietle başvurulması hâllerinde de²¹³, kötünietle dava açılmasının sonuçlarına ilişkin HMK m.329 hükmü uygulanır. Bu kapsamda örneğin, bedelsiz senet için veya davanın derdest olduğu bilinerek açılan davalarda, davacının kötünietli olduğu kabul edilmekte ve anılan hüküm uygulanmaktadır²¹⁴.

Disiplin cezası yaptırımının öngörüldüğü diğer bir düzenleme olan HMK m.182 cümle 2 uyarınca ise, "... hâkim kötünietle ıslaha başvuranı, karşı tarafın bu yüzden uğradığı bütün zararlarını ödemeye ve ... disiplin para cezasına mahkûm eder." Zikredilen hükmün mülga Hukuk Usûlû Muhakemeleri Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan m.90, "mahkûm edebilir" şeklinde kaleme alınarak bu hususta hâkime takdir yetkisi tanınmışken; HMK m.182'de kanunkoyucu, kötünietli ıslahın mutlaka cezalandırılmasını amaçladığından emredici bir ifade kullanmıştır²¹⁵. Buna paralel olarak bir kararında Yargıtay, 10.000 TL değer göstererek dava konusu taşınmaz zeminin mıcır kaplı olması nedeniyle meydana gelen aşırı toz bulutundan iletim hatlarının zarar gördüğünü belirterek istemde bulunan davacının, 25.10.2013 tarihinde dava değerini 360.602 TL bedele

²¹² Y19HD, 2014/6570 E. 2014/10452 K. 03.06.2014 T.; Y7HD, 2015/31804 E. 2015/17391 K. 01.10.2015 T.; YHGK, 2017/1-1228 E. 2021/443 K. 08.04.2021 T.

²¹³ Y12HD, 2015/24955 E. 2015/26834 K. 05.11.2015 T.

²¹⁴ Kurt-Konca, s. 301-302. Y19HD'nin 2014/6570 E. 2014/10452 K. sayılı ve 03.06.2014 tarihli kararında, protokol ile teminat olarak davacılar verilen bonoya dayanılarak dava açılması, taraflar arasındaki protokolün düzenlenme sebebi olan davanın, davacı aleyhine ret ile sonuçlanıp bononun bedelsiz kalmasından dolayı, kötünietli sayılmıştır. Buna karşılık derdest bir davanın Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sistemi üzerinden sehven tekrar açılması ise bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Y7HD'nin bu hususta verdiği 2015/31804 E. 2015/17391 K. sayılı ve 01.10.2015 tarihli kararı şu şekildedir: "... Davacı vekili, UYAP sisteminden dava açtıktan sonra sistemde hata oluşmakla Adliye veznesinden davayı tekrar açmak zorunda kaldığını ancak daha sonra sistemde benzer şekilde açılmış iki dava kaydı görülmesi üzerine UYAP üzerinden açılan davanın işleminden kaldırılmasını istediğini beyan etmiştir. Mahkemece '... internet üzerinden dava açarken bu konuda gerekli bilgi sahibi olmadan dikkat ve özenin gösterilmemesi ve iş yoğunluğuna neden olunması, mahkemenin gereksiz yere meşgul edilmesi, söz konusu hatanın mahkemenin esas, karar sistemi ve düzenini bozma tehlikesi ve ihtimali gibi hususlar ...' gerekçesiyle davacı vekili hakkında HMK 329/2 maddesine göre 500,00 TL disiplin para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. HMK 329 maddesinde kötünietle veya haksız dava açılmasının sonuçları düzenlenmiş olup somut olayda davacı vekilinin kötünietle hareket ettiğini gösteren delil bulunmadığı gibi UYAP sisteminde aynı içerikte açılmış iki dava kaydının olduğunun anlaşılması üzerine, UYAP sisteminden açılan davanın işleminden kaldırılmasını da bizzat davacı vekili talep etmiştir. Şu hâlde davanın derdestlik sebebiyle reddine karar verilerek mahkeme esasının kapatılması doğru olmakla birlikte, yasal şartları oluşmadığı halde davacı vekili hakkında disiplin para cezasına hükmedilmesi hatalıdır. ..."

²¹⁵ HMK Tasarısı, s. 59.

yükseltmesinden 20 gün önce; yani 05.10.2013 günü taşınmaz zeminin asfalt ile kaplandığı hususu 21.09.2013 tarihli bilirkişi kurulu raporunda belirtilmiş olduğundan, davacının 10.000,00 TL değer göstererek açtığı davada, taşınmaz zeminine istemi gibi asfalt serilmesinden sonra dava değerini artırmasının HMK m.182 uyarınca kötünietli ıslah teşkil ettiğine ve davacının dava değerini artırması dikkate alınmadan davalıyı yargılama gideri ile yükümlendirmek gerektiğine karar vermiştir²¹⁶.

Hâkimin reddi talebine ilişkin olan HMK m.42/4 uyarınca da “*Ret talebinin, kötünietle yapıldığının anlaşılması ve esas yönünden kabul edilmemesi hâlinde, talepte bulunanların her biri hakkında ... disiplin para cezasına hükümlenir.*” Buna göre, örneğin taraflardan birinin sırf davanın geciktirilmesi amacı ile hâkimi reddetmesi hâlinde, hâkimin reddi hakkı dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılmış olduğundan²¹⁷, hem söz konusu tarafın hâkimin reddi talebi dinlenmeyecek hem de taraf, disiplin para cezası yaptırımı ile karşılaşacaktır. Yine davayı uzatmak amacı ile sırf hâkim hakkında HMK m.36/1,d uyarınca ret nedeni yaratabilmek için hâkime karşı dava açılması ve ret nedeni olarak buna dayanılması da dürüst davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceğinden²¹⁸, bu yolla bir ret talebinde bulunmuş olan taraf bakımından da HMK m.42/4’te düzenlenmiş olan yaptırıma hükmedilecektir.

7. Yargılamanın İadesi Yoluyla Hükümün İptali

Lehine karar verilen tarafın, bilinçli olarak yalan söylemesi, bazı hâllerde bir usûl hilesi oluşturabilir²¹⁹. Bu da somut olay bakımından yargılamanın iadesi sebeplerinden birini doğurabilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, “*lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması*” (HMK m.375/1,g) veya “*lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması*” (HMK m.375/1,h) hâlinde, yargılamanın iadesi talep edilebilir. Yargılamanın iadesi sebebi teşkil edecek hile, Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ceza Kanunu’ndaki hile kavramından daha geniş yorumlanmakta ve hangi ifade ve eylemlerin hile teşkil edeceği, hâkim tarafından özellikle TBK m.36’da düzenlenen aldatmanın unsur-

²¹⁶ Y14HD, 2015/11136 E. 2015/10742 K. 24.11.2015 T.

²¹⁷ Arslan, s. 79, 86.

²¹⁸ Arslan, s. 86.

²¹⁹ HMK Tasarısı, s. 20; Saenger, ZPO §138, Rn. 3; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 15; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 36.1; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, s. 172; Tanrıver, s. 420; Çoban, s. 595; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 122; Pekcanitez/Erdönmez, s. 918, 920; Kurt-Konca, s. 145; Y22HD, 2017/5912 E. 2017/4916 K. 09.03.2017 T.; YHGK, 2017/5-2566 E. 2018/85 K. 24.01.2018 T.; YHGK, 2017/5-2547 E. 2020/927 K. 24.11.2020 T.; Y1HD, 2021/1761 E. 2022/736 K. 27.01.2022 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

larına bağlı kalınmaksızın takdir edilmektedir²²⁰. Bu kapsamda hükme etkili olan ve yargıyı yanılgıya götüren tüm olaylar, hile olarak kabul edilmektedir²²¹.

HMK m.375/1,h'de bahsi geçen hileli davranış, mahkemenin yanıltılması suretiyle gerçekleştiğinden anılan hüküm, lehine karar verilen tarafın doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlali ile de doğrudan ilişkilidir²²². Başka bir anlatımla, taraflardan birinin dürüst davranma ve/veya doğruyu söyleme yükümlülüğünü ihlal etmek; yani usûl hilesinde²²³ bulunmak suretiyle kendi lehine hüküm tesisini sağlamış ve söz konusu hükmün kesinleşmiş olması hâlinde, yargılamanın iadesi yoluna başvurularak bu hükmün iptali sağlanabilir²²⁴. Burada lehine karar verilen tarafın karara etki eden hileli davranış sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesi için karara etki eden usûl hilesinin cezayı gerektiren bir eylem veya işlem olması da gerekmez²²⁵. Örneğin tebligat hilesi; yani karşı tarafın adresini yanlış bildirerek o tebligatın yanlış adrese yaptırılması da doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilmekte ve yargılamanın iadesi sebebi teşkil etmektedir²²⁶. Hatta doğruyu söyleme yükümlülüğü her ne kadar tarafların kendi aleyhlerine olan vakia ve delilleri mahkemeye sunma yükümlülüğünü içermese de istisnâ olarak, karşı tarafın adresinin bilinmesine rağmen susulması suretiyle adresin meçhul sayılması sonucu ilan edilen tebligat yoluyla yargılamanın devamına sebep olunması ve karşı tarafın savunma hakkının kısıtlanması sonucunun yaratılması da bu kapsamda hileli bir davranış sayılmaktadır²²⁷. Dolayısıyla hileli davranış, olumlu

²²⁰ YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

²²¹ YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

²²² Kurt-Konca, s. 307.

²²³ Usûl hilesi, "bir davada yalan beyanda bulunmak suretiyle hâkimi hataya düşürerek lehine usûlî bir durum yaratmak" şeklinde tanımlanmaktadır (Yavuz Alangoya, *Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 123).

²²⁴ Saenger, ZPO §138, Rn. 3; Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 15; İyilikli, *Dürüstlük Kuralı*, s. 499; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 146; Pekcanitez/Erdönmez, s. 913; Kurt-Konca, s. 305-310.

²²⁵ Tercan, s. 206; Kurt-Konca, s. 306, 308.

²²⁶ Kurt-Konca, s. 63, 308-309, dipnot 126. Bu hususa ilişkin olarak Y7HD'nin 1990/15452 E. 1990/10585 K. sayılı ve 18.09.1990 tarihli kararında, HUMK m.445, b. 7'de (HMK m.375/1,h) ifadesini bulan "hile" kavramının, yargısal kararlar ve doktrinca kabul edildiği gibi geniş kapsamlı olduğuna; buna göre, bilinen vakıaların gizlenmesi ve karşı tarafın açık adresi bilindiği hâlde dava dilekçesinde ilgisi olmayan başka bir adresin gösterilmesinin de hileli davranış oluşturduğuna hükmedilmiştir. Benzer şekilde Y14HD'nin 2010/10315 E. 2010/11463 K. sayılı ve 26.10.2010 tarihli kararında, davacının, davalıların tebligat adresini bildiği hâlde bunu gizleyerek başka bir adrese dava dilekçesi ve duruşma gününü tebliğ ettirmesinin hileli tebligat sayıldığına ve buna dayanılarak yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceğine hükmedilmiştir. Aynı yöndeki başka kararlar için bk. Y6HD, 2004/9359 E. 2005/132 K. 24.01.2005 T.; Y6HD, 2004/9359 E. 2005/132 K. 24.01.2005 T.

²²⁷ Kurt-Konca, s. 309-310, dipnot 132. Bu hususa ilişkin olarak Y4HD'nin 1980/11279 E. 1981/142 K. sayılı ve 14.01.1981 tarihli kararına konu somut olayda davalı, davacıların kendisinin tebligata elverişli adresini bildikleri hâlde, bilerek ve isteyerek sustuklarını ve ilânen tebligat yapılmasını sağlamak suretiyle de hileli davranışta bulunduklarını ileri sürmüştür. Bu hususta Yargıtay, doktrinde ve uygulamada kabul edilen görüşlere göre HUMK m.445, b. 7'de (HMK m.375/1,h)

(aktif) bir eylem biçiminde olabileceği gibi, olumsuz (pasif) bir şekilde de ortaya çıkabilir²²⁸. Bu hususta önemli olan, hilenin hükmü etkilemiş olduğunun ve olumlu veya olumsuz davranışın bilerek yapıldığının mahkemece tespiti²²⁹.

Davanın taraflarının dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünü birlikte ihlal ederek hile ile aldıkları hükmün iptalinin, üçüncü kişilerce istenmesi de mümkündür. Bu hususu düzenleyen HMK m.376 uyarınca, *"Davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler."* Anılan hüküm kapsamında yargılamanın iadesi için davanın taraflarının, hüküm aleyhine olan tarafın alacaklılarını veya haleflerini zarara uğratma kastıyla aralarında önceden anlaşarak mahkemece sözde uyuşmazlığa ilişkin hüküm verilmesine sebep olmaları gerekli ve yeterlidir²³⁰. Buna göre örneğin, mirasbırakanın, mirasçılarının mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişi ile anlaşarak gerçekte olmayan bir borcun ifası için kendisi aleyhinde açtığı alacak davasını kaybetmesi hâlinde, bu muvazaalı davranış sebebi ile hükmün iptali mümkündür²³¹. Benzer şekilde borçlunun, alacaklılarından mal kaçırmak için aleyhine bir alacak davası açtırması ve bu davada hiç veya gereği gibi savunma yapmayarak davayı kaybetmesi hâlinde de alınan hüküm, zarara uğramış olan üçüncü kişi tarafından yargılamanın iadesi yoluyla iptal ettirilebilir²³².

SONUÇ

Medeni yargılama hukukunda taraf hâkimiyetinin sınırlarını teşkil eden dürüst davranma yükümlülüğünün somut bir uygulama şekli olan doğruyu söyleme yükümlülüğü, mülga Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun mehzâ olan 1877 tarihli Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu'na 1933'te yapılan değişiklikle girmiş olup bu ilke, yürürlükteki Alman Medenî Usûl Kanunu'nda da korunmuştur (ZPO §138). Dürüst davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak ise Alman Kanunu'nda bir düzenleme bulunmayıp, söz konusu yükümlülüğün dayanağını teşkil eden dürüstlük kuralı, Türk hukukunda TMK m.2'de olduğunun aksine maddî hukukta ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş; aksine parçalı düzenlenmek

öngörülen hileli davranışın olumlu (aktif) bir eylem biçiminde olabileceği gibi, çekinme ve susma gibi olumsuz (pasif) bir şekilde de ortaya çıkabileceği üzerinde durmuştur. Buna göre, yargılamanın iadesi talebinin kabulü için hilenin hükmü etkilemiş olup olmadığı ile olumlu veya olumsuz davranışın bilerek yapıp yapılmadığının; başka bir ifade ile somut olayda davacıların davalının adresini bilmelerine rağmen susup susmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir.

²²⁸ Y4HD, 1980/11279 E., 1981/142 K. 14.01.1981 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

²²⁹ Y4HD, 1980/11279 E., 1981/142 K. 14.01.1981 T.; YHGK, 2024/5-419 E. 2024/414 K. 12.09.2024 T.

²³⁰ Kurt-Konca, s. 311.

²³¹ Kurt-Konca, s. 312.

²³² Kurt-Konca, s. 312.

suretiyle bu ilkeye Alman Medenî Kanunu'nda çeşitli hükümlerin içinde yer verilmiştir (BGB §§157, 162, 226, 242, 320 Abs.2, 815)²³³. Bu bağlamda, dürüstlük kuralının düzenlenmesine dair böyle bir yaklaşımı benimseyen Alman kanunkoyucunun, dürüstlük kuralının usûl hukukundaki yansımalarından birini teşkil eden tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğünü Alman Medenî Usûl Kanunu'nda ayrıca ve açıkça düzenleme ihtiyacı duyduğu, bu sebeple de söz konusu yükümlülüğün Alman Medenî Usûl Kanunu'na 1933 yılında, Türk Usûl Kanunu'ndan çok daha önce girdiği düşünülebilir²³⁴.

Alman hukukunda olduğunun aksine Türk hukukunda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, hem 1926 tarih ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenî'sinin, hem de 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 2.

²³³ Barlas, s. 192 vd. Alman Medenî Kanunu'ndaki parçalı düzenlemeye göre 157. madde, sözleşmelerin yorumlanmasının dürüstlük kuralı uyarınca gerçekleştirileceğini; 162. madde, şarta bağlı sözleşmelerde geciktirici şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde engellenmesi hâlinde şartın gerçekleşmiş sayılacağını, bozucu şartın dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde gerçekleşmesinin sağlanması hâlinde ise şartın gerçekleşmemiş sayılacağını; 226. madde, bir hakkın salt bir başkasına zarar verme amacıyla kullanılmasına müsaade edilmeyeceğini; 242. madde, borçlunun borcunu dürüstlük kuralına göre ifa etme yükümlülüğünün bulunduğunu; 320. maddenin 2. fıkrası, sözleşmenin taraflarından birinin kısmî ifada bulunduğu durumun şartlarına göre ve özellikle borcun henüz ifa edilmeyen kısmı borcun nispeten önemsiz bir oranını oluşturyorsa, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği takdirde karşı edimin ifasından kaçınılamayacağını (ödemezlik def'inin ileri sürülemeyeceğini); 815. madde ise, gerçekleşmeyen sebebe dayanan sebepsiz zenginleşme hâlinde, amaçlanan sonucun gerçekleşmesi baştan itibaren imkânsızsa ve ifada bulunan kişi bu sonucun gerçekleşmesini dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kendisi engellemişse, ifa edilen edimin iadesinin istenemeyeceğini hükme bağlamaktadır.

²³⁴ Türkiye'nin de üyesi olduğu Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private Law, "UNIDROIT"*) ile Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute, "ALI"*) iş birliğiyle, uluslararası ticari uyumsuzluklara uygulanması ve uluslararası medenî yargılamanın yeknesaklaştırılması amacıyla 2004 yılında hazırlanan tamamlayıcı nitelikteki "Uluslararası Medenî Yargılama İlkeleri" [*ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil Procedure*, New York 2006] projesinin "Tarafların ve Vekillerin Yükümlülükleri" başlıklı 11. maddesinde dürüstlük kuralının yargılamaya etkisine işaret edilmesinin de [Antonio Gidi, 'Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure', *Uniform Law Review*, 2001, Volume 6, Issue 4, s. 819; C. H. van Rhee, 'Obligations of the Parties and Their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure', *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, 2014, s. 689-699, s. 690 vd. "Uluslararası Medenî Usûl İlkeleri"ne yönelik eleştiriler için bk. Gidi, s. 821 vd.], benzer gerekçeyle gerçekleştirilmiş olabileceği öne sürülebilir. Bahis konusu ilkelerin 11.1 numaralı maddesinde, tarafların ve vekillerinin, mahkeme ve karşı tarafa muamelelerinde dürüstlük kuralına uygun şekilde davranmaları gerektiği ifade edilmektedir (ALI/UNIDROIT, s. 30). Yine aynı ilkelerin 11.2 numaralı maddesinde tarafların, tanıklara müdahale etme veya delillerin karartılması gibi usûl hilelerinden kaçınmaları gerektiği belirtilmektedir (ALI/UNIDROIT, s. 30). Maddenin şerhinde, taraflardan birinin iddia, savunma, mahkemeye başvuru veya diğer davranışlarında bu yükümlülüğün ihlalinin, söz konusu tarafın davanın reddi ve/veya para cezası ile karşılaşmasına neden olabileceği belirtilmiştir (ALI/UNIDROIT, s. 31). Benzer şekilde Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) ile Avrupa Hukuk Enstitüsü (*European Law Institute "ELI"*) iş birliğiyle 2020 yılında hazırlanan "Model Avrupa Medenî Yargılama Kuralları'nın (ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, Birleşik Krallık 2021) 3. maddesinin (e) bendinde de tarafların ve onların vekillerinin dürüstlük kuralına uyma ve mahkeme ile davanın diğer tarafına karşı usûl hilelerinden kaçınma zorunluluklarına değinilmiştir.

maddesinde, hayatın olağan akışı içinde kişiler arasındaki hukukî ilişkilerin çeşitliliği karşısında kanunun bütün bu ilişkileri öngörerek ilişkilerin tümünü kazuistik şekilde düzenleme imkânının bulunmaması sebebiyle ve yazılı hukukun bu eksikliğinin giderilmesi amacıyla, ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir²³⁵. Anılan düzenleme maddî hukukta 1926 yılından beri mevcutken, Türk usûl hukukunda tarafların “doğruyu söyleme yükümlülüğü” ise ilk defa 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenleme bulunmuş, bu hâlde dahi söz konusu yükümlülük, dürüstlük kuralından ayrı düşünülmeyerek “tarafların dürüst davranma yükümlülüğü” ile bir arada düzenlenmiştir. Nitekim tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü, esasen dürüstlük kuralının usûl hukukundaki bir uzantısıdır²³⁶. Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün, Türk usûl hukukunda zaten çok eskiden beri uygulanagelmış olmasına rağmen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olması da aslında Türk usûl hukukunda söz konusu yükümlülüklere atfedilen önemi kanıtlamaktadır.

Gerçekten de tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun hareket etmeleri, özellikle dava dosyasının tekemmülü, uyuşmazlığın tam olarak tespiti, sulhe teşvikin başarısı, adil bir yargılama yapılabilmesi, yargılamanın sonunda gerçeğe ulaşılması ve etkili hukukî koruma sağlanabilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır²³⁷. Bununla birlikte doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki yaptırımları yeterli bulmayarak dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü hakkında daha ağır yaptırımlar getirilmesi gerektiğini savunan bir görüş²³⁸ bulunduğu gibi, kanunda açık yaptırıma bağlanmadıkça doğruyu söyleme yükümlülüğünün fiilen işleyebilmesinin zorluğuna dikkat çekerek olması gereken hukuk bakımından, bu hususta kanunlarda açık yaptırımların öngörülmesi gerektiği yönünde bir görüş²³⁹ de mevcuttur. Kanımızca da dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlali sonucunda karşılaşılabilecek yaptırımların mümkün olduğu kadar ayrıca, açıkça ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi uygulama açısından faydalı olacaktır. Nitekim bu yükümlülüklerin ihlalini teşkil eden durumların kanunda açık yaptırımlara bağlanması hâlinde hem yaptırımlara konu davranışlar bu yükümlülüklerin ihlaline karine teşkil edecek hem de yaptırımların belirliliği bu davranışlara karşı caydırıcılık²⁴⁰ yaratacak olup bu da uygulamada hiç şüphesiz pratiklik sağlayacaktır.

²³⁵ Guldener, s. 647; Kılıçoğlu, s. 213; Arslan, s. 53.

²³⁶ Tercan, s. 185.

²³⁷ Krüger/Rauscher, ZPO §138, Rn. 1; Vorwerk/Wolf, ZPO §138, Rn. 1; Ermenek, s. 158; İyilikli, *Dava Sebebi*, s. 108; Pekcanitez/Erdönmez, s. 912; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 152; Kurt-Konca, s. 76, 141.

²³⁸ Mustafa Göksu, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağı’nın Değerlendirilmesi’, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Y. 8, S. 32, s. 88.

²³⁹ Yılmaz, *HMK Şerhi*, s. 320.

²⁴⁰ Kurt-Konca, s. 288, 302, 360-361.

KAYNAKÇA

- Akil Cenk, 'İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 1, s. 317-338.
- Akil Cenk, 'Avukatların Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Y. 9, S. 35, s. 41-56, (Gerçeği Söyleme).
- Akkaya Tolga, 'Medeni Usûl Hukukunda Taraf Değişikliği Talebi', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan)*, Özel Sayı 2014, C. 16, s. 897-941.
- Alangoya Yavuz, *Medeni Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979.
- Albayrak Adem, 'Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Y. 11, S. 41, s. 511-542.
- ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, New York 2006.
- Antalya O. Gökhan, 'Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları', *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 365-395.
- Arslan Ramazan, *Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar-Ayvaz Sema/Hanağası Emel, *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2023.
- Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2022.
- Barlas Nami, 'Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunu'ndaki Düzenlenme Tarzı ve Eleştirisi', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, C. 55, S. 3, s. 191-208.
- Çağa Tahir, 'Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?', *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1991, S. 3, s. 366-375.
- Çeliktaş Demet, 'Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı', *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1987, C. 3, S. 1-4, s. 593-641.
- Çetin İbrahim, 'Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medeni Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi', *Sayıştay Dergisi*, 2010, S. 78, s. 81-109.
- Çiftçi Pınar, 'Kentsel Dönüşüm Sürecinde Riskli Yapı Tespitine Yönelik Yargısal Hakların Kötüye Kullanımından Doğan Tazminat Sorumluluğu', *Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, 2021, İstanbul Medipol Üniversitesi Yayınları: 43, s. 225-256.
- Çoban Yiğit Türker, 'Türk Marka Hukukunda Hükümsüzlüğün ve İptalin Etkisinin Kesin Hükümle İlişkisi', *Mali Hukuk Dergisi*, 2017, C. 13, S. 147, s. 563-604.
- Direnisa Efe, 'Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katlanma Zorunluluğu', *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 18, S. 2, s. 257-317.

- Dural Mustafa/Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri*, 13. Baskı, İstanbul 2018.
- Durmuş Gökçen, 'Tahkim Müessesesinde Usûl İlkeleri', *Türk Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 1, S. 2, s. 73-95.
- Edis Seyfullah, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 6. Baskı, Ankara 1997.
- ELI-UNIDROIT, *Model European Rules of Civil Procedure*, Birleşik Krallık 2021.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2018.
- Ermenek İbrahim, 'Hukuk Muhakemeleri Kanuna göre Ön İnceleme', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 1, s. 139-177.
- Esen Emre, 'Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi', *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, C. 31, S. 1, s. 191-207.
- Gigi Antonio, 'Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure', *Uniform Law Review*, 2001, Volume 6, Issue 4, s. 819-826.
- Göksu Mustafa, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili İhtiyacı ve Bu Konudaki Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi', *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Y. 8, S. 32, s. 61-93.
- Göksu Mustafa, 'Türk Hukuk Yargılaması ile Mukayeseli Olarak Amerikan Hukuk Yargılamasında Gıyapta Hüküm (Default Judgment)', *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 25, S. 4, s. 27-60 (*Gıyapta Hüküm*).
- Guldener Max, 'Hukuk Muhakemeleri Usûlünde Âfakî Hüsniyet Esası' (Çeviren: Tahir Çağa), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1946, C. 3, S. 2, s. 647-667.
- İçen Adem, 'Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Usûlden Ret Kararı Verilmesine Dair Anayasa Mahkemesinin "İsmail Avcı" Bireysel Başvuru Kararının Değerlendirilmesi', *Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2024, C. 2, S. 1, s. 117-151.
- İyilikli Ahmet Cahit, 'Pirince Giderken Evdeki Bulgurdan Olmak: Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Bir Mahkeme Kararının Tahlili', *Legal Hukuk Dergisi*, 2010, S. 86, s. 495-502 (*Dürüstlük Kuralı*).
- İyilikli Ahmet Cahit, 'Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme', *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 2, s. 83-157 (*Dava Sebebi*).
- Karlı Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2020.
- Kılıçoğlu Ahmet, 'Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Köttiye Kullanılması', *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, C. 38, S. 1-4, s. 209-222.
- Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 6. Baskı, Münih 2020.

- Kurt-Konca Nesibe, *Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü*, Ankara 2017.
- Kuru Baki, *İstinaf Sistemine göre Yazılmış Medeni Usûl Hukuku*, Ankara 2017.
- Musielak Hans-Joachim/Voit Wolfgang, *Zivilprozessordnung (ZPO)*, 21. Baskı, Münih 2024.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, *Medenî Hukuk*, 11. Baskı, İstanbul 2014.
- Özekes Muhammet, 'Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekâlet Ücreti', *Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 2005, S. 1, s. 29-49 (*Vekâlet Ücreti*).
- Özekes Muhammet, 'HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler', *Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 263-300.
- Papakçı Acun, 'Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü', *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, S. 137-138, s. 103-123.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku - Temel Bilgiler*, 18. Baskı, İstanbul 2024.
- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, *Medeni Usûl Hukuku*, Cilt 1, İstanbul 2017.
- Saenger Ingo, *Zivilprozessordnung*, 10. Baskı, Baden-Baden 2023.
- Saymen Ferit H., 'Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimalı', *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, C. 12, S. 4, s. 1129-1151.
- Tanriver Süha, *Medeni Usûl Hukuku*, C. I, Ankara 2016.
- TBMM, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574)', Yasama Dönemi: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c089/tbmm23089050ss0393.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2024) (*HMK Tasarısı*).
- Tercan Erdal, 'Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü', *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, 1996, C. 5, S. 1-2, s. 181-212.
- Tok Ozan, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası Çerçevesinde Sınırlandırılması', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 21, S. 1, s. 239-260.
- van Rhee C. H., 'Obligations of the Parties and Their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure', *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*, 2014, s. 689-699.
- Vatansever-Öztürk Müge, 'Osmanlı Kadı Yargılamasında Dürüstlük Kuralı', *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, S. 1, s. 93-110.
- Vorwerk Volkert/Wolf Christian, *BeckOK ZPO*, 54. Baskı, Münih 2024.

- Wall Andrea, 'Austria & Germany: A History of Successful Reforms', *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*, 2013, Volume 31, Chapter 7, s. 141-176.
- Weidt Christopher F., *The Comparative Analysis of the UK and Germany in Civil Pleadings*, OPUS Siegen 2020.
- Wolf Christian/Zeibig Nicola, *Evidence in Civil Law - Germany*, Maribor 2015.
- Yeğengil Rasih, 'Dava ve Müdafaa Hakkının Sui İstimali ve Bundan Mütevellit Hukukî Mesuliyet', *Ankara Barosu Dergisi*, 1944, S. 8, s. 4-9.
- Yılmaz Ejder, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri', *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 2, s. 213-253.
- Yılmaz Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2012 (HMK Şerhi).

Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarının Takibinde Avukatla Temsil Zorunluluğu^(*)

The Obligation of Legal Representation by an Attorney in the Enforcement of Monetary Claims Arising from Subscription Contracts

Dr. Öğr. Üyesi İsmet MAZLUM^(**)

Öz:

Abonelik sözleşmeleri, tüketicilerin belirli mal veya hizmetleri sürekli ya da düzenli aralıklarla temin ettiği sözleşmelerdir ve bu sözleşmelerden kaynaklanan para alacaklarının tahsili, özel bir takip usulü gerektirir. 7155 sayılı Kanun ile getirilen Merkezi Takip Sistemi (MTS), bu tür alacakların elektronik ortamda, daha hızlı ve etkin şekilde tahsil edilmesini sağlamayı amaçlamıştır. Ancak bu sistem, sadece avukat aracılığıyla kullanılabilmekte ve böylece avukatla temsil, bu takip yöntemi bakımından fiili bir zorunluluk halini almaktadır. Çalışmada, abonelik alacaklarının takibinde avukatla temsilin hukuki dayanakları, uygulamadaki sonuçları ve olası eşitsizlik etkileri ele alınmakta; özellikle küçük ölçekli alacaklıların sisteme erişimindeki zorluklara dikkat çekilmektedir. Ayrıca Türk hukukundaki temsil zorunluluğu, Alman ve İsviçre hukuk sistemleriyle karşılaştırılarak değerlendirilmiştir. Sonuç olarak, sistemin hukuki güvenlik ve etkinlik hedefi doğrultusunda yapılandırıldığı, ancak hak arama özgürlüğü ve eşitlik ilkeleri gözetenilerek bazı dengeleyici düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu ifade edilmektedir.

Anahtar kelimeler:

Abonelik Sözleşmesi, Merkezi Takip Sistemi (MTS), Avukatla Temsil Zorunluluğu, İcra Takibi, Hak Arama Özgürlüğü.

Abstract:

Subscription contracts allow consumers to obtain certain goods or services on a continuous or periodic basis, and the collection of receivables arising from such contracts requires a specific enforcement procedure. The Central Enforcement System (MTS), introduced by Law No. 7155, aims to facilitate faster and more efficient collection of these receivables through electronic means. However, the use of this system is restricted to applications made through attorneys, effectively making legal representation a mandatory condition for initiating proceedings under this method. This study examines the legal basis, practical implications, and potential inequities of the attorney representation requirement in the enforcement of subscription-based receivables. Particular attention is paid to the challenges faced by small-scale creditors in accessing the system. The study also provides a comparative analysis

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 14.05.2025 - Makale Kabul Tarihi: 25.08.2025.

^(**) Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: ismetmazlum@cankaya.edu.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3243-356X>.

of the legal frameworks in Turkey, Germany, and Switzerland regarding the obligation of legal representation. Ultimately, while the system is structured to ensure legal security and procedural efficiency, the paper argues that it must also consider the principles of access to justice and equality before the law. Therefore, additional regulatory measures are needed to address practical disparities and ensure fair and inclusive implementation.

Keywords:

Subscription Contract, Central Enforcement System (MTS), Mandatory Legal Representation, Debt Collection Proceedings, Access to Justice.

I. GİRİŞ

Abonelik ilişkilerinden doğan para alacaklarının tahsili süreci hem borçlar hukuku hem de icra hukuku bakımından çeşitli özel düzenlemeleri içermektedir. Özellikle 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takipin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile getirilen Merkezi Takip Sistemi (MTS), bu alacakların tahsilinde yeni bir dönemin başlamasına neden olmuştur. Bu sistemin kullanımı ise, yalnızca avukat aracılığıyla gerçekleştirilebilecek şekilde düzenlenmiş ve böylece avukatla temsil, bu takip yöntemi için adeta bir ön koşul haline gelmiştir.

Abonelik sözleşmesi, tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan sözleşmelerdir. Abonelik sözleşmeleri, hukuken sürekli veya dönemsel edimler içeren, iki tarafa borç yükleyen ve rızaî nitelikte sözleşmelerdir¹. Bu sözleşme ile satıcı/sağlayıcı belirli bir mal veya hizmeti düzenli aralıklarla veya sürekli şekilde sunmayı, abone ise bunun karşılığında bedel ödemeyi taahhüt eder. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinin birinci fıkrasına göre abonelik sözleşmesi, "tüketicinin belirli bir mal veya hizmeti sürekli veya düzenli aralıklarla edinmesini sağlayan" sözleşmedir. Abonelik sözleşmesinde satıcı/sağlayıcının asli yükümlülüğü, sözleşme süresince hizmeti kesintisiz ifa etmek veya malı periyodik olarak teslim etmektir. Abone ise sözleşme koşullarına uygun şekilde kullanım bedellerini ödemekle yükümlüdür². Abonenin ödeme borcu, genellikle her fatura dönemi sonunda

¹ Hüseyin Altaş, "Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri", (Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, 2009), s. 157-167, s. 159; Kemal Erdoğan, "Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları", (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2018, C. 26, S. 3), s. 271-330, s. 275-277; Güneş Koca, (Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 42; Osman Açıkgöz, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013, s. 24; Enes Edis, Tüketicinin Korunması Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmesi, Ankara 2023, s. 35; Yakup Bal, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, Ankara 2020, s. 29; Seren Karakaş, Tüketici Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmeleri, Ankara 2021, s. 19; Musa Kama, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, İstanbul 2020, s. 10; Yasin Köse, "Abonelik Sözleşmeleri", (Adalet Dergisi, 2011, S. 41, s. 149-163, s. 149.

² Açıkgöz, s. 29; Edis, s. 42; Bal, s. 31; Karakaş, s. 22; Kama, s. 17.

belirlenir ve faturanın tebliğiyle birlikte belirli bir vade içinde ifa edilmesi gerekir. Satıcı/sağlayıcı, abonelik kapsamında sağladığı hizmetin bedelini faturaya yansıtarak talep eder, abone de bu bedeli ödemek zorundadır. Tarafların edimleri sürekli/periyodik olduğundan, abonelik sözleşmesi süreklilik arz eden bir borç ilişkisi kurar. Borç ilişkisinin doğumu, kural olarak hizmetin sunulması ve faturalandırılmasıyla gerçekleşir. Ödeme süresi geçtiği halde borcun ifa edilmemesi durumunda temerrüt halleri gündeme gelir ve alacaklı satıcıya sözleşmeyi fesih, hizmeti durdurma veya yasal yollara başvurma hakları doğabilir.

Elektrik, su, doğalgaz gibi kamu hizmetleri başta olmak üzere telefon, internet, gazete ve dergi abonelikleri, spor salonu üyelikleri gibi periyodik hizmetlerde abonelik sözleşmeleri yaygın olarak kullanılmaktadır³. Bu sözleşmelerde satıcı/sağlayıcı belirli veya belirsiz süre boyunca mal veya hizmet sunmayı; tüketici (abone) ise karşılığında bedel ödemeyi taahhüt eder. Her fatura dönemi sonunda, sunulan mal/hizmet karşılığı aboneden talep edilebilecek bir para borcu doğar. Abonenin faturayı süresinde ödememesi halinde borç muaccel hale gelir ve alacaklı satıcı, tahsil imkânına sahip olur. Bu şekilde abonelik ilişkisi, ileriye etkili sürekli bir borç ilişkisi doğurur ve her iki taraf için de karşılıklı hak ve borçlar yaratır.

Abonelik sözleşmelerin ilişkin hükümler 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁴ ve bu Kanun kapsamında çıkarılan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği⁵ ile düzenlenmiştir. Abonelik sözleşmesinden doğan para alacakları, sürekli ifa gerektiren bu sözleşmelerde abonenin ödemeyi taahhüt ettiği fatura bedelleridir. Bu alacakların tahsili, diğer adi borçlarda olduğu gibi borçlunun rızaen ödememesi halinde icra takibi yoluna başvurulması gerekir. Bu alacakların takibi için özel bir usul düzenlenmiştir. 7155 sayılı Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun⁶ ile MTS⁷ üzerinden elektronik icra takibi imkânı getirilmiştir. Böylece abonelik

³ Zeynep Bahadır, "Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 23, S. 3), s. 129-159, s. 131; Volkan, Özçelik, "Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'a Göre İcra Takibi", (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2019, C. 7, S. 14), s. 375-395, s. 376; Altaş, s. 159; Erdoğan, s. 275-277; Koca, s. 42.

⁴ Resmî Gazete T. 28.11.2013, S. 28835.

⁵ Resmî Gazete, T. 24.01.2015, S. 29246.

⁶ Resmî Gazete, T. 19.12.2018, S. 30630.

⁷ MTS icra takibi İcra dairelerinde kullanılan merkezi takip sistemidir. Abonelikler için borçlu ve alacaklı bilgilerinin elektronik ortamda takip edilmesini sağlayan bir sistemdir. Bu sistem sayesinde, icra daireleri borçlu ve alacaklılar arasındaki takipleri ve ödemeleri daha etkin ve hızlı bir şekilde gerçekleştirebilmektedir. Merkezi takip sistemi üzerinden yapılan işlemler arasında, borçlunun mal varlığına ilişkin bilgilerin takibi, borçlunun banka hesaplarındaki bakiyelerin kontrolü, borçlu ve alacaklı arasındaki ödeme planlarının takip edilmesi gibi işlemler yer almaktadır. MTS'in avan-

sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarının, ilamsız icra yoluyla daha hızlı ve etkin bir şekilde takip edilmesi amaçlanmıştır⁸. Bu çalışmada, abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarının takip süreci, avukatla temsil zorunluluğu bağlamında incelenerek hem Türk hukukundaki uygulama hem de karşılaştırmalı hukuk perspektifinden sistemin dayanakları ve etkileri ele alınacaktır.

II. ABONELİK SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN PARA ALACAKLARININ TAKİBİ

A. Takibin Aşamaları

Alacaklı, UYAP üzerinden MTS'yi kullanarak bir takip talebi düzenler. Takip talebinde alacak tutarı, dayanağı, borçlu bilgileri ve alacaklının ödeme alacağı banka hesabı gibi unsurlar belirtilir. Abonelik alacaklarında takip talebi elektronik ortamda hazırlandığından, ödeme yapılacak banka hesap numarası⁹ gibi bilgiler de açıkça yer alır ve ödeme emrinde borçluya bildirilir (ASKATK m.4).

Takip talebi alındıktan sonra MTS tarafından borçluya bir ödeme emri tebliğ edilir. Ödeme emri, borcun türü ve miktarı, takip masrafları, borcun yedi gün içinde ödenmesi gerektiği ve aksi halde cebri icraya devam olunacağı hususlarını içerir. Abonelik alacakları takibinde ödeme emrinde ayrıca borcun alacaklının MTS'ye kayıtlı hesabına yatırılması gerektiği vurgulanır (ASKATK m.5/I).

Borçlu, eğer borca, faize veya yetkiye ilişkin itirazı varsa bunu da yedi gün içinde bildirmeye davet edilir. Borçlu, ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde ödeme yapmaz ve itiraz da etmezse takip kesinleşir ve alacaklı haciz isteyebilir. Borçlu yedi gün içinde itiraz ederse, icra takibi kendiliğinden durur

tajı, özellikle çok sayıda abonelik borcunun hızlıca işleme alınması, itirazların merkezî şekilde takip edilmesi ve icra dairelerinin yükünün azaltılmasıdır. Ayrıca alacaklılar yönünden harç kolaylığı da sağlanmıştır: MTS üzerinden yapılan takiplerde sadece MTS harcı alınmakta, başvuru harcı ve tahsil harcı alınmamaktadır. Borçlunun adresine tebligat yapılamaz veya adresinin yurt dışında olduğu anlaşılırsa, alacaklı talebiyle normal icra harçları ikmal edilerek dosya klasik icra takibine dönüştürülür; MTS işlemi kapatılır (https://d.barobirlik.org.tr/2019/mts_kullanım_kilavuz.pdf).

⁸ Adem İçen, 7155 Sayılı Kanun'a Göre Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Haciz Yoluyla İlamsız Takip Usulü, İstanbul 2023, s. 15.

⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan'a göre, "alacaklı veya avukatının (MTS ile ilişkili) hesap numarasının gösterilmesinin sebebi, borçlu borcunu kabul ederek ödemek isterse, bunun doğrudan alacaklıya ödenmesini sağlamak içindir. Ancak burada, takibin avukat aracılığıyla yapılmasına rağmen, ödemenin alacaklıya da yapılabilmesi için onun da hesap numarasının gösterilebilmesi eleştirilmiştir. Her ne kadar asıl hak sahibinin alacaklı olduğu, alacaklının vekiline tahsil yetkisi vermeyeceği gerekçeleri ileri sürülebilirse de takipte avukatla temsil zorunluluğu bulunmaktadır. Avukat takibin doğru ve hukuka uygun başlatılmasında sorumluluğu olan kişidir, hatta müvekkilinin yanlış bilgilendirmesi karşısında dahi dışı karşı sorumlu tutulabilmektedir. Böyle bir durumda avukatı dışarda bırakacak şekilde paranın alacaklıya ödenmesi yolunun açılması doğru değildir. Bu uygulamada, avukatların vekâlet ücretlerini tam alamamaları gibi bir sonuç da doğabilecektir." Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes/Meral Sungurtekin Özkan, İcra ve İflas Hukuku, 11. B., İstanbul 2024, s. 270-271.

(ASKATK m.7/III). Abonelik alacaklarında borçlu, itirazını herhangi bir icra dairesine yapabilir; itiraz dilekçesi UYAP üzerinden MTS'ye aktarılır. İtiraz dilekçesinin bir nüshası en geç iki işgünü içinde sisteme yüklenir ve aslı, alacaklının takip talebinde belirttiği yetkili icra dairesine gönderilir. Borçlunun süresinde yaptığı itiraz alacaklıya, MTS üzerinden itirazın yüklenmesini izleyen beşinci günde tebliğ edilmiş sayılır. İtiraz üzerine durmakta olan takibin devam edebilmesi için alacaklının itirazı hükümsüz kılması gerekir (ASKATK m.7/I). Borçlunun itirazı ile duran takibe devam etmek isteyen alacaklı, iki yoldan birine başvurabilir (ASKATK m.7/III). Bu durumda alacaklı, icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasını talep edebilir veya genel mahkemede itirazın iptali davası açabilir.

Abonelik sözleşmesine dayanan alacakların takibinde, alacaklı avukatları MTS ile entegre sistemler üzerinden borçlunun malvarlığını elektronik ortamda sorgulayabilmektedir. Bu sayede borçlunun bankalardaki hesapları, araç kayıtları, tapu kayıtları gibi malvarlığı unsurları hızlıca tespit edilip haczi talep edilebilir (ASKATK m.8/III; İİK m.78). Ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren beş yıl içinde haciz talep edilmezse takip düşer. İtirazın hükümden düşürülmesine ilişkin dava açılması hâlinde davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre hesaba katılmaz (ASKATK m.8/IV). Haciz işlemiyle birlikte haczedilen mallar, alacaklı talep ederse icra dairesince açık artırma yoluyla satışa çıkarılır. Satıştan elde edilen bedel, öncelikle takip masrafları ayrıldıktan sonra alacaklıya ödenir. Böylece alacaklının alacağı cebri icra yoluyla tahsil edilmiş olur. Eğer satış bedeli alacağı karşılamazsa alacaklı, borçluya karşı kalan kısım için takip yapmaya devam edebilir; tam tersi, artan olursa borçluya iade edilir. Bu süreçte borçlu, ödeme emrine itiraz etmez ve borcu da ödemezse, yedi günün bitimiyle takip kesinleşir ve borçlu açısından haciz, satış gündeme gelir (ASKATK m.8, I).

B. Takibin Genel Şartları

Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacağına dayalı icra takibi başlatmak için hem İcra ve İflas Kanunu'nun ilamsız takiplerde öngördüğü genel kuralların hem de 7155 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikle getirilen özel şartların sağlanması gerekir. Bu kapsamda, 7155 sayılı Kanun kapsamında icra takibinin yapılabilmesi için bulunması gereken bazı şartlar vardır.

1. Abonelik Sözleşmesi Olmalıdır

Abonelik sözleşmeleri, hukukumuzda süreklilik arz eden mal veya hizmet sunumuna dayalı olarak kurulan borç ilişkilerinin hukuki zeminini oluşturur. Özellikle elektrik, su, doğalgaz, internet, dijital yayın platformları ve benzeri hizmet sağlayıcılar ile tüketici arasında kurulan bu sözleşmeler, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yer alır. Bu sözleşmelere da-

yanılarak ilamsız icra takibi başlatılması halinde, takip talebinin hukuka uygun şekilde yürütülebilmesi için bazı ön koşulların varlığı aranır. Bu koşullardan biri de taraflar arasında geçerli bir abonelik sözleşmesinin mevcut olmasıdır¹⁰. Söz konusu şart, takip hukukuna ilişkin şekli bir unsur değil, aynı zamanda maddi hukuka ilişkin bir geçerlilik unsurudur. Aksi durumda, takip dayanaktan yoksun hale gelir ve hukuka aykırılık söz konusu olur.

Abonelik sözleşmesi, belirli bir bedel karşılığında sürekli veya düzenli olarak mal veya hizmet sunulmasını konu edinen bir sözleşmedir¹¹. Bu sözleşmenin tarafları, bir yanda hizmet veya mal sağlayıcısı, diğer yanda tüketici konumundaki gerçek kişilerdir. Abonelik sözleşmeleri genellikle tip sözleşme niteliği taşıyor ve önceden hazırlanmış, tüketiciye müzakere imkânı verilmeyen sözleşme metinleriyle kurulurlar¹². Söz konusu sözleşmelerin geçerliliği, genel sözleşme hukukunda olduğu gibi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarına dayanmalıdır¹³. Ayrıca abonelik sözleşmelerinin kurulmasında, tüketicinin bilgilendirilmesi ve açık rızasının alınması da önemlidir. Bu yönüyle sözleşmenin kurulup kurulmadığı, sadece şekli unsurlara değil, irade uyuşmasına ve tüketicinin gerçek onayına da bağlıdır¹⁴.

Abonelik sözleşmesine dayalı bir alacağın ilamsız takip yoluyla tahsili isteniyorsa, öncelikle bu alacağın kaynağını oluşturan abonelik sözleşmesinin gerçekten var olup olmadığı belirlenmelidir¹⁵. İcra takibi bakımından bu şart iki açıdan önemlidir. Taraflar arasında hiç kurulmamış bir sözleşmeye dayalı olarak takip başlatılması, takip hukukunun kötüye kullanımı niteliğindedir. Bu tür takipler, tüketici üzerinde ödeme baskısı kurarak haksız kazanç sağlamaya yönelik olabilir. Tüketici hukuku, zayıf konumunda bulunan tüketicinin korunmasını esas aldı-

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 267-268; Ejder Yılmaz/Ramazan Arslan/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 10. B., Ankara 2024, s. 453; Muhammet Özekes, "Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu (7155 sayılı Kanun'un Düzenlemesi)", (İzmir Barosu Dergisi Y. 2018, C. 83, S. 3), s. 225-256, s. 228; Bahadır, s. 131 vd.; İçen, s. 45.

¹¹ Açıkgoz, s. 29; Edis, s. 42; Bal, s. 31; Karakaş, s. 22; Kama, s. 17.

¹² Açıkgoz, s. 29; Edis, s. 42; Bal, s. 31; Karakaş, s. 22; Kama, s. 17.

¹³ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. B., İstanbul 2024, s. 45; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. B., Ankara 2024, s. 178; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. B., Ankara 2024, s. 93; Tolunay Ozanemre Yayla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B., İstanbul 2023, s. 29; Mehmet Şengül, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. B., İstanbul 2025, s. 53.

¹⁴ Açıkgoz, s. 29; Edis, s. 42; Bal, s. 31; Karakaş, s. 22; Kama, s. 17.

¹⁵ Abonelik sözleşmesi, taraflar arasında sürekli ya da düzenli edim yükleyen, borçlar hukukuna özgü karma nitelikli bir sözleşmedir. Geçerli bir abonelik sözleşmesi kurulması için şu unsurların bulunması zorunludur. Bu bağlamda, tarafların anlaşması (irade uyuşması), konunun hukuka ve ahlaka uygunluğu abonelik konusu hizmet ya da malın açıkça belirlenmiş olması ve tarafların kimlik bilgilerinin ve iletişim bilgilerinin sözleşmede belirtilmesi gerekir.

ğından, sözleşmenin varlığı ispatlanamayan durumlarda tüketicinin borç altına sokulması, hem anayasal düzeyde güvence altına alınan hukuki güvenlik ilkesine hem de özel hukukta geçerli olan dürüstlük kuralına aykırıdır¹⁶. Bu nedenle, takip talebinde bulunan taraf, alacağın bir abonelik ilişkisine dayandığını somut biçimde ortaya koymak zorundadır. Sözleşmenin örneği veya sözleşmeye yapılan açık atıflar, takip talebine eklenecek belgelerle birlikte sunulmalıdır.

MTS'ye yapılan başvurularda, sistem alacağın abonelik sözleşmesine dayandığını varsayar. Ancak fiilen böyle bir sözleşme bulunmuyorsa, borçlu ödeme emrine süresinde itiraz ederek takibin durdurulmasını sağlayabilir. Yine, geçerli bir abonelik ilişkisi olmadan başlatılan takip, hakkın kötüye kullanılması yasasını (TMK m.2, II) ve dürüstlük ilkesini ihlal edebilir. Bu durumda borçlu, alacaklının kötü niyetli olarak icra takibi başlattığını ileri sürerek menfi tespit veya tazminat davası açabilir. Abonelik sözleşmesine dayalı takiplerde, taraflar arasında gerçekten geçerli bir sözleşmenin bulunması hem takip hukuku açısından hem de tüketici hukukunun temel ilkeleri bakımından zorunlu bir koşuldur. Sözleşmenin varlığı, sadece şekli değil, aynı zamanda maddi anlamda da bir irade uyuşmasına dayanmalı; tüketicinin açık onayı ile kurulmuş olmalıdır. 7155 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin ikinci fıkrası ve 8'inci maddesinin ikinci fıkrası gereği bir icra takibinin bu kapsamda olup olmadığını belirleyen şartlar, icra dairesinin kendiliğinden gözetmesi gereken şartlardır (ASKATK m.8, II). Bu bakımdan söz konusu şartları bu yol kapsamındaki takipler bakımından özel takip şartları olarak nitelendirmek gereklidir¹⁷.

Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Bir Para Alacağı Olmalıdır

7155 sayılı Kanun'un 2'nci maddesine göre bu takip yolu, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ve diğer mevzuatta düzenlenen abonelik sözleşmeleri ile bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan ve avukatla takip edilen *para alacaklarına* ilişkin icra takiplerini kapsar. Bir başka ifadeyle, sadece para alacakları bakımından bu takip yapılabilir. Başka tür edimler (örneğin cihazın iadesi gibi) icra takibine konu olmaz¹⁸. Ayrıca alacağın vadesi gelmiş olmalı, faturada belirtilen son ödeme tarihi geçmiş olmalıdır.

¹⁶ Osman Açıkgöz, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler", Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Y. 2015, C. 21, S. 2), s. 805-838, s. 824; Süleyman Topak, "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2016, S. 122), s. 281-313, s. 289.

¹⁷ İçen, s. 89.

¹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 268; Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 453; Özekes, s. 228-229; Bahadır, s. 138-140; İçen, s. 81-84.

Abonelik sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar, tüketici hukukunda belirli parasal sınırın altında kalıyorsa Tüketici Hakem Heyeti'ne götürülebilir. Yargıtay, tüketici hakem heyetine başvuru sınırında kalan uyuşmazlıklarda ilamsız icra takibi yapılamayacağı, başvurunun önce tüketici hakem heyetine yapılması ve daha sonra ilamlı takip yoluna başvurulmasının zorunlu olduğunu belirtmişti¹⁹. Ancak, 7063 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68'inci maddesinin 1'inci fıkrasına, " tarafların İcra ve İflas Kanunu'ndaki hakları saklı olmak kaydıyla" ibaresi eklenerek, Yargıtay'ın bu içtihadının etkisi ortadan kaldırılmış; tüketici uyuşmazlıkları bakımından kapatılan ilamsız icra yolunun önünde bir engel kalmamıştır. Artık, ilgili düzenleme sayesinde tüketici uyuşmazlıklarından kaynaklanan para alacakları için ilamsız takip yapılması mümkündür²⁰. Şartların sağlanması halinde, alacaklı abonelik borcu için MTS üzerinden ilamsız takip başlatabilir. Aksi halde (örneğin abonelik ilişkisi yoksa veya borç, para alacağı değilse) genel haciz yoluyla takibe başvurulması gerekir. Ancak şartlar mevcut olup da alacaklı MTS dışında normal icra takibi yapmaya kalkarsa, icra dairesi talebi kanunen reddetmelidir (ASKATK m.2/II). Bu düzenleme, 7155 sayılı Kanun'un uygulama alanına giren durumlarda yığılmaları önlemek ve tek bir sisteme yönlendirmek amacıyla getirilmiştir. Bu bağlamda, abonelik sözleşmelerinden doğan para alacakları normalde ilamsız icra yoluyla takip edilebilir niteliktedir. İlamsız icrada alacaklının elinde herhangi bir mahkeme hükmü bulunması gerekmez; alacak iddiasıyla icraya başvurmak yeterlidir.

¹⁹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 18.03.2015 tarihinde verdiği, 2015/10571 Esas, 2015/8738 Karar, "... Uyuşmazlık, tüketici sorunları hakem heyetinin görev alanına giren bir uyuşmazlıkla ilgili olarak hakem heyetine müracaat edilmeksizin icra takibi yapıp yapılamayacağı, icra takibinin yapılması hâlinde de tüketici sorunları hakem heyetinin itirazın iptali ile takibin devamına ve icra inkâr tazminatı istemine ilişkin karar verme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususundadır. Tüketici Sorunları Hakem Heyetine müracaatın yapıldığı tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı yasanın 22. maddesinin beşinci fıkrasıyla, ... TL'nin altında bulunan uyuşmazlıklarda Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Somut olayda, uyuşmazlık konusu asıl alacak 850 TL olduğuna göre, davalının icra takibi yapmadan önce tüketici sorunları hakem heyetine müracaatı zorunludur. Uyuşmazlığın değeri itibarıyla tüketici hakem heyetinin görev alanına girmesine rağmen tüketici hakem heyetine müracaat etmeksizin icra takibi yapılması ve icra takibine itiraz edilmesi hâlinde itirazın iptali isteminin nereden isteneceği hususunda, 28.05.2014 tarihinden önce yürürlükte bulunan 4077 sayılı Kanunda ve 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Kanunda özel bir düzenleme yapılmamıştır... Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, tüketici sorunları hakem heyetine müracaat edildiği tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi ile, davanın açıldığı tarihte ve karar tarihinde yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 68. maddesinde belirlenen miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için, icra takibi yapılmadan veya dava açılmadan önce tüketici hakem heyetine müracaat edilmesi zorunludur ... tüketici hakem heyetine müracaat edilip uyuşmazlıkla ilgili olarak bir karar almadan icra takibi yapılamayacağı gibi, tüketici mahkemesinde de dava açılmaz..." (Erişim Tarihi: 12.01.2025, <https://www.lexpera.com.tr/>).

²⁰ Bahadır, s. 144-146.

2. Tüketiciye Sunulmuş ve Bedeli Faturaya Yansıtılmış Bir Mal veya Hizmet Bulunmalıdır

Tüketiciye sunulmuş ve bedeli faturaya yansıtılmış bir mal veya hizmetin bulunması, abonelik sözleşmelerine dayalı takiplerde aranması gereken temel ve zorunlu bir koşuldur²¹. Mal veya hizmetin fiilen sunulması, takibe konu edilen alacağın dayanağının, tüketiciye gerçekten sunulmuş bir hizmetin ya da teslim edilmiş bir malın bulunması anlamına gelir. Salt bir sözleşme ilişkisi, takip için yeterli olmayıp, bu sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmiş olması aranır. Örneğin bir dijital yayın platformu tarafından hizmetin açılması, bir GSM operatörü tarafından hat kullanıma açılarak iletişim sağlanması veya bir internet sağlayıcısının bağlantıyı aktif hale getirmesi, edimin sunulduğunu gösterir. İcra takibini başlatan alacaklı, borcun varlığını ve miktarını ispatla yükümlüdür. Bu çerçevede, sadece tahakkuk ettirilen faturalar değil, aynı zamanda bu faturaların karşılığında tüketiciye fiilen hizmet sunulduğuna veya mal teslim edildiğine ilişkin belgeler (servis kayıtları, kullanım dökümleri, teslim tutanakları) da önem taşır. Abonelik sözleşmesine göre sunulan bu mal veya hizmetin de bir faturaya yansıtılmış olması gerekir.

Tüketiciye sunulmuş ve bedeli faturaya yansıtılmış bir mal veya hizmet bulunması koşulu, esasen kötü niyetli alacak taleplerine karşı tüketicinin korunmasını ve haksız takiplere maruz kalmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Zira yalnızca sözleşmenin varlığına dayanarak icra takibi başlatılması durumunda, hizmetin fiilen sunulup sunulmadığına bakılmaksızın tüketici üzerinde ödeme baskısı oluşturulması ihtimali doğar. Bu hem hukuki güvenlik hem de adil yargılanma hakkı açısından ciddi sakıncalar yaratır. Bu bağlamda söz konusu şart iki temel unsurdan oluşmaktadır. İlk olarak, sözleşmede öngörülen edim gerçekten yerine getirilmiş olmalıdır. Örneğin, bir internet aboneliği söz konusuysa, ilgili dönemde internet hizmetinin aktif olarak sağlanmış olması gerekir. Sözleşmenin yapılmış olması, hizmetin de ifa edildiği anlamına gelmez. İfa edilen edime karşılık bir bedelin talep edilebilmesi için bu bedelin belgeli hale getirilmiş olması gerekir. Bu belge ise uygulamada genellikle fatura ile somutlaşır (ASKATK m.4/III).

3. Avukatla Temsil Zorunluluğu

Avukatların yargılamada ve icra takiplerinde üstlendiği rol, adil ve etkin bir yargılamanın ve icra takibinin sağlanması bakımından büyük önem taşır. Özellikle hukuki bilgi ve tecrübe gerektiren işlemlerde avukatlar, tarafların haklarının

²¹ Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 4. B., Ankara 2021, s. 404; İbrahim Aşık/Yakup Oruç/Ozan Tok/Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Ankara 2023, s. 337; Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 269; Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 453; Özekes, s. 229; İçen, s. 84.

tam olarak ileri sürülmesine ve savunulmasına yardımcı olarak yargılamanın sağlıklı işlemlerini sağlar. Öğretide, özellikle, davanın her iki tarafının da bir avukat ile temsil edilmesinin silahların eşitliği ilkesine hizmet ederek, taraflar arasındaki dengesizliğin giderilmesine katkı sağladığı vurgulanmıştır²². Bu sayede hukuki bilgiye sahip olmayan bir tarafın, usul kurallarını bilmemesinden kaynaklanabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilmektedir. Avukatla temsil zorunluluğu konusu da bu bağlamda tartışılmakta, bir yandan adil yargılanma hakkının temini için avukatların etkin bir güvence teşkil ettiği belirtilirken, diğer yandan zorunlu avukat uygulamasının hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı etkisi olabileceği ileri sürülmektedir²³.

Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takip yolu, avukat aracılığıyla takip edilen abonelik alacaklarını kapsar. Dolayısıyla hem alacağın niteliğinin abonelik sözleşmesinden doğması hem de alacağın avukat aracılığıyla takip edilmesi şarttır²⁴. 7155 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde açıkça belirtildiği üzere "alacaklı vekili", MTS üzerinden bu takibi başlatabilir. Böylece ilgili icra harcı ve tebligat giderleri sistem üzerinden ödenerek takip talebi oluşturulur ve sistem tarafından otomatik olarak ödeme emri üretilir. Kanun, kapsamına giren takiplerin sadece bu özel yöntemle başlatılabileceğini, aksi halde icra dairesinin talebi reddedeceğini emretmektedir (ASKATK m.2/II). Bir başka ifadeyle, şartları uygun olan abonelik alacaklarında alacaklı bir avukat aracılığıyla takip yapıyorsa, klasik ilamsız icra yoluna başvurmak mümkün değildir; bu özel yol zorunlu hale gelmiştir. 7155 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin gerekçesinde, abonelik sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye bedeli mukabilinde verilip karşılığı faturaya yansıtılan para alacakları, ancak avukat marifetiyle takip ediliyorsa bu Kanunda gösterilen usulle takip edilebilecektir. Belirtelim ki, alacak türü itibarıyla bu Kanun kapsamına girmekle birlikte avukatla takip edilmeyen alacakların, İcra ve İflâs Kanunu'nun genel hükümlerine göre takibi mümkündür. Bir başka ifadeyle, bir icra takibinin bu Kanunda düzenlenen usulle başlatılıp yürütülebilmesi için; alacağın, tür itibarıyla maddede tanımlanan

²² Mine Akkan, *Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, 1. B., Ankara 2010, s. 158; Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, 1. B., Ankara 2016, s. 120; Güney Dinç, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2005, S. 57), s. 283-306, s. 288.

²³ Ali Cem Budak/Duygu Diker Koçak/Eylem Apaydın/Varol Karaaslan/Fatih Aydemir, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 3. B., İstanbul 2023, s. 3-5; Derya Ateş/Süleyman Çetin, *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 6. B., Ankara 2024, s. 24; Abdurrahman Kavasoglu, "Medeni Usul Hukukunda avukatla Dava Takip Zorunluluğu", (Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2008, C. 3, S. 26), s. 17-25, s. 18; Nazlı Gören Ülkü, "Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 16, S. 3-4), s. 309-325, s. 319.

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 269-270; Yılmaz/Arslan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 453; Özekes, s. 230; İçen, s. 85.

para alacaklarından olması ve ayrıca bu alacağın avukat marifetiyle takip edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle genel olarak avukatla temsil zorunluluğu hakkında bilgi verildikten sonra, abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipte avukatla takip zorunluluğu incelenecektir.

a. Avukatla Temsil Zorunluluğunun Hukuki Dayanakları

Kişilerin yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkı Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre herkes, meşru yasa ve yollardan faydalanmak suretiyle davacı veya davalı olarak yargı mercileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasal düzeyde açıkça avukata yer verilmese de bu hak kapsamında bir davayı bizzat ya da vekil aracılığıyla takip etme özgürlüğü olduğu kabul edilmektedir. Medeni usul hukukunun kanuni düzenlemeleri de bu ilkeyle uyumludur. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel bir avukatla temsil zorunluluğu düzenlenmemiştir²⁵. Aksine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71'inci maddesine göre, dava açmaya ehil olan herkes davasını bizzat açabileceği gibi bir vekil aracılığıyla da açabilir. Buna göre, medeni yargılamada tarafın avukatla temsili bir zorunluluk değil, tercih meselesidir. Eğer taraf kendisini bir vekil ile temsil ettirmek isterse, bu vekilin kural olarak baroya kayıtlı bir avukat olması gerekir. Bu gereklilik, Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesinde ifadesini bulan "avukatlık tekeli" ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁶. Avukatlık Kanunu'nun anılan hükmü gereğince, "kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek; mahkeme veya hakem huzurunda gerçek ve tüzel kişilerin haklarını dava etmek veya savunmak; adli işlemleri takip etmek ve bu işlemlere ait belgeleri düzenlemek" yalnızca baroya kayıtlı avukatların yetkisindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi, bu durumu bir dava şartı olarak düzenlemiş, vekil sıfatıyla davayı yürüten kişinin davaya vekâlet ehliyetinin bulunmaması halinde, mahkemenin davayı usulden reddedeceğini hükme bağlamıştır.

Avukatla takip zorunluluğu hakkında yapılan değerlendirmelerde, hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesi de sıkça gündeme gelir. Avukatla temsil zo-

²⁵ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. B., İstanbul 2024, s. 119; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018, s. 40-45; Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006, s. 48; Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 6. B., Ankara 2015, s. 73; Ejder Yılmaz, "Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık", (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1995, C. 44, S. 1-4), s. 193-208, s. 195.

²⁶ Ali Çetin Aslan, "Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Y. 2014, Özel Sayı, C. 16), s. 1669-1711, s. 1672 vd.; Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2016, S. 27), s. 861-890, s. 872; Mehmet Şirin Erdoğan, "Avukatlık Tekel Hakkı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s. 138-155, s. 142; Ahmet İyimaya, "Avukatlık Tekel Hakkı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s. 157-170, s. 157 vd.

runluluğu uygulamasının olup olmaması, bir yandan mahkemeye erişim hakkını etkileyebileceği, diğer yandan da adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan etkili savunma imkânıyla yakından ilişkili görülmektedir²⁷. Bu dengeyi gözetmek adına, mevzuatımızda avukatla temsil konusunda katı bir zorunluluk yerine esnek bir sistem benimsenmiştir. Ancak konunun hukuki zemini incelenirken, Avukatlık Kanunu'nda 2008 yılında yapılan önemli bir değişikliğe de değinmek gerekir. 1136 sayılı Kanunu'nun 35'inci maddesine eklenen üçüncü fıkra ile, sermayesi belirli bir tutarın üzerinde olan anonim şirketler ile büyük yapı kooperatiflerine, bir sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme her ne kadar avukat bulundurma mecburiyeti getirse de belirtilen tüzel kişilerin açtıkları davaları fiilen bir avukat aracılığıyla takip etmeleri zorunlu değildir. Sadece bir avukat ile sözleşme yapmış olmaları aranmaktadır²⁸. İlgili düzenleme, bu yükümlülüğe aykırılığın sonucunu adli para cezası olarak düzenlemiş, davanın görülebilmesi için avukatla temsili bir şart olarak öngörmemiştir (AvK m.35/III).

b. Avukatla Temsil Zorunluluğun Kapsamı ve Uygulama Alanları

Medeni usul hukukunda genel bir kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Taraflar, ilk derece mahkemelerinde davalarını bir avukat olmaksızın kendileri takip edebilirler. Aynı şekilde, istinaf ve temyiz aşamalarında da bir avukatla temsil zorunluluğu yoktur; taraflar gerekli dilekçeleri kendileri düzenleyip sunabilir ve dosyalarını takip edebilirler. Örneğin, bir davada hükümü temyiz etmek isteyen taraf, bir avukat ile temsil edilmeden kanunda öngörülen şartlara uygun dilekçesini kendi hazırlayarak Yargıtay'a temyiz başvurusu yapabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda veya Yargıtay Kanunu'nda temyiz aşamasında avukatla temsili zorunlu kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, uygulamada özellikle istinaf ve temyiz aşamalarında taraflar avukat yardımından yararlanmayı tercih etmektedir. Zira yüksek yargı mercilerine başvuru, usulüne uygun dilekçe yazımı, kanun yoluna başvuru sürelerinin takibi gibi teknik hususlar içerdiğinden, avukat desteği olmaksızın hak kaybına uğrama riski yüksektir. Bu durum fiili bir zorunluluk algısı yaratsa da hukuken bir mecburiyet söz konusu değildir. Özel hukuk yargılamasında birkaç istisnai durum dışında, hiçbir mahkeme için avukatla temsil zorunlu kılınmamıştır²⁹. Sulh hukuk, as-

²⁷ Akkan, s. 170 vd.

²⁸ Gören Ülkü, s. 319.

²⁹ Medeni usul hukukunda avukatla takip zorunluluğu bulunmamasına rağmen bazı durumlarda, hâkim tarafın kendisini bir avukat ile temsil ettirmesine karar verebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 79'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, davasını kendisi takip eden kimse, duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim kendisini uyarır; bu uyarılara uyulmaz ve gerekli görülürse kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verip, hemen duruşma salonundan dışarıya çıkartılmasını sağlar; vekil ile temsil ettirmemesi hâlinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır. Yine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 80'inci maddesine

liye hukuk, aile, iş mahkemeleri, kadastro mahkemeleri gibi farklı ilk derece mahkemelerinde de taraflar aynı ilke doğrultusunda diledikleri takdirde kendi davalarını kendileri yürütebilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısı hazırlanırken, bazı uzmanlar özellikle yüksek meblağlı veya karmaşık davalar bakımından avukatla temsilin zorunlu olmasını önermiş, ancak bu görüş kanuna yansımamıştır³⁰. Örneğin, bir dönem tartışılan tasarı önerilerinden birinde, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemeleri ile değeri belli bir miktarın altındaki davalar hariç olmak üzere, diğer davaların avukat aracılığıyla açılıp takip edilmesinin zorunlu kılınması gündeme gelmişse de bu hüküm kanunlaşmamıştır. Dolayısıyla bugün için Türk hukukunda, Alman hukukundaki gibi sadece belirli üst dereceli mahkemelerde veya yüksek değerli uyuşmazlıklarda avukat mecburiyeti şeklinde bir ayırım mevcut değildir. Bu kapsamda, avukatla temsil zorunluluğunun özellikle Alman ve İsviçre hukuku bakımından da değerlendirilmesinde fayda vardır.

c. Mukayeseli Hukukta Durum

Modern hukuk sistemlerinde yargılama faaliyetinin adil, etkin ve güvenilir şekilde yürütülmesi, sadece mahkemelerin yapısal özellikleriyle değil, tarafların yargılama sürecine katılım biçimiyle de doğrudan ilgilidir. Bu çerçevede, tarafların mahkemede kendilerini bizzat mı yoksa avukat aracılığıyla mı temsil edecekleri, usul hukukunun temel meselelerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle karmaşık ve çok kademeli yargılama sistemlerinde, profesyonel hukuki yardımın zorunlu tutulup tutulmaması meselesi, hak arama hürriyeti, usul ekonomisi, adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim gibi anayasal düzeydeki ilkelerle yakından ilişkilidir. Alman hukuk sistemi, özellikle üst derece mahkemelerde ve belirli davalarda, tarafların davalarını sadece avukat aracılığıyla

göre, hâkim, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılır.

³⁰ Gören Ülkü, s. 321. 27.01.2004 tarihli Komisyon tarafından hazırlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ile avukatla temsil zorunluluğu getirilmişti. Ancak, "Dava ehliyetine sahip taraf, sulh hukuk, iş ve kadastro mahkemeleri ile, değeri ellibin Türk Lirasından az olan davalar hariç olmak üzere, davasını ancak bir avukat aracılığı ile açıp yürütebilir ve kendisi aleyhine açılan davayı takip edebilir. Birinci fıkra hükmü, kanun yolu aşamasında da geçerlidir. Şahıs varlığına ilişkin dava ve işlerde avukat aracılığıyla temsil zorunluluğu yoktur. 62 şeklinde bir düzenlemeyi içeren 77'nci madde hükmü, Tasarı'nın 16.4.2008 tarihinde TBMM Başkanlığına sevki sırasında metinden çıkarılmış ve onun yerine HUMK sistemini muhafaza eden 76'ncı (HMK m.71) madde getirilmiştir. Hükmün madde gerekçesi, "Hukuk davalarında sağlıklı olarak hakkın korunabilmesi ve elde edilebilmesi maddi hukuk bilgisi yanında, usul hukuku bilgisi sahibi olmayı gerektirmektedir. Bu bilgilere sahip olabilmek ve edindiği bilgileri gerektiği gibi ihtiyaç halinde kullanabilmek ise, hukuk eğitimi alarak, avukatlık veya hakimlik stajı yapılarak elde edilebilmekte, hatta bunların dahi yeterli olmadığı hukuki uyuşmazlıklar olabilmektedir. Dava ve cevap dilekçesinin yazılması, hakkın ispatına yarayan delillerin belirlenip mahkemeye bildirilmesi, süreler, itirazlar, kanun yollarına başvuru gibi her biri kendi içinde haklı sonuca ulaşabilmede özel bir önem taşıyan yardım imkanlarından yararlanmak suretiyle, dava ve takiplerde kendilerini temsil ettirebileceklerdir."

yürütebileceklerini düzenleyen katı kurallara sahiptir. Almanya'daki bu katı düzenlemeler, karşılaştırmalı hukuk bağlamında Türk ve İsviçre hukuklarıyla kıyaslandığında belirgin farklılıklar göstermektedir. Türk Medeni Usul Hukuku, kural olarak avukatla temsil zorunluluğu öngörmemekte; taraflara davalarını bizzat yürütme hakkı tanımaktadır.

aa. Alman Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu

Alman medeni yargılama hukukunda avukatla takip zorunluluğu (*Anwaltszwang*) belirli dava ve mahkemelerde tarafların davalarını bir avukat aracılığıyla sürdürmelerini şart koşan bir durumdur. Özellikle yüksek mahkemelerde, kanun koyucu davaların bir avukat aracılığıyla takibini zorunlu görmüştür. Nitekim Alman Medenî Usul Kanunu'nun (*Zivilprozessordnung, ZPO*) 78'inci maddesi bu zorunluluğu düzenlemektedir. Alman hukukunda avukatla temsil, adil yargılama ve usul ekonomisi açısından temel bir prensip olarak kabul edilir ve birçok durumda tarafların davayı bizzat takip etmeleri mümkün değildir³¹. Özellikle eyalet mahkemesi ve onun üstündeki yargı mercilerinde avukatla takip bir gerekliliktir. Hatta kural olarak avukatla takip serbestisinin tanındığı sulh mahkemesi nezdindeki bazı özel durumlarda dahi kanun avukatla temsil şartını öngörmüştür. Bu çerçevede Alman medeni usul sistemi, belirli bir seviyenin üzerindeki davalarda tarafların profesyonel hukuki yardım almasını zorunlu kılarak hem tarafların hakkını korumayı hem de yargılamanın sağlıklı işlenmesini amaçlamaktadır³².

Almanya'da sulh mahkemeleri düzeyinde, kural olarak tarafların davalarını bir avukat olmaksızın bizzat takip etmelerine izin verilir; burada avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Özellikle nispeten düşük değerli alacaklar ve basit uyuşmazlıklar ilk derece olarak sulh mahkemelerinde görüldüğünden, hukuk sistemi bu aşamada bireylerin mahkemeye kolay erişimini sağlamak için avukatla temsil mecburiyeti öngörmemiştir³³. Bununla birlikte, aile hukuku kapsamına

³¹ Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. B., München 2010, s. 139-140; Wolfgang Lücke, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilverfahrensrecht*, 10. B., München 2011, s. 81; Walter Zeiss/Klaus Schreiber, *Zivilprozessrecht*, 12. B., Tübingen 2014, s. 22; Christoph Paulus, *Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilprozessrecht*, 5. B., Berlin 2013, s. 40; Hans Joachim Musielak/Wolfgang Voit, *Grundkurs ZPO Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren*, 15. B., München 2020, s. 14.

³² Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 139-140; Lücke, s. 81; Zeiss/Schreiber, s. 22; Paulus, s. 40; Musielak/Voit, s. 14. Alman adli yargı (ordentliche Gerichtsbarkeit) teşkilatı, dört temel kademe şeklinde örgütlenmiştir: Amtsgericht (Sulh Hukuku Mahkemeleri), Landgericht (Asliye Hukuk/Bölge Mahkemeleri), Oberlandesgericht (Yüksek Bölge Mahkemeleri) ve en üstte Bundesgerichtshof (Federal Mahkeme). Avukatla temsil zorunluluğu, bu mahkeme kademelerine göre farklılık gösterir. Genel olarak, yargı kademesi yükseldikçe avukatla takip zorunluluğu katılaşmakta; en üst düzeyde ise sadece belirli avukatların davayı takip edebilmesine kadar varan özel şartlar bulunmaktadır.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 141; Lücke, s. 81; Zeiss/Schreiber, s. 24; Paulus, s. 41; Musielak/Voit, s. 15.

giren bazı özel dava türlerinde sulh mahkemesi nezdinde de avukat zorunluluğu vardır. Örneğin, boşanma davalarında Alman Aile Mahkemesi Usulü Kanunu (FamFG) 114'üncü maddesi uyarınca taraflardan en azından davayı açan eşin bir avukatla temsil edilmesi şarttır. Boşanma davasını başlatmak isteyen eş, dilekçesini ancak bir avukat aracılığıyla mahkemeye sunabilir; diğer eş ise sadece davayı kabul edeceği durumda avukatla temsil edilmek zorunda değildir. Boşanmanın fer'i sonuçları olan nafaka, mal paylaşımı gibi çekişmeli talepler de genellikle avukat aracılığıyla takip edilmelidir. Bu örnek, sulh mahkemesi seviyesinde kural olarak serbest olan kendi kendini temsil etme hakkının, belirli dava konularında kanunla kısıtlandığını göstermektedir³⁴. Onun dışında, sulh mahkemelerindeki adi hukuk uyuşmazlıklarında (örneğin alacak-borç, kira, küçük çaplı tazminat davaları) taraflar dilerlerse avukat kullanmadan kendileri dava açabilir ve cevap verebilirler.

Eyalet mahkemeleri, Alman hukukunda bir kısım davaların ilk derece yargı mercii olup aynı zamanda ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı başvuruların görüldüğü derecedir. Eyalet mahkemeleri düzeyinde avukatla takip zorunluluğu katı biçimde uygulanır. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, eyalet mahkemelerinde taraflar davalarını bir avukat aracılığıyla temsil ettirmek zorundadırlar. Bu, gerek bölge mahkemesinin ilk derece olarak görülen yüksek değerli ya da niteliği itibarıyla önemli davalar, gerekse sulh mahkemesi kararlarına karşı eyalet mahkemesine yapılan başvurular için geçerlidir. Dolayısıyla, bir kişi kendisini avukatla temsil ettirmeksizin eyalet mahkemesinde ne dava açabilir ne de kendisine karşı açılmış bir davayı takip edebilir. Mutlaka baroya kayıtlı bir avukatın vekilliğine ihtiyaç vardır. Eyalet Yüksek Mahkemesi, eyalet mahkemelerinin üzerindeki temyiz merci olup genellikle eyalet mahkemesinin kararlarına karşı başvuruları inceleyen yüksek dereceli eyalet mahkemeleridir. Eyalet mahkemesi düzeyinde de avukatla temsil mecburiyeti uygulanır. Buna göre, bir taraf Eyalet Mahkemesi'ne başvururken dilekçesini bir avukat imzasıyla sunmak ve yargılama boyunca avukat aracılığıyla temsil edilmek durumundadır³⁵.

Alman hukuk sisteminin en üst yargı mercii olan Federal Mahkeme (BGH), medeni yargılamada avukatla takip zorunluluğunun en katı ve özel şekline sahiptir. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78'inci maddesinin birinci fıkrasında, Federal Mahkemede görülen davalarda taraflar ancak Federal Mahkemede kabul edilmiş (yetkili) bir avukat aracılığıyla temsil edilebilirler. Bu, Federal Mahkeme önünde davayı takip edebilme yetkisinin sadece belli bir statüye sahip avukatla-

³⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 142; Lüke, s. 81; Zeiss/Schreiber, s. 25.

³⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 142; Lüke, s. 81; Zeiss/Schreiber, s. 27.

ra tanındığı anlamına gelir. Gerçekten de Alman hukukunda davalarda, sadece Federal Mahkemede özel olarak ruhsatlandırılmış avukatlar geçerli usul işlemleri yapabilir; diğer avukatların bu mahkemede görev alma yetkisi bulunmamaktadır.

Alman hukukundaki avukatla takip zorunluluğu, Türk hukukundaki durumla kıyaslandığında belirgin farklılıklar vardır. Türk medeni usul hukukunda kural olarak avukatla temsil zorunluluğu bulunmaz; taraflar davalarını bir avukatla temsil edilmeksizin kendileri takip etme serbestisine sahiptirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71'inci maddesinde, "Taraflar, davalarını kendileri veya vekilleri aracılığıyla takip edebilirler" denilerek avukatla temsilin ihtiyarî olduğu ortaya konulmuştur. Örneğin, bir kişi Asliye Hukuk Mahkemesinde kendi başına dilekçe verip duruşmaya katılabileceği gibi, bölge adliye mahkemesine istinaf dilekçesini veya Yargıtay'a temyiz dilekçesini de bizzat kendisi sunabilir. Mahkemeler, avukat olmadan yapılan bu işlemleri geçerli saymakta ve esası incelemektedir. Bu durum, Alman hukukundaki üst mahkemeler düzeyinde görülen katı uygulamadan farklıdır. Zira Alman hukukunda benzer aşamalarda avukat olmadan işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir. Türk hukukuyla Alman hukuku arasındaki bir diğer fark, en üst mahkemeye erişimdeki temsil şartlarından kaynaklanır. Alman hukukunda Federal Mahkeme nezdinde sadece özel izinli avukatlar dava takip edebilirken, Türk hukukunda Yargıtay'da böyle bir kısıtlama yoktur. Türkiye Barolar Birliği'ne kayıtlı herhangi bir avukat Yargıtay'da müvekilini temsil edebilir. Her iki hukuk sistemi arasındaki bu farklı yaklaşımın arka planında, hak arama hürriyeti ve yargılamanın etkinliği dengesi konusundaki tercihler yatmaktadır. Türk hukukunda Anayasa'nın 36'ncı maddesindeki hak arama özgürlüğü kapsamında bireylerin mahkemeye erişiminin önünde şekli engeller konulmaması prensibi benimsenmiştir. Bu sebeple, bir kişinin maddi imkânı olmasa bile kendi davasını açabilmesi, bir avukat bulamadığı için dava hakkından mahrum kalmaması amaçlanır. Alman hukukunda ise, mahkemeye erişim hakkı tamamen reddedilmeksizin, belirli aşamalarda profesyonel yardım alınmasının mecburi tutulmasıyla daha "korumacı" bir usul anlayışı hâkimdir. Alman öğretisi, avukat zorunluluğunun aslında tarafların haklarını daha etkin savunmaları ve usul kurallarına uymakta zorlanarak hak kaybına uğramamalarını sağladığını vurgulamaktadır. Ancak Türk hukukunda da bazı özel durumlarda benzer bir korumacı yaklaşımın izleri görülmüştür: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71'inci maddesinde, "Hâkim, yargılama sırasında taraflardan birinin davayı gereği gibi takip edecek yetenekte olmadığını görürse, o tarafa bir vekil tutmasını emredebilir" hükmü yer alır. Bu düzenleme, mahkemenin takdirine bağlı olarak, tarafın kapasitesinin yetersiz olduğu hallerde fiilen bir avukatla temsil zorunluluğu getirebiliyordu. Uygulamada nadir olarak başvuru bu mekanizma, Türk

hukukunda genel kuralın istisnası olarak değerlendirilmiştir. Yine Türk hukukunda, ceza muhakemesinde belirli ağır suçlarda avukatın mecburi olması (müdafî zorunluluğu) gibi örnekler bulunmakla birlikte, medeni yargı alanında benzeri bir zorunluluk mevcut değildir. Her ne kadar Türk hukukunda avukatla temsil bir hak ve imkân olarak tanınmışsa da bu bir yükümlülük değildir. Türk hukuku taraflara dava açma ve takip etmede serbesti tanıyarak mahkemeye erişimi maksimum düzeyde kolaylaştırmayı hedeflerken, Alman hukuku belirli kademelerde avukat zorunluluğu getirerek usulün düzgün işlemlerini ve tarafların korunmasını hedeflemektedir. Bunun sonucu olarak Alman yargı pratiğinde mahkemeler önünde dilekçelerin ve beyanların bir hukukçu süzgecinden geçerek sunulması sağlanırken, Türk yargısında hâkim, avukat olmadan dava yürüten taraflara usul konusunda gerektiğinde yardımcı olmak durumunda kalabilmektedir. Her iki sistem de kendince avantajlar barındırmakla birlikte temel yaklaşım farkı kanun koyucuların önceliklendirdiği değerlere dayanmaktadır.

bb. İsviçre Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu

İsviçre medeni yargılama hukukunda kural olarak avukatla takip zorunluluğu bulunmamaktadır. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung, ZPO*) uyarınca taraflar davalarını kendileri yürütebilirler. Bu serbesti, hukuki dinlenilme ve mahkemeye erişim haklarını kolaylaştırma amacına dayanır³⁶. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun 68'inci maddesine göre, her dava ehliyetine sahip taraf davada kendisini temsil ettirebilir. Avukatla takip zorunluluğu yerine, İsviçre hukukunda "avukat tekeli" (*Anwaltsmonopol*) ilkesi benimsenmiştir. İsviçre'de ilk derece mahkemelerinde genel kural, tarafların davalarını avukat olmadan da yürütebilmeleridir. Bu bağlamda, hiçbir ilk derece yargı merciinde avukatla temsil zorunluluğu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla, bir davacı veya davalı, ilk derece mahkemesinde dilekçelerini bizzat verebilir, duruşmalara kendisi katılabilir ve iddia ile savunmalarını kendisi yapabilir. İsteyen taraf elbette bir avukatla temsil olunabilir; ancak bu tamamıyla isteğe bağlıdır³⁷. İsviçre'nin en yüksek yargı mercii olan Federal Mahkeme huzurunda da avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır. Her ne kadar Federal Mahkeme nezdindeki yargılama usulleri son derece teknik ve yazılı dilekçeye dayalı olsa da, bir tarafın kendini bizzat temsil etmesi mümkündür. Federal Mahkeme Kanunu (*Bundesgerichtsgesetz, BGG*)'nun 40'ıncı maddesine göre, eğer bir taraf vekille temsil edilmek isterse, onu ancak İsviçre'de avukatlık yapma yetkisine sahip bir avukat temsil edebilir. Yani Federal Mahkeme düzeyinde

³⁶ Karl Spühler/Anette Dolge/Myriam Gehri, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht*, 9. B., Bern 2010, s. 85 vd.; Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Bern 2010, s. 81.

³⁷ Spühler/Dolge/Gehri, s. 85 vd.; Leuenberger/Uffer-Tobler, s. 81.

avukat tekeli bulunmaktadır; bir tarafın yerine dilekçe verecek veya duruşmaya katılacak kişi, baroya kayıtlı bir avukat olmalıdır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi önünde teorik olarak avukatsız başvuru yolu açık tutulmuştur; örneğin bir temyiz dilekçesi, tarafın kendisi tarafından kaleme alınarak da sunulabilir. Özellikle, bir tarafın davayı kendi yürütebilecek yeterlilikte olmadığına açıkça görülmesi halinde, mahkeme ondan bir temsilci (avukat) tutmasını isteyebilir; eğer taraf buna uymazsa mahkeme resen bir avukat görevlendirebilir. Bu düzenleme, karmaşık yüksek yargı süreçlerinde tarafların hak kaybına uğramaması ve etkin bir yargılamanın sağlanması amacı taşımaktadır³⁸.

4. Takip Bakımından Avukatla Temsil Zorunluluğu

Abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takip yolu, avukat aracılığıyla takip edilen abonelik alacaklarını kapsar. Dolayısıyla hem alacağın niteliğinin abonelik sözleşmesinden doğması hem de alacağın avukat aracılığıyla takip edilmesi şarttır³⁹. 7155 Sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde açıkça belirtildiği üzere alacaklı vekili, MTS üzerinden bu takibi başlatabilir. Böylece ilgili icra harcı ve tebligat giderleri sistem üzerinden ödenerek takip talebi oluşturulur ve sistem tarafından otomatik olarak ödeme emri üretilir. Kanun, kapsamına giren takiplerin sadece bu özel yöntemle başlatılabileceğini, aksi halde icra dairesinin talebi reddedeceği düzenlenmiştir (ASKATK m.2/II). Bir başka ifadeyle, şartları uygun olan abonelik alacaklarında alacaklı bir avukat aracılığıyla takip yapıyorsa, klasik ilamsız icra yoluna başvurmak mümkün değildir; bu özel yol zorunlu hale gelmiştir. Ancak, Kanun gerekçesinde açıkça, "alacak türü itibarıyla bu Kanun kapsamında olmakla beraber avukat tarafından takip edilmeyen alacakların, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre takibinin mümkün olduğu" belirtilmiştir. Dolayısıyla, abonelik alacaklısı eğer avukatla temsil edilmek istemiyorsa, bu takip yolunu kullanmak zorunda değildir, bizzat kendisi genel haciz yoluyla icra takibi başlatabilir. Bu durumda, 7155 sayılı Kanun'un öngördüğü takip yolu devreye girmeyecek, genel haciz yoluyla takip işlemleri uygulanacaktır. Uygulamada büyük ölçekli abonelik hizmeti sunan şirketler genellikle avukatla takip yoluna gittikleri için bu yol fiilen abonelik alacaklarının büyük kısmında kullanılmaktadır. Ancak Kanun'un bu istisnai düzenlemesi, küçük ölçekli alacaklıların veya avukatla temsil edilmeden takip yapmak isteyenlerin, genel hükümlere göre takip haklarını saklı tutmaktadır.

³⁸ İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun 69'uncu maddesinde, "Bir tarafın davayı kendisinin yürütemeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, mahkeme onu bir temsilci görevlendirmeye çağırabilir. Taraf, belirlenen süre içinde bu çağrıya uymazsa, mahkeme onun için bir temsilci atar." düzenlenmiştir. Spühler/Dolge/Gehri, s. 87; Leuenberger/Uffer-Tobber, s. 83.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 269-270; Yılmaz/Arsalan/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 453; Aşık/Oruç/Tok/Saçar, s. 337; Özekes, s. 230; İçen, s. 85.

Türk hukukunda kural olarak davalarda veya icra takiplerinde avukatla temsil zorunlu değildir; taraflar kendi işlerini kendileri takip edebilir. Ancak abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan icra takiplerinde, 7155 sayılı Kanun ile getirilen özel düzenleme çerçevesinde, avukatla temsil fiilen zorunlu hale gelmektedir. Atalı/Ermenek/Erdoğan, avukatla temsil zorunluluğunu iki açıdan eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirmiştir. Bu kapsamda, ilk olarak, alacaklı ile borçlu arasındaki eşitliğe aykırı olduğunu belirtilmiştir. Takibin bir tarafı için (alacaklı) avukatla temsil zorunluluğu getirilmişken, diğer taraf için (borçlu) böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İkinci olarak, alacaklılar açısından eşitlik bozulmaktadır. Zira büyük çaplı işletmeler açısından bünyelerinde hâlihazırda avukat bulunması sebebiyle 7155 sayılı Kanun hükümlerinden istifade etmek mümkün olacakken, daha küçük işletmeler (örneğin yerel bir gazete, dergi aboneliğinde) bir avukatla temsil edilmedikleri takdirde ancak genel haciz yolu ile takip başlatabilecektir⁴⁰.

a. Takipte Avukatla Temsil Zorunluluğu Bakımından Alacaklının Durumu

Abonelik alacaklarına özgü MTS, baştan sona avukat aracılığıyla yürütülecek şekilde tasarlanmıştır. Kanun'un açık ifadesiyle, bu takip yoluna başvurmak ancak avukat aracılığı ile mümkündür. Alacaklı şirket veya kişi, bir avukatın elektronik imzasıyla UYAP Avukat Portal üzerinden MTS'ye giriş yaparak takip başlatır. Avukat olmadan doğrudan MTS üzerinden takip talebi oluşturmak teknik ve hukuki olarak mümkün değildir (ASKATK m.4/I). Nitekim Kanun kapsamındaki icra takiplerinin, bir avukat vasıtasıyla başlatılması ve yürütülmesi zorunlu kılınmıştır (ASKATK m.2/I). Dolayısıyla abonelik sözleşmesine dayalı alacaklarda eğer alacaklı bir avukatla temsil ediliyorsa, takip işlemleri avukat aracılığıyla ve MTS üzerinden yapılmak zorundadır. Avukat marifetiyle takip edilen abonelik alacaklarında avukatla temsil, takip işlemlerinin her aşamasında zorunlu tutulmuştur. Ödeme emrinin gönderilmesi, itirazın sisteme işlenmesi, yetki itirazının kabulü veya haciz talepleri işlemleri avukat tarafından sistem üzerinden gerçekleştirilir⁴¹.

Borçlunun ödeme emrine itiraz etmesi halinde, alacaklı icra takibi duracağı için alacağını tahsil etmek amacıyla itirazın iptali davası açabilir veya icra mahkemesinde itirazın kaldırılmasını talep edebilir. Avukatla temsil, icra mahkemesindeki bu yargılamada da genel hükümlere tabidir. Yani kural olarak mecburi değildir. Alacaklı, dilerse duruşmaya kendisi katılıp talepte bulunabilir; dilerse bir avukat aracılığıyla temsil olunabilir. Kanunen, icra mahkemesinde alacaklının sadece avukatla temsil zorunluluğuna dair özel bir hüküm yoktur. Bu nedenle bu

⁴⁰ Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 405.

⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 270-271; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 456 Özekes, s. 230; Bahadır, s. 140; Özçelik, s. 382.

aşamada da avukatla temsil tercihe bağlıdır. Alacaklı, genel mahkemede itirazın iptali davası da açabilir. Bu aşamada avukatla temsil zorunluluğu genel hükümlere tabidir. Yani dava açılırken ve yargılama sırasında, kanunen tarafların avukatla temsil zorunluluğu bulunmasa da uygulamada özellikle şirket niteliğindeki alacaklılar bu davaları da avukat aracılığıyla takip eder.

MTS üzerinden yürütülen takipte borçlu itiraz etmez ve ödeme de yapmazsa, alacaklı haciz talep ederek takibe devam edebilir. Bu aşamada dosya fiilen icra dairesine intikal ettiğinde de eğer alacaklı baştan beri avukat ile temsil edilmişse avukat haciz işlemlerini yürütmeye devam edecektir. Hukuken, haciz işlemleri sırasında da vekille temsil zorunluluğu yoktur; alacaklı isterse hacze kendisi de katılabilir. Ancak kurumsal alacaklıların genelde vekilleri haciz işlemlerini takip eder. Sonuç olarak, abonelik sözleşmesine dayalı icra takibinin tüm kritik aşamalarında (takip talebi, ödeme emri, itiraz, haciz talebi) avukatın süreci yürütmesi esas hale gelmiştir. Kanun, bu özel takip yolunu ancak avukat aracılığıyla kullanılabilir kılarak, takip işlemlerinin avukat tarafından yapılmasını ve dijital sistemin doğru işletilmesini amaçlamıştır.

Türk hukukunda bazı tüzel kişilere, genel olarak avukat bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Özellikle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 332'nci maddesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca, esas sermayesi belirli bir tutarın üzerinde olan anonim şirketler ile büyük yapı kooperatifleri bir avukatla sürekli sözleşme yapmak zorundadır. Şirket, bir baroya kayıtlı avukat veya hukuk bürosuyla anlaşarak bu yükümlülüğü yerine getirebilir. Aykırılık halinde, şirket hakkında her ay için iki brüt asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanır (Av.K. m.35)⁴². Bu düzenleme, abonelik hizmeti sunan birçok şirketi de kapsamaktadır; zira elektrik, su, telekomünikasyon gibi alanlarda faaliyet gösteren şirketlerin sermayeleri genellikle bu eşiklerin üzerindedir. Sonuç olarak, uygulamada abonelik sözleşmesiyle hizmet veren çoğu şirket zaten kanunen bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu da fiilen MTS üzerinden takip yapma imkânına sahip olmalarını ve bu yolu kullanmalarını kolaylaştırmaktadır. Avukat bulundurma zorunluluğu, şirketlerin her türlü hukuki iş ve davalarında bir avukat desteğine sahip olmasını hedefler. Bu, abonelik alacaklarının icra takibini de kapsar. Avukatlık Kanunu 35'inci maddesi, doğrudan "icra takibini avukatla yapma" demese de şirkete genel bir avukat edinme mecburiyeti yükleyerek dolaylı olarak tüm işlemlerinde avukatın bulunmasını sağlamaktadır. Bu sayede, abonelik sözleşmelerinden doğan alacakların takibi de uzman avukatlar eliyle yürütülmekte, şirket içi personelin yapacağı hataların önüne geçilmektedir. Ancak bu zorunluluk kuralına bazı eleştirilerin getirilmesi mümkündür. Örneğin, şir-

⁴² Özkan, s. 416-419.

ketlerin sözleşme özgürlüğünü sınırladığı, sadece avukatlara yarar sağladığı, şirketlere ilave mali yük getirdiği ve ülke genelinde eşit uygulanmadığı söylenebilir. Ancak, mevcut hukuk düzeninde anonim şirketler belirli büyüklükte ise avukat bulundurmamak zorunda olduğundan, abonelik alacaklısı şirketlerin çok büyük bir kısmı zaten takiplerini avukat vasıtasıyla yapmak durumundadır. Küçük ölçekli olup avukat bulundurma zorunluluğu olmayan şirketler veya şahıs işletmeleri ise, değinilen istisnadan yararlanıp dilerse takibini genel hükümlere göre bizzat yapabilir ya da dışarıdan avukatla temsil edilerek MTS yoluna başvurabilir. Özetle, avukatla temsil zorunluluğu, abonelik sözleşmesine dayalı alacaklarda kanunla getirilen özel bir uygulamadır. Bu zorunluluk, teknik olarak “avukat aracılığıyla takip yapılması halinde uygulanacak yöntem” şeklinde düzenlendiği için, alacaklıya teorik olarak avukatsız yol seçme alternatifi bırakılmıştır. Bununla birlikte uygulamada abonelik alacaklılarının büyük bölümü avukat bulundurmamakla yükümlü anonim şirketler olduğundan, uygulamada abonelik sözleşmelerine dayalı takiplerde avukatla temsil neredeyse bir zorunluluk halinde görülmektedir.

b. Takipte Avukatla Temsil Zorunluluğu Bakımından Borçlunun Durumu

7155 sayılı Kanun, alacaklı yönünden bir avukatla temsil zorunluluğu getirmektedir. Zira abonelik alacaklarının MTS üzerinden takibi, sadece avukat aracılığıyla yapılabilen bir yöntemdir. Kanun kapsamına giren bir alacak, eğer avukat marifetiyle takip ediliyorsa, mutlaka abonelik sözleşmesinden kaynaklanan para alacaklarının tahsiline ilişkin takip yoluyla başlatılmalıdır; aksi halde icra dairesi takip talebini reddeder. Borçlu açısından ise kanun, avukatla temsil zorunluluğu öngörmemiştir. Borçlu, ödeme emrine itirazını bizzat icra dairesine başvurarak yapabilir veya e-imza ile kendisi gönderebilir; bu işlemler için avukatla temsili mecburi değildir⁴³. Hatta MTS itiraz işlemleri avukat portalı üzerinden değil, doğrudan ilgili taraf (borçlu) tarafından UYAP Vatandaş Portalı aracılığıyla yapılacak şekilde tasarlanmıştır⁴⁴. Bu, borçlunun sisteme kendi adına erişip hakkını kullanabilmesini sağlama amacı taşır.

MTS, UYAP altyapısı üzerinde çalışan dijital bir icra takip platformudur. Bu sistem, alacaklı avukatlarına elektronik ortamda takip başlatma kolaylığı sağlarken, borçlulara da dijital kanallardan bilgiye erişim ve itiraz imkânı tanımaktadır. Borçlu, kendisi hakkında MTS üzerinden başlatılan bir takibe ilişkin bilgilere

⁴³ Pekcantez/Atalay/Özekes/Sungurtekin Özkan, s. 270-271; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 456 Özekes, s. 230; Bahadır, s. 140; Özçelik, s. 382.

⁴⁴ 7155 sayılı Kanun'un amacı, sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan para alacaklarına ilişkin haciz yoluyla ilamsız icra takiplerinin, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) bünyesinde oluşturulan Merkezî Takip Sistemi üzerinden başlatılmasına ve haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (ASKATK m.1).

e-Devlet (UYAP Vatandaş Portalı) aracılığıyla erişebilir. E-Devlet kapısında sunulan “İcra Dosyası Sorgulama” hizmeti sayesinde, tarafı olduğu icra takiplerini görüntülemesi mümkündür. MTS kapsamında oluşturulan ödeme emri, borçluya tebliğ edildiğinde, borçlu e-Devlet sistemine giriş yaparak bu ödeme emrinin bir örneğini görebilir. Ayrıca ödeme emrinde belirtilen borç tutarı, dosya numarası, alacaklı bilgileri gibi detaylar da portal üzerinden sunulmaktadır. Bu sayede borçlu, fiziken icra dairesine gitmeden dosyasının durumunu takip edebilir. Borçlu, e-Devlet üzerinden tebligat tarihini ve evrakları da görebilir; böylece itiraz süresinin ne zaman başlayıp biteceğini hesaplayabilir. İtiraz dilekçesi, MTS dosyasına eklenir ve borçluya bir başvuru numarası verilir. Portal, itirazın başarıyla kaydedildiğine dair borçluya bildirim yapar. Borçlu, bu dijital itiraz sürecini kullanırken yedi günlük süre kuralına özellikle dikkat etmelidir; zira portal üzerinden itirazını son güne bırakması halinde teknik aksaklık risklerini göze almış olur. Elektronik itiraz yapamayanlar ise en yakın herhangi bir icra dairesine gidip itiraz dilekçesini fiziken verebilirler (ASKATK m.7, I). MTS, ülke çapında merkezi bir sistem olduğundan, borçlunun itiraz için takibin bulunduğu şehirdeki icra dairesine gitmesi gerekmez; “herhangi bir icra dairesi aracılığıyla” itiraz edilebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu, borçluya coğrafi esneklik sağlayan önemli bir kolaylıktır. Takip talebine eklenen abonelik sözleşmesi ve fatura örnekleri UYAP sistemine yüklendiği için, borçlu talep ettiğinde icra dairesinden veya UYAP portalından bu belgeleri inceleyebilir. Bu, borçlunun neye itiraz edeceğini bilmesi açısından önemlidir. İkinci olarak, itiraz hakkı en temel hakkıdır ve yukarıda detaylı açıklandığı üzere 7 gün içinde bu hakkını kullanarak kendisini savunabilir. Üçüncü olarak, ödeme hakkı bir bakıma borçlunun menfaatinde; zira kanun borçluya takibi sona erdirmeye fırsatı tanımıştır. Borçlu, borcun aslına ek olarak faiz ve takip masraflarını da ödeyerek yedi gün içinde dosyayı kapatma hakkına sahiptir. Bu şekilde ödenen borç için ayrıca icra tahsil harcı alınmaması, borçlunun daha az masrafla kurtulmasını sağlayan bir avantajdır. Dördüncü olarak, borçlunun dijital işlemler yapabilme hakkı vardır: Kendi elektronik imzasını kullanarak işlemlerini hızla gerçekleştirebilir, dosyasını çevrimiçi ortamda takip edebilir. Teknolojiye erişimi olan borçlular açısından bu hak, usul ekonomisi ve çabukluk bakımından büyük kolaylık sunar. Beşinci olarak, borçlunun yetki itirazında bulunma hakkı vardır ki bu da onun lehine bir korumadır; eğer takibin yanlış yer icra dairesinde başlatıldığını düşünürse, örneğin kendi ikametgahı dışında bir yerde takip yapıldıysa, yetki itirazıyla dosyanın kendi yargı çevresine alınmasını talep edebilir. Bu, borçlunun alacaklının seçtiği uzak bir yerde savunma yapmak zorunda kalmaması için getirilmiş adil bir imkandır. Nitekim borçlu sadece yetkiye itiraz ederse, yeni bir ödeme emri tebliğine gerek kalmadan doğru icra dairesinde işlemlerin devam

etmesi mümkün olacaktır. Son olarak, borçlunun takip sürecinde kötüye kullanım durumlarına karşı hak arama yolları da saklıdır. Örneğin, alacaklının MTS'ye yanlış veya fazla tutar girmesi halinde borçlu, itirazın yanında şikâyet yoluna (İİK m.16) başvurabilir. Keza MTS'de teknik aksaklıklar borçlunun itirazını engellerse, bu konuda da usulî haklarını (eski hale getirme talebi gibi) kullanabilir. Bu yönüyle MTS, tamamen dijital bir platform olmakla beraber, borçlunun klasik icra hukukundan gelen tüm itiraz/şikâyet mekanizmalarını da bünyesinde barındıran bir sistemdir. Özetle, borçlu MTS'de haklarını zamanında ve doğru kullandığı takdirde, aleyhine haksız bir takibin ilerlemesini etkili bir biçimde önleyebilir.

Borçlunun kendisini avukatla temsil ettirme zorunluluğu bulunmaması, hukuki ve anayasal yönden isabetli bir tercihtir. Aksi yönde bir düzenleme, özellikle küçük meblağlı fatura borçları açısından, borçluya orantısız bir külfet yükler ve adalete erişimini güçleştirebilirdi. Anayasa Mahkemesi'nin avukatla temsil zorunluluğuyla ilgili değerlendirmelerinde de ancak ciddi bir kamu yararı söz konusu olduğunda ve sınırlı hallerde böyle bir yükümlülüğün anayasal ilkelere aykırı görülmebileceği belirtilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yalnızca büyük anonim şirketlere avukat bulundurma zorunluluğu getiren kuralı iptal etmemiş; bunda da şirketlerin profesyonel hukuki yardımdan faydalanmalarının kamu yararı gerekçesine dayanmasını dikkate almıştır⁴⁵. Abonelik sözleşmesi borçluları

⁴⁵ "... Küçük sermaye birikimlerini büyük malî, ticarî ve sanayi kuruluşlar durumunda toplayan anonim şirketler, günümüzde en önemli iktisadî ve sosyal müesseseler arasında yer almışlardır. Bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları barındıran anonim şirketler, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzelkişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak, önemli girişimler gerçekleştirmişler ve ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olmuşlardır. Bu bakımdan özellikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirket türüne olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılmaları büyük önem taşımaktadır. Anonim şirketlerin çok sayıda ortağı ilgilendiren faaliyetleri, bu kuruluşların toplumda pay sahibi ve yatırımcı kitlesini, çalışanları ve üretilen mal ve hizmetlerin pazarlandığı piyasayı aşan sosyal ve ekonomik etkiler oluşturmalarına yol açmıştır. Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "... Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak..." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." (madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahalede bulunmakla görevli kılındığını ortaya koymaktadır. İtiraz konusu fıkranın ikinci cümlesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorunda oldukları belirtilerek, esas sermayesi belli büyüklüğe ulaşmış anonim şirketlerin, kurumsal varlıklarını bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak devam ettirebilmeleri için başlangıçtan itibaren yaptıkları her türlü işlemin daha sonra hukuki uyumsuzluğa yol açmayacak şekilde, sağlam bir hukuk temelinde yapılması ve bu şekilde kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılabilmeleri amaçlanmıştır. Başvuru kararında itiraz konusu kural ile getirilen avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olarak belirlenmediği ileri

çoğunlukla bireysel tüketicilerdir ve bunların her birinin avukatla temsile zorlanması ne ekonomik ne de sosyal açıdan makul görülebilir. Ayrıca, icra takibine karşı borçlunun bizzat itiraz edebilme hakkı, onun etkin bir savunma hakkıdır. Bu hakkın kullanımı için avukatla temsil zorunluluğu aransaydı, birçok borçlu salt avukat masrafını göze alamadığı için itirazda bulunmaktan imtina edebilir ve sırf bu yüzden aleyhine haksız takibin kesinleşmesi riski doğabilirdi. Bu durum, hukuki dinlenilme hakkının (HMK m.27) ihlâline yol açabileceği gibi, silahların eşitliği ilkesine de aykırı düşerdi. Çünkü alacaklı, avukat eliyle teknik imkanlarla takibini kolayca başlatabilirken borçluya aynı ölçüde kolay bir itiraz imkânı tanınmaması hakkaniyete aykırı olurdu. Özetle, mevcut hukukî düzenlemeye göre borçlu, isterse bir avukattan yardım alabilmekte ancak bu bir zorunluluk olmamaktadır. Borçlunun lehine olan bu durum, onun hak arama özgürlüğünü pekiştirmekte ve takibe karşı savunmasını ekonomik engellere takılmaksızın yapabilmesini sağlamaktadır. Ayrıca, borçlunun avukatla temsil edilmemesi, takibin geçerliliğini etkilemez; itiraz dilekçesinin borçlu veya kanuni temsilcisi tarafından imzalanıp verilmesi yeterlidir. Bu sayede, abonelik borçları gibi nispeten küçük tutarlı alacaklarda, borçlunun mahkeme yoluna başvurmaksızın hızlı ve masrafsız bir korunma mekanizmasına erişmesi temin edilmiştir. Bununla birlikte borçlunun avukatla temsil zorunluluğunun bulunmaması bazı sorunlar da yaratabilir.

sürülmekte ise de, itiraz konusu kuralın gerekçesinde yargı önüne giden uyuşmazlıkların büyük bir kısmının hukukî ilişki kurulurken gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı belirtildiğinden, yapılan düzenleme ile anonim şirketlerin sadece taraf oldukları davalarda değil, hukuki uyuşmazlık doğmadan önce de avukat bulundurarak, avukatın hukuki yardımından yararlanmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlara aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz. Yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketler, sosyal ve ekonomik hayattaki işlevleri bakımından diğerlerine göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle toplumun sosyal ve ekonomik düzenini önemli ölçüde etkileyebilecek büyüklüğe sahip olan anonim şirketlerin işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmeleri için kamu otoritesi tarafından bu şirketlerin faaliyetlerine diğerlerine göre farklı şekillerde müdahale edilebilmektedir. Yasakoyucu itiraz konusu kural ile anonim şirketlerin işlevlerinin farklılaşmasına yol açan sermaye miktarının sınırını "Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazlası" olarak takdir etmiştir. Bu kapsamda esas sermayesi bu miktar ya da üzerinde olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktardan az olan anonim şirketler, toplumun sosyal ve ekonomik düzenini etkileyecek işlevsel özelliklere sahip olmaları bakımından aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından, bunlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz (Anayasa Mahkemesi E. 2010/10, K. 2011/110, T. 30.6.2011, Erişim Tarihi 23.02.2025, <https://www.lexpera.com.tr/>).

Borçlu, ödeme emrine itirazını bizzat icra dairesine başvurarak ya da e-imza kullanarak UYAP Vatandaş Portalı üzerinden iletebilir. Her ne kadar bu durum, ilk bakışta borçlunun adalete erişimini kolaylaştıran bir tercih olarak görünse de uygulamada bazı ciddi sorunlara yol açtığı görülmektedir. Öncelikle, mevcut sistemde borçlu, avukatla temsil edilse dahi, avukatı MTS dosyasına UYAP Avukat Portalı üzerinden işlem yapamamaktadır. Başka bir ifadeyle, alacaklının avukatı sisteme tam erişim hakkına sahipken, borçlunun avukatı yalnızca sınırlı erişim imkanına sahiptir. Bu asimetri, “silahların eşitliği” ilkesine aykırı düşebilecek niteliktedir. Takip, avukat eliyle profesyonel bir şekilde başlatılırken, buna karşı geliştirilecek savunmanın borçlu tarafından bizzat ve çoğu zaman teknik destek olmaksızın yapılmasının istenmesi, uygulamada savunma hakkını zayıflatmaktadır. Ayrıca, pratikte UYAP Vatandaş Portalı’nın toplumun ne kadar geniş bir kesimi tarafından etkin biçimde kullanılabildiği de ciddi bir sorgulama konusudur. Örneğin, tüketicilerin büyük bir kısmı UYAP Vatandaş Portalı’ndan haberdar değildir. Bu kesimin yalnızca küçük bir yüzdesi güvenli elektronik imzaya sahiptir. E-imzası olanların da UDF dosya formatını tanıması veya sisteme dosya yüklemesi ciddi teknik bilgi gerektirmektedir. Takip ve itiraz süreci konusunda hukuki danışmanlığa ihtiyaç duyan bireyler, çoğu zaman profesyonel destek almadan yalnız bırakılmaktadır.

Bu koşullar altında, “itiraz hakkının dijital olarak kullanılabilmesi” teorik bir olanak olmaktan öteye gidememektedir. Zira borçlu isterse bir avukatla temsil edilme hakkına sahiptir denilse de avukatın sistemden işlem yapamaması, bu hakkın fiilen kullanılmasını engellemektedir. Borçlunun, avukatı vasıtasıyla UYAP Avukat Portalı üzerinden itiraz etmesi mümkün değildir; bu da ya bizzat icra dairesine gitmesini ya da e-imza sahibi olarak kendisinin işlemi tamamlamasını gerektirir. Oysa avukatın müdahalesi hâlinde, bu işlemlerin profesyonel ve eksiksiz yapılması daha yüksek olasılıktır. Diğer yandan, sistemdeki teknik zorluklar da sürecin pratikte adil yürütmesini engellemektedir. E-imza gerekliliği, belge format uyumu, sınırlı portal erişimi gibi unsurlar, hak arama özgürlüğünü teknik bariyerlere bağlamaktadır. Bu durum özellikle dijital okuryazarlığı sınırlı olan bireyler bakımından açık bir dezavantaj yaratmaktadır. Tüm bu yönleriyle değerlendirildiğinde, borçlu lehine düzenlendiği ileri sürülen sistemin, aslında birçok borçlu açısından hukuki destekten yoksun bırakılma sonucunu doğurduğu görülmektedir. Kendi avukatı tarafından temsil edilme hakkını kullanmak isteyen borçlu bile, UYAP Avukat Portalı’nın yapısı nedeniyle bu haktan tam anlamıyla faydalanamamaktadır. Bu durum, hem savunma hakkı (HMK m.27) hem de adalete erişim ilkesi açısından sorgulanması gereken ciddi bir yapısal soruna işaret etmektedir. Sonuç olarak, MTS sisteminde borçlu açısından avukatla tem-

sil zorunlu olmamakla birlikte etkisiz hâle getirilmiş olması, savunmanın profesyonel destekten yoksun yapılmasına neden olmakta ve sistemin dijitalleştirilmesi suretiyle ulaşılmak istenen “erişilebilirlik” amacını gölgelemektedir. Bu nedenle, borçlunun avukatı aracılığıyla UYAP Avukat Portalı üzerinden işlem yapabilmemesinin önünün açılması hem hukuki eşitlik hem de uygulama adaleti açısından gerekli görünmektedir.

Sonuç olarak, 7155 sayılı Kanun ile oluşturulan Merkezi Takip Sistemi (MTS), alacakların hızlı ve dijital ortamda tahsilini sağlamak amacıyla önemli bir yenilik olarak yürürlüğe girmiştir. Alacaklı açısından zorunlu avukatla temsil öngörülürken, borçlu yönünden avukatla temsil serbest bırakılmış; bu durum, ilk bakışta borçlu lehine bir kolaylık gibi sunulmuştur. Ne var ki, borçlunun avukatı aracılığıyla UYAP Avukat Portalı üzerinden işlem yapamaması ciddi bir yapısal eşitsizlik yaratmaktadır. Takip işlemlerinde profesyonel hukuki destekten yararlanmak isteyen borçluların, teknolojik yeterlilik, e-imza sahipliği ve dijital okuryazarlık gibi engellerle karşı karşıya kalmaları, savunma hakkını fiilen zayıflatmakta ve eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. MTS sistemi, her ne kadar borçlunun e-Devlet üzerinden bilgiye ulaşımını ve itirazını mümkün kılıyor olsa da, bu hakkın sadece teknik olarak mevcut olması yeterli değildir. Hukuki güvencelerin gerçek anlamda işlerlik kazanabilmesi, bireylerin bu hakları etkili biçimde kullanabilmesine bağlıdır. Oysa mevcut düzenlemede, borçlu bu hakkı kullanırken ya profesyonel destekten mahrum kalmakta ya da bu desteğe rağmen avukatının sistemi kullanamaması nedeniyle savunmasını etkin şekilde yürütememektedir. Bu durum, dijitalleşmenin amaçladığı adalete erişim, hız ve usul ekonomisi hedefleriyle çelişmektedir. Dolayısıyla, MTS'nin mevcut yapısında borçlunun avukatla temsil edilme hakkının yalnızca teorik bir hak olarak kalmaması, bu hakkın sistemsel düzeyde işlevsel hâle getirilmesi gerekmektedir. Borçlunun avukatı aracılığıyla UYAP Avukat Portalı üzerinden işlem yapabilmemesine izin verilmesi hem silahların eşitliği hem de savunma hakkı bakımından sistemin meşruiyetini ve işlevselliğini güçlendirecektir. Bu değişiklik, özellikle dijital eşitsizliğin doğurduğu hak kayıplarını azaltacak ve MTS'nin hedeflediği erişilebilir adalet anlayışına daha uygun bir yapıya ulaşmasını sağlayacaktır.

c. Takipte Avukatla Temsil Zorunluluğunun Sınırları

7155 sayılı Kanun, avukatla takibi esas almış olsa da avukatla takip etme zorunluluğu getirmemektedir. Kanun'un gerekçesi alacaklının avukatla temsil edilmeden de genel haciz yoluna başvurabileceğini açıkça belirtmiştir. Bu, önemli bir istisna ve sınırdır. Şöyle ki, eğer alacaklı abonelik alacağını bizzat takip etmek isterse, MTS yolunu kullanmayabilir ve doğrudan genel haciz yoluyla takip yapabilir. Bu durumda avukatla temsil söz konusu olmadığından, 7155 sayılı Kanun'un

getirdiği zorunlu usul uygulanmaz; İcra ve İflas Kanunu'nun genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümleri uygulanır⁴⁶. Bu istisna, hukuken avukat bulunduramayan veya bulundurmamak istemeyen küçük ölçekli alacaklıları korumak olduğu söylenebilir. Örneğin, küçük bir yerel derginin abonelik ücretini tahsil etmek isteyen bir yayıncı, avukatla temsil edilmeden de icra takibi yapabilir. Ancak uygulamada abonelik hizmeti sunan tarafların büyük çoğunluğu şirket statüsünde ve genellikle hukuk müşaviri ya da avukat ile çalıştıklarından, MTS yolunu devre dışı bırakma imkânı teorik olarak mevcuttur; fakat pratikte nadir kullanılır.

MTS'nin kapsamı dışında kalan alacak türlerinin başında, para dışındaki talepler gelmektedir. 7155 sayılı Kanun'un kapsamından da anlaşılacağı üzere sadece para alacaklarına ilişkin bir takip usulü düzenlenmiştir. Para dışında bir edayı (örneğin bir malın teslimini veya bir hizmetin ifasını) konu alan alacaklar, haciz yoluyla ilamsız icra kapsamında dahi olsa, MTS'ye uygun değildir. Zira MTS prosedürü, ödeme emri tebliği ve borcun ödenmemesi halinde hacze geçilmesine dayalı bir sistemdir; bu ise mahiyeti gereği yalnızca parasal borçlara uygulanabilir. Dolayısıyla, örneğin bir abonelik sözleşmesinden kaynaklansa bile fatura bedeli dışında bir talep (örn. cihazın iadesi, hizmetin aynen ifası talebi vs.) MTS kapsamında takip edilemez. Bu tür para dışı alacaklar, genel hükümlere göre gerekiyorsa dava yoluyla veya ilamlı icra takibiyle ileri sürülmelidir. Abonelik sözleşmesiyle ilgisi olmayan alacaklar da 7155 sayılı Kanun kapsamı dışındadır. Taraflar arasında hiç abonelik sözleşmesi kurulmamışsa, sadece bir hizmet sunulup faturalanmış olsa dahi, o faturadan doğan alacağın MTS üzerinden takibi mümkün değildir. Nitekim, abonelik sözleşmesi olmaksızın kullanılan bir hizmetin faturalandırılması durumunda dahi 7155 sayılı Kanun'da öngörülen merkezi takip yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Bu durumda alacaklı, söz konusu faturaya dayalı alacağı için genel haciz yoluyla ilamsız takip yapmak veya gerekiyorsa mahkemeye başvurmak durumundadır. Özetle, abonelik kavramına girmeyen veya para alacağı niteliği taşımayan talepler, MTS'nin dışında kalmaktadır ve bunlara diğer takip yollarının uygulanması mümkündür.

MTS kapsamı ve avukatla takip zorunluluğu, tarafların niteliğine göre de bazı ayırık durumlar yaratmaktadır. Kanun, MTS yoluyla takip yapabilecek alacaklı tarafı sınırlamıştır. Yalnızca abonelik sözleşmesinin mal veya hizmet sunan tarafı (sağlayıcı şirket veya kurum), bu takip yoluna başvurabilir. Buna karşılık tüketici konumundaki borçlu, abonelik sözleşmesinden kaynaklansa dahi bu yolla alacak takibi başlatamaz; tüketicinin, sağlayıcıya karşı bir alacağı varsa genel takip usullerine göre hareket etmesi gerekir. Örneğin bir tüketici, abonelik söz-

⁴⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 454.

⁴⁷ Özçelik, s. 380.

leşmesi kapsamında şirketten alacağı olan bir bedeli icra yoluyla tahsil etmek istiyorsa, MTS'yi değil doğrudan icra dairesine başvurmayı tercih etmelidir. Kanun koyucu, MTS'yi bir anlamda tüketici alacaklarına kapalı tutarak sadece belirli alacaklıları (abonelik hizmet sağlayıcılarını) hedeflemiştir.

Alacaklı tarafın niteliği açısından da fiilen önemli bir ayrım söz konusudur. Büyük ölçekli abonelik hizmeti sunucuları (örneğin ulusal ölçekte faaliyet gösteren elektrik, su, telekomünikasyon şirketleri) genellikle avukat aracılığıyla tahsilat yapabildikleri için MTS sistemini kullanabileceklerdir. Küçük işletmeler veya bireysel hizmet sunucuları ise, her zaman avukat bulunduramayabilir veya avukatla temsil edilmek istemeyebilirler. Kanun, böyle bir alacaklıya engel olmamakta; eğer alacaklı avukatla temsil edilmezse, onu MTS'ye zorlamamaktadır. Belirtildiği gibi, avukatla takip edilmeyen alacaklar genel hükümlere tâbidir ve bu yöntem alacaklı bakımından geçerli bir alternatiftir. Örneğin küçük bir yerel gazete, abone olan müşterisinden alacağını tahsil için MTS kullanmaksızın doğrudan icra takibi yapabilecektir. Bu tercih, alacaklının büyüklüğüne veya kurumsal yapısına göre değil, avukatla temsil edilip edilmediğine göre belirlenmektedir. Ancak 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesi uyarınca belirli ölçekteki şirketlerin dava ve icra takiplerinde avukat bulundurma zorunluluğu da göz ardı edilmemelidir. Yani, çok büyük anonim şirketler için zaten bir avukatla çalışma yükümlülüğü bulunduğundan, pratikte bu gibi alacaklılar MTS'yi kullanacaktır. Buna karşılık, kanunen avukatla temsil zorunluluğu olmayan küçük şirketler veya şahıslar, MTS'yi ihtiyari bir imkân olarak değerlendirebilirler. Sonuç itibarıyla, tarafların niteliği (tüketici-şirket, büyük-küçük, vekille temsil edilip edilmemesi gibi durumlar), MTS'nin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında belirleyici olmakta ve bu durum avukatla temsil zorunluluğunun kapsamını fiilen daraltmaktadır. Avukatla temsil edilmeyen abonelik alacaklarının statüsü, 7155 sayılı Kanun'un gerekçesiyle açıkça ortaya konmuştur. Kanunun kapsamına giren bir alacak, sırf alacaklısı avukatla temsil edilmedi diye takip edilemez durumda değildir. Aksine, kanun koyucu bu alacakların İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde takip edilebileceğini özellikle vurgulamıştır. Kanun gerekçesindeki ifadeyle: "Alacak türü itibarıyla bu Kanun kapsamına girmekle beraber avukat tarafından takip edilmeyen alacakların, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre takibi mümkündür.". Bu hüküm, MTS kapsamındaki alacaklar için dahi avukatla takip etme zorunluluğu olmadığını netleştirmektedir. Yani alacaklı, bir avukat aracılığı olmaksızın kendi adına icra takibi başlatmak isterse, bunu her zamanki usulde icra dairesine başvurarak yapabilecektir. Avukatla temsil edilmeyen alacaklı bakımından takip süreci, bilinen ilamsız icra prosedüründen ibarettir. Takip talebinde, abonelik sözleşmesinden kaynaklı alacak olduğunu belirtme-

sinde bir engel yoktur; icra müdürünün bu bilgiyi görmesi halinde yapacağı tek şey, alacaklının vekille temsil edilmediğini tespit etmek ve talebi genel haciz yolu olarak kabul etmektir. Bu süreçte ödeme emri, borçluya icra dairesince tebliğ edilir ve borçlunun itirazı, ödeme veya takibin kesinleşmesi gibi hususlar tamamen İcra ve İflâs Kanunu'ndaki usule yapılır. Böylece kanun, bir yandan avukat eliyle yürütülen takiplerde merkezi sistemi zorunlu tutarken, diğer yandan avukatsız takiplere klasik yolu açık bırakarak hukukî korumayı sürdürmüştür. Bu yaklaşım, alacaklıyı avukatla temsile zorlamamakta; sadece avukatla temsilde farklı bir usule tabi olacağını öngörmektedir. Özellikle bireysel alacaklılar ve küçük işletmeler bakımından bu istisna, hukuki dinlenilme hakkının ve adalete erişimin teminatı olarak görülmelidir. Aksi halde, avukat masrafını karşılayamayacak durumda olan bir alacaklının, sırf MTS zorunluluğu yüzünden alacağını tahsil edememesi gibi bir sonuç doğabilirdi. Neyse ki 7155 sayılı Kanun, bu türden alacaklıların haklarını genel icra yoluna başvurma imkânı tanıyarak koruma altına almıştır.

III. SONUÇ

Abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarının takibine yönelik özel bir yöntem olarak 7155 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren Merkezi Takip Sistemi (MTS), Türkiye'de icra hukuku alanında dijitalleşmenin ve usul ekonomisinin bir yansıması olarak önemli bir yeniliği temsil etmektedir. Bu sistem, özellikle büyük ölçekli hizmet sağlayıcıları açısından hızlı, düşük maliyetli ve etkin bir tahsilat mekanizması sunmakta; klasik ilamsız icra takip yöntemine kıyasla işlemleri otomasyona bağlayarak bürokrasiyi asgariye indirmektedir. Ancak MTS'nin yapısal çerçevesi ve uygulama pratiği dikkatle incelendiğinde, sistemin özellikle avukatla temsil zorunluluğu ekseninde birtakım hukuki ve sosyoekonomik sorunlara yol açtığı görülmektedir.

MTS yalnızca avukat aracılığıyla başvurulabilecek bir takip yöntemidir. 7155 sayılı Kanun'un lafzı ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, bu sistemin "avukat eliyle yürütülen" takipler için öngörüldüğü, alacaklının avukatsız temsil edilmesi durumunda ise genel haciz yoluna başvurulabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Böylelikle kanun koyucu, avukatla temsil edilen alacaklılar açısından özel bir icra yolu ihdas etmiş; buna karşılık avukatsız takibi seçen alacaklılara klasik yolu açık tutmuştur. Bu yapı, teoride seçenek sunuyor gibi görünse de uygulamada bazı kesimlerin sistemden dışlanmasına neden olmaktadır. Nitekim büyük ölçekli işletmelerin ve anonim şirketlerin çoğunlukla Avukatlık Kanunu gereği zaten bir sözleşmeli avukatla çalışmak zorunda oldukları göz önüne alındığında, bu kurumların MTS'yi tercih etmeleri ve sistemden faydalanmaları olağandır. Ancak

küçük ölçekli işletmeler, yerel yayıncılar ya da şahıs işletmeleri gibi aktörler için bir avukatla sürekli çalışmak hem maliyetli hem de yapısal olarak mümkün olmayabilmektedir. Bu durumda söz konusu alacaklılar ya MTS'ye erişememekte ya da sırf avukatla takip şartı nedeniyle sistemin sunduğu avantajlardan mahrum kalmaktadır. Benzer şekilde, borçlu bakımından da sistemin eşitsizlik doğurabilecek yönleri mevcuttur. Kanun, borçlunun avukatla temsil edilmesini zorunlu kılmamış; borçluya ödeme emrine itiraz ve savunma hakkını bizzat kullanma serbestisi tanımıştır. Bu serbesti, ilk bakışta hak arama özgürlüğü ile uyumlu görünmekte bireyin, avukata ihtiyaç duymadan dijital sistem üzerinden itirazda bulunması teşvik edilmektedir. Ancak uygulamada sistemin işleyişi, borçlunun bu hakkını etkin bir şekilde kullanabilmesinin önünde çeşitli engeller barındırmaktadır. Bunların başında, borçlunun avukatı olsa dahi avukatın MTS dosyasına UYAP Avukat Portalı üzerinden erişim sağlayamaması gelmektedir. Bu durum, savunma hakkının profesyonel yardım ile kullanılamamasına, dolayısıyla teknik hatalar nedeniyle hak kayıplarına neden olabilmektedir. Ayrıca sistemin işleyişi, e-imza sahibi olmayan veya dijital okuryazarlığı sınırlı olan borçlular için oldukça karmaşık ve erişimi zor bir hale gelebilmektedir. Birçok tüketici, e-Devlet portalı üzerinden itiraz sürecine dair bilgi edinmekte dahi zorlanmakta; itiraz dilekçesinin hazırlanması, dosya formatına uygun şekilde sisteme yüklenmesi gibi teknik ayrıntılar, hukuki yardım olmaksızın sağlıklı bir savunmanın önünü geçmektedir. Borçlunun hukuki yardım alma hakkının teorik düzeyde tanınmış olması yeterli değildir. Uygulamada bu hakkın gerçekten kullanılması ancak sistemin avukatların da borçlu adına işlem yapabilmesine imkân tanınmasıyla mümkün olacaktır. Aksi takdirde, avukatla temsilin yalnızca alacaklı taraf için fiilen işlerlik kazandığı, borçlu taraf içinse hak kaybı riski doğuran bir boşluğa dönüştüğü söylenebilir. Bu durum, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve HMK, m.7'deki hukuki dinlenilme hakkı açısından ciddi sakıncalar yaratmaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, MTS'nin etkinliğini ve adaletle uyumunu artırmak amacıyla, UYAP Avukat Portalı, borçlu vekilinin sistem üzerinde işlem yapmasına imkân tanıyacak şekilde yapılandırılmalı; itiraz, yetki itirazı veya diğer taleplerin vekil aracılığıyla yapılması sağlanmalıdır. Bu sayede silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakkı gerçek anlamda işlerlik kazanacaktır. MTS'nin kullanılabilirliğini artırmak amacıyla, e-imzası olmayan borçlular için alternatif kimlik doğrulama yöntemleri (örneğin mobil imza veya e-Devlet şifresi) geliştirilmelidir. Ayrıca kullanıcı dostu arayüzler, görsel rehberler ve destek hatları oluşturulmalıdır. Vatandaşlar ve uygulayıcılar için MTS'nin işleyişine ilişkin detaylı, sade ve erişilebilir bir rehber hazırlanmalı; icra daireleri arasında uygulama birliğinin

sağlanması amacıyla HSK ve Adalet Bakanlığı tarafından bağlayıcı içtihat ve genelgeler yayımlanmalıdır. Avukatla temsilin hangi aşamada zorunlu olduğu, hangi işlemlerde tarafların serbest hareket edebileceği hususları açıkça düzenlenmeli; sistemde keyfi uygulamaların önüne geçilmelidir.

Sonuç olarak, MTS sistemi hem teknik altyapısı hem de hukuki çerçevesi itibarıyla modern icra hukukuna önemli katkılar sunmakta; ancak bu sistemin daha kapsayıcı, adil ve erişilebilir olması için yapısal düzeyde bazı reformlara ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle temsil zorunluluğu bağlamında taraflar arasında doğan eşitsizliklerin giderilmesi, bireylerin savunma haklarını etkin şekilde kullanabilmesi ve sistemin sosyoekonomik ayrımcılığa yol açmaması adına, yukarıda belirtilen önerilerin değerlendirilmesi gerekmektedir. Böylece hem alacaklı hem de borçlu açısından hak arama özgürlüğü, eşitlik ve adil yargılanma hakkı tam anlamıyla güvence altına alınabilir; MTS sistemi sadece teknik değil, aynı zamanda hak temelli bir uygulama modeline dönüşebilir.

KAYNAKÇA

- Açıkgöz, Osman, Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları, 1. B., İstanbul 2013.
- Açıkgöz, Osman, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Haksız Şartlarla İlgili Getirdiği Yenilikler” Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2015, C. 21, S. 2, s. 805-838.
- Akbal, Mehmet, “Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 93, s. 147-173.
- Akkan, Mine, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, 1. B., Ankara 2010.
- Aksu, Raziye, “Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016, S. 27, s. 861-890.
- Altaş, Hüseyin, “Telekomünikasyon Alanındaki Abonelik Sözleşmeleri”. Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s. 157-167.
- Arslan, Ramazan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 10. B., Ankara 2024.
- Aslan, Ali Çetin, “Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, C. 16, Özel Sayı, s. 1669-1711.
- Aşık, İbrahim/Yakup Oruç/Ozan Tok/Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Ankara 2023.
- Atalı, Murat/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan. Medeni Usul Hukuku, 5. B., Ankara 2022.
- Atalı, Murat/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 4. B., Ankara 2021.
- Ateş, Derya/Süleyman Çetin, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 6. B., Ankara 2024.
- Bahadır, Zeynep, “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C. 23, S. 3, s. 129-159.
- Bal, Yakup, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, 1. B., Ankara 2020.
- Budak, Ali Cem/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 2. B., Ankara 2018.
- Budak, Ali Cem/Duygu Diker Koçak/Eylem Apaydın/Varol Karaaslan/Fatih Aydemir, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 3. B., İstanbul 2023.
- Diñç, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, S. 57, s. 283-306.
- Edis, Enes, Tüketicinin Korunması Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmesi, 1. B., Ankara 2023.

- Erdoğan, Kemal “Taahhütlü Abonelik Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 26, S. 3, s. 271-330.
- Erdoğan, Mehmet Şirin, “Avukatlıkta Tekel Hakkı”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s. 138-155.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 29. B., Ankara 2024.
- Erzeybek, Hakan, “Hukuk Yargılamasında Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin Adli Yardımdan Yararlanması Meselesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024, C. 7, S. 3, s. 697-719.
- Gören Ülkü, Nazlı, “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 16, S. 3-4, s. 309-325.
- Güner, Semih, Avukatlık Hukuku, 6. B., Ankara 2015.
- Hanağası, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara 2016.
- İçen, Adem, 7155 Sayılı Kanun’a Göre Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Haciz Yoluyla İlamsız Takip Usulü, 1. B., İstanbul 2023.
- İyimaya, Ahmet, “Avukatlıkta Tekel Hakkı”. Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III, Ankara 2004, s. 157-170.
- Kama, Musa, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Abonelik Sözleşmeleri, 1. B., İstanbul 2020.
- Karakaş, Seren, Tüketici Hukukunda Taahhütlü Abonelik Sözleşmeleri, 1. B., Ankara 2021.
- Kavasoglu, Abdurrahman, “Medeni Usul Hukukunda avukatla Dava Takip Zorunluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2008, S. 26, s. 17-25.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 28. B., Ankara 2024.
- Kılınç, Ayşe, Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, 1. B., Ankara 2013.
- Koca, Güneş, (Tüketicinin Korunması Açısından) Abonelik Sözleşmeleri Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- Köse, Yasin, “Abonelik Sözleşmeleri”, Adalet Dergisi, Y. 2011, S. 41, s. 149-163.
- Leuenberger, Christoph/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.
- Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrechtr, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilverfahrensrecht, 10. B., München 2011.
- Musielak, Hans Joachim/Wolfgang Voit, Grundkurs ZPO Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren, 15. B., München 2020.
- Oğuzman, Kemal/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. B., İstanbul 2024.
- Ozanemre Yayla, Tolunay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. B., İstanbul 2023.
- Özçelik, Volkan, “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun’a Göre İcra Takibi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2019, C. 7, S. 14, s. 375-395.

- Özekes, Muhammet, “Abonelik Sözleşmelerinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Yeni Takip Yolu 7155 sayılı Kanun'un Düzenlemesi”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 2018, C. 83, S. 3, s. 225-256.
- Özkan, Ahmet Fatih, “Anonim Şirketlerin Sözleşmeli Avukat Bulundurma Zorunluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2018, C. 9, S. 33, s. 415-461.
- Paulus, Christoph, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europaisches Zivilprozessrecht, 5. B., Berlin 2013.
- Pekcanitez, Hakan/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. B., İstanbul 2024.
- Pekcanitez, Hakan/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes/Meral Sungurtekin Özkan, İcra ve İflas Hukuku, 11. B., İstanbul 2024.
- Rosenberg, Leo/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. B., München 2010.
- Spühler, Karl/Anette Dolge/Myriam Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrecht, 9. B., Bern 2010.
- Sungurtekin Özkan, Meral, Avukatlık Hukuku, İzmir 2006.
- Şengül, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. B., İstanbul 2025.
- Taner, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. B., Ankara 2021.
- Topak, Süleyman, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2016, S. 122, s. 281-313.
- Yılmaz, Ejder, “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1995, C. 44, S. 1-4, s. 193-208.
- Zeiss, Walter/Klaus Schreiber, Zivilprozessrecht, 12. B., Tübingen 2014.

Roma ve Türk Hukuku'nda Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesinin (*Depositum Irregulare*) Tüketim Ödücü Sözleşmesinden (*Mutuum*) Ayrılması^(*)

Distinction between the Deposit of Fungible Goods (*Depositum Irregulare*) and the Loan for Consumption (*Mutuum*) in Roman and Turkish Law

Arş. Gör. Dr. Fatma Begüm YEŞİLLER^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet YEŞİLLER^(***)

Öz:

İnsanlar çok eski devirlerden bu yana özellikle başta acil hâller ve savaş durumları olmak üzere mallarını saklatma ya da ödünç verme amaçlarıyla başka kimselere teslim etme ihtiyacı duymaktadır. Söz konusu bu malların başında değerli şeyler, para ve diğer misli şeyler bulunmaktadır. Roma'da ilerleyen dönemlerde genellikle bankacılık faaliyetlerinde söz konusu olan, saklama amacıyla ve mülkiyeti de devredilen paranın aynen değil de, mislen geri verileceği yönündeki anlaşmaların "*depositum irregulare*"nin konusunu oluşturduğu kabul edilmekteydi. Roma hukukunda izlerine rastlanan bu sözleşme türünün Türk hukukundaki yansıması "*misli şeylerin saklanması*" başlığı altında Türk Borçlar Kanunu'nun 570. maddesinde görülmektedir. Fakat tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da misli şeylerin saklanması sözleşmesi (*depositum irregulare*), genel saklama sözleşmesinin (*depositum*) bir türü olarak görülse de esasında tüketim ödücü sözleşmesi (*mutuum*) ile benzerlik göstermektedir. Bu sebeple de bu makalede, uygulanacak kuralların belirlenebilmesi bakımından iki sözleşmeyi birbirinden ayıracak ölçütler tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Depositum, Depositum Irregulare, Mutuum, Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesi, Tüketim Ödücü Sözleşmesi.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 31.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 26.02.2025.

^(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Çankırı - Türkiye,
E-posta: fbyesiller@karatekin.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7427-232X>.

^(***) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Çankırı - Türkiye,
E-posta: myesiller@karatekin.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7836-5654>.

Abstract:

Since ancient times, people have felt the need to give their possessions to others for safekeeping or lending, especially in times of emergency or war. Valuables, money and other fungible goods are among the most important of these. In later periods of Rome, handing over a sum of money, especially to the bankers, the ownership was transferred. Furthermore the recipient had to return the money as in the same nominal value as given. This legal transaction, constituted the subject matter of the "*depositum irregulare*". This type of contract, which has traces in Roman law, is reflected in Turkish law in Article 570 of the Turkish Code of Obligations under the title "*deposit of fungible goods*". However, as in Roman law, also in the Turkish law *depositum irregulare*, although considered a type of general *depositum*, is quite similar to *mutuum*. For this reason, this article will identify the criteria that will distinguish between the two contracts in order to determine the applicable rules.

Keywords:

Depositum, Depositum Irregulare, Mutuum, Deposit of Fungible Goods, Loan for Consumption.

GİRİŞ

Roma'da halk çeşitli gerekçelerle bankacılık faaliyetlerine ihtiyaç duyduğunda bu konuda aktif rol oynayan bankerlere başvurmaktaydı. Özel bankacılık işlemlerini yürüten bankerler, özellikle mevduat toplama ve faizle borç verme faaliyetlerinde bulunmaktaydı. Bu dönemlerde saklanmak amacıyla misli malların, bilhassa da açık şekilde verilen paranın, aynen olmayıp fakat aynı miktar ve tür olarak geri verileceği kararlaştırıldığında "*depositum irregulare*" söz konusu olmaktaydı. *Depositum irregulare*'nin *depositum*'dan farklılaşması ise özellikle Klasik Sonrası ve *Iustinianus* Dönemi'nde gerçekleşmiştir. Günümüzde de misli şeylerin saklanması sözleşmesi (düzensiz vedia - *depositum irregulare*), genel saklama sözleşmesinden (alelâde - adi vedia) farklı özelliklere sahip olsa da genel saklama sözleşmesinin bir türü olarak kabul edilmektedir. Buna rağmen misli şeylerin saklanması sözleşmesinin genel saklama sözleşmesinden ayrılması güçlük meydana getirmemektedir. Zira kısaca genel saklama sözleşmesinde misli şeylerin saklanması sözleşmesinin aksine mülkiyet vedia alana geçmemekte ve vedia alanın vedia konusunu oluşturan şeyi aynen iade borcu bulunmaktadır. Fakat güçlük, esas olarak misli şeylerin saklanması sözleşmesinin tüketim ödöncü sözleşmesinden ayrılmasında karşımıza çıkmaktadır. Bu ayrımı yapabilmek için dikkate alınması gereken ölçütlerin ise Roma hukukundan günümüze fazla bir değişiklik göstermediği görülmektedir. Buna göre ayrımı yapabilmek için esas olarak sözleşme yapma amacı ve menfaat ölçütleri dikkate alınmakta, sözleşmenin süresi ve faiz şartı ise yardımcı bir araç olarak değerlendirilebilmektedir. Ayrıca sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi, uygulanacak hükümler için bilhassa ifa yeri, takas ve müteselsil borçluluk bakımından da önem arz eden sonuçlara sebebiyet vermektedir.

I. GENEL OLARAK TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (*MUTUUM*)

Roma hukukunda tüketim ödücü sözleşmesi (*mutuum*), ödünç verenin (*mutui dans*) bir miktar paranın veya misli eşyanın mülkiyetini, aynı tür ve aynı miktarda şeyleri iade borcu altına giren ödünç alana (*mutui accipiens*) karşılıksız olarak devrettiği bir hukuki işlemdir¹. Roma'nın ilk dönemlerinde maden külçesi ve terazi ile (*par aes et libram*) gerçekleştirildiği ve kökeninin *nexum* işleminden geldiği düşünülen bu hukuki işlemin, *traditio* ile tüketilebilir bir malın mülkiyetinin devralan kimseye nakledilmesi ile kurulduğu ifade edilmektedir².

Mutuum'un bir real sözleşme³ olması nedeniyle kural olarak tarafların iradele-
rinin uyuşması sözleşmenin kurulabilmesi için yeterli olmayıp; ödünç verenin sözleşme konusunun mülkiyetini ödünç alana nakletmesi gerekmektedir (*consensus ve datio*)⁴. Roma'da başta *mutuum*'un temsil yoluyla kurulmasında olduğu gibi, istisnai bazı durumlarda söz konusu sözleşmenin ödünç konusu şeyin doğrudan ödünç alana teslim edilmeden kurulması da mümkün olmaktadır⁵. Örneğin borçlunun satması ve elde edeceği semeni ödünç olarak muhafaza etmesi için herhangi bir şeyin karşı tarafa verilmesinde de tüketim ödücü sözleşmesinin meydana geleceği kaynaklarda ifade edilmektedir⁶. Yine borçlunun farklı bir sebep nedeniyle iade etmekle yükümlü

¹ Arnold Vinnius, Institutionenkommentar, Schuldrecht: Text und Übersetzung, Heidelberg 2005, s. 39; Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2021, s. 152; Diler Tamer, Roma Hukuku, Cilt: 2, Borçlar Hukuku, İstanbul 2021, s. 148; Iole Fagnoli, "Condictio aus Darlehen (*mutuum*)", Handbuch des Römischen Privatrechts, Band II, Hrsg. Ulrike Babusiaux/ Christian Baldus/ Wolfgang Ernst/ Franz - Stefan Meissel/ Johannes Platschek/ Thomas Rüfner, Tübingen 2022, s. 1908; Max Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, München 1971, s. 530; Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1954, s. 367; Türkân Rado, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul 2021, s. 47; W. W. Buckland, A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 2007, s. 468; Ziya Umur, Roma Hukuku: Ders Notları, İstanbul 1999, s. 339.

² Ali Selkor Atak, Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi - *Mutuum*), İstanbul 2022, s. 40 vd.; Kaser, s. 531; Max Kaser/ Rolf Knütel/ Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, München 2021, s. 289-290; Paul Jörs/ Wolfgang Kunkel/ Leopold Wenger, Römisches Recht, Berlin 1987, s. 297; Rado, s. 49; R. W. Leage, Roman Private Law, London 1961, s. 323; Tamer, s. 149.

³ Birçok yazar tarafından *mutuum*, Roma hukuku sözleşmeler sistemi içinde "aynı sözleşmeler" kavramı ile ifade edilen grup içerisinde gösterilmektedir. Ancak eşya hukukuna ait bir sözleşme olan aynı sözleşme (*dinglicher Vertrag*), bir aynı hakkı kuran, bir aynı hakkı değiştiren ya da bir aynı hakkın devrini sağlayan bir hukuki işlemdir. Real sözleşme (*Konsensualvertrag*) ise, hukuki işlemin konusunu oluşturan şeyin mülkiyetinin, zilyetliğinin ya da vazülyetliğinin hukuki işlemin karşı tarafına geçirilmesi ile kurulan bir hukuki işlemdir. Real sözleşme, taahhüt ya da tasarruf işlemi olabileceken; aynı sözleşme ise her zaman tasarruf işlemi niteliğindedir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 253-254; Özge Erbek, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İlîlik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", (Yaşar Üniversitesi E - Dergisi Y. 2013, S. Özel Sayı, s. 937-985), s. 938 vd.; Özlem Söğütü, Roma Özel Hukuku, Ankara 2022, s. 481, dp. 338; W. H. Buckler, The Origin and History of Contract in Roman Law, London 1895, s. 178.

⁴ D. 44.7.3.1 (*Paulus*), bkz. Di Marzo, s. 367; Marie Theres Fögen, "Vom 'Typenzwang' des römischen Rechts", (Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 249-265), s. 249-250; Rado, s. 47; Tahiroğlu, s. 152.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atak, s. 93 vd.; Di Marzo, s. 367; Rado, s. 48.

⁶ D. 12.1.11.pr. (*Ulpianus*), bkz. Rado, s. 48.

olduğu paranın, ödünç olarak saklanması için verilmesinde de söz konusu sözleşmenin meydana geleceği değerlendirilmektedir⁷. Bu durumlarda bir real sözleşme olan *mutuum*'da *datio* (mülkiyetin devri) şartının yerine getirildiği kabul edilmekteydi⁸.

Gaius'un *Institutiones*'inde Roma'da real sözleşme olarak sadece *mutuum*'dan bahsettiği görülmektedir⁹. *Gaius*, tüketim ödöncü sözleşmesinin ödünç verenin sözleşme konusu malların mülkiyetini karşı tarafa devretmesi ile kurulacağını belirtmektedir¹⁰. Dolayısıyla bunun için ödünç veren tarafın sözleşme konusunun maliki olması ve bunları devretme ehliyetini de haiz olması gerekmektedir¹¹. Ayrıca *Gaius* söz konusu metninde *mutuum*'a misli şeylerin konu oluşturabileceğini belirtmiş ve örnek olarak da bu malları sıralamıştır. *Gaius*'a göre sayı, tartı ve ölçü ile ifade edilen sözleşme konusu olabilen mallara malik olan ödünç alan, daha sonra aynı tür ve aynı miktar şeyleri iade borcu altına girmektedir¹². Eğer başka türün (*aliud genus*) iadesi olursa trampa, aynı şeylerin iadesinin (*eadem species*) söz konusu olmasında ise ariyet ya da vedia sözleşmesi geçerli olmaktadır¹³. *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de *mutuum*'un niteliklerinin *Gaius*'a benzer şekilde ifade edildiği görülmektedir¹⁴.

Mutuum'un oluşması için misli bir malın karşı tarafa devri gerektiğinden Roma'da bu durum alacak sebebiyle devir (*traditio credendi causa*) şeklinde nitelendirilmekte; ödünç alan kimse ise, aynı cins, aynı kalite ve aynı miktardaki (*tantundem eiusdem generis et qualitatis*) malı iade etme borcu altına girmektedir¹⁵.

⁷ D. 12.1.4 (Ulpianus), D. 17.1.34.pr. (Africanus), bkz. Atak, s. 97 vd.; Rado, s. 48.

⁸ Rado, s. 48.

⁹ Fögen, "Vom 'Typenzwang' des römischen Rechts", s. 249, dp. 1; Peter Gröschler, "Sachleistung zur Schuldbegründung (Realkontrakte)", Handbuch des Römischen Privatrechts, Band II, Hrsg. Ulrike Babusiaux/ Christian Baldus/ Wolfgang Ernst/ Franz - Stefan Meissel/ Johannes Platschek/ Thomas Rüfner, Tübingen 2022, s. 625-626; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, s. 153.

¹⁰ Gai. Inst. 3.90: "Re contrahitur obligatio uelut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit." "Borç ilişkisi şey (res) ile kurulur, mesela bir ödöncün verilmesiyle; ancak ödünç verme, para, şarap, zeytinyağı, tahıl, bakır, gümüş ve altın gibi tartı, sayı ve ölçü ile belirtilen şeyler üzerinde olur. Bu şeyleri ya sayarak ya ölçerek ya da tartarak alanın mülkiyetine geçmesi ve onun da bize aynı şeyleri değil, aynı türden şeyleri iade etmesi için veririz. Çünkü benim bu şekilde sana vermiş olduğum, artık benim olmaktan çıkıp, senin oluyor." Bkz. Tahiroğlu, s. 154-155, dp. 73.

¹¹ Rado, s. 48; Tamer, s. 149.

¹² Tüketim ödöncü sözleşmesinde ödünç alanın aynı tür ve aynı miktar şeyleri iade borcu altına girmesi gerektiğine ilişkin bkz. D. 12.1.2.1 (Paulus), D. 12.1.3 (Pomponius).

¹³ D. 12.1.2 pr. (Paulus), bkz. Di Marzo, s. 367-368.

¹⁴ Iust. Inst. 3.14 pr., bkz. Tahiroğlu, s. 154-155, dp. 73.

¹⁵ David Daube, "Money and Justiciability", (Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 96, 1979, s. 1-16), s. 10; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 296-297; Söğütü, s. 482-483; Tahiroğlu, s. 152-153.

Mutuum'un konusunu misli mallar (*res fungibiles*) oluşturmaktaydı¹⁶. Bunlar nitelikleri gereği ferden değil; sayı, ölçü ve tartı ile belirlenebilen, tüketilmek suretiyle kendilerinden yararlanan ve biri diğerinin yerine geçebilen menkul şeylerdi¹⁷. Başta para olmak üzere; kömür, yağ, buğday gibi sayılmak, tartılmak ve ölçülmek suretiyle hukuki işleme konu olabilen mallar *mutuum*'da taraflarca sözleşme konusu olarak kararlaştırılabilmekteydi¹⁸. Kural olarak her ne kadar kullanımı tüketime bağlı mallar misli mal olsa da bütün misli mallar kullanılmakla tükenen mallar değildir¹⁹. Bu nedenle kullanımı tüketime bağlı olmayan malların da *mutuum*'un konusunu teşkil etmesinde bir sakınca olmadığı kaynaklardan anlaşılmaktadır²⁰. Ancak burada önemli olan husus, ödünç sözleşmesinin konusunu oluşturan malların ödünç alan tarafından dilediğince tasarruf edilebilmesi mümkün misli, sayılan, tartılan ve ölçülen mallar olmasıdır²¹.

Roma'da eğer alacaklı ile borçlu arasında ödünçün verileceğine ilişkin bir anlaşma yapılmış ancak sözleşme konusu devredilmemiş ise, burada bir tüketim ödücü sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildi. Bu durum, real sözleşmelerin Roma'da geçerliliğinin *consensus + res* formülüne bağlı olmasının bir sonucudur²². Roma hukukuna göre burada taraflar arasında sadece ödünçün verileceğine ilişkin bir anlaşmanın varlığı (*pactum de mutuo dando*) söz konusu olmaktadır²³. Taraflar arasındaki bu anlaşmanın da mutlaka bir *stipulatio* ile taahhüt edilmesi gerekmekte olup, aksi hâlde buradan doğan borcun bir *actio* ile talep edilebilmesi mümkün değildir²⁴.

Mutuum'un uygulamada dostlar ve tanıdıklar arasında karşılıklı güvene dayanan ticari olmayan bir hukuki işlem olması ve genellikle günlük tüketim malları için kullanılması nedeniyle karşılıksız olduğu görülmektedir²⁵. *Mutuum*'un niteliği gereğince, ödünç alanın almış olduğundan daha fazla borçlanabilmesi de söz konusu olmamaktaydı²⁶. Eğer faiz (*usurae*) kararlaştırılacak ise, bunun bir faiz *stipulatio*'su

¹⁶ Rado, s. 47; R. W. Lee, *The Elements of Roman Law*, London 1946, s. 284.

¹⁷ Rado, s. 47; Umur, Roma, s. 339; Ticaret hayatında ferden değil, aynı tür içinde birbirinin yerine geçebilen bu tür malların "*res quae numero mensura pandere constant*" şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Bkz. Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul 1983, s. 186.

¹⁸ Rado, s. 47.

¹⁹ Söğütü, s. 695.

²⁰ Tahiroğlu, s. 155.

²¹ Tahiroğlu, s. 155.

²² Tahiroğlu, s. 152.

²³ Rado, s. 49; Umur, Lügat, s. 150.

²⁴ Buckler, s. 180-181; *D. 19.5.24 (Africanus)*; David Johnston, *Roman Law in Context*, Cambridge 2002, s. 101-102; Fırat Korkmaz, *Roma Hukukunda Stipulatio*, Ankara 2021, s. 137; Kaser, s. 531; Rado, s. 49; Tahiroğlu, s. 158; Tamer, s. 149; Zimmermann, s. 154.

²⁵ Buckler, s. 180; Daube, s. 13; Johnston, s. 101; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 297; Tahiroğlu, s. 153.

²⁶ *D. 2.14.17. pr. (Paulus)*, bkz. Di Marzo, s. 368.

(*stipulatio usurarum*) ile taahhüt ettirilmesi şarttır²⁷. Ancak bu durumda alacaklının *mutuum*'un iadesini ve de faizleri tek bir dava ile talep edebilmesi mümkün değildir²⁸. Zaten *mutuum*'dan doğan tek bir dava (*condictio*) söz konusu olması nedeniyle sadece iade borcu söz konusu olmakta, faiz talebinin bu davada ileri sürülebilmesi mümkün olmamaktaydı²⁹. Bundan dolayı asıl borç ve faiz için tek bir *stipulatio* (*stipulatio sortis et usurarum*) yapma usulünün yerleştiği ve bunların söz konusu bu *stipulatio*'dan doğan bir dava ile talep edilebilmesi usulünün uygulamada yer aldığı görülmektedir³⁰. Kâr amacıyla yapılan bu hukuki işlemlerde *stipulatio* ile ödünç verenin önce faizi ile birlikte borcun ödeneceğini ödünç alana vaad ettirdiği; daha sonra da miktarın teslim edilip, taraflar arasında *mutuum*'un kurulduğu anlaşılmaktadır³¹. Bu şekilde ticari olarak yapılan *mutuum*'un doğal olarak dostlar arasında değil; bir tarafını bankerlerin ya da faiz ile borç verenlerin oluşturduğu ve faizsiz *mutuum*'dan daha yüksek miktarlar için kurulduğu görülmektedir³².

Günümüz hukuklarında kurulması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için hukuki işlem taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının gerekli ve yeterli olduğu sözleşmeler rızai sözleşmeler (*Konsensualverträge*) olarak ifade edilmektedir³³. Real sözleşmelerde (*Realverträge*) ise hukuki işlemin kurulması ve sonuçlarını meydana getirebilmesi için taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmasının yanında; sözleşme konusunun karşı tarafa teslimi de gerekmektedir³⁴. Roma hukukunda real bir sözleşme olan tüketim ödünçü sözleşmesi³⁵, Türk borçlar hukukunda ise rızai bir sözleşme niteliğindedir³⁶.

²⁷ Roma'da *usurae* ve oranlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atak, s. 160 vd.; Buckland, s. 464-465; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 241 vd.; Leage, s. 324; Lee, s. 285; Mehmet Üçer, "Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler", (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2011, C. 10, S. 2, s. 217-228), s. 218 vd.; Tamer, s. 150-151; Umur, Roma, s. 341.

²⁸ Tahiroğlu, s. 160.

²⁹ Atak, s. 160; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 303; *Mutuum*'un konusu para ise bu dava *actio certae creditae pecuniae* (ödünç verilen paranın davası) olarak adlandırılmakta idi. Eğer dava konusu paradan başka misli şeyler ise, bu durumda bu dava *condictio certae rei* olarak ifade edilmekteydi. *Iustinianus* Dönemi'nde ise bu davaya buğday ödünçünden yola çıkmak suretiyle *condictio triticaria* (buğday davası) adı verilmekteydi. Bkz. Buckland, s. 465; Detlef Liebs, "The History of the Roman *Condictio* up to Justinian", *The Legal Mind: Essays for Tony Honore*, ed. Neil MacCormick and Peter Birks, Oxford 1986, s. 168; Di Marzo, s. 369; Leage, s. 325; Lee, s. 284; Tamer, s. 149-150.

³⁰ Fargnoli, "*Condictio* aus Darlehen (*mutuum*)", s. 1909; *Iustinianus* Dönemi'nde deniz karzı (*fenus nauticum*) ya da deniz faizi (*pecunia tralecticia*) hâlinde yalnız *pactum* ile faizin istenebileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Bkz. Buckland, s. 466-467; Buckler, s. 182-183; Di Marzo, s. 368; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 299; Lee, s. 284-285.

³¹ Tahiroğlu, s. 153; Umur, Lügat, s. 204.

³² Tahiroğlu, s. 153.

³³ Eren, Borçlar Genel, s. 253.

³⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 253-254.

³⁵ Söğütü, s. 482.

³⁶ Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, m.207-392, Ankara 2023, M. 386, N. 6.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 386. maddesinde tüketim ödücü sözleşmesi tanımlanmıştır. Söz konusu maddede tüketim ödücü sözleşmesi, "... ödünç verenin, bir miktar parayı ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde ifade edilmektedir. Günümüz hukukunda tüketim ödücü sözleşmesinin rızai bir sözleşme olması nedeniyle Roma hukukuna göre farklı tanımladığı görülmektedir. Sözleşmenin rızai nitelikte olması dolayısıyla kurulabilmesi için ödücün konusunu teşkil eden şeyin ödünç alana teslim edilmesi şart değildir; ödücün konusu olan şeyin teslimi, borcun ifası bakımından önem taşımaktadır³⁷. Faizsiz yapıldığı hâllerde eksik iki tarafa borç yükleyen tüketim ödücü sözleşmesinde ödünç alan sözleşmenin sonunda aynı nitelikte ve miktarda şeyi ya da parayı geri vermekle yükümlüdür³⁸. Ancak sözleşmenin faiz karşılığı yapılmış olması durumunda *synallagma* ilişkisi kapsamında artık tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmenin varlığından bahsedilecektir³⁹.

Günümüz hukukunda tüketim ödücü sözleşmelerinin konusunu Roma'da olduğu gibi özellikle misli şeyler; tüketilebilen şeyler yahut para oluşturmaktadır⁴⁰. Tüketilebilen şeylerin ilke olarak misli şey niteliğinde oldukları kabul edilmektedir⁴¹. Tüketim ödücü sözleşmesinde, sözleşmenin konusunu oluşturan yani ödünç verilen şeyin mülkiyeti ödünç alana geçmektedir⁴². Zira tüketim ödücü sözleşmesinin konusunu oluşturan şey misli ve tüketilen bir nitelikte olduğundan ödünç alan kimsenin bunların mülkiyetini edinerek ve ancak tüketmek suretiyle kullanması mümkündür⁴³. Türk Borçlar Kanunu m.386'ya göre ödünç alan ödünç aldığı şeyle aynı nitelikte ve miktarda şeyi geri vermek yükümlülüğü altına girmektedir. Ödünç alınan şey genellikle tüketildiğinden şeyin aynısının geri verilmesi mümkün olmamaktadır; bu hâlde ifanın gerçekleşmiş olması için eş miktar ve nitelikte

³⁷ Andreas Hünerwadel, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009, Art.312, N. 1.

³⁸ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 7.

³⁹ Benedikt Maurenbrecher/ Heinz Schärer, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020, Art.312, N. 1. Günümüzde faiz, tüketim ödücü sözleşmesinde esaslı bir unsur değildir; ancak taraflar arasında sözleşmenin faizli olması kararlaştırıldığında faizin sözleşmenin subjektif esaslı unsuru olacağı kabul edildiğinden, faiz miktarı üzerinde anlaşmaya varılamaması neticesinde sözleşmenin kurulmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 26.

⁴⁰ Sayılması, ölçülmesi ya da tartılması mümkün yahut birbiri yerine konulabilen şeylere "misli şey" denilmektedir. Misli şeyler ayrıca çeşidiyle belirli niteliktedir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 10.

⁴¹ Tüketilemeyen şeylerin de istisna teşkil ederek bazı durumlarda tüketim ödücü sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 11.

⁴² Maurenbrecher/ Schärer, BSK OR, Art.312, N. 1.

⁴³ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 12.

şeyin verilmesi önem arz etmektedir⁴⁴. TBK m.386 ve 387 gereğince devredilen misli şeyin fiyat ve değeri üzerindeki değişiklikler ile para ödünçlerindeki kıymet üzerindeki artış ve düşüşler sonucu etkilememektedir⁴⁵. Emredici nitelikteki TBK m.391 hükmü uyarınca ödünç veren ödünç alana kararlaştırılmış olan para yerine kıymetli evrak yahut ticarî mallar vermişse, geri verilmesi gereken borç miktarı bunların teslim yer ve zamanındaki borsa ya da piyasa değerleri üzerinden hesaplanmaktadır⁴⁶. Yabancı ülke parası ödünç sözleşmesinin konusunu oluşturduğunda bunların geri verilmesi tarafların anlaşmasına göre ya aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden ülke parası ile olmaktadır (TBK m.99/ II, III)⁴⁷.

II. DEPOSITUM IRREGULARE'NİN ORTAYA ÇIKIŞI

Eski çağlarda bankacılık faaliyetlerinin çoğunlukla Yunanlılar tarafından yürütüldüğü görülmektedir⁴⁸. Roma'da küçük ölçekli girişimciler niteliğinde de olsa ufak dükkanlarda bankacılık faaliyetlerinin sürdürüldüğü kaynaklardan anlaşılmaktadır⁴⁹. Ancak yatırımları finanse edebilecek nitelikte ve büyük ölçekli mevduatı toplayabilecek kapasitede banka kurumlarının Roma'da bulunmadığı anlaşılmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla *depositum irregulare*'yi düzenleme ihtiyacının uzun süre boyunca olmaması nedeniyle Romalıların bankacılık faaliyetlerinde uygulanan bir hukuki işlemi daha önceleri Roma hukukuna dahil etmeyi ekonomik bir gereklilik olarak görmedikleri değerlendirilmektedir⁵¹.

Klasik Hukuk Dönemi'ne ait *D. 47.2.21.1 (Paulus)* ve *D. 46.3.39 (Africanus)* incelenecek olursa "*viginti nummorum saccum*" (yirmi bozuk para) ile "*pecuniam signatam*" (mühürlenmiş para) şeklinde paranın kişiselleştirilmesi suretiyle vedia verilmesinin ele alındığı görülmektedir⁵². Böyle bir durumda vedia alan kimsenin sözleşmenin konusunu oluşturan parayı kullanması hâlinde hırsızlık suçunu işlemiş olduğu kabul edilmektedir⁵³. Halbuki paranın belirli bir

⁴⁴ Maurenbrecher/ Schärer, BSK OR, Art.312, N. 11.

⁴⁵ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 16.

⁴⁶ Söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Bu hüküm ancak konusunu para oluşturan sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 19; Hünerwadel, SOR, Art.317, N. 1.

⁴⁷ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 22.

⁴⁸ Muzaffer Karaaslan, Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (*Depositum Irregulare*), İstanbul 2023, s. 35 vd.

⁴⁹ *D. 2.13.10.1 (Gaius)*, bkz. Johnston, s. 102-103.

⁵⁰ Alfons Bürge, "Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens", (Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 104, 1987, s. 465-558), s. 467 vd.; Zimmermann, s. 218.

⁵¹ Zimmermann, s. 217-218.

⁵² Zimmermann, s. 216.

⁵³ Zimmermann, s. 216.

nominal değerinin olması nedeniyle, parayı teslim eden kimseye talep ettiğinde birebir aynılarının iade edilmesi ile aynı miktardaki paranın iade edilmesinde bir farklılık görülmemekte ve parasını teslim eden kimse bakımından özel bir çıkar-
dan da söz edilememektedir⁵⁴.

Bir miktar paranın vedia sözleşmesinin konusunu oluşturması durumunda söz konusu sözleşme konusunun kullanılıp kullanılmamasından yola çıkmak suretiyle hukuki işlemin niteliğinin ne olacağına ilişkin Klasik Dönem sonlarında *Ulpianus*, *Paulus* ve *Papinianus*'un metinlerinde tartışmalar yer almaktadır. Me-seleye ilişkin hukuki anlaşmazlıklar söz konusu olduğunda bunlara çözüm sun-maya çalışan Romalı hukukçuların öncelikle bu tür anlaşmazlıklara bir *condictio* tanıdıkları görülmektedir⁵⁵. M. S. 2. yüzyılda yaşamış olan *Ulpianus* ve *Paulus*'un, Roma'nın Yunan eyaletlerinde bir tarafın paranın saklanması amacıyla karşı ta-
rafa teslim ettiği; diğer tarafın da söz konusu paranın mülkiyetine sahip olup üzerinde tasarruf etme yetkisini haiz olduğu bu hukuki işlemi *mutuum*'un yeni bir uygulama şekli olarak nitelendirdikleri kaynaklardan anlaşılmaktadır⁵⁶.

Ulpianus'a ait D. 16.3.1.34'te kapalı bir kutuda verilmiş olan bir miktar paranın kullanımına ilişkin bir izinden söz ettiği görülmektedir⁵⁷. Metne göre ve-dia alan kişinin parayı kullanmasından önce burada verilenin saklanmasına iliş-
kin bir sözleşmenin, yani bir *depositum*'un olduğu; eğer kullanırsa burada bir *mutuum*'dan bahsedileceği ve dolayısıyla da *actio depositi* tanınmasının söz konu-su olamayacağı ifade edilmektedir⁵⁸. Aynı şekilde *Ulpianus*'a ait diğer metinlerde de kapalı bir kutuda ya da mühürlenmiş olarak verilen bir miktar paranın veren kimsenin izni söz konusu ise sözleşme konusunun kullanılmasından önce vedia sözleşmesinin var olduğu; vedia konusunun kullanılmasından sonra ise bunun artık *mutuum*'a dönüştüğü ifade edilmektedir⁵⁹. *Paulus* ise *Sententiae* adlı eserinde-
deki bir metinde⁶⁰, kapalı bir kutu içinde ya da mühürlenmiş olarak bir paranın

⁵⁴ Johnston, s. 104; Zimmermann, s. 216.

⁵⁵ Zimmermann, s. 218.

⁵⁶ Bürge, s. 548 vd.; Zahit İmre, "Usulsüz Vedia Akdi" (Türk - İsviçre, Alman, Fransız hukukları üzerinde bir tetkik), (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Y. 1944, C. 10, S. 1-2, s. 188-228), s. 188; Zimmermann, s. 218.

⁵⁷ D. 16.3.1.34 (*Ulpianus*): "Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis." "Eğer sana bir miktar para, istersen onu kullanabileceğin şekilde verilmişse; onu kullanmadan önce *actio depositi* ile sorumlu tutulacaksın." Bkz. Erkan Küçükgüngör, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (*Depositum*), Ankara 2002, s. 127; Johnston, s. 104.

⁵⁸ Küçükgüngör, s. 127-128.

⁵⁹ D. 12.1.9.9 (*Ulpianus*), D. 12.1.10 (*Ulpianus*), D. 16.3.1.34 (*Ulpianus*), bkz. William M. Gordon, "Observations on 'Depositum Irregularare'", (Studi in onore di Arnaldo Biscardi Vol. III, 1982, s. 363-372), s. 368.

⁶⁰ *Paul. Coll.* 10.7.9: "Si pecuniam deposuero eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit." "Sana parayı vedia olarak verir ve bunu da kullanma izni

karşı tarafa kullanım izniyle beraber verilmesi durumunda, burada baştan itibaren bir tüketim ödücü sözleşmesinin söz konusu olacağını ifade etmektedir. Söz konusu metne göre bir miktar paranın verilmesinde, veren kimsenin sözleşme konusunun kullanılmasına rıza göstermesi hâlinde, karşı taraf paranın maliki olmakta ve de doğal olarak hasarı üstlenmekteydi.

Papinianus'a ait *interpolatio* yoluyla değiştirildiği düşünülen bir metinden yola çıkarak tartışmalı da olsa bu hukuki işlemin usulsüz vedia olarak kabul edildiği de düşünülmektedir⁶¹. Ancak bu metnin *Corpus Iuris Civilis* derleyicileri tarafından değiştirildiği göz önüne alınırsa, *Papinianus*'un da *Ulpianus* ve *Paulus* gibi *depositum irregulare*'yi açıkça kabul etmediği sonucuna varılabilmektedir⁶².

Bu açıklamalardan sonra Klasik Hukuk Dönemi'ne ait metinler ışığında bu dönemde düzensiz vedianın kesin olarak kabul edilmediği ve *depositum irregulare* ifadesine de rastlanılmadığı söylenebilmektedir⁶³. Saklanması için verilen paranın *mutuum*'dan ayrılmasına ilişkin hüküm ve sonuçların *Iustinianus* Hukuku'ndan geldiği görülmektedir⁶⁴. Tam olarak nasıl ve zaman gerçekleştiği konusunda kaynaklarda kesin bir bilgi yer almamakla birlikte, Klasik Hukuk Dönemi'nde hukuki işlemin niteliğinin ne olduğuna ilişkin tartışmaların *Iustinianus* Dönemi'nde de yapıldığı, tarafların hukuki işlem iradelerinin yorumlanması suretiyle sözleşmenin niteliğinin tespit edildiği düşünülmektedir⁶⁵. *Depositum irregulare*, *mutuum*'da özellikle faizin kararlaştırıldığı durumlarda parasını yatıran kimsenin bunu yatırım niyetiyle yapması nedeniyle *mutuum*'dan ayrılmaktadır⁶⁶.

verirsem; burada bir depositum'dan çok mutuum söz konusu olur ve hasar da sana ait olur.”; Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde karşı tarafa teslim edilen paranın saklayan tarafından kullanılıp kullanılmamasının bankerin iflası halinde de önem teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Parasına dokunulmamış olup kendisine ait olduğunu ispat edenler bunları geri talep edebilmektedirler. Diğer taraftan parası kullanılmış olup faizini alamayanların iflasta imtiyazlı haklarının olduğu; faizini alanların ise bankerin adi alacakları ile birlikte sıralandığı anlaşılmaktadır. *Ulpianus* bu tespitleri yaparken iflas eden bankere teslim edilen paranın mülkiyetinin kimde olduğundan yola çıkmıştır. Konuya ilişkin metinler incelendiğinde Roma'da bankelere farklı şekillerde para yatırıldığı değerlendirilmektedir. *D. 16.3.7.2 (Ulpianus)*, *D. 42.5.24.2 (Ulpianus)*, bkz. Bürge, s. 552-555; Gordon, s. 367 vd.; Johnston, s. 104-105.

⁶¹ *D. 16.3.25.1 (Papinianus)*: “*Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.*” “Aynı miktari iade etmesi şartıyla mühürlenmemiş para vedia verilen kimse ve bunu kendi kullanımına sunan kimse, temerrüde düşünce faizler için de *actio depositi*'ye göre mahkûm edilmelidir.” Bkz. İmre, s. 188; Küçükgüngör, s. 135 vd.; Theodor Niemeyer, *Depositum Irregulare*, Halle 1889, s. 6 vd.

⁶² Küçükgüngör, s. 135.

⁶³ Küçükgüngör, s. 120; Niemeyer, s. 75.

⁶⁴ İmre, s. 188; Küçükgüngör, s. 120, 148; Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 179.

⁶⁵ Gordon, s. 368-369; Niemeyer, s. 74 vd.; Zimmermann, s. 218.

⁶⁶ *Mutuum*'da faiz kararlaştırılmasının amacına ilişkin bkz. Tahiroğlu, s. 153; Ümit Vefa Özbay, *Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi*, Ankara 2019, s. 110; *Mutuum* için faiz, kullandırılan şeyin kullanılmasının karşılığı, hem de geri alınamama ihtimali

Iustinianus'un bir iyiniyet davası niteliğinde olan *actio depositi* tanıyıp kendisine para teslim edilen kimseyi sorumlu tuttuğu ve paranın kullanımı neticesinde faizin söz konusu olabileceğini kabul ettiği kaynaklardan anlaşılmaktadır⁶⁷. Ancak faiz borcunun doğabilmesi için ya *mutuum*'un aksine taraflar arasında *pactum* ile faizin kararlaştırılması ya da bankerin paranın iadesi konusunda temerrüde düşmesi gerekmektedir⁶⁸.

Iustinianus Dönemi'nde *mutuum* ile *depositum irregulare* arasındaki farkların dikkate alındığı, *depositum irregulare* ifadesinin ise sonra Orta Çağ'da bu hukuki işlem için kullanıldığı ve günümüze kadar geldiği kaynaklardan anlaşılmaktadır⁶⁹.

III. ADİ VEDİA SÖZLEŞMESİNİN (*DEPOSITUM*) BİR TÜRÜ OLARAK MISLİ ŞEYLERİN SAKLANMASI SÖZLEŞMESİ (DÜZENSİZ VEDİA - *DEPOSITUM IRREGULARE*)

Roma hukukunda vedia sözleşmesi (*depositum*), vedia verenin taşınır bir malı vedia alana ücretsiz olarak saklanması için bıraktığı (*servandum dare*); vedia alanın da vedia verenin talebi üzerine kendisine bu malı iade etmekle yükümlü olduğu, kişilerin günlük hayattaki ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik güven esasına dayalı ek-sik iki taraflı real bir sözleşmedir⁷⁰. Ancak bunun için sözleşme taraflarının hukuki

için prim niteliğinde; *depositum irregulare*'de faiz ise sadece saklama faaliyetinin karşılığı olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple de genellikle *depositum irregulare* bakımından faiz nispeten düşük miktarlardaydı. Bkz. Özbay, s. 111.

⁶⁷ *Paulus*'a ait D. 16.3.26.1'de bir miktar para teslim edilirken faizin de taraflarca kararlaştırıldığı görülmektedir. *Interpolatio* yoluyla değiştirildiğine ilişkin şüphe olmayan metinde *Paulus*, böyle bir durumda *actio depositi* ile faizin istenebileceğini ifade etmektedir. D. 16.3.26.1 (*Paulus*): "*Lucius titius ita cavit: 'elabon kai exw eis logon parakatavykys ta progegrammena tou arguriou dynaria muria, kai panta poiysw kai sumfwnw kai hwmologysa, hws progegraptai: kai sunevemyx xorygysai soi tokon hekastys mnas hekastou mynos obolous tessaras mexri tys apodosews pantos tou arguriou.' quaero, an usurae peti possunt. paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.*" "*Lucius Titius* şu açıklamayı yaptı: '*Vedia olarak aldığım ve elimde bulundurduğum on bin gümüş denarius'u aramızda kararlaştırdığımız gibi iade edeceğime söz veriyorum ve bunu taahhüt ediyorum. Aramızdaki anlaşmaya göre, paranın tamamını iade edene kadar her ay dört obolus faiz ödeyeceğim. Ben faiz istenip istenemeyeceğini soruyorum. Paulus, bu sözleşmenin depositum'un sınırını aştığını, bu nedenle açılacak bir actio depositi'de faizin istenebileceği şeklinde cevap veriyor.*" Bkz. Gordon, s. 369-370; Karaaslan, s. 117; Zimmermann, s. 218, dp. 226.

⁶⁸ Karaaslan, s. 187.

⁶⁹ Rado, s. 62.

⁷⁰ D. 16.3.1.pr. (*Ulpianus*), bkz. Di Marzo, s. 371; *Iustinianus Institutiones*'inde vedia alanın almış olduğunu aynen teslim etmesi gerektiğini; eğer iade yükümlülüğüne aykırı davranırsa kendisine karşı bir *actio depositi* açılabilirliğini ifade etmiştir: *Iust. Inst. 3.14.3: "Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur, et actione depositi, qua et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur."* "*Ayrıca, vedia alan kimse aynı olarak (re) borçlanır ve vedia davası (actio depositi) gereğince aldığı şeyi aynen iade etmekle yükümlüdür.*" Bkz. Buckler, s. 187; Kaser, s. 534-535; Lee, s. 287; Küçükgüngör, s. 27; Söğütü, s. 490.

işlemin konusunu kişiselleştirmek durumunda oldukları anlaşılmaktadır⁷¹. Örneğin bir miktar paranın torba, paket, zarf gibi (*pecunia in sacculo signata, pecunia obsignata, pecunia clusa*) bir şeye konulması suretiyle saklanması amacıyla karşı tarafa verilmesi durumunda bir adi vedia sözleşmesinin varlığından söz edilmekteydi⁷². Aksi hâlde sözleşme konusunun, açık bir şekilde verilmesinde ise *depositum irregulare*'nin söz konusu olacağı kaynaklardan anlaşılmaktadır⁷³.

Vedia alan sözleşme konusunun sadece *detentor*'u olup; malın mülkiyeti ve zilyetliği vedia verende kalmaktaydı⁷⁴. Buna ek olarak başkasına ait bir şeyin de vedia verilmesine engel yoktu⁷⁵. Genel olarak misli olmayan malların *depositum*'a konu oluşturmalarının yanında, misli malların da belli şartlar altında söz konusu sözleşmeye konu olması mümkündü⁷⁶. Dolayısıyla Roma hukukunda *depositum irregulare*, açık olarak bırakılan para ya da misli bir malın, aynısının değil, sözleşme konusuna tekabül eden (*tantundem*) aynı tür ve miktarın iade edilmek üzere bir başka kimseye teslim edilmesidir⁷⁷. Eğer para ya da misli bir mal açık bir şekilde değil de örneğin paranın kapalı bir zarfta ya da bir tarım ürününün çuvala saklanması ve aynılarının iadesi için bırakılmışsa, burada parça borcu olması dolayısıyla adi vedia sözleşmesi söz konusu olmaktadır⁷⁸.

Depositum irregulare ile adi vedia sözleşmelerinin amaçlarının sözleşme konusu menkul malların saklanması için karşı tarafa teslim edilmesi olsa da her iki sözleşmenin de birbirlerinden farklı özelliklerinin olduğu ve ayırt edilmelerinin zor olmadıkları görülmektedir. Düzensiz vediayi alan kimse aynı şeyi değil; aynı cins ve miktarda şeyi iade borcu altında idi⁷⁹. Düzensiz vedia, adi vedianın aksine vedia alanın parayı kullanabilmesi imkânı söz konusu olmaktadır⁸⁰. Burada bir cins borcu söz konusu olması nedeniyle düzensiz vediayi alan, sözleşme konusunun mülkiyetine sahip olmaktadır⁸¹. Bu nedenle de vedia alan sözleşme konusunu eğer isterse kullanabilir ya da tüketebilirdi⁸². Adi vedia sözleşmesinde *detentor* olan vedia alan, saklama amaçlı olarak almış olduğu şeyi kullanırsa kullanma hır-

⁷¹ Küçükgüngör, s. 119.

⁷² Karaaslan, s. 152; Küçükgüngör, s. 119-120; Zimmermann, s. 216.

⁷³ Karaaslan, s. 152; Küçükgüngör, s. 120.

⁷⁴ Tahiroğlu, s. 173; Rado, s. 59.

⁷⁵ Tahiroğlu, s. 173.

⁷⁶ Küçükgüngör, s. 42-43.

⁷⁷ Di Marzo, s. 374; Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 294; Küçükgüngör, s. 120; Leage, s. 330; Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 177; Umur, Roma, s. 345.

⁷⁸ Tahiroğlu, s. 178; Tamer, s. 163; Umur, Roma, s. 345-346.

⁷⁹ Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 177; Umur, Roma, s. 345.

⁸⁰ Tahiroğlu, s. 177-178.

⁸¹ Tahiroğlu, s. 178.

⁸² Kaser, s. 536; Leage, s. 329; Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 177.

sızlığı (*furtum usus*) fiilini işlemiş sayılmaktaydı⁸³. Yine düzensiz vedia da vedia veren kişi lehine faiz kararlaştırılması mümkün olduğu için, söz konusu sözleşme karşılıksız⁸⁴ olan vedia dan da ayrılmaktaydı⁸⁵. Nitekim adi vedia sözleşmesinin güvene dayalı ve dostlar arasında yapılan bir sözleşme olduğu; buna karşılık *depositum irregulare*'nin ise ticari amaçla yapıldığı görülmektedir⁸⁶. İki hukuki işlem arasında hasara ilişkin bir tespit yapılacak olursa, anlaşılacağı üzere *depositum irregulare*'de vedia alanın borcu tıpkı *mutuum*'da olduğu gibi cins borcu olması dolayısıyladır ki *genus non perit* (cins telef olmaz) ilkesi gereğince *depositum irregulare*'de hasar vedia alana aittir⁸⁷.

IV. TÜKETİM ÖDÜNCÜ SÖZLEŞMESİ (*MUTUUM*) İLE MİSLİ ŞEYLERİN SAKLANMASI SÖZLEŞMESİNİN (DÜZENSİZ VEDIA - *DEPOSITUM IRREGULARE*) BİRBİRİNDEN AYRILMASINDA DİKKATE ALINAN KRİTERLER

A. Roma Hukuku'ndaki Durum

Depositum irregulare özellikleri bakımından her ne kadar vedianın bir türü olarak kabul edilse de vedia dan çok nitelikleri bakımından *mutuum*'a benzerlik göstermektedir⁸⁸. Yukarıda ifade edildiği üzere Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde bir miktar tüketilebilen malın ya da paranın, tüketim ödücü ya da her ne kadar adı henüz o dönemde konulmamış ve de tartışmalı olsa da *depositum irregulare* niteliğinde bir hukuki işlem ile karşı tarafa verilmesine rastlanmaktaydı. Özellikle hem *mutuum* hem de *depositum irregulare*'de sözleşme konusunun mülkiyetinin karşı tarafa devredilmesi ve alanın aynı cins ve miktarı iade etme borcunun doğması, bu iki hukuki işlemin birbirinden ayırt edilmelerini güçleştirmektedir⁸⁹.

Mutuum'da menfaat ödücü alan kimsede iken; *depositum irregulare*'de ise menfaatin parasını muhafaza edilmesi için karşı tarafa veren kimsede olduğu düşünülmektedir⁹⁰. Çünkü *mutuum*'un kural olarak faizsiz olduğu görülmektedir⁹¹. *Depositum irregulare*'de ise malın karşı tarafa devri ile hasarın da geçmesi ne-

⁸³ Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 302; Küçükgüngör, s. 82; Söğütü, s. 492.

⁸⁴ Roma'da bir şeyin ücret karşılığında saklanması ise *locatio conductio operis* söz konusu ol- maktaydı. Bkz. Di Marzo, s. 372; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 302; Leage, s. 329; Tahiroğlu, s. 173.

⁸⁵ Karaaslan, s. 194; Küçükgüngör, s. 120-121.

⁸⁶ Karaaslan, s. 194.

⁸⁷ Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 179.

⁸⁸ *Depositum irregulare*'nin *mutuum*'a benzerliği nedeniyle Alman Medeni Kanunu BGB §700 genel olarak misli şeylerin saklanması sözleşmesine ödünç sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını ifade etmektedir.

⁸⁹ Zimmermann, s. 216.

⁹⁰ İmre, s. 189; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 303; Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 294; Leage, s. 329; Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 178; Umur, Roma, s. 346.

⁹¹ Karaaslan, s. 198; Rado, s. 62.

deniyle menfaatin parasını saklatan kimsede olduğu söylenebilmektedir⁹². Yine de her iki sözleşme bakımından da faiz kararlaştırılabilirdi; fakat *mutuum* için faiz, kullandırılan şeyin kullanılmasının karşılığı ve de geri alınamama ihtimali için prim niteliğinde; *depositum irregulare*'de faiz ise sadece saklama faaliyetinin karşılığı olarak değerlendirilmektedir⁹³. Bu sebeple de genellikle *depositum irregulare* bakımından faiz, nispeten düşük miktarlardaydı⁹⁴.

Roma hukuku metinleri incelendiğinde, *depositum irregulare*'de *mutuum*'dan farklı olarak sözleşmenin bir tarafının bankerlerin (*argentarii*) oluşturduğu ve konusunun ise misli mallardan değil sadece paradan oluştuğu görülmektedir⁹⁵. Roma'da bazı metinlere göre bankerlere sadece saklanması için bir paranın teslim edilmesi durumunda vedianın; ancak faiz elde edilmesi amacıyla bir paranın tesliminde ise, *mutuum*'un söz konusu olduğu değerlendirilmektedir⁹⁶.

Depositum irregulare'nin konusu, yukarıda da ifade edildiği üzere adi vediaadan farklı olarak bir parça borcu değil, bir cins borcudur. *Mutuum*'dan da bir cins borcu doğması nedeniyle *depositum irregulare* ile benzerlik gösterdiği görülmektedir. *Mutuum*'da olduğu gibi *depositum irregulare*'de vedia alan kimse malın mülkiyetini kazandığından dolayı sözleşme konusunu kullanabilme hakkına sahipti⁹⁷. *Ulpianus*'a ait D.12.1.9.9'da bir miktar para vedia olarak verildikten bir süre sonra bu kimsenin sözleşme konusunun kullanılmasına izin verdiği ve sözleşmenin artık bir *mutuum*'a dönüştüğü ifade edilmektedir⁹⁸. Bu nedenle de daha sonra *depositum irregulare* olarak adlandırılacak olan bu hukuki işleminden bir cins borcu doğduğu anlaşılmaktadır. Bu metinden de çıkarım yapılabileceği üzere, Roma'da Klasik Hukuk Dönemi'nde *depositum irregulare*, *mutuum* hükümlerine tabi bir hukuki işlemi.

Roma'da yukarıda da ifade edildiği üzere *mutuum*, kural olarak ücretsiz olarak yapılmaktaydı. Ancak *stipulatio* ile faiz kararlaştırılması mümkündü⁹⁹. *Depo*

⁹² Karaaslan, s. 198.

⁹³ Özbay, s. 111.

⁹⁴ Özbay, s. 111.

⁹⁵ Küçükgüngör, s. 120.

⁹⁶ Tahiroğlu, s. 178.

⁹⁷ D. 12.1.9.9 (Ulpianus): "*Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: nerva proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*" "*Sana vedia olarak on verdim ve daha sonra onları kullanmana izin verdim. Nerva ve Proculus, siz parayı almadan önce bile bir conditio'nun söz konusu olabileceğini söylüyorlar ve bu doğrudur ve Marcellus da öyle düşünüyor. Çünkü niyetinizden dolayı zaten zilyet oldunuz. Bu nedenle periculum, mutuum talep eden kişiye geçecek ve ona karşı bir conditio açılacaktır.*" Bkz. Gordon, s. 368; Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 294; Küçükgüngör, s. 128.

⁹⁸ Küçükgüngör, s. 128-129.

⁹⁹ Tahiroğlu, s. 179; Umur, Roma, s. 339-340.

situm irregulare bakımından faizin kararlaştırılması için bir *stipulatio* ile taahhüt edilmesine gerek olmayıp, bunun bir *pactum* ile yapılması mümkündür¹⁰⁰. Bunun sebebi *mutuum*'un bir dar hukuk sözleşmesi (*negotium stricti iuris*), *depositum*'un bir türü olan *depositum irregulare*'nin ise bir iyiniyet sözleşmesi (*negotium bonae fidei*) olmasından kaynaklanmaktadır¹⁰¹. Zira Roma'da vedia sözleşmesinden bir iyiniyet davası (*actio bonae fidei*) doğması nedeniyle uygulamada daha çok tercih edildiği anlaşılmaktadır. Çünkü bir dar hukuk davası (*actio stricti iuris*) doğuran *mutuum*'da, faiz ve temerrüt (*mora*) dolayısıyla ortaya çıkan zararları dikkate almayan hâkim; vediadan doğan iyiniyet davasında çok daha geniş yetkilere sahipti¹⁰².

M.S. 69-70 yıllarında *Vespasianus* zamanında çıkarılmış olan *Senatus Consultum Macedonianum* ile aile evlatlarına verilen konusu para olan *mutuum*'ların dava ile takip edildiklerinde bunların bir defa ileri sürmek suretiyle (*exceptio Senatus Consulti Macedoniani*) reddedilmesinin düzenlendiği görülmektedir¹⁰³. Bu hususta sözleşmenin niteliği *mutuum* olarak kabul edildiğinde hukuki korumadan yoksun bir *obligatio naturalis* ile karşılaşmakta; ancak *depositum irregulare* olarak değerlendirilirse borcun dava ile talebi yapılabilmektedir¹⁰⁴. Bu *senatus* kararı, sadece konusu para olan *mutuum*'lara ilişkin¹⁰⁵ ve *depositum irregulare*'de uygulanması söz konusu olmamaktaydı¹⁰⁶. Ancak *mutuum* ile *depositum irregulare* arasındaki benzerlik dolayısıyla bu *senatus* kararının aşılabilmesi muhtemel görülmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce burada sözleşme yapılmasındaki amacın ortaya koyulması fayda sağlayabilecektir. Neticede *depositum irregulare* bakımından *Senatus Consultum Macedonianum* hükümleri uygulanmamakta; ayrıca takas da yapılamamaktaydı¹⁰⁸.

B. Türk Hukuku'ndaki Durum

Günümüz hukukuna gelince¹⁰⁹, Türk Borçlar Kanunu'nda *depositum irregulare* yani düzensiz vedia sözleşmesinin “misli şeylerin saklanması” başlığı altında m.570'de düzenlendiği görülmektedir¹¹⁰. 818 sayılı yürürlükte bulunmayan Borç-

¹⁰⁰ D. 16.3.24 (*Papinianus*); İmre, s. 189; Lee, s. 288; Tahiroğlu, s. 179; Tamer, s. 151.

¹⁰¹ İmre, s. 189; Kaser/ Knütel/ Lohsse, s. 293; Lee, s. 288; Rado, s. 65; Tahiroğlu, s. 179.

¹⁰² Küçükgüngör, s. 122.

¹⁰³ Buckland, s. 465; Jörs/ Kunkel/ Wenger, s. 298; Kaser, s. 532; Leage, s. 325-326; Lee, s. 285-286; Umur, Roma, s. 342.

¹⁰⁴ Karaaslan, s. 202.

¹⁰⁵ Tahiroğlu, s. 164.

¹⁰⁶ Kaser, s. 532; Leage, s. 330; Lee, s. 288; Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 179; Umur, Roma, s. 346.

¹⁰⁷ Karaaslan, s. 202.

¹⁰⁸ Rado, s. 62; Tahiroğlu, s. 179.

¹⁰⁹ Türk hukukunda *depositum irregulare* için misli şeylerin saklanması sözleşmesi, *mutuum* için ise tüketim ödücü sözleşmesi ifadeleri kullanılacaktır.

¹¹⁰ TBK m.570: “Saklayanın kendisine bırakılan parayı aynen geri vermek zorunda olmaksızın mislen geri vermesi açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılmışsa, o paranın yararı ve hasarı kendisine

lar Kanunu'nda ise “*usulsüz tevdi*” başlığı tercih edilmişti. Aynı kurum Alman Medeni Kanunu'nda BGB §700'de misli şeylerin saklanması sözleşmesini ifade eden “*unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*” başlığı altında; İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise “*die Hinterlegung vertretbarer Sachen*” yani misli şeylerin saklanması başlığı ile Art.481 OR'da yer almaktadır¹¹¹. 818 sayılı mülga kanunda “*karz*” olarak ifade edilen tüketim ödünç sözleşmesine ilişkin hükümler ise TBK'da 386 vd. maddelerinde bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nda ise tüketim ödünçüne ilişkin hükümler Art.312 OR vd. “*Darlehen*” başlığı altında bulunmaktadır. Alman hukukunda ise para ilişkin ödünçlerin (*Darlehensvertrag*) BGB §488 vd.; misli şeye ilişkin ödünçlerin ise (*Sachdarlehensvertrag*) BGB §607 vd. hükümlerinde yer aldığı görülmektedir.

Tüketim ödünç sözleşmesi, kullandırma borcu doğuran sözleşmeler kapsamında yer almaktadır¹¹². Kullandırma borcu doğuran sözleşmeler, sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa bir şeyin ya da bir hakkın kullanılmasını ya da yararlanılmasını devretme borcu altına girdiği sözleşmelerdir¹¹³. *Depositum irregulare*, TBK'da “*misli şeylerin saklanması*” sözleşmesi adı altında düzenlenmiştir ve söz konusu sözleşme saklama amacı doğuran sözleşmelerdendir¹¹⁴. Saklama amacı doğuran sözleşmeler ise borçlunun bir şeyi saklamayı üstlenmiş olduğu hukuki işlemlerdir¹¹⁵.

Misli şeylerin saklanması sözleşmesinde sözleşmenin konusunu, açıkta verilen para yahut misli eşya oluşturmaktadır¹¹⁶. Ancak misli eşyanın kullanımının tüketime dayanması nedeniyle aynı zamanda tüketilebilen eşya kategorisinde olduğu değerlendirilmektedir¹¹⁷. Sözleşmenin sona ermesiyle misli nitelikteki şeyin aynen değil; benzer nitelik ve miktardaki farklı bir şeyin iade edilmesi sadece misli şeylerin

ait olur. Paranın mühürsüz ve açık olarak bırakılmış olması, örtülü anlaşma sayılır. Saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz.”

¹¹¹ Karaaslan, s. 101.

¹¹² Kürşat Nuri Turanboy, “Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 1997, C. 1, S. 1, s. 254-264) s. 262; Theo Guhl/ Alfred Koller/ Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 2000, s. 403 vd.

¹¹³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara 2019, s. 21.

¹¹⁴ Guhl/ Schnyder, s. 609 vd.

¹¹⁵ Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil* (Art.184-551), Zürich 1972, s. 180 vd.; Eren, *Borçlar Özel*, s. 22.

¹¹⁶ Thomas Koller, *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020, Art.481, N. 2; Para dışında misli şeyler bakımından söz konusu sözleşmeye nadiren rastlanmaktadır (BGE 98 II 211, 217 f. E. 6 ve 7). Bkz. Guhl/ Schnyder, s. 613.

¹¹⁷ Gökçe Canarslan, “Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesi ile Tüketim Ödünç Sözleşmesinin Ayrımı ve Sonuçları”, (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 6, S. 2, s. 733-759), s. 736. Bu hususta bir zorunluluk bulunmamakta, misli eşyanın tüketilemeyen nitelikte olabilmesi de mümkün görülmektedir. Ayrıca *Canarslan*, seri üretimi yapılan kıyafet ve ayakkabıların misli eşya olarak değerlendirilebileceğini ancak tüketilemeyen nitelikte olduklarını ve özel bir şekilde hazırlanan pastanın tüketilebilmesi mümkünken misli nitelikte olmadığı örneklerini vermektedir. Bkz. *Canarslan*, s. 736, dp. 4.

saklanması sözleşmesine konu oluşturmamaktadır¹¹⁸. Zira o şeyin, TBK m.386 ve devamı hükümlerinde yeri bulunan tüketim ödücü sözleşmesinin ya da bir görüşe göre genel saklama sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi ihtimal dahilindedir¹¹⁹.

Genel saklama sözleşmesi dikkate alındığında saklama konusunu oluşturan taşının misli nitelikte mal olduğu bir durumda sözleşmenin bazen misli şeylerin saklanması sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkün görülmektedir¹²⁰. Ancak önemle ifade edilmelidir ki saklama sözleşmesinde saklayan kimse, misli şeylerin saklanması sözleşmesinde olduğu şekilde saklanan şeyin maliki olmamakta; yani mülkiyet hakkı genel saklama sözleşmesinde saklayana geçmemektedir¹²¹. Bu durumda saklayanın o şey için doğrudan ve fer'i zilyet olduğu kabul edilmektedir¹²². Ayrıca yine genel saklama sözleşmesinden farklı olarak misli şeylerin saklanması sözleşmesinde gözetim ve özen borcu söz konusu olmamakta; zira bunların yerine her zaman talep edilebilecek saklayanın mislen iade borcu bulunmaktadır¹²³.

Tüketilebilen misli eşya söz konusu olduğunda taraflarca sözleşmenin niteliği hususunda bir belirleme yapılmamışsa uygulanacak hükümlerin farklı olması dolayısıyla ortada tüketim ödücü sözleşmesi mi yoksa misli şeylerin saklanması sözleşmesi mi olduğu tespit edilmelidir. Zira Türk ve İsviçre hukuklarının aksine Alman Medeni Kanunu (BGB) §700 misli şeylerin saklanmasına ilişkin uyumsuzluklarda ödünce ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir¹²⁴. Bununla birlikte ifade edilmelidir ki söz konusu hukuk sisteminde BGB §700 hükmü kanunda sekizinci bölümde saklama sözleşmesine ilişkin on dördüncü başlığın altında yer almaktadır¹²⁵. Her ne kadar ilgili hükümde konunun para olduğu misli şeylerin saklanması durumunda sözleşmenin kurulduğu andan itibaren; başka misli eşyada ise ödünç veren kimsenin kullanma izni verip eşyayı devrettiği anda ödünç sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilse¹²⁶ de ifanın

¹¹⁸ Canarslan, s. 736; Necip Bilge, Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 353; Zimmermann, s. 216.

¹¹⁹ Canarslan, s. 736-737; Özellikle misli şeylerin saklanması sözleşmesi ve tüketim ödücü açısından bkz. Zimmermann, s. 216.

¹²⁰ Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt V, m.393-646, Ankara 2023, M. 561, N. 9; Koller, BSK OR, Art.472, N. 4.

¹²¹ Eugen Bucher, Obligationenrecht: Besonderer Teil, Zürich 1988, s. 275; Guhl/ Schnyder, s. 610; Koller, BSK OR, Art.475, N. 4.

¹²² Eren/ Dönmez, Şerh, M. 563, N. 8; Roma hukukunda günümüzdeki aksine vedia alan, ariyet-tekî gibi aldığı şeyin zilyedi bile olamazdı. O sadece *detentor* durumunda idi. Bkz. Rado, s. 59.

¹²³ Bucher, s. 281; Koller, BSK OR, Art.481. N. 7; Her zaman iadeye muktedir olunmasına ilişkin bkz. Guhl/ Schnyder, s. 613.

¹²⁴ İmre, s. 190; Mustafa Tiftik, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, s. 85.

¹²⁵ İmre, s. 192.

¹²⁶ Canarslan, s. 738; Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, İstanbul 2008, s. 326; Tiftik, s. 114.

yeri ve zamanı hakkında tereddüt hâlinde genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurulacağı belirtilmektedir. Hem BGB §700 hükmünün kanundaki yeri hem de saklama sözleşmesine ilişkin hükümlerin belirli şartlarda uygulama alanı bulması, misli şeylerin saklanması sözleşmesinin saklama sözleşmesinin bir türü olduğu değerlendirmesinin yapılmasına yol açmıştır¹²⁷.

İsviçre hukukunda misli şeylerin saklanması sözleşmesini *Schönenberger* “*karza benzeyen vedia akdi*” şeklinde tanımlamayı uygun görmüştür¹²⁸. Alman hukukunda *Sprau*'ya göre, misli şeylerin saklanması sözleşmesi, bir saklama sözleşmesi yahut ödünç sözleşmesi değildir; daha ziyade bu sözleşmelerin bazı unsurlarına sahip olmakla birlikte özel bir borç türünü oluşturmaktadır¹²⁹. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi, saklama sözleşmesinden mülkiyetin devri ve ödünç sözleşmesinden ise kimin menfaatine hizmet ettiği konularında farklılık göstermektedir¹³⁰. Bu hususta özellikle amaç ve menfaat meselesi misli şeylerin saklanması sözleşmesi ve tüketim ödünç sözleşmesini birbirinden ayırmakta yararlanan önemli bir kriterdir. Zira diğer kriterler gibi menfaat kriteri de Roma hukukunda bu sözleşmeleri birbirinden ayırmakta yararlanan bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta günümüzde söz konusu sözleşmeleri ayırt etmekte faydalanan kriterleri sırasıyla tespit etmek gerekmektedir.

1. Amaç ve Menfaat

Roma hukukçularına göre *depositum irregulare*'nin esas amacı malların saklanması olduğu hâlde tüketim ödünç sözleşmesinde amaçlanan belli bir şey yahut değer bir *stipulatio* ile kararlaştırıldığında faizli olarak ya da karşılıksız şekilde geçici süreliğine tüketilmesi için devredilmesi idi¹³¹. *Depositum irregulare*'de saklayanın (çoğu zaman banker) değil de saklatanın menfaati söz konusu olduğundan saklayan daha çok bir emanetçi olarak görülmekteydi¹³². Sözleşmenin ne niyetle yapıldığının tespiti ise bu nedenle önem arz etmekteydi¹³³. Günümüzde de

¹²⁷ İmre, s. 192; Türk hukukunda aynı yorum için bkz. Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 1; Misli şeylerin saklanması sözleşmesi çeşitli yönleriyle genel saklama sözleşmesinden ayrılmaktadır. Misli şeylerin saklanması sözleşmesinin tüketim ödünç sözleşmesi karakterinde bir sözleşme olduğu görüşüne ilişkin bkz. Koller, BSK OR, Art.481. N. 1 ve H. Oser/ Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Kommentar zum Obligationenrecht 3. Teil: Art.419-529, Zürich 1945, Art.481, N. 1.

¹²⁸ İmre, s. 192; Oser/ Schönenberger, Art.481, N. 1.

¹²⁹ Hartwig Sprau, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch: Beck'sche Kurz-Kommentare, 76. Auflage, München 2017, §700, N. 1.

¹³⁰ Sprau, §700, N. 1.

¹³¹ Karaaslan, s. 168; Küçükgüngör, s. 122.

¹³² Andrew Borkowski/ Paul J. du Plessis, Textbook on Roman Law, New York 2005, s. 303; Karaaslan, s. 197-198.

¹³³ İmre, s. 217; Karaaslan, s. 197.

sözleşmenin akdedilmesindeki amacın eşyanın yalnızca bir süreliğine saklanması olduğu söylenebiliyor ise o hâlde sözleşmenin niteliğinin misli şeylerin saklanması sözleşmesi olduğu sonucuna varılabilmektedir¹³⁴. Paraya ilişkin TBK m.570/II hükmünde “*Paranın mühürsüz ve açık olarak bırakılmış olması, örtülü anlaşma sayılır*” ifadesi bulunmaktadır. Mühürsüz ve açık bırakılan paranın örtülü olarak misli şeylerin saklanması sözleşmesine karine teşkil ettiği açıktır¹³⁵. Hükmün ters anlamından mühürlü ve kapalı bir şekilde paranın saklayana bırakılması durumda olduğu gibi, örtülü olarak ya da açık bir şekilde misli şeylerin saklanması sözleşmesi kararlaştırılmamışsa söz konusu sözleşme yasal karine olarak genel saklama sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir¹³⁶. Kılıçoğlu'nun bu hususta verdiği örnek şu şekildedir: “*Zarf veya torba içinde saklanmak üzere verilen para veya ziynet ile ilgili sözleşme genel saklama sözleşmesidir; buna karşılık kapalı olarak değil, sayarak, tartarak verildiklerinde aynen değil, aynı miktarda verilmek üzere saklama söz konusu ise misli şeylerin saklanması söz konusu olacaktır*”¹³⁷. Hâl böyle iken paranın mühürlü yahut başka şekilde kapalı olarak teslim edilmesi durumunda iadenin mislen değil, aynen yapılması gerektiği ifade edilmelidir¹³⁸. Yine para bu şekilde saklanması amacıyla teslim edildiğinde mülkiyet de devredilmiş olmayacaktır; zira bu durumda paranın değerinin değil de kendisinin saklanması amaçlandığı genel saklama sözleşmesi akdedilmiş olacaktır¹³⁹.

Asıl amaç eşyanın saklanması olmamakla birlikte bu süre zarfında kullanılması yönünde ise o hâlde sözleşmenin tüketim ödücü niteliğinde olduğu değerlendirilebilmektedir¹⁴⁰. Misli şeylerin saklanması sözleşmesinde fayda ve hasar¹⁴¹ saklayana geçmekte ve açıkça kararlaştırılmış olmasa bile saklayan kimsenin para üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunmaktadır¹⁴². TBK m.570/III'te “*Saklayan, saklatan tarafından kendisine açıkça yetki verilmedikçe, saklanan diğer*

¹³⁴ Guhl/ Schnyder, s. 613.

¹³⁵ Koller, BSK OR, Art.481, N. 5.

¹³⁶ Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 8.

¹³⁷ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara 2021, s. 637.

¹³⁸ Canarslan, s. 743; Nurettin Gürsel, “Usulsüz Tevdi”, (Adalet Dergisi, Y. 1950, C. 1, S. 1, s. 77-92), s. 82.

¹³⁹ Canarslan, s. 743; Gürsel, s. 82 vd.

¹⁴⁰ Maurenbrecher/ Schärer, BSK OR, Art.312, N. 3a.

¹⁴¹ Saklanan misli şeyin değerindeki artış ve paradaki kur değişiklikleri saklatana aittir. Örneğin yabancı paradaki değer artışı yahut azalışı ne olursa olsun saklayan teslim aldığı miktar kadar yabancı parayı geri vermekle mükelleftir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 6. Saklanan şeyin doğal ve hukuki ürünleri yani fayda ise saklayana aittir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 7; Koller, BSK OR, Art.481, N. 9.

¹⁴² Koller, BSK OR, Art.481, N. 6; Thomas von Ballmos, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Zürich 2009, Art.481, N. 2.

misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamaz" hükmü yer almaktadır. Saklayanın para dışında sakladığı diğer misli eşya ya da kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunabilmesi söz konusu TBK m.570/III'te ifade edildiği üzere kendisine açıkça yetki verilmesine bağlıdır. Eşyanın kullanılıp tüketilebilmesi, misli şeylerin saklanması sözleşmesinde eşyanın mülkiyetinin devredilmesinin tali ve yan etkisinden ileri gelmektedir¹⁴³. Ancak tüketim ödöncü sözleşmesinde bu sonuç sözleşmenin niteliğinden kaynaklanmaktadır; zira tüketim ödöncü sözleşmesinde esas amaç ödünç alan kimseye destek olunması, yardım sağlanmasıdır¹⁴⁴. İşte bu nedenle tüketim ödöncü sözleşmesinde öncelikli amacın eşyanın kullanılıp tüketilmesi olduğu söylenebilmektedir¹⁴⁵.

Misli şeylerin saklanması sözleşmesinin saklatanın menfaatine bir nitelik taşımamasının yanında göz ardı edilmemesi gereken bazı hususları da ifade etmek gerekmektedir. Öncelikle misli şeylerin saklanması sözleşmesinde mülkiyet hakkı devredilmiş olacağından saklanan şey üzerindeki yarar ve zarar da saklayana intikal edecektir¹⁴⁶. Saklayan kimsenin sözleşmenin konusunu oluşturan şey üzerinde tasarruf yetkisi bulunduğu hâlde saklanan şeyin talep edilmesi durumunda aynı zamanda iade için hazır bulunması da gerekmektedir¹⁴⁷. Bu durumda anlamının değiştiği söylenebilecek saklama borcundan, aslında şeyin veya muadilinin her zaman iadeye muktedir olmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁸. Ancak misli şeylerin saklanması sözleşmesinde mülkiyet de devredildiğinden saklatanın şeyi geri isteyebilmesi aynı hak dolayısıyla değil, şahsi bir alacak hakkından ileri gelmektedir¹⁴⁹.

Sözleşmelerin konusunu paranın oluşturduğu ve faiz kararlaştırıldığı bir ihtimalde menfaat ölçütü yetersiz kalabilmektedir. Zira bu hâlde ödünç verenin de menfaat elde ettiği göz ardı edilmemelidir. Örneğin tüketim ödöncü sözleşmesinde menfaatin esasında ödünç alan tarafında olduğu söylenebilmektedir; zira söz konusu sözleşmede temel amaç ödünç alanın kullanabileceği kapitali sağlamak ve kredi vermek olsa da faiz alacağı ödünç veren bakımından da menfaat sayılabilecek niteliktedir¹⁵⁰. Hâl böyle iken menfaat ölçütünün yetersiz olduğu

¹⁴³ Bucher, s. 280 vd.; Canarslan, s. 748; Guhl/ Schnyder, s. 612 vd.; Koller, BSK OR, Art.481, N. 6.

¹⁴⁴ Canarslan, s. 748; Faizsiz tüketim ödöncünde yardım, faizli tüketim ödöncünde gelir sağlama amacı bulunduğuna ilişkin bkz. Aydın Zevkliler/ K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku: Özel Borç ilişkileri, Ankara 2016, s. 419.

¹⁴⁵ Maurenbrecher/ Schärer, BSK OR, Art.312, N. 3a.

¹⁴⁶ Guhl/ Schnyder, s. 612; Koller, BSK OR, Art.481, N. 6.

¹⁴⁷ Guhl/ Schnyder, s. 613.

¹⁴⁸ Canarslan, s. 739; Guhl/ Schnyder, s. 613; İmre, s. 195, 215; Koller, BSK OR, Art.481, N. 7.

¹⁴⁹ von Ballmoos, SOR, Art.481, N. 2; von Büren, Besonderer Teil, s. 183.

¹⁵⁰ Canarslan, s. 739.

durumlarda başka ölçütlerin dikkate alınması gerekecektir. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi yahut tüketim ödücü sözleşmesini birbirinden ayırma konusunda amaç ve menfaat ölçütlerinin yetersiz kalması durumunda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre sözleşmenin süresi ve faiz şartı bu ayrımın yapılması bakımından yol gösterici olabilmektedir¹⁵¹.

2. Sözleşmenin Süresi ve Faiz Getirisi

Tüketim ödücü sözleşmelerine ilişkin TBK m.392 hükmünde ödücün geri verilmesi hakkında belirli bir gün, bildirim süresi yahut borcun geri istendiği anda muaccel olacağı kararlaştırılmadığında ilk istemden başlamak suretiyle altı hafta geçmiş olmadıkça ödünç alanın aldığını geri vermekle yükümlü olmayacağı belirtilmektedir. Söz konusu bu hüküm dolayısıyla bir görüşe göre eşyanın kısa süre sonra iadesinin yapılabilmesi sözleşmeyi misli şeylerin saklanması sözleşmesine yaklaştırmaktadır; zira misli şeylerin saklanması sözleşmesinde bu nitelikte bir düzenleme öngörülmemiştir¹⁵².

Türk Borçlar Kanunu m.387/I hükmü uyarınca ticari olmayan tüketim ödücü sözleşmesinde ancak taraflarca kararlaştırılmış ise faiz istenebilmektedir¹⁵³. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ticari nitelikteki tüketim ödücü sözleşmeleri bakımından, taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde dahi faiz istenebileceği hüküm altına alınmaktadır. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından her ne kadar faiz asıl amaç olmasa da taraflar aralarında faiz konusunda bir anlaşma yapabilirler¹⁵⁴. Faizin her iki sözleşme bakımından kararlaştırılabilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında bu sözleşmeler açısından faizin ayrıştırıcı yönü yüksekliği konusunda kendisini göstermektedir¹⁵⁵. Nitekim misli şeylerin saklanması sözleşmesinin yapılmasının amacı esas olarak saklama niyetiyle saklatanın menfaatini gözetmek olduğundan aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde saklatanın faiz talebine yer bulunmamaktadır¹⁵⁶. Ancak tüketim ödücü sözleşmesinde faizin yüksek olması sözleşme yapılmasının amacını saklama niyetinden çok tasarruf etme ve gelir sağlama niyetine yaklaştırmakta, ilaveten faizin yüksek olması tüketim ödücü sözleşmelerinde tarafların spekülasyon isteklerine de delil teşkil etmektedir¹⁵⁷.

¹⁵¹ Canarslan, s. 741; Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 1.

¹⁵² Canarslan, s. 741; İmre, s. 215-216.

¹⁵³ Hünerwadel, SOR, Art.313, N. 1.

¹⁵⁴ Gürsel, s. 86; İmre, s. 216.

¹⁵⁵ Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 1.

¹⁵⁶ Canarslan, s. 742; Gürsel, s. 86; Tarafların az miktarda da olsa sözleşmede faiz kararlaştırmaları sözleşmeyi, tüketim ödücü sözleşmesi olarak nitelendirmeye neden olacaktır. Bkz. von Büren, Besonderer Teil, s. 183-184.

¹⁵⁷ Canarslan, s. 742; İmre, s. 216-217.

Süre ve faiz konusuna ilişkin birkaç hususu daha eklemek gerekmektedir. Zira misli şeylerin saklanması sözleşmesinin belirli süreli olarak; tüketim ödünç sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması mümkündür¹⁵⁸. Bu hâllerde tüketim ödünç sözleşmesi bakımından TBK m.392 hükmü uyarınca ödünç alan ilk istemden başlayarak altı hafta geçmedikçe ödünç konusunu geri vermekle yükümlü değildir. Misli şeyleri saklama sözleşmesi bakımından ise sözleşme belirli süreli olsa dahi saklanan, saklama konusunu her zaman geri alabilmektedir¹⁵⁹. Her iki sözleşme açısından sözleşme sona erdiğinde kural olarak geri verme borcu muaccel olmaktadır¹⁶⁰. Ancak bu hususta özellik arz eden noktalar ifade edilmelidir. Şöyle ki misli şeylerin saklanması sözleşmesinde saklanan, eşyanın geri verilmesine ilişkin istemde bulunduğu, bir süre kararlaştırmış olsalar dahi sözleşme sona ermiş olacak ve geri vermeye ilişkin borç muaccel olacaktır¹⁶¹. Fakat tüketim ödünç sözleşmesinde TBK m.392'de ifade edilen şekilde iadeye ilişkin bir karar alınmamışsa sözleşme sona erdirilip¹⁶² ödünç alan kendisinden ilk talepte bulunulmasından itibaren altı hafta geçmediği müddetçe ödünç geri vermekle yükümlü olmayacaktır. Aynı bekleme süresi misli şeyleri saklama sözleşmesi bakımından söz konusu değildir. Zira misli şeylerin saklanması sözleşmesinde asıl amaç eşyanın saklanması olduğundan talep hâlinde saklanan şeyin iadesi hemen yapılabilir olmalıdır¹⁶³. Ancak tüketim ödünçünde ödünç konusu şeyin her an geri verilmesi için hazır bekletilmesi gibi bir durum olmadığından geri verme borcunun ifası konusunda bir süre öngörülmüştür¹⁶⁴. Faiz konusuna gelince tüketim ödünç sözleşmelerinde hiç faiz kararlaştırılmaması mümkünken; misli şeylerin saklanması sözleşmesinde bir görüşe göre, yukarıda açıklanan durumun tersine olarak yüksek faiz kararlaştırabilmesi de mümkündür¹⁶⁵. Fakat tüketim ödünçünde kararlaştırılan faiz kullanmanın karşılığına ilaveten geri alamama riskine ilişkin bir tedbir

¹⁵⁸ İmre, s. 218; Kılıçoğlu, s. 376 vd.-639 vd.; Belirli ve belirsiz süreli tüketim ödünç sözleşmelerine ilişkin bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler Cilt I*, İstanbul 2013, s. 367 ve saklama sözleşmelerinin belirli ve belirsiz süreli olabileceğine ilişkin bkz. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler Cilt II*, İstanbul 2014, s. 284-285.

¹⁵⁹ İmre, s. 218; Buna karşılık sözleşme belirli süre için yapıldığında saklayan saklanana süre sona ermeden geri verememektedir. Verebilmesinin mümkün olduğu bazı durumlar için bkz. Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 565, N. 5; İmre, s. 218; Karş. Dieter Medicus/ Stephan Lorenz, *Schuldrecht II: Besonderer Teil*, München 2012, s. 327.

¹⁶⁰ Canarslan, s. 754.

¹⁶¹ Canarslan, s. 754.

¹⁶² Burada olağan fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesinden bahsedilmektedir. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 392, N. 1; Maurenbrecher/ Schärer, BSK OR, Art.318, N. 1.

¹⁶³ Canarslan, s. 754; Guhl/ Schnyder, s. 613; İmre, s. 195, 215; Koller, BSK OR, Art.481, N. 7.

¹⁶⁴ Canarslan, s. 754.

¹⁶⁵ İmre, s. 218; Tandoğan, s. 328-329; Başka bir görüşe göre tarafların az miktarda da olsa sözleşmede faiz kararlaştırmaları sözleşmeyi tüketim ödünç sözleşmesi olarak nitelendirmeye neden olacaktır. Bkz. von Büren, *Besonderer Teil*, s. 183-184.

teşkil ettiği hâlde misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından saklama hizmetinin karşılığını oluşturduğundan nispeten oranlar misli şeylerin saklanması sözleşmesinde tüketim ödücü sözleşmesine göre daha düşük olmaktadır¹⁶⁶.

3. Tüketim Ödücü Sözleşmesi (*Mutuum*) ile Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesinin (Düzensiz Vedia - *Depositum Irregulare*) İfa Yeri, Müteselsil Borçluluk ve Takas Bakımından Sonuçları

a. İfa Yeri

Misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından ifa yerine ilişkin kanunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Misli şeylerin saklanması sözleşmesi genel saklama sözleşmesinin bir çeşididir¹⁶⁷. Bu nedenle mevcutsa ve uygun düşüyorsa genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurmak gerekmektedir¹⁶⁸. TBK m.566'da genel saklama sözleşmesinde borcun ifa edileceği yere ilişkin bir hüküm yer almaktadır. İlgili hüküm, "saklanan, masrafları ve hasarı saklatana ait olmak üzere, korunması gereken yerde geri verilir" şeklindedir. Geri vermeye ilişkin giderler ve hasar hükümde de ifade edildiği üzere saklatana aittir¹⁶⁹. Neticede misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından aranılacak borç söz konusu olmaktadır¹⁷⁰. Tüketim ödücü sözleşmesi açısından ise özel bir düzenleme olmadığından genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır¹⁷¹. Bu hususta başvurulacak hüküm TBK m.89'dur. Aksine bir anlaşma olmadığı müddetçe TBK m.89/I-1'e göre para borçları için ifa yeri alacaklının yani ödünç verenin ödeme zamanındaki yerleşim yeridir. Zira para borçları götürülecek borç niteliğindedir¹⁷². Para ve parça borçları dışında kalan borçlar bakımından ilgili hüküm ise TBK m.89/I-3'tür. Bu hükme göre aksi bir anlaşma yapılmadığı sürece para ve parça borçları dışındaki diğer borçlar için ifa yeri borcun doğumu esnasındaki borçlunun yani ödünç alanın yerleşim yeridir¹⁷³. Fakat ivazsız tüketim ödücü sözleşmesinde, bu nitelikte bir borcun örtülü olarak götürülecek borç sayılmasından ötürü ifa yerinin ödünç verenin yerleşim yeri olduğu değerlendirilmektedir¹⁷⁴.

¹⁶⁶ Özbay, s. 111; Tandoğan, s. 329.

¹⁶⁷ Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 1.

¹⁶⁸ Canarslan, s. 755; Gümüş, Cilt II, s. 287; Alman hukukunda da ifa yeri ve zamanı hakkında tereddüt hâlinde genel saklama sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilirliğine ilişkin bkz. Hans Brox/ Wolf - Dietrich Walker, *Besonderes Schuldrecht*, München 2014, s. 388.

¹⁶⁹ von Ballmoos, *SOR*, Art.477, N. 3-4; Koller, *BSK OR*, Art.477, N. 5-6.

¹⁷⁰ Canarslan, s. 755; Gürsel, s. 86; İmre, s. 216; Koller, *BSK OR*, Art.481, N. 13; Mehmet Deniz Yener, *Vedia Sözleşmesi*, İstanbul 2008, s. 24.

¹⁷¹ Canarslan, s. 755; Gürsel, s. 86; İmre, s. 216.

¹⁷² Fikret Eren/ Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi*, Cilt III, m.83-206, Ankara 2022, M. 89, N. 21; Koller, *BSK OR*, Art.481, N. 13.

¹⁷³ Canarslan, s. 755.

¹⁷⁴ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 20.

b. Müteselsil Borçluluk

Misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından müteselsil borçluluğa ilişkin herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple tarafların aksine bir anlaşma yapmamış olması durumunda genel saklama sözleşmesinde saklayanların sorumluluğuna ilişkin TBK m.567 hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁵. İlgili hükümde “*bir şeyi birlikte saklamak üzere alanlar, müteselsilen sorumlu olurlar*” ifadesi yer almaktadır. Buna göre şeyi birlikte saklayanlar aksine anlaşma olmadığı müddetçe müteselsil sorumlu olacaktır. Tüketim ödünçü sözleşmesi bakımından bu nitelikte bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Müteselsil borçluluğun doğuşuna ilişkin hükümde (TBK m.162) böyle bir borçluluk hâlinin ancak hukuki işleminden yahut kanundan doğacağı ifade edilmektedir¹⁷⁶. Tüketim ödünçü sözleşmesine ilişkin hükümlerde kanun koyucu tarafından öngörülen bir müteselsil borçluluk hâli bulunmamaktadır¹⁷⁷. Bu sebeple tüketim ödünçü sözleşmesinde ancak tarafların anlaşmış olması hâlinde borçlular müteselsil borçlu olacaktır.

c. Takas

Takas, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı ile ileri sürülmektedir¹⁷⁸. Tüketim ödünçü sözleşmesi bakımından eğer takasa ilişkin şartlar bulunuyorsa ödünçün geri verilmesine ilişkin alacak ile diğer alacağın takas edilmesi mümkündür¹⁷⁹. Ancak TBK m.144/b.1’de istisnai bir düzenleme yer almaktadır. Hükümde “*tevdî edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar*”ın takas hakkının doğmasından sonra ancak alacaklının rızası ile takas edilebileceği ifade edilmektedir. Hükümde “*tevdî edilen eşya*” denilmek suretiyle kastedilen saklama sözleşmesi kapsamında verilen eşyadır; ancak saklama sözleşmesinin konusunu genellikle takas edilemeyecek borçlar oluşturduğundan¹⁸⁰ söz konusu hüküm misli şeylerin

¹⁷⁵ Canarslan, s. 749; İmre, s. 216.

¹⁷⁶ Christoph K. Graber, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020, Art.143, N. 4; Eren/ Dönmez, Şerh III, M. 162, N. 10; Thomas Müller, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009, Art.143, N. 5.

¹⁷⁷ Türk Ticaret Kanunu m.7/I’de ifade edilen teselsül karinesine değinmek gerekmektedir. Hüküm “*iki veya daha fazla kişi, işlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari niteliği haiz bir iş dolayısıyla, diğer bir kimseye karşı birlikte borç altına girse, kanunda veya sözleşmede aksi öngörülmemişse müteselsilen sorumlu olurlar. Ancak kefil ve kefillere, taahhüt veya ödemenin yapılmadığı veya yerine getirilmediği ihbar edilmeden temerrüt faizi yürütülemez*” şeklindedir. Dolayısıyla ticari ödünçlerde aksi öngörülmediği takdirde müteselsil sorumluluk gündeme gelecektir. Bkz. Canarslan, s. 749-750; İmre, s. 216.

¹⁷⁸ Andreas von Tuhr/ Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Zürich 1974, s. 204.

¹⁷⁹ Canarslan, s. 751.

¹⁸⁰ von Tuhr/ Escher, s. 199; Saklama sözleşmelerinin konusunu ancak parça borçlarının oluşturabileceği görüşü için bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, Takas: Kavram - Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması - Takasın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2012, s. 181. Aksi görüş için bkz. Gümüş, Cilt II, 273-274 ve Koller, Art.472, N. 4.

saklanması sözleşmesi bakımından önem arz etmektedir¹⁸¹. Yani misli şeylerin saklanması sözleşmesinden meydana gelen alacak hakkına ancak alacaklının da rızası bulunuyorsa takas uygulanabilmektedir¹⁸². Hükmün amacının ise sözleşmenin konusunu oluşturan eşyanın geri verilmesinde yahut bedel üzerindeki taleplere ilişkin saklatanın izni olmadığı müddetçe alacağın bu yolla sona erdirilmemesi ve bu sayede saklatan kimseye güven vermek olduğu düşünülmektedir¹⁸³.

4. Banka Tasarruf Hesabı Sözleşmelerinin Niteliğine İlişkin Değerlendirmeler

Güncel Türkçe Sözlük'te mevduat kavramı "*belli bir süre sonunda veya istenildiğinde çekilmek üzere bankalara faizle yatırılan para...*" olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁴. Mevduat kelimesinin "*tevdî*" sözcüğünden türediği ifade edilmektedir¹⁸⁵. Nitekim Güncel Türkçe Sözlük'te de "*mevduat*" ve "*tevdîat*" kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır¹⁸⁶. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.3'te ise mevduat, "*yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında, istenildiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen para*" şeklinde tanımlanmaktadır. Tasarruf hesabı sözleşmelerinin banka işlemleri arasında önem arz eden bir yeri bulunmaktadır; zira tasarruf yapacak olan kişi, parasını bankaya yatırdığında bir tasarruf hesabı sözleşmesi akdedilmiş olmakta ve yatırılan paranın mülkiyeti ise bankaya geçmektedir¹⁸⁷.

Tasarruf hesabı sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹⁸⁸. Bir görüşe göre yatırım, faiz elde etme amacı bulunduğu takdirde, sözleşmenin niteliği tüketim ödücü sözleşmesidir¹⁸⁹. Fakat ikinci görüşe göre, para yatırmanın amacı bu paranın saklanması ise sözleşme, misli şeylerin saklanması sözleşmesi olacaktır¹⁹⁰. Amacın belirsizliği söz konusu olduğunda

¹⁸¹ Bruno von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 488; von Tuhr/ Escher, s. 199.

¹⁸² Andreas Müller, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020, Art.125, N. 2; Eren/ Dönmez, Şerh V, M. 570, N. 10; İmre, s. 216; Flavio Cometta, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009, Art.125, N. 2.

¹⁸³ Gürsel, s. 85; Tiftik, s. 115.

¹⁸⁴ <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 10.11.2024).

¹⁸⁵ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 28.

¹⁸⁶ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2024).

¹⁸⁷ Bankaya yatırılan mevduatın; ticari, resmi, tasarruf ve banka olmak üzere dört farklı türü bulunmaktadır. Bkz. Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 28-29.

¹⁸⁸ Bucher, s. 199; Guhl/ Schnyder, s. 613; Koller, BSK OR, Art.481, N. 11.

¹⁸⁹ Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, Bern 2010, s. 267; Koller, BSK OR, Art.481, N. 12.

¹⁹⁰ von Ballmoos, SOR, Art.481, N. 4; Karş. Guhl/ Schnyder, s. 613; Koller, BSK OR, Art.481, N. 11; Nevzat Koç, "İsviçre - Türk Hukukunda Bankaya Tevdi Sözleşmesi", (Prof. Şükrü Postacıoğlu'na

bir görüşe göre süre ve faiz belirleyici olmakta, bu hâlde paranın yüksek faizle yatırılmış olmasının ödünç sözleşmesine işaret edeceği kabul görmektedir¹⁹¹.

Tasarruf hesabı sözleşmesinin vadesiz ya da vadeli olması da ayrıca değerlendirilmektedir. Zira doktrinde vadeli tasarruf hesabı sözleşmesinin tüketim ödünç sözleşmesi; vadesiz tasarruf hesabı sözleşmesinin ise misli şeylerin saklanması sözleşmesi niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir¹⁹². Çünkü vadesiz tasarruf hesabı sözleşmesinde parayı yatıran kişinin yatırdığı parayı istediği zaman çekebilmesi mümkün olduğundan bu sözleşmenin misli şeylerin saklanması sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir¹⁹³. İlâveten yine vadeli mevduat hesaplarında faiz elde etme ve vadesiz mevduat hesabında ise saklama amacının güdüldüğü dikkate alındığında vadeli mevduat hesapları için tüketim ödünç; vadesiz olanlar için misli şeylerin saklanması sözleşmesi görüşü de ileri sürülmektedir¹⁹⁴.

Tasarruf hesabı sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüş ayrılıklarının bulunması takas konusunda da farklı sonuçlara ulaşmaya neden olmaktadır. Zira misli şeylerin saklanması sözleşmesi görüşü benimsendiği takdirde yukarıda açıklandığı üzere tasarruf sahibinin rızası olmadığı takdirde banka takas edemeyecektir¹⁹⁵. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu sözleşmenin İsviçre Borçlar Kanunu Art.481 OR hükmü uyarınca misli şeylerin saklanması sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi durumunda, Art.125 Abs.1 OR hükmü dolayısıyla saklatanın iradesi dışında takasa imkân bulunmayacağı ifade edilmektedir¹⁹⁶.

Armağan, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, 1997, s. 143-207), s. 181; Oser/ Schöenberger, Art.481, N. 22; "Mevduat" deyiminin misli şeylerin saklanması sözleşmesi için bir yan delil teşkil ettiğine ilişkin bkz. Tandoğan, s. 330.

¹⁹¹ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 30.

¹⁹² Murat Aydoğdu/ Nalan Tuncer/ Ö. Oğuzhan Meral, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2023, s. 736-737; Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 31; Vadeli tasarruf hesabı sözleşmesi bakımından bkz. Peter Higi, Obligationenrecht Kommentar, Teilband V2b: Die Leihe Art.305-318 OR, Hrsg. Peter Gauch/ Jörg Schmid, Zürich 2003, Vorbemerkungen zum zweiten Abschnitt: Art 312-318, N. 56.

¹⁹³ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 31; Medicus/ Lorenz, s. 326-327; Vadesiz mevduata faiz verilmesi gibi bir durum söz konusu olsa dahi bu örnek vadesiz mevduatın misli şeylerin saklanması sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmeyecektir. Zira mevduat sahibi düşük olsa bile faiz almak için değil parasını istediği an çekebilmek için bu şekilde yatırmaktadır. Bkz. Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2013, s. 738.

¹⁹⁴ Aydoğdu/ Tuncer/ Meral, s. 737; Canarslan, s. 745.

¹⁹⁵ IV. Başlık bkz.: "Tüketim Ödünç Sözleşmesi (Mutuum) ile Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesi'nin (Düzensiz Vedia - Depositum Irregularare Birbirinden Ayrılmasında Dikkate Alınan Kriterler"; Honsell, s. 399-400.

¹⁹⁶ BGE 100 II 153. Karar için bkz. (Erişim Tarihi: 20.11.2024): <http://www.servat.unibe.ch/fall-recht/bge/c2100153.html>; Ayrıca bkz: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_dodid=atf%3A%2F%2F100-II-153%3Ade&lang=de&type=show_document; Karş. Bucher, s. 199; Honsell, s. 399-400. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu tartışmalı konuya ilişkin başka bir kararı: BGE 45 III 236. Karar için bkz. Corrine Zellweger - Gutknecht, Berner Kommentar: OR: Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation: Verrechnung, Art.120-126 OR, Bern 2012, Art.125, N. 63.

Sözleşmenin tüketim ödücü sözleşmesi olarak nitelendirilmesi durumunda bankanın genel hükümler uyarınca takas dermeyanında bulunabilmesi mümkün olacaktır¹⁹⁷. Alman hukukunda BGB §700'ün misli şeyleri saklama sözleşmesine ödünce ilişkin kuralların uygulanacağını öngörmesi ise iade borcu bakımından takas edilebilirliğe olanak sağlamaktadır¹⁹⁸.

Tasarruf hesabı sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin son görüş olan kendine özgü (*sui generis*) sözleşme görüşüne göre ise ortada her iki sözleşmenin de özelliklerine vakıf bir sözleşme bulunduğundan meydana gelen uyumsuzluğun -taaraflarca açıkça düzenleme yapılmadığı hâlde- hâkim tarafından hukuk yaratma yoluyla giderilmesi gerekmektedir¹⁹⁹.

Yargıtay daha eski kararlarında özellikle vadeli mevduatı “*ticari karz*” niteliğinde görmüş ve tüketim ödücüne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiş; ya da bankaya yatırılan paranın misli şeylerin saklanması sözleşmesine konu edinmesi gerektiğini ancak aralarında fark bulunmadığını ifade ederek, tüketim ödücü sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir²⁰⁰. Yargıtay nispeten yeni tarihli bir kararında²⁰¹ “... *mevduat sözleşmesi, ödünç (karz) ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Bu itibarla niteliğine uygun düştüğü oranda bunlara ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır...*” ifadelerine yer vermiştir. Yine başka bir karar-

¹⁹⁷ Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 32.

¹⁹⁸ Georg Gautschi, Berner Kommentar: Das Obligationenrecht: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Artikel 425-491 OR), Bern 1962, Art.481, N. 1e.

¹⁹⁹ Canarslan, s. 745 vd.; Y. 11. HD., E. 2011/2039, K. 2012/8440, T. 21.05.2012: “... *Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür (4491 Sayılı Yasa ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 10/4 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesi). Bu tanımlamaya göre, mevduat ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. BK'nun 306 ve 307. maddeleri uyarınca ödünç alan, akdin sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iadeye mecburdur. Aynı yasanın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdi paranın nef'i ve hasarı mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayan bu parayı kendi yararına kullanabilir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlemler çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zarar niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir. Usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilebilir ve banka bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabilir...*” Bkz. Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (Erişim Tarihi: 15.11.2024) ve Eren/ Dönmez, Şerh IV, M. 386, N. 33; Misli şeylerin saklanması sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinin unsurlarının bulunduğu karma bir sözleşme görüşü için bkz. Koç, s. 181 vd. Bankaların çoğu zaman vekâlet sözleşmesi kapsamına giren faaliyetler yürüttükleri de bilinmektedir. Bkz. Canarslan, s. 746.

²⁰⁰ Canarslan, s. 745, kararlar için bakınız dp. 45 ve 46; Ömer Naneli, “Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2018, C. 6, S. 12, s. 537-562), s. 540, dp. 18.

²⁰¹ Yargıtay 11. HD, E. 2003/2344, K. 2003/8511, T. 29.09.2003: Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

da²⁰² benzer şekilde “... mevduat, ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir...” tanımlamasında bulunulmuştur.

Kanaatimizce söz konusu tartışmada kendine özgü sözleşme görüşüne üstünlük tanımak gerekmektedir. Zira bankaya para yatırmanın tek amacı başlı başına paranın güvende tutulması yahut gelir elde etmek olabilmektedir. Örneğin kişiler gelir sağlama amacı gütmeksizin, parayı sadece bankada muhafaza etmek isteyebilirler²⁰³. Buna rağmen vadeli mevduat hesabı açılmış olması sözleşmeyi sadece bu nedenle tüketim ödünçü sözleşmesi hâline getirmeyecek; gelir elde etmek de sözleşmenin saklama unsurunu ortadan kaldırmak suretiyle paranın banka için kullanılması için sözleşme yapıldığını ortaya koymayacaktır²⁰⁴. Bu sebeplerle doktrinde savunulan ve Yargıtay tarafından da son zamanlarda benimsenen kendine özgü sözleşme görüşüne katılmanın isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Kendine özgü sözleşme görüşü benimsendiği takdirde takas konusunda nasıl bir yaklaşım benimsenmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Bu durumda öncelikle tarafların aralarında takasa yönelik bir anlaşma olup olmadığına bakılacaktır; ancak anlaşma bulunmadığında hâkimin uygulanacak kuralları belirlemesi gerekecektir²⁰⁵. Fakat burada 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 61. maddesine dikkat çekilmektedir. Zira ilgili hüküm “4721 sayılı Türk Medenî Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat veya katılma hesabı sahipleri ile kredi kuruluşları arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır” şeklindedir. İlgili hüküm uyarınca saklatılan rızası bulunmasa bile takas yapılabileceği, kanun koyucunun bankaların takas yapılmasına olanak sağlamak amacıyla bilinçli olarak bu hükme kanunda yer verdiği kabul edilmektedir²⁰⁶.

²⁰² YHGK, E. 2012/11-550, K. 2012/820, T. 21.11.2012: Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, (Erişim Tarihi: 15.11.2024).

²⁰³ Nazi döneminde Almanya’da kişilerin gelir elde etme niyetleri olmaksızın bankaları sadece parayı güvende tutmak maksadıyla kullandıkları bilinmekte, hatta bu gerçekleşen hukuki ilişkiye misli şeylerin saklanması sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. Colette Lasserre, Les avoirs bancaires non réclamés Étude de droit Suisse, Zürich 2003, s. 48, dp. 110, (naklen Canarslan, s. 746, dp. 48).

²⁰⁴ Canarslan, s. 746.

²⁰⁵ Canarslan, s. 752.

²⁰⁶ Canarslan, s. 752; Develioğlu, s. 184-185; Saklatılan paranın bir borca güvence olarak saklanması söz konusu ise takas yasağı uygulanmayacaktır. Bkz. Develioğlu, s. 185 ve von Tuhr/Escher, s. 199, dp. 67.

SONUÇ

Depositum irregulare'de sözleşmenin saklayan tarafını çoğu zaman bankerler oluşturmaktaydı. Bankerlerin ekonomiye katkı sağlayabilmek için kendilerine bırakılan parayı ise kullanmaları gerekmekteydi. Bu durum zamanla *depositum irregulare*'ye duyulan ihtiyacı ortaya koymuştur. Roma hukukunda *depositum*'dan çeşitli yönleriyle ayrılan *depositum irregulare*, yapısal özellikleri bakımından özellikle *mutuum* ile benzerlik göstermekteydi. Ancak *depositum irregulare* ile *mutuum* arasında bazı önemli farklılıklar da bulunmaktaydı. Öncelikle *mutuum* için *iudicium strictum* açılabilirken; *depositum irregulare* için *iudicium bonae fidei* açılabilirdi. Faiz *mutuum*'da ancak *stipulatio* ile kararlaştırılabilirdi. Fakat *depositum irregulare* bakımından faiz kararlaştırabilmek için *pactum* yeterliydi. Bunların dışında *depositum irregulare*; esas menfaatin saklatan kişide olması, *Senatus Consultum Macedonianum* hükümlerinin uygulanamaması ve saklayan kişinin takas etme yetkisinin olmaması nedenleriyle *mutuum*'dan farklılaşmıştır. Taraf iradelerinden hangi sözleşmenin kurulduğu anlaşılamıyorsa, sözleşmenin niteliğinin tespit edilebilmesi için günümüz Türk hukukunda dikkate alınan ölçütler Roma hukuku ile benzerlik göstermektedir. Misli şeylerin saklanması sözleşmesinde esas amaç eşyanın saklanmasıdır. Bu sebeple menfaat kural olarak saklatandır. Fakat tüketim ödücü sözleşmesinde amaç saklayana kullanması için kredi vermek ya da kapital, yardım sağlamaktır. Nitekim misli şeylerin saklanması sözleşmesinde para hariç olmak üzere saklayan, kendisine açıkça yetki verilmemişse saklanan diğer misli eşya veya kıymetli evrak üzerinde tasarrufta bulunamamaktadır. Faizin varlığı ve yüksekliği de bir ölçüt olarak ileri sürülebilir. Fakat faizsiz tüketim ödücü sözleşmesi yapılabileceği gibi faizli misli şeylerin saklanması sözleşmesi de yapılabilmektedir. Faiz özellikle tüketim ödücünde kullanma karşılığına ilaveten geri alamama riskinin de bir karşılığını oluşturmaktadır. Fakat misli şeylerin saklanması sözleşmesi bakımından faiz, saklama faaliyetinin karşılığı olduğundan, misli şeylerin saklanması sözleşmesinde tüketim ödücü sözleşmesine göre nispeten düşüktür. Misli şeylerin saklanması sözleşmesinde iadenin her an talep edilebilir olması sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin her an geri verilmesi için hazır tutulmasını gerekli kılmaktadır. Her iki sözleşme için ifa yeri, müteselsil borçluluk ve takas bakımından da farklı sonuçlar doğmaktadır. Son olarak banka tasarruf sözleşmesinin niteliğinin de tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Ancak nispeten güncel yargı kararları incelendiğinde ve doktrinde de bu konuya ilişkin taraftar toplayan görüşe göre söz konusu işlem, karz ile misli şeylerin saklanması sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir. Bu itibarla tarafların açıkça düzenleme yapmamış olmaları durumunda, uygulanacak kurallar hâkim tarafından belirlenecektir.

KAYNAKÇA

- Atak, Ali Selkor, Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi - *Mutuum*), İstanbul 2022.
- Aydoğdu, Murat/ Tuncer, Nalan/ Meral, Ö. Oğuzhan, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2023.
- von Ballmos, Thomas, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf, Zürich 2009.
- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Borkowski, Andrew/ du Plessis, Paul J., Textbook on Roman Law, New York 2005.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf - Dietrich, Besonderes Schuldrecht, München 2014.
- Bucher, Eugen, Obligationenrecht: Besonderer Teil, Zürich 1988.
- Buckland, W. W., A Text - Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 2007.
- Buckler, W. H., The Origin and History of Contract in Roman Law, London 1895.
- von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art.184-551), Zürich 1972. (Besonderer Teil).
- Bürge, Alfons, "Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens", Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 104, 1987, s. 465-558.
- Canarslan, Gökçe, "Misli Şeylerin Saklanması Sözleşmesi ile Tüketim Ödücü Sözleşmesinin Ayrımı ve Sonuçları", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 6, S. 2, s. 733-759.
- Cometta, Flavio, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009.
- Daube, David, "Money and Justiciability", Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 96, 1979, s. 1-16.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, Takas: Kavram - Takas Beyanında Bulunma Hakkının Oluşum Şartları ve Kullanılması - Takasın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2012.
- Diler, Tamer, Roma Hukuku Cilt: 2, Borçlar Hukuku, İstanbul 2021.
- Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İstanbul 1954.
- Erbek, Özge, "Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi", Yaşar Üniversitesi E - Dergisi Y. 2013, S. Özel Sayı, s. 937-985.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara 2019. (Borçlar Genel).
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara 2019. (Borçlar Özel).
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt III, m.83-206, Ankara 2022. (Şerh III).

- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt IV, m.207-392, Ankara 2023. (Şerh IV).
- Eren, Fikret/ Dönmez, Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt V, m.393-646, Ankara 2023. (Şerh V).
- Fargnoli, Iole, “*Condictio* aus Darlehen (*mutuum*)”, Handbuch des Römischen Privatrechts, Band II, Hrsg. Ulrike Babusiaux/ Christian Baldus/ Wolfgang Ernst/ Franz - Stefan Meissel/ Johannes Platschek/ Thomas Rüdner, Tübingen 2022.
- Fögen, Marie Theres, “Vom ‘Typenzwang’ des römischen Rechts”, (Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, s. 249-265).
- Gautschi, Georg, Berner Kommentar: Das Obligationenrecht: Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung (Artikel 425-491 OR), Bern 1962.
- Gordon, William M., “Observations on ‘*Depositum Irregulare*’”, Studi in onore di Arnaldo Biscardi Vol. III, 1982, s. 363-372.
- Graber, Christoph K., Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020.
- Gröschler, Peter, “Sachleistung zur Schuld begründung (Realkontrakte)” Handbuch des Römischen Privatrechts, Band II, Hrsg. Ulrike Babusiaux/ Christian Baldus/ Wolfgang Ernst/ Franz - Stefan Meissel/ Johannes Platschek/ Thomas Rüdner, Tübingen 2022.
- Guhl, Theo/ Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./ Druey, Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler Cilt I, İstanbul 2013.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2014. (Cilt II).
- Gürsel, Nurettin, “Usulsüz Tevdi”, Adalet Dergisi, Y. 1950, C. 1, S. 1, s. 77-92.
- Higi, Peter, Obligationenrecht Kommentar, Teilband V2b: Die Leihe Art.305-318 OR, Hrsg. Peter Gauch/ Jörg Schmid, Zürich 2003.
- Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, Bern 2010.
- Hünerwadel, Andreas, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009.
- İmre, Zahit, “Usulsüz Vedia Akdi”, (Türk - İsviçre, Alman, Fransız hukukları üzerinde bir tetkik), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Y. 1944, C. 10, S. 1-2, s. 188-228.
- Johnston, David, Roman Law in Context, Cambridge 2002.
- Jörs, Paul/ Kunkel, Wolfgang / Wenger, Leopold, Römisches Recht, Berlin 1987.
- Karaaslan, Muzaffer, Roma Hukukunda Bankacılık Faaliyetleri Kapsamında Düzensiz Vedia (*Depositum Irregulare*), İstanbul 2023.
- Kaser, Max, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, München 1971.
- Kaser, Max/ Knütel, Rolf/ Lohsse, Sebastian, Römisches Privatrecht, München 2021.

- Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara 2021.
- Koç, Nevzat, “İsviçre - Türk Hukukunda Bankaya Tevdi Sözleşmesi”, Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi, 1997, s. 143-207.
- Koller, Thomas, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020.
- Korkmaz, Fırat, Roma Hukukunda Stipulatio, Ankara 2021.
- Küçükgüngör, Erkan, Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara 2002.
- Leage, R. W., Roman Private Law, London 1961.
- Lee, R. W., The Elements of Roman Law, London 1946.
- Liebs, Detlef, “The History of the Roman *Condictio* up to Justinian”, The Legal Mind: Essays for Tony Honore, ed. Neil MacCormick and Peter Birks, Oxford 1986.
- Maurenbrecher, Benedikt/ Schärer, Heinz, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020.
- Medicus, Dieter/ Lorenz, Stephan, Schuldrecht II: Besonderer Teil, München 2012.
- Müller, Andreas, Basler Kommentar: Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 7. Auflage, Hrsg. Corrine Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020.
- Müller, Thomas, Schweizerisches Obligationenrecht Kommentar, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz/ Peter Nobel/ Ivo Schwander/ Stephan Wolf, Zürich 2009.
- Naneli, Ömer, “Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2018, C. 6, S. 12, s. 537-562.
- Niemeyer, Theodor, Depositum Irregulare, Halle 1889.
- Oser, H./ Schönenberger, Wilhelm, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Kommentar zum Obligationenrecht 3. Teil: Art.419-529, Zürich 1945.
- Özbay, Ümit Vefa, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi, Ankara 2019.
- Rado, Türkân, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul 2021.
- Söğütlü, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara 2022.
- Sprau, Hartwig, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch: Beck’sche Kurz-Kommentare, 76. Auflage, München 2017.
- Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2021.
- Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, İstanbul 2008.
- Tiftik, Mustafa, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007.
- von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Dritte Auflage, Zürich 1974.
- Turanboy, Kürşat Nuri, “Tasarruf Mevduatı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 1997, C. 1, S. 1, s. 254-264.

Umur, Ziya, Roma Hukuku: Ders Notları, İstanbul 1999. (Roma).

Umur, Ziya, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983. (Lügat).

Üçer, Mehmet, “Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Faiz Yasağı ve Faiz Sınırlamasına İlişkin Düzenlemeler”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2011, C. 10, S. 2, s. 217-228.

Vinnius, Arnold, Institutionenkommentar, Schuldrecht: Text und Übersetzung, Heidelberg 2005.

Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2013.

Yener, Mehmet Deniz, Vedia Sözleşmesi, İstanbul 2008.

Zellweger - Gutknecht, Corrine, Berner Kommentar: OR: Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation: Verrechnung, Art.120-126 OR, Bern 2012.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016.

Zimmermann, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://mevzuat.sinerjias.com.tr>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://www.verfassungsrecht.ch>

Eşya Hukuku Kuralları Açısından "Davalıdır Şerhi"nin Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the "Annotation of Pending Litigation" in Terms of Property Law Rules

Dr. Öğr. Üyesi Sarp ŞAHANKAYA^(**)

Öz:

"Davalıdır şerhi", taşınmazların tapu kütüğüne işlenen ve söz konusu taşınmazın davaya konu olduğunu gösteren bir kayıttır. Uygulamanın ihtiyacını gidermek amacıyla matuf olarak mahkemeler tarafından yaratıldığı belirtilebilir. "Davalıdır şerhi", şerh konulan taşınmazı devralan kişiler açısından mülkiyetin sonradan kaybedilmesi riskini doğurmaktadır.

Şerhler ve beyanlar açısından geçerli olan sınırlı sayı ilkesi nazara alındığında, mevzuatta yer verilmemiş olan "davalıdır şerhi"nin nitelenmesi bir sorun teşkil etmektedir. Bunun yapılabilmesi için ilk aşamada şerhlerin ve beyanların genel bir bakış ile ele alınması uygun görülmüştür. Bu açıklamalardan sonra "davalıdır şerhi"ne odaklanmak ve bunu şerhler ve beyanlara ilişkin açıklamalar ile bir arada değerlendirmek yoluna gidilmiştir. Tapu kütüğüne işlenen bu şerhin hukuki niteliği yanında işlevi ve etkileri de incelenmiştir.

Bölge Adliye Mahkemeleri kararlarında "davalıdır şerhi"ne ilişkin farklı yönde kararlar verildiği görülmektedir. Bu uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'na başvuru yapılmıştır. Bu Kurul da, uygulama farklılığının giderilmesi için talebin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine karar vermiştir. Bu sürecin sonunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin verdiği 19.02.2024 tarihli, 2023/6423 E. ve 2024/1231 K. sayılı karar çalışmada esas alınmıştır.

"Davalıdır şerhi"nin hukuki niteliği doktrinde tartışılmaktadır. Ancak bu tartışmalar daha yoğun olarak ihtiyati tedbir olarak kullanımı ve dolayısıyla usul hukuku kuralları çerçevesinden yapılmaktadır. Bu çalışmada ise, şerh nitelenmesi ve dolayısıyla eşya hukuku kuralları ön planda tutulacaktır. Bunun yanında, bu kaydın ihtiyati tedbir olarak görünüşüne de değinilecek ve uygulama açısından öneri getirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Davalıdır Şerhi, Şerh, Beyan, Tapu Kütüğü.

Abstract:

The "Annotation of Pending Litigation" is a record written into the land registry to indicate that a particular immovable property is subject to a lawsuit. It can be stated that courts have introduced this annotation to address practical needs. The "Annotation of Pending Litigation" creates a risk for individuals acquiring the annotated property, as they may later face the loss of ownership rights.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 07.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.05.2025.

^(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Çankırı - Türkiye,
E-posta: ssahankaya@karatekin.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3906-6977>.

Considering the principle of *numerus clausus* applicable to annotations and declarations, the classification of the “*Annotation of Pending Litigation*”, which is not explicitly regulated in the legislation, poses a legal challenge. To address this issue, it was deemed appropriate to first provide a general overview of annotations and declarations. Following these explanations, the focus was shifted to the “*Annotation of Pending Litigation*”, evaluating it in conjunction with the relevant discussions on annotations and declarations. In addition to the legal nature of this annotation, its function and effects has also been examined.

It has been observed that Regional Courts of Appeal have issued differing decisions regarding the “*Annotation of Pending Litigation*”. To resolve this discrepancy, an application was submitted to the Assembly of Presidents of the Civil Chambers of the Istanbul Regional Court of Appeal. This Assembly decided to forward the request to the 11th Civil Chamber of the Supreme Court to eliminate the divergence in practice. The decision dated 19.02.2024, numbered 2023/6423 E. and 2024/1231 K., issued by the 11th Civil Chamber of the Supreme Court, which was given as a result of this process, has been taken as the basis for this study.

The legal nature of the “*Annotation of Pending Litigation*” is a subject of debate in legal doctrine. However, these discussions primarily focus on its use as a interim measure and are therefore examined within the framework of procedural law rules. In this study, the annotation will be mainly analyzed from the perspective of its annotation classification and, consequently, within the rules of property law. In addition, the appearance of this record as a interim measure will also be addressed, and suggestions will be made from a practical perspective.

Keywords:

Annotation of Pending Litigation, Annotation, Declaration, Land Registry.

I. ŞERHLER VE BEYANLAR

“*Davalıdır şerhi*”nin esaslı şekilde incelenebilmesi için ilk aşamada şerhlerin ve beyanların teknik açıdan ele alınması gerekmektedir. Bu iki tapu kaydı ayrı ayrı ele alındıktan ve özellikle işlevleri ortaya konulduktan sonra bunların “*davalıdır*” kaydı için uygunluğu değerlendirilecektir.

A. Şerhlere Genel Bakış

Şerh, aynı hak dışında kalan bazı hak ve durumların tapu kütüğüne kaydını konu edinen, farklı türleri bulunan bir tapu sicil işlemidir¹. Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 1020. maddesinin son fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde şerhler, aleniliği sağlamaktadır². Bu sayede şerhlerin, üçüncü kişilerin bilgisizliği iddiasını bertaraf eden bir işlevinin bulunduğu görülmektedir. Şerhler kendi başına bir aynı hak yaratmamakla birlikte hakların yerine getirilmesini sağlayan bir güvence aracı (*sicherungsmittel*) olarak da işlev ihtiva etmektedir³.

¹ Mehmet Ünal/Veyssel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 358.

² Turhan Esener/Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s. 201; Mustafa Serdar Özbek, “**Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyatî Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları**”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017 Cilt: 3 Sayı: 1, s. 65-91, s. 69; Ünal/Başpınar, s. 358.

Hukuki durumun üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesini sağladığı için şerhlerin bir tür aynı etkiye sahip olduğu belirtilmektedir. (Esener/Güven, s. 201) Borçlar hukuku yönünden ise alacak hakkını kuvvetlendirme şeklinde bir etki söz konusu olmaktadır.

³ Wolfgang Ernst, **Sachenrecht**, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2018, s. 187; Jan Schapp/Wolfgang Schur, **Sachenrecht**, 4. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2010, s. 166.

Şerh verilmiş ve kuvvetlendirilmiş nisbi hak, taşınmazın mülkiyetine bağlanmaktadır ve eşyaya bağlı borç haline gelmektedir⁴. Bunun dışında, “munzam etki” gereği, taşınmaz üzerinde sonradan kurulan ve çatışan sınırlı ayni haklar ve nisbi haklar da bertaraf olmaktadır⁵. Üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme durumu, hakkı mutlak yapmamaktadır. Ayni haklar özellikleri gereği eşya üzerinde hâkimiyet sağlamaktadır. Buna karşılık, şerh verilmiş bir nisbi hak aynı bir etki doğurmakla birlikte bu yönde doğrudan bir hâkimiyet meydana getirmemektedir⁶. Alacak hakkının kuvvetlenmesi ile de ilgili olan bu etki TMK md.1009 hükmünden doğmaktadır⁷.

Taşınmaz üzerindeki hangi hakların tapu kütüğüne şerh verilebileceği konusunda sınırlı sayı esasına tabi olarak sayılmıştır. Doktrin ve yargı kararlarında da kanunda açıkça belirtilmeyen nisbi hakların şerh verilemeyeceği belirtilmektedir⁸. Bu husus, “davalıdır şerhi”nin değerlendirilmesi ve nitelenmesi konusunda da önem arz etmektedir. Tapu memuru, mahkemenin vereceği bu ihtiyati tedbir kararını esas veya usul açısından inceleme yetkisine sahip değildir⁹.

Şerhlerin; kişisel hakların şerhi (TMK md.1009), tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (TMK md.1010) ve geçici tescil şerhleri (TMK md.1011) şeklinde üç farklı türü bulunmaktadır. “Davalıdır şerhi”, tasarruf yetkisini kısıtlayan, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhlerin (TMK md.1010/I,b.1) bir vechesi, uygulamadaki görünüşü olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, açıklamalarımız bu şerh türü özelinde yapılacaktır.

⁴ Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 240-241; Safa Reisoğlu, **Türk Eşya Hukuku**, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1984, s. 208.

⁵ Sirmen, s. 241; Esener/Güven, s. 206-207.

⁶ Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, **Eşya Hukuku - Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s. 132.

⁷ Melek Bilgin Yüce/Etem Saba Özmen, “**Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları**”, Ankara Barosu Dergisi, 2022 Sayı: 4, s. 323-361, s. 338-339.

⁸ Bilgin Yüce/Özmen, s. 338; Ünal/Başpınar, s. 358; Esener/Güven, s. 202-203.

“*Hangi hakların tapu kütüğüne şerh edileceğini kanun belirlemiştir. Dolayısıyla kanunun belirlemediği bir hak tapu kütüğüne şerh edilemez.*” (Y14HD 04.11.2013 T. 2013/10653 E., 2013/13745 K.) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Kanunen şerh konusu olmayan bir şahsi hakkın, bir şekilde tapu kütüğüne şerh verilmesi durumunda o şahsi hakkın kuvvetlenmeyeceği belirtilmektedir. (Reisoğlu, s. 201).

Şerhlerin sınırlı sayı esasına tabi olmasına da bağlı olarak şerh sayılmamış bir hususun tarafların anlaşması ve memur işlemi ile bile geçerli şekilde kurulması mümkün değildir. “*Tapu kaydına konulan zilyetlik şerhinin hukuki dayanaktan yoksun, yok hükmünde bir şerh olduğu hiç bir hüküm ve sonuç doğurmayacağı, devamında yasal bir zorunluluk ve davalıların korunması gerekli yargı kararlarının da bulunmadığı anlaşılmaktadır.*” (Y14HD 09.11.2015 T. 2014/14305 E., 2015/10079 K. (Üçer, s. 27)) ifadelerini haiz Yargıtay 14. HD kararı da bu hususu ele almaktadır. Davalıdır “şerhi”nin beyanlar hanesine yazılması da bu kararla birlikte değerlendirilebilir.

⁹ Abdurrahman Üçer, **Tapu Kütüğüne Yapılacak Şerhler ve Hükümleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 52-53.

Tasarruf yetkisi kısıtlayıcı şerhlerin konulması ile birlikte tasarruf yetkisi ancak şerhin kapsamı çerçevesinde kullanılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, tapu kütüğünün kilitlenmediğidir. Türk Medeni Kanunu'nun 1010/II hükmü, bu şerhlerin kural olarak tapu kütüğünü kilitlenmediğini göstermektedir¹⁰. İsviçre doktrininde de tapu kütüğünü kilitleyen (*Grundbuchsperr* veya *Kanzleisperre*) kararlar ile bu şerh ayrıştırılmaktadır¹¹. Türk Medeni Kanunu, bu durumda davalının tasarruf yetkisini tamamen bertaraf etmeyen bir hüküm getirmeyi uygun görmüştür¹².

Türk Medeni Kanunu'nun 1010/I,b.1 hükmü çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarından doğan şerhi düzenlemektedir¹³. Bu şerh, teorik açıdan tasarruf yetkisinin sınırlanmasıdır ve davasında haklı çıkabilecek davacının korunması amacını taşıyan, üçüncü kişi kazanımını engelleyen bir ihtiyati tedbir kararı niteliğini haizdir¹⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarından doğan şerhlerin, tapu kütüğünün kilitlenmesi/kapatması yani devir vb. işlem yaptırmaması gerekmeyp, davacının şerh edilen hakkını üçüncü kişilere karşı da ileri sürebiliyor olması esastır¹⁵. Çekişmeli

¹⁰ Özbek, s. 72.

¹¹ Jürg, Schmid, **Bassler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, s. 2439; Arthur Homberger, **Das Sachenrecht**, 2. Auflage, Schultess Verlag, Zürich 1938, s. 272-273.

¹² Bilgin Yüce/Özmen, s. 342.

¹³ Burada "**kararlar**"dan anlaşılması gereken HMK md.389 vd. hükümlerinden doğan ihtiyati tedbir kararlarıdır. (Murat Doğan, **Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlanmasının Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 47; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 216 vd.; Nomer/Ergüne, s. 139). "**Çekişmeli haklar**" ile kastedilen ileride aynı hak değişikliğine vesile olabilecek şahsi haklardır. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 216-217; Doğan, s. 45; Reisoğlu, s. 211; Özbek, s. 68 ve 70). Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nun 960. maddesi de şahsi hakları ele almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 1011/b. 1 hükmünde yer verilen geçici tescil şerhi ise aynı hakka dayanmaktadır. Çekişmeli haklar şerhinden farklı olarak burada yolsuz tescil iddiası bulunmaktadır ve dava da tapu sicilinin düzeltilmesi talebini (TMK md.1025) içermektedir. (Vildan Peksöz, "**Davalıdır Şerhinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi**", Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 Cilt: 5 Sayı: 2, s. 535-566, s. 538-539). Tescil zorlama davası (TMK md.716) ile tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK md.1025) arasındaki farklar için: Bilgin Yüce/Özmen, s. 336 vd.

¹⁴ Sirmen, s. 243; Esener/Güven, s. 210; Özbek, s. 68 ve 72. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan hakka veya şerh ettirilmemiş alım hakkı sözleşmesinin yerine getirilmesi reddedildiğinde açılacak tescile zorlama davasında (TMK md.716/I) bu şekilde bir şerh verilebilir. (Peksöz, s. 538). Tescile zorlama davalarının icra edilmesine ilişkin Alman ve İsviçre usul kanunlarında bulunan kanuni dayanak hukukumuzda eksiktir. (Fikret Sami Tiyek/Hüseyin Kağan Zengin/Önder Topal, "**Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler**", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024 Cilt: 14 Sayı: 2, s. 1917-1989, s. 1926-1927).

¹⁵ Bununla birlikte uygulamada, hak sahibinin menfaatlerini daha geniş ölçüde koruma amacıyla dava sonuna kadar taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmayı yasaklayan, "**ferağdan men**" kararla-

hakkın korunması şerhinin temel işlevi, sonradan taşınmazı edinen kişinin sahipliğini davanın sonucuna bağlamasıdır. Dava kaybedildiğinde sonradan taşınmazı edinen kişi açısından değişiklik olmaz iken dava kazanılır ise karar onunla ilgili de sonuç doğurur ve taşınmaz elinden alınabilir¹⁶.

Bu açıklamalar ışığında, çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerhlerin, - kanunda “*tasarruf yetkisinin kısıtlanması*” altında yer almış olsa da - davalı malikin tasarruf yetkisini kaldırmadığı; üçüncü kişileri mülk sahipliğinin değişebileceği ve kendilerinin bu sonuca katlanabileceği yönünde uyarma işlevi gördüğü söylenebilecektir¹⁷. Burada tasarruf yetkisinin kısıtlanıp kısıtlanmadığı tartışma konusu olmayacaktır¹⁸. Tapunun kilitlenmesi, tasarruf yetkisinin “*kaldırılması*” olarak nitelenerek fark ortaya konulabilir ancak o aşamada davalı olan tasarruf yetkisi sahibinin devrini hiçbir şekilde engellemeyen bu şerhin “*kısıtlama*” etkisi de bizce tartışmalıdır. Burada etkilenebilecek olan tasarruf yetkisi değil sonradan devralan üçüncü kişinin sahipliği olmaktadır. Sonradan taşınmazı devralan üçüncü kişinin sahipliğinin davadaki kararın sonucuna kadar askıda olduğu söylenebilecektir.

Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhin, tapu kütüğüne işlenebilmesi ve etkisini gösterebilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 389. maddesi vd. hükümlerine uygun olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesine bağlıdır. Diğer deyişle, maddi hukuk kurallarında bulunan şerhin usul hukuku kuralları ile birlikte uygulanması söz konusu olmaktadır. Maddi hukuk kuralları arasında yer verilmeyen bir kaydın HMK’nın ihtiyati tedbire ilişkin hükümleri ile yaratılabilmesi meselesi bu noktada gündeme gelmektedir ve çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

B. Beyanlara Genel Bakış

Beyanlar, hak üzerinde değişiklik yapmayan, kurucu etkisi olmayan (veya kişisel hakkı kuvvetlendirmeyen) ve taşınmazın hukuki statüsüne/fiili durumu-

rının verildiği görülmektedir. (Sirmen, s. 244; Nomer/Ergüne, s. 142; Özbek, s. 72-73, Bilgin Yüce/Özmen, s. 347).

Tapu Sicili Tüzüğü’nde (TST) tasarruf yetkisini kısıtlayan ve yasaklayan şerhler şeklinde ayrım bulunmaktadır. TST md.48 ve 49’da ikisi için aranacak belgeler ayrı ayrı belirtilmiştir.

¹⁶ Bilgin Yüce/Özmen, s. 348.

Şerhlerin korumasının her halükarda üçüncü kişilere karşı olduğu belirtilmektedir. Bu şerhin, eşyaya bağlı borç etkisi ile yeni malik açısından mülkiyeti devir borcu doğurduğu veya münzam etki ile aynı hakkın terkin edilmesini sağladığı vurgulanmaktadır. (Bilgin Yüce/Özmen, s. 353).

¹⁷ Mustafa Alper Gümüş, “*Uygulamada Tapu Kütüğü’nün veya Kat Mülkiyeti Kütüğü’nün Beyanlar Sütununa Yapılan ve “Davalıdır Şerhi” Olarak Adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme*”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu 15-16 Kasım 2019 Makaleler-Tebliğler, s. 83-111, Editörler: İknur Serdar-Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 101; Bilgin Yüce/Özmen, s. 356.

¹⁸ Bu hususta Gümüş, TMK md.1010 ve 1011 hükümlerini aşacak şekilde tedbiren tapu kütüğünü kilitleme kararının da verilemeyeceğini savunmaktadır. (Gümüş, s. 101-102).

na açıklık getiren bir tapu kütüğü işlemi şeklinde tanımlanabilir¹⁹. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını önleyici işlevi çalışma konusu açısından da ön plana çıkmaktadır.

Tapu kütüğünde bulunan beyanlar hanesine yazılabilecek olan hususlar TMK, Tapu Sicil Tüzüğü (md.52-56) ve bazı özel kanunlarda belirtilmektedir. Burada beyanlar sütununa yazılabilecek diğer hususların Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği TMK md.1012/II hükmünde belirtilmektedir. Şerh-lere benzer olarak beyanlar bakımından da sınırlı sayı esaslı bulunmaktadır²⁰.

Tapu kütüğünde yer verilen, beyanlar hanesine yapılabilen kayıtlar birbirinden farklıdır. Bu kayıtlarla ilgili ortak bir ilke bulunmadığı söylenebilir. Beyanların, yukarıda belirtilen iyiniyet bertaraf etme yanında karine kurma ve taşınmaza bağlı ayni hakkı açıklama işlevleri de bulunabilmektedir. Beyan ile ayni hakkın yaratılması veya kişisel hakkın kuvvetlendirilmesi ise söz konusu olmamaktadır. Yargıtay 14. HD'nin, "*tapunun beyanlar hanesine yazılan bu şerh, taşınmaz üzerindeki muhdesatın aidiyetini belirleyip bu konuda aleniyet ve kanıtlama kolaylığı sağladığı ve muhdesat sahibine ayni bir hak vermediği için davacının satış vaadi sözleşmesine dayalı olarak iktisap edebileceği bir şahsi hakkının varlığından söz etme imkânı bulunmamaktadır*"²¹. ifadelerini haiz kararında da bu hususa vurgu yapılmaktadır.

Beyanlar açıklayıcı nitelik taşımaktadır ve temelde iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmaktadır²². Beyanlar hanesi, kural olarak, tapu kütüğü dışında doğmuş haklar için kullanılmaktadır. Örneğin, taşınmaz malikinin vesayet altına alındığına ilişkin mahkeme kararı beyanlar hanesine işlenmektedir (TST md.55)²³. Beyanların, kurucu etkisi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, tapu kütüğüne beyanın yazılması geçersiz hukuki sebebi geçerli kılmaz, onu iyileştirmez²⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 yılında verdiği bir kararda, "*TMK'nın 1012. ve gerekse TST'nün 60. maddelerinden anlaşılmaktadır ki,*

¹⁹ Ernst, s. 188, Ünal/Başpınar, s. 371-372; Sirmen, s. 253; Esener/Güven, s. 218-219; Peksöz, s. 539. Tapu kayıtlarının tutulması açısından gelecekte *blockchain* teknolojisinin de elverişli olabileceği belirtilmektedir. (Mehmet Çoğalan, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Blockchain**, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s. 66 vd.).

²⁰ Peksöz, s. 539.

²¹ **Y14HD 29.04.2013 T. 2013/4404 E., 2013/6378 K.** (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 10.12.2024).

²² Ernst, s. 188. Bunun yanında eklentilerle ilgili karine oluşturmak şeklinde ikincil bir işlevi daha bulunmaktadır. (Üçer, s. 24).

²³ Üçer, s. 24. Bu örnekteki durum, tapu kütüğü dışında oluşmuş bir vakıa olup, bu malikle işlem yapılmaması lüzumunu gösterir.

²⁴ Üçer, s. 25.

mevzuatın yazılmasına izin vermediği bir belirtmenin kütüğün beyanlar sütununda gösterilebilme olanağı yoktur. Öyleyse, yasal dayanağı olmayan ve mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerin kullanılmasını eylemli ve hukuken ortadan kaldıran taşınmazın beyanlar sütununda belirtme yolsuzdur...²⁵ ifadeleri ile mevzuatta dayanağı olmayan tapu kayıtlarının yolsuz olduğu ortaya konulmuş ise de uygulama ve Yargıtay Dairelerinin kararlarının farklı yöne gittiği görülmüştür²⁶.

II. “DAVALIDIR” KAYDI

Mahkemelerce, taşınmaz ile ilgili bir davanın devam ettiğini alıcılara ve üçüncü kişilere göstermek için tapu kütüğüne kayıt konulmaktadır. “Davalıdır şerhi” olarak adlandırılan bu kayıt, beyanlar hanesine işlenmektedir²⁷.

Yargıtay’ın bu kaydı ihtiyati tedbir olarak addetmemesine bağlı olarak teminatsız şekilde konulabilmesi nedeniyle “davalıdır şerhi” uygulamada sıklıkla tercih edilmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda sayılan şerhler açısından bu durum söz konusu olmaz²⁸.

Bu kayıt, temelde bilgilendirme amacına matuftur ve alıcılar açısından bir nevi uyarı gibidir. Hukuk tekniği açısından temel işlevi ise iyiniyet iddiasını bertaraf etmektir. Davalıdır şerhinin medeni hukuk açısından niteliğinin tespit edilmesi, özellikle davalı tarafın menfaatlerini korumak açısından önem arz etmektedir²⁹.

A. “Davalıdır” Kaydının Şerh veya Beyan Olarak Uygunluğu

1. Teorik İnceleme

Bir taşınmazla ilgili davanın devam ettiğinin üçüncü kişilere bildirilmesinin teorik açıdan ne şekilde yapılabileceği üzerinde durulmalıdır. “Davalıdır” kaydının işlevi, taşınmazı sonradan edinen üçüncü kişinin iyiniyet iddiasını bertaraf etmektir ve bunun hangi kayıt yolu ile yapılabileceği tayin edilmelidir. Bu nedenle “davalıdır” kaydı açısından şerh ve beyan kıyaslaması/değerlendirilmesi yapılmalıdır.

Çekişmeli hakların korunması için verilen şerhlerin, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırıcı işlevi nazara alınarak “beyanlara” benzediği ve İsviçre

²⁵ YHGK 30.06.2010 T. 2010/14-274 E., 2010/356 K. (Gümüş, s. 94).

²⁶ Gümüş, s. 94.

²⁷ Gümüş, s. 83-84.

Yargıtay kararlarında bu şerhin, “iyiniyet şerhi” olarak adlandırıldığı da görülmektedir. (Y1HD 16.10.2018 T. 2018/4349 E., 2018/13544 K. (Gümüş, s. 83-84)).

²⁸ Gümüş, s. 95.

²⁹ Davalıdır şerhinin, mülkiyet hakkını etkileyebilme ve kısıtlayabilme ihtimaline de doktrinde değinilmiş ve bu ihtimalin, konunun hassasiyetini artırdığı belirtilmiştir. (Özbek, s. 66).

doktrinde “*mecazi, gerçek olmayan*” şerh olarak adlandırıldığı görülmektedir³⁰. Gerçekten, tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler (TMK md.1010) altında yer alan çekişmeli hakların korunmasına ilişkin mahkeme kararlarından doğan şerhler (TMK md.1010/I, b.1) teknik olarak devir yapabilme tasarrufunu kısıtlamamaktadır. Bu nedenle ikisi arasındaki farkların ortaya konulması gerekmektedir.

Şerhlerde, kişisel hakkın kuvvetlenmesi ile birlikte sonradan malik olan veya aynı hak kazanan kişilerin buna riayet etmesi ve uygun davranması gerekmektedir³¹. Beyanlarda ise bu işlev bulunmamaktadır.

Şerhler, kanun koyucunun atfettiği özel sonuçları meydana getirmektedir veya açıklığa kavuşturmaktadır. Buna karşılık beyanlar sadece taşınmazla ilgili bilgi vermektedir. Diğer deyişle, beyanların aksine şerhler konusu olan hak ve kısıtlamalara ilişkin sonuç doğurmaya da matuftur³².

Beyanlar hanesine işlenen kayıtlarda bilgilendirme ve uyarı amacı bulunmaktadır. Beyan kaydı ile bir hakkın kurulması/kuvvetlendirilmesi ve dolayısıyla kendiliğinden ve kural olarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi sonucu doğmamaktadır.

“*Davalıdır*” kaydı açısından şerh ve beyanların birlikte değerlendirilmesi sonucunda yapabileceğimiz tespit, şerhlerin doğrudan etkisi söz konusu iken beyanlarda bunun dolaylı olduğu şeklindedir. Beyanlar, bilgilendirme yaparak iyiniyeti ortadan kaldırmaktadır ve iyiniyet ortadan kalktığı için de TMK md.1023 uyarınca üçüncü kişinin taşınmazı elde etmesi mümkün olmamaktadır. Beyan, iyiniyetli olunmadığını kanıtlamak için kullanılmaktadır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, şerhlerde doğrudan eşya hukuku kurallarına dayanmak söz konusu iken, beyanların işlevi bilgisizliği ortadan kaldırmak olduğu için TMK md.3 ve TMK md.1023 hükümlerine de bağlantı olarak ihtiyaç duyulmaktadır. Bununla birlikte, hem şerhler hem de beyanların bu kaydın özünü teşkil eden, sonradan edinen üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etme hedefine ulaşabildiği sonucuna varmak mümkündür.

2. Teknik İnceleme

Hemen yukarıda teorik açıdan yapılan inceleme neticesinde, bir taşınmazla ilgili derdest dava bulunduğu tapuda beyan olarak kaydedilmesi yoluyla da taşınmazı sonradan edinen üçüncü kişiden geri alma imkânı sağlanabileceği ortaya konulmuştur. Bu noktada, adı “*davalıdır şerhi*” olan bu kaydın tapu kütüğünün beyanlar kısmına yapılıyor olması da zaten göz önünde tutulmalıdır.

³⁰ Özbek, s. 71.

³¹ Üçer, s. 35.

³² Ünal/Başpınar, s. 357.

Doğan, tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler ile özellikle taşınmaz mülkiyetine ilişkin kamu hukuku kısıtlamaları beyanlarının benzerlik gösterdiğini belirtmektedir. (Doğan, s. 109-111).

Teorik incelemeden sonra üzerinde durulması gereken husus, beyanların da şerhler gibi sınırlı sayı esasına tabi olduğudur. TMK, tapu kütüğüne şerh olarak işlenebilecek kayıtları açık şekilde belirtmektedir. Bu hükümlerde taşınmazla ilgili dava bulunduğuna ilişkin bir şerh verilebileceği sonucuna varılması mümkün değildir. Aynı husus beyan olarak kaydedilme açısından da ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber, beyan olarak kaydedilme açısından yeni bir kapının açılması ihtimali kanaatimizce mevcuttur. TMK md.1012 hükmüne, 2018 yılında, taşınmaz mülkiyetine ilişkin kamu hukuku kısıtlamalarının ve beyanlar sütununa yazılacak diğer hususların belirlenmesine yönelik Cumhurbaşkanlığı tarafından yönetmelik çıkarılacağı düzenlemesi eklenmiştir. Bu yönetmelik henüz çıkarılmamıştır. Uygulamadaki ihtiyaç ciddi görülür ve çözüme kavuşturulmak istenirse bu yönde çıkarılacak bir yönetmelik hükmü sorunu çözebilecektir.

B. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.02.2024 tarihli ve 2023/6423 E. ve 2024/1231 K. Sayılı Kararının “Davalıdır Şerhi”ni Ele Alış Şekli

Yargıtay 11. HD’nin 19.02.2024 tarihli, 2023/6423 E. ve 2024/1231 K. sayılı kararı bölge adliye mahkemelerinin farklı uygulamaları sonrasında, bir nevi tartışmaları gidermek amacına matuf olarak verilmiştir³³.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 3. HD, “davalıdır şerhi”ni ihtiyati tedbir olarak kabul etmez iken İstanbul BAM 14. HD, “davalıdır şerhi” ara kararlarını ihtiyati tedbir olarak kabul ederek istinaf başvurularının esasına girmektedir. Bu uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla başvuru İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu, 2023/43 sayılı kararında “...4721 sayılı Kanun’un 1010 uncu maddesi uyarınca, bu tür kararların tapu siciline şerh edilmesi ve hak sahibinin şerhin hukuki etkilerinden faydalanmasının sağlanmasının mümkün olduğu, bir hususun tapu siciline şerh edilmesinin, şerh edilen olguyu alenileştireceği, tapuda işlem yapanlar ve tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde mülkiyet veya diğer bir hak iktisap edenlerin, tapu kaydına şerh düşülen bir hususu bilmediklerini ileri süremeyeceği, böylece çekişmeli hakların, sonradan hak iktisap edenlere karşı da ileri sürülmesinin mümkün hâle geleceği, ... “davalıdır” şerhinin de hakkın muhafazasına yönelik bir işlev yerine getirdiği, bu nedenlerle tapu kaydına “davalıdır” şerhi verilmesinin, hukuki anlamda bir ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu, ...” görüşü ile, uygulama farklılığının giderilmesi için dosyayı Yargıtay 11. HD’ye göndermiştir.

³³ Bu husus, hukuki güvenlik ilkesi ve çelişkili karar verme yasağı ile ilgilidir. Farklı dairelerin, benzer uyuşmazlıklarda farklı kararlar vermesinin hukuki belirsizliğe sebebiyet verdiği Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulanmaktadır. (Süleyman Burak Gündoğdu, **Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 353).

Yargıtay 11. HD, eşya hukuku kuralları açısından uyumsuzluk konusunu, “4721 sayılı Kanun’un 1010 uncu maddesi uyarınca, taşınmazın tapu kaydına “davalıdır” şerhi işlenmesine dair mahkeme ara kararının ihtiyati tedbir niteliğinde olup olmadığı...” şeklinde tespit etmiştir. Gerekçede ise “Taşınmazların tapu kaydına konulan “Davalıdır” şerhi ise Kanunda açıkça düzenlenmiş ya da tanımlanmış değildir. Ancak uygulamada sıklıkla taşınmazların tapu kaydına “davalıdır” şerhinin işlenmesine şeklinde ara kararlar kurulduğu ve bu ara kararlar kurulurken taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanmadığı ve genellikle de teminat alınmadan karar verildiği görülmektedir...” denildikten sonra tasarruf yetkisi kısıtlanmadığına ve sadece üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalktığına vurgu yapılmıştır. Yargıtay 11. HD, bu gerekçeler ile “davalıdır şerhi”ni ihtiyati tedbir olarak addetmemiştir.

Kararda, uyumsuzluğun ihtiyati tedbir değerlendirmesi üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bununla birlikte hemen yukarıda yer verilen eşya hukukuna ilişkin değerlendirmelerden de bazı sonuçlara varmak mümkündür.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin kararında göze çarpan, “davalıdır şerhi”nin tasarruf yetkisini kısıtlamadığına yapılan vurgudur. Diğer yandan, “davalıdır şerhi”nin kanunda düzenlenmediği ya da tanımlanmadığı da kararda belirtilmiştir. Bu hususlar, Y11HD’nin “davalıdır şerhi”ni TMK md.1010 kapsamında görmediği ve dolayısıyla şerh addetmediği yorumunu yapmamıza vesile olmaktadır.

C. “Davalıdır” Kaydının İhtiyati Tedbir Veçhesi

Hemen yukarıdaki bölümde ele alınan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararında, TMK’de yer verilen şerhlere ilişkin hükümler ile HMK’nin ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerinin ne şekilde ayrılacağı, ne şekilde bir araya getirileceği ve uygulanacağı da ele alınmıştır. Davacının menfaatlerinin korunması için konulan bu kayıtlar hukuki belirsizliğe sebebiyet vermemelidir.

Çekişmeli haklar şerhi, teknik olarak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleleri Kanunu’nun 389 vd. maddeleri uyarınca alınan ihtiyatî tedbir niteliğindeki mahkeme kararına dayalı olarak uygulanmaktadır³⁴. Diğer deyişle, “davalıdır” kaydının ihtiyati tedbir formunu alarak yargılama safhasına geçişi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, usul hukuku kurallarına da değinilmesi gerekmektedir.

İhtiyati tedbir kararına ilişkin HMK md.391/I hükmü, “Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir.” ifadelerini haizdir. Bu hükümdeki “her türlü tedbir”den ne anlaşılabileceği önem arz etmektedir.

³⁴ Peksöz, s. 543-544; Özbek, s. 66.

Bu konuda verilebilecek ihtiyati tedbir kararı ile ilgili, davalarda alınabilecek maksimum tedbir açısından da TMK md.1010 ve 1011’in esas alınması gerektiği ve bu bağlamda tapu kütüğünün kilitlenmesine vesile olacak, daha ileri giden bir karar veya “*davalıdır şerhi*” şeklinde bunların altında kalan kararlar verilemeyeceği ileri sürülmektedir³⁵. Aynı yönde, ferağdan men kararının TMK’de karşılığı olmadığı ve şerh olarak kaydedilemeyeceği/sonuç doğurmayacağı da ifade edilmektedir³⁶.

İhtiyati tedbirler, maddi hukuk kuralları ile tayin edilmiş kurumlara yargılama kıyafetini giydirmek amacına matuf olmalıdır. Doktrinde de, ihtiyati tedbir yargılamasının maddi hukuk kurallarının somut olaya uygulanmasına ilişkin olduğu belirtilmektedir³⁷. Bu bağlamda, maddi hukuk kuralları arasında dayanağı olan kurumun uygulanması ön plana alınmalıdır. Aksi yöndeki düşünce, Türk Medeni Kanunu’nda yer verilen şerhler ve beyanlara ilişkin kuralların ve gerekliliklerin rafa kaldırılması, atıl bırakılması anlamına gelecektir.

Ferağdan men, yani tapu kütüğünü kilitleyen ihtiyati tedbir kararları açısından değerlendirme yapılırken Tapu Sicili Tüzüğü’nün 49. maddesi göz ardı edilmemelidir. Bu hükmün başlığı “*Tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için aranacak belgeler*”dir. Hükmün 1. fıkrasının (a) bendi, tasarruf hakkını yasaklayan şerhler için, “*ihtiyati tedbir için mahkeme kararı veya yazısı*” aramaktadır. Bu bağlamda tapu kütüğünün kilitlenmesinin mevzuatımızda bir dayanağı olduğu söylenebilecektir. İsviçre hukukunda da tapu kütüğünü kilitleyen kararların bulunduğu görülmektedir³⁸. Mevzuat ve İsviçre uygulaması nazara alındığında TMK md.1010 ve 1011’den ileriye gidilebileceği, bunların üzerine bu şekilde çıkılabileceği düşünülmelidir.

“*Davalıdır*” kaydı açısından yapılacak değerlendirme ise daha farklı olmaktadır. Zira yürürlükteki hukuk kuralları arasında - 3402 sayılı Kadastro Kanunu ve bunun alt mevzuatı dışında - hiçbir dayanak bulunmamaktadır. Uygulama, “*davalıdır*” yönündeki ihtiyati tedbir kararı, beyan olarak kaydedilmektedir ve bu şekilde etki de doğurmaktadır. Bunun kabulü ise şerh ve beyanlara ilişkin kuralların ve gerekliliklerin aşılması anlamına gelmektedir. Bizce, eşya hukuku kuralları ile tayin edilen bu gerekliliklerin azami şartlar olarak ele alınması gereklidir. Kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği muhakkaktır. Yukarıda ele alınan Yargıtay kararında “*ihtiyati tedbir*” niteliğinin tanınmaması da bu yönü işaret eder şekilde değerlendirilmelidir. Aksinin kabulü durumunda kimse TMK’nin bu durumlar için tasarladığı şerh veya beyan kurumlarını kullanmayacaktır.

³⁵ Gümüş, s. 101-102; Bilgin Yüce/Özmen, s. 342.

³⁶ Evrim Erişir, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 369.

³⁷ Ali Cem Budak, **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 156.

³⁸ Schmid, s. 2439; Homberger, s. 272-273.

D. “*Davalıdır*” Kaydının Nitelenmesi

Doktrinde *Özbek*, davalıdır şerhini çekişmeli haklar şerhi olarak addetmektedir³⁹. İstinaf Mahkemesi kararlarında da bu yönde nitelendirme yapıldığı görülmektedir⁴⁰. *Gümüş*, beyanlar sütununa yapılan bu kaydın 3402 sayılı Kadastro Kanunu ve bunun alt mevzuatı ile sınırlı uygulama alanına sahip olabileceğini ve diğer “*davalıdır*” kayıtlarının mahkeme kararı ile olsa bile yapılabilmesinin mümkün olmadığını vurgulamaktadır⁴¹. *Peksöz*, bunu yasal dayanağı olmaksızın çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhi yerine geçen bir tapu kaydı olarak nitelenmektedir⁴². *Bilgin Yüce/Özmen*, “*davalıdır şerhi*”nin TMK md.1010/I, b.1 çerçevesinde konulduğunu dile getirmektedir⁴³.

Yukarıda ele alınan Yargıtay kararında “*davalıdır şerhi*”nin tasarruf yetkisini kısıtlamadığının belirtilmesi bizce şerh niteliği olmadığına yapılan bir vurgudur. Karardaki, bu kaydın üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırdığına ilişkin ifade ise bunun geçersiz addedilmediğini işaret etmektedir.

Bu karar, bu yönde bir şerh/beyan konulamayacağını net bir şekilde belirtmemektedir. TMK’nin şerh/beyanlara ilişkin hükümlerini bir noktada anlam-sız kılan bu uygulamanın dayanaksız ve geçersiz olduğu ortaya konulmalı idi. Yargıtay’ın *de facto* yol yerine, kanun ile açık şekilde tayin edilmiş kurumları incelemesi gerekirdi.

Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere “*davalıdır*” kaydı yürürlükteki hukuk kurallarımıza göre dayanaksızdır. Bu bağlamda bizce, olmayan şeyin nitelenmesine de hacet yoktur. Bununla birlikte, yukarıdaki teorik ve teknik açıklamalarımız eşliğinde, çıkarılacak yönetmelik ile beyan vasfı tanınmasının uygun olabileceği belirtilmelidir.

³⁹ *Özbek*, s. 66 vd.

⁴⁰ “*Davalıdır şerhinin yasal dayanağı ise; M.K “tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında” başlığını taşıyan 1010. maddesi olup 1010/ son verilen şerhin taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilmesi amacını taşıdığı...” İstanbul BAM 1HD 22.02.2017 T. 2017/157 E., 2017/115 K.* (Peksöz, s. 541).

⁴¹ *Gümüş*, s. 93.

Yine *Gümüş*, “*davalıdır şerhi*” beyanı ile geçici tescil şerhinin aynı özdeş etkiyi yarattığını belirtmektedir. Bununla birlikte bu kaydın yolsuz olmasını esas alarak üçüncü kişinin iyiniyetinin bertaraf edilmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır. (*Gümüş*, s. 95-96).

⁴² *Peksöz*, s. 542.

Peksöz, “*yasal dayanağı olan şerhler yerine yasal dayanağı bulunmayan, niteliği, hüküm ve sonuçları hakkında yeknesak yargı uygulaması olmayan şerh/beyanın kabul edilmesinde “gereklilik”ten bahsetmek mümkün değildir.*” ifadeleri ile “*davalıdır şerhi*”nin uygulamasının ortadan kaldırılması gerektiğine vurgu yapmaktadır. (*Peksöz*, s. 551-553).

⁴³ *Bilgin Yüce/Özmen*, s. 349.

III. “*DAVALIDIR*” KAYDI TALEP EDİLDİĞİNDE NE YAPILMASI GEREKTİĞİ

“*Davalıdır*” kaydının dayanaktan yoksun/geçersiz olduğunu kabul ettiğimizde, bunun sonradan edinen üçüncü kişinin iyiniyetine etkisi üzerinde kısaca durulmalıdır. Diğer deyişle, tapuya işlenmiş olan bu kaydın dayanaksız olduğunun tespit edilmesinin devire veya geri alınmaya engel teşkil edip etmeyeceği ele alınmalıdır.

Doktrinde, yolsuz “*davalıdır şerhi*”nin tapu siciline güven ilkesinden istifade etmeye vesile olmaması gerektiği ve üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf edemeyeceği ileri sürülmektedir⁴⁴.

“*Davalıdır*” kaydı bir mahkeme kararına dayalı olarak ve ihtiyati tedbir formuna bürünerek konulmaktadır⁴⁵. Taşınmazların iyiniyetle kazanımı için tapudaki kaydın gerçeğe aykırı olması gerekmektedir. Bunun yanında üçüncü kişinin doğrudan tapu kaydının doğruluğu konusundaki güveni esas alınmaktadır⁴⁶. Bizce, “*davalıdır*” kaydının gerçekten derdest bir davaya dayalı gerçek/doğru bir mahkeme kararı olması ve aynı zamanda üçüncü kişiden sadece tapu kaydını araştırıp, incelemesinin beklendiği nazara alındığında üçüncü kişinin iyiniyetine etki etmemesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Davacı tarafından, dayanaksız olduğu tespit edilen “*davalıdır şerhi*” talep edildiğinde ne yapılacağı meselesi bizce mahkemeler tarafından HMK hükümleri esas alınarak çözüme kavuşturulmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 390. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ihtiyati tedbir talep eden tarafın, ihtiyati tedbir türünü açıkça belirtmek yükümlülüğü bulunmaktadır. HMK’nin 31. maddesi ise hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü getirmektedir.

Davacının sorumluluğunda olan talep sonucunun ve dolayısıyla ihtiyati tedbir talebinin açık ve anlaşılır olması gerekliliği, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü ile giderilebilmelidir⁴⁷. Hakimin, bu talebi TMK md.1010 kapsamında değerlendirerek teminat yatırılmasını istemesi durumunda meselenin çözüme kavuşabileceği düşüncesindeyiz.

⁴⁴ Gümüş, s. 95-96.

⁴⁵ Geçici tescil şerhi ile ilgili farklı nitelemeler bulunmaktadır. Ancak bunlarla ilgili baskın görüş de ihtiyati tedbir niteliğini haiz olduğu yönündedir. (Yusuf Can Delipınar, **Geçici Tescil Şerhi**, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022, s. 163 vd.).

⁴⁶ Ahmet Kılıçoğlu, **Medeni Hukuk**, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 139 vd.

⁴⁷ Varol Karaaslan, “**Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasında-ki İlişki**”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 Cilt: 4 Sayı: 2, s. 97-132, s. 121-122; Cemil Simil, “**Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları**”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 Cilt: 6 Özel Sayı 2014, s. 1351-1376, s. 1356.

Bu durumda, hakimin tarafsızlığı ve aydınlatma ödevinin sınırları da nazara alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

SONUÇ

Uygulamada, “*davalıdır şerhi*” olarak anılan ve bir taşınmazla ilgili derdest dava olduğunu gösteren tapu kayıtları hem doktrin hem de mahkeme kararlarında tartışma yaratmaktadır. Bu çalışmada, “*davalıdır şerhi*”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.02.2024 tarihli, 2023/6423 E. ve 2024/1231 K. sayılı tartışmayı gidermeye matuf kararı da esas alınarak Türk Medeni Kanunu hükümleri ve eşya hukuku kuralları çerçevesinde ele alınmıştır.

“*Davalıdır şerhi*”nin işlevi ve doktrinde ne şekilde ele alındığı incelendikten sonra ilk kısımda yer verilen şerhlere ve beyanlara ilişkin açıklamalar ile birlikte değerlendirme yapılmıştır. Bu kaydın özünü teşkil eden, taşınmaz sonradan edinen kişinin iyiniyetini bertaraf etme işlevi, şerhler ve beyanlara uygunluk yönünden değerlendirilmiştir. Bunun neticesinde “*davalıdır*”ın her ne kadar adı şerh olsa da teknik açıdan bir beyan olarak işlevini gösterebileceği tespit edilmiştir.

Teknik açıdan yapılan incelemede ise hem şerh hem de beyanların sınırlı sayı esasına tabi olması üzerinde durulmuştur. Bu açıdan bakıldığında, mevzuatta dayanağı olmayan bir kaydın beyan olarak dahi işlenmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi dairelerinin, “*davalıdır şerhi*” ile ilgili verdiği farklı yönde kararlar üzerine, konu çözüme bağlanmak üzere Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’ne gönderilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 19.02.2024 tarihli, 2023/6423 E. ve 2024/1231 K. sayılı kararı ile bazı tespitler yapmıştır. Ancak “*davalıdır şerhi*”nin niteliği ve daha önemlisi geçerliliği ile ilgili tartışmaları çözüme kavuşturmamıştır.

Maddi hukuk kuralları arasında yer verilen bir kaydın, ihtiyati tedbir formunu alarak uygulamaya geçişi söz konusu olmaktadır. İhtiyati tedbirlere ilişkin hükümler kullanılarak, şerh ve beyanlara ilişkin kuralların ve gerekliliklerin aşılması veya hukuki dayanağı olmayan yeni hukuki müesseseler yaratılması söz konusu olmamalıdır. Aksi takdirde Türk Medeni Kanunu hükümlerinin bir nevi rafa kaldırılması söz konusu olacaktır.

“*Davalıdır*” kaydının dayanaksız olduğu kabul edildikten sonra bizce farklı seçenekler belirmektedir. Bunlardan ilki; uygulamanın bu yönde bir kayda ihtiyacı olduğu kanaati hâsıl olursa bu kaydın dayanağını oluşturmaktır. “*Davalıdır*”ın beyan kaydı olarak işlevini yerine getirebileceği kabul edildiğinde TMK md.1012/II uyarınca yönetmelik çıkarılması ve bunun da beyanlar sütununa yazılabilecek bir kayıt olarak düzenlenmesi mümkündür. Diğer seçenek ise; ihtiyati tedbir talebinin açık, anlaşılır olması gerekliliği ve hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü nazara alınarak bu talebin tasarruf yetkisi kısıtlayan bir şerh olarak değerlendirilmesi ve bundan doğan gerekliliklerin mahkemelerce tamamlattırılması olarak tezahür etmektedir.

KAYNAKÇA

- Bilgin Yüce, Melek /Özmen, Etem Saba, “*Verilen Karar Sonrasında Tapuda Tescil Değişikliği Yaratan Davalarda Verilen (TMK m.1010/b.1 ve TMK m.1011/b.1) Şerhleri ve Sonuçları*”, Ankara Barosu Dergisi, 2022 Sayı: 4, s. 323-361.
- Budak, Ali Cem, *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Çoğalan, Mehmet, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Blockchain*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Delipınar, Yusuf Can, *Geçici Tescil Şerhi*, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2022.
- Doğan, Murat, *Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- Erişir, Evrim, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Ernst, Wolfgang, *Sachenrecht*, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2018.
- Esener, Turhan/Güven, Kudret, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- Gümüş, Mustafa Alper, “*Uygulamada Tapu Kütüğünün veya Kat Mülkiyeti Kütüğünün Beyanlar Sütununa Yapılan ve “Davalıdır Şerhi” Olarak Adlandırılan Kaydın Geçerliliğine İlişkin Bir Değerlendirme*”, Uluslararası Eşya Hukuku Sempozyumu 15-16 Kasım 2019 Makaleler-Tebliğler, s. 83-111, Editörler: İlknur Serdar-Ayşe Fırat Şimşek, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Gündoğdu, Süleyman Burak, *Medeni Yargıda Usul Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi’nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Homburger, Arthur, *Das Sachenrecht*, 2. Auflage, Schultess Verlag, Zürich 1938.
- Karaaslan, Varol, “*Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014 Cilt: 4 Sayı: 2, s. 97-132.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Hukuk*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- Nomer, Haluk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku - Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Özbek, Mustafa Serdar, “*Tapu Kütüğüne Şerh Edilen Çekişmeli Hakların Korunmasına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararlarının Doğurduğu Tasarruf Kısıtlamaları*”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017 Cilt: 3 Sayı:1, s. 65-91.
- Peksöz, Vildan, “*Davalıdır Şerhinin Medenî Usûl Hukuku Bakımından İncelenmesi*”, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023 Cilt: 5 Sayı: 2, s. 535-566.

- Reisoğlu, Safa, **Türk Eşya Hukuku**, 7. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1984.
- Schmid, Jürg, **Bassler Kommentar Zivilgesetzbuch II**, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- Schapp, Jan/Schur, Wolfgang, **Sachenrecht**, 4. Auflage, Franz Vahlen Verlag, München 2010.
- Sirmen, Lale, **Eşya Hukuku**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Tiyek, Fikret Sami/Zengin, Hüseyin Kağan/Topal, Önder, **“Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler”**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2024 Cilt: 14 Sayı: 2, s. 1917-1989.
- Üçer, Abdurrahman, **Tapu Kütüğüne Yapılacak Şerhler ve Hükümleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Ürün Sorumluluğuna İktisap Yeri Hukukunun Uygulanmasının Değerlendirilmesi^(*)

An Assessment of the Applicability of the Law of the Place of Acquisition to Product Liability Under Turkish Private International Law

Arş. Gör. Dr. Aslıhan ÇOBAN^(**)

Öz:

Ürün sorumluluğu, hatalı bir ürün nedeniyle meydana gelen zararlardan, üretici veya tedarik zincirinde yer alan diğer kişilerin, sözleşme dışı ve kusursuz olarak sorumlu tutulmasını ifade eder. Bu tür uyumsuzlukların yabancı unsur içermesi hâlinde, uyumsuzluğa hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Çalışmada, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.36'da yer alan "iktisap yeri" kavramının anlamı ile kapsamı tartışılmaktadır. MÖHUK m.36 uyarınca, ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyumsuzluğa iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için, zarar verenin ürünü rızasıyla o ülkeye sokmadığını ispat edememesi gerekmektedir. "İktisap yeri" kavramı, yalnızca ürünün fiziki satın alma yeriyle sınırlı olarak değil; ürünü iktisap edenin hâkimiyet alanına girdiği yeri de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu yaklaşım, hem mağdurun korunması ilkesine uygunluk sağlamakta hem de hukuki öngörülebilirliği artırmaktadır. Diğer yandan, gerek iktisap yeri kavramına ilişkin ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarının önüne geçilmesi gerek yazılım gibi somut bir varlık üzerinde cisimleşmemiş ürünlerin kişinin hâkimiyeti alanına girdiği yerin kolayca tespit edilebilmesi bakımından "ürünün zarar görenin ilk kez kullanımına sunulduğu yer", ürün sorumluluğuna ilişkin yeni bir bağlama noktası olarak düşünülebilir.

Anahtar Kelimeler:

Ürün Sorumluluğu, Ürün, İktisap Yeri, Uygulanacak Hukuk, MÖHUK.

Abstract:

Product liability refers to the strict, non-contractual liability of the manufacturer or other actors within the supply chain for damage caused by a defective product. In cases involving a foreign element, the question arises as to which

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 05.06.2025 - Makale Kabul Tarihi: 16.07.2025.

Bu makale, "Yapay Zekâ Sistemleri Bakımından Ürün Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: aslihancoban@baskent.edu.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9306-8543>.

country's law is applicable to the dispute. This study discusses the meaning and scope of the term “*place of acquisition*” as regulated in Article 36 of the Code No. 5718 Turkish Private International Law and Procedural Law Act (MÖHUK). Pursuant to Article 36, for the law of the place of acquisition to be applicable in a product liability dispute, the person causing the damage must fail to prove that the product was not introduced into that country with their consent. “*The place of acquisition*” should not be confined solely to the physical point of purchase; rather, the location where the product enters the acquirer's sphere of control should also be considered within this scope. This interpretation aligns with the principle of victim protection and enhances legal predictability. On the other hand, in order to prevent interpretative divergences concerning the concept of the place of acquisition and to facilitate the determination of the place where intangible products such as software enter the individual's sphere of control, “*the place where the product is first made available for use by the injured party*” may be considered as a new connecting factor in the context of product liability.

Keywords:

Product Liability, Product, Place of Acquisition, Applicable Law, MÖHUK.

GİRİŞ

Üreticinin piyasaya sürdüğü hatalı üründen özel hukuk çerçevesindeki sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹. Doktrinde, üreticinin alıcı ile arasında, sözleşme ilişkisinin bulunmasının çok nadir olduğu² ifade edilmekle birlikte, üreticiye karşı sözleşmesel hukuk taleplerinin yöneltilebilmesi için farklı görüşler ileri sürülmüştür³. Bununla beraber, üreticinin sözleşmeden doğan sorumluluğu ayrı bir çalışma konusu yapılacak kadar geniş olduğundan, bu çalışma sadece üreticinin hatalı ürünü nedeniyle sözleşme dışı sorumluluğu ile sınırlı olarak incelenecektir.

¹ **Kaplan**, İ.: “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, *Adalet Dergisi*, C. 68, S. 1-2, 1977, (İmalatçının Sorumluluğu), s. 87; **Kaplan**, İ.: “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 13, S. 1, 1985, (Düşünceler), s. 140; **Kıraç Adır**, E.: *Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 98; **Tarman**, Z. D.: “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 2, 2007, (Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu), s. 300.

² **Çelt**, D. Ö.: “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2021, s. 77; **Havutçu**, A.: *Türk Hukukundaki Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 46; **Kanışlı**, E.: “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 3, 2020, s. 1421; **Tarman**, Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, s. 303; **Ünal**, A./ **Kalkan**, A.: “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 39, 2019, s. 51. Bir ürüne ilişkin satım sözleşmesinde satıcı konumunda bulunan kişi ile üretici kişi aynı kişi olmasa bile, üreticinin garanti taahhüdünde bulunması hâlinde, satım sözleşmesinin tarafı olmayan üreticinin, satım sözleşmesinin tarafı olan alıcıya karşı bulunduğu taahhülle sınırlı olarak sözleşmesel sorumluluğunun bulunacağına ilişkin bkz. **Kıraç Adır**, s. 102, 103; **Özsunay**, E.: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, s. 123, **Aydos**, O. S.: *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 30 vd.

³ Üreticinin sözleşmeden doğan sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler hakkında bkz. **Havutçu**, s. 47; **Kıraç Adır**, s. 99-103; **Kırca**, Ç.: *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 31-34; **Tanrıbilir**, F. B.: *Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğu*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, (Ürün Sorumluluğu), s. 12-15, 20-23, 35-37, 59-61.

Türk literatüründe, üreticinin hatalı ürün nedeniyle sözleşme dışı sorumluluğunun adlandırılmasında “*üreticinin sorumluluğu*”, “*imalâtçının sorumluluğu*”, “*yapımcının sorumluluğu*” ve “*ürün sorumluluğu*” kavramlarının kullanıldığı tespit edilmiştir.

- ⁴ HAVUTÇU, Türk hukukunda TBK m.67’de “*hayvan bulunduranın sorumluluğu*” (BK m.56- “*hayvan tutucusunun sorumluluğu*”) hükmünde yer alan kusursuz sorumluluk türünde, sorumluluğun objesi yerine sorumluluğun süjesini esas alan terim tercih edildiğinden hareketle, üreticinin sorumluluğu kavramının kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. HAVUTÇU, s. 22-23. YAZICI, “*Ürün sorumluluğu*” ile kastedilen anlama eşdeğer olduğunu ifade ederek, “*üreticinin kusursuz sorumluluğu*” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. YAZICI, A. N. M.: *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 103. “*Üreticinin sorumluluğu*” terimini tercih eden diğer çalışmalar için bkz. AKÇURA KARAMAN, T.: *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 9 vd.; KANIŞLI, *Üreticinin Sorumluluğu*, s. 1413 vd.; KARACA, U.: *Yapay Zekânın Haksız Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 85; ÖZ, T.: “*Üreticinin Sorumluluğu*”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2007, s. 2 vd.; SAĞLAM, İ.: 7223 Sayılı *Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’na Göre Üreticinin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 37 vd.; TIRYAKI, B.: “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 2, 2006, s. 229 vd.
- ⁵ YASAN TEPETAŞ, MÖHUK m.36’nın başlığının “*imalâtçının sözleşme dışı sorumluluğu*” olarak kaleme alınması ve hükmün içeriğinde “*imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluk*” ifadesine yer verilmesi nedeniyle “*imalâtçının sorumluluğu*” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. YASAN TEPETAŞ, C.: *İmalâtçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 9-10. “*İmalâtçının sorumluluğu*” terimini kullanmayı tercih eden diğer çalışmalar için bkz. ATABERK, R.: “*İmalâtçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, s. 159 vd.; ATAMER, Y. M./ KURTULAN GÜNER, G.: “*Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalâtçının Sorumluluğu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş müdür?*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 2, 2021, s. 543 vd.; KAPLAN, Düşünceler, s. 137 vd.; KAPLAN, İmalâtçının Sorumluluğu, s. 78 vd.; ÖZEL, S.: “MÖHUK m.36 İmalâtçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirilmesi”, Bilge Tanrıbilir/Gölce Gümüşlü Tunçağıl (ed.), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, 6-8 Aralık 2017*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, (İmalâtçının Sorumluluğu), s. 394 vd.; ÖZTAN, B.: *İmalâtçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982; TARMAN, Türk Hukukunda İmalâtçının Sorumluluğu, s. 299 vd.
- ⁶ “*Yapımcının sorumluluğu*” terimini kullanmayı tercih eden çalışmalar için bkz. ERLÜLE, F.: “*Yapımcının Sorumluluğu*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 4, 2008, s. 303 vd.; ÖZSUNAY, E.: “*Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, s. 97 vd.; SEROZAN, R.: “*Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi*”, *Yasa Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 173/4, 1996, s. 592 vd.; TANDOĞAN, H.: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s. 43.
- ⁷ KIRCA, ürün sorumluluğu ile sadece üreticinin değil, üretim sürecine doğrudan doğruya katılmamakla beraber, ürün dolayısıyla zarar gören kişiye karşı üretici gibi sorumlu olan kişilerin de sorumluluğu bulunduğundan, “*ürün sorumluluğu*” teriminin tercih edilmesi gerektiğini; buna karşılık, üreticinin genel haksız fiil hukukuna göre, ürünün ayıplı olması sebebiyle kusuruyla vermiş olduğu zarardan sorumluluk açısından “*üreticinin sorumluluğu*” teriminin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. KIRCA, s. 2. TANRIBİLİR, Ayıplı üründen sorumlu olanların yapımcı ile sınırlandırılmamış olması nedeniyle “*ürün sorumluluğu*” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. TANRIBİLİR, *Ürün Sorumluluğu*, s. 2. Ürün sorumluluğunun, ürünün ham madde aşamasından satışına kadar ki bütün tedarik zincirindeki süreci kapsayacak şekilde sorumluluk öngördüğünden, üreticinin sorumluluğu kavramından daha geniş ve kapsayıcı olduğuna ilişkin görüş için bkz. AKİPEK, Ş.: “*Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu*”, Sema

Üreticinin sözleşme dışı sorumluluğu terimi, bahsi geçen düzenlemelerde ayrı bir sorumluluk türü olarak düzenlenen ve kusursuz sorumluluk esasına dayanan “ürün sorumluluğu” ile birlikte “genel haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde kusur esasına dayanan üreticinin sorumluluğunu” da kapsayacak şekilde daha geniş bir anlam ifade etmektedir⁸. Bununla beraber bu çalışmada, sorumluluğun süjesini ön plana çıkaran terimler yerine, sorumluluğun objesini ön plana çıkaran “ürün sorumluluğu” teriminin kullanılması tercih edilmiştir. Bunun sebebi, hatalı bir üründen meydana gelen zarardan doğan sözleşme dışı sorumluluk bakımından, sadece üretici sıfatını haiz kişilerin değil, dağıtıcı ve ithalatçı gibi tedarik zincirinde yer alan diğer kişilerin de sorumluluğunun bulunmasıdır⁹.

Ürün sorumluluğu konusunda çeşitli ülkelerin iç hukuklarında mağduru korumak amacı ile getirilen farklı hukuki düzenlemeler bulunmaktadır¹⁰. Avrupa Birliği Hukuku’nda üye devletlerin ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerini yeknesaklaştırmak ve tek pazar sağlamak amacıyla Avrupa Ekonomi Topluluğu tarafından 1985 yılında 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu Direktifi¹¹ kabul

Güleç Uçakhan/ Necdet Basa (ed.), *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, C. 2, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 24. Aynı doğrultuda bkz. **Büyüktanır Özcan**, B. G.: “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevî Zararların Tazmini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 3, 2018, s. 495. “Ürün sorumluluğu” terimini kullanmayı tercih eden diğer çalışmalar için bkz. **Çelt**, s. 75 vd.; **Oral**, T.: *Otonom ve Otomatik İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 169 vd.; **Ünal/Kalkan**, s. 45 vd.; **Sanlı**, K. C.: “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi”, Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal (ed.), *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları - I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 57 vd.; **Sirmen**, L.: “Ürün Sorumluluğu”, M. Tufan Ögüz/ Kerem Öz (ed.), *Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı (Tam Metinler)*, 23-24 Haziran 2022, Antalya, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 63 vd.

⁸ Üreticinin sorumluluğunun, Alman hukukunda benimsenen ayrıma riayet edilerek yapılan, “genel haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde kusur esasına dayanan üreticinin sorumluluğu” ile ayrı bir sorumluluk türü olarak düzenlenen ve “kusursuz sorumluluk esasına dayanan ürün sorumluluğu” ayrımı doğrultusunda ele alınması gerektiği, bu nedenle üründeki hatadan kaynaklanan ve kusursuz sorumluluk esasına dayanan sorumluluğun “ürün sorumluluğu” olarak isimlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Çelt**, dn. 65, s. 85; **Gayretli Aydın**, S.: *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 166-167; **Kıraç Adır**, s. 98, 103; **Okur**, S.: *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukukî Sorumluluk - Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 241. Genel haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde kusur esasına dayanan üreticinin sorumluluğuna ilişkin bkz. **Hekim**, A./ **Özdemir**, O.: “Sigara Üreticisinin Sorumluluğu”, Başak Baysal (ed.), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 181-194; **Kıraç Adır**, s. 258-285.

⁹ Aynı yönde bkz. **Gayretli Aydın**, s. 166.

¹⁰ **Tarman**, Z. D.: “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Ürün Sorumluluğu”, *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları - I*, Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 263-290, (Ürün Sorumluluğu), s. 266.

¹¹ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, OJ L 210, 7.8.1985, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1985/374/oj/eng>, ET: 30.04.2025.

edilmiştir. Bu Direktif, ABD hukukunda benimsenen ürün sorumluluğundan esinlenerek hazırlanmıştır¹². Ancak 1985 tarihli hâlen yürürlükte bulunan Ürün Sorumluluğu Direktifi, giderek artan dijital, döngüsel ve küresel ekonomi açısından bazı boşlukları doldurmakta yetersiz kalmıştır¹³. Bu ihtiyaçlar doğrultusunda hazırlanan 2024/2853 sayılı yeni Ürün Sorumluluğu Direktifi¹⁴ 09 Aralık 2024 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Türk hukukunda ilk kez ürün sorumluluğunun yasal bir düzenlenmede kendine yer bulması, Avrupa Birliği'ndeki gelişmelere uyum sağlamak amacıyla 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un¹⁵ (4077 sayılı mülga TKHK) 4. maddesinde değişikliğe gidilerek¹⁶ sağlanmıştır¹⁷. Bu değişikliğin akabinde, 25137 sayılı Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk

¹² **Gayretli Aydın**, s. 178.

¹³ **Montagnani**, M. L./ **Najjar**, M.C./ **Davola A.**: "EU Regulatory Approach(es) to AI Liability, and Its Application to the Financial Services Market", *Computer Law & Security Review*, C. 53, 2024, s. 11.

¹⁴ Directive (EU) 2024/2853 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2024 on liability for defective products and repealing Council Directive 85/374/EEC (Text with EEA relevance), OJ L, 2024/2853, 18.11.2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/2853/oj/eng>, ET: 30.04.2025.

¹⁵ RG: 08.03.1995-22221.

¹⁶ 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 14.03.2003-25048.

¹⁷ **Akçura Karaman**, s. 47; **Gayretli Aydın**, s. 185; **Keser**, Y.: *Ürün Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 25; **Kurtulan Güner**, s. 546; **Kırca**, s. 85-86; **Tanrıbilir**, *Ürün Sorumluluğu*, s. 66; **Yasan Tepetaş**, s. 26. Türk hukukundaki ürün sorumluluğuna ilişkin ilk özel düzenlemenin mülga 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (RG: 11.07.2001-24459) m.5(3) ile getirildiğine ilişkin doktrindeki azınlık görüş için bkz. **Oğuzman**, K./ **Öz**, T.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 227-229; **Zevkliler**, A./ **Aydoğdu**, M.: *Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 89 vd. 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğünden önceki dönemde, üreticinin sorumluluğu, haksız fiil temelli olduğundan 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümleri çerçevesinde ele alınmıştır. Bkz. **Akçura Karaman**, s. 47; **Aydos**, s. 95; **Havutçu**, s. 57; **Kırca**, s. 41; **Öztan**, s. 79. Ayrıca bkz. Yargıtay, HGK, 27.11.1996, E. 4-588, K. 831, <https://kazanci.com.tr/>, ET: 17.09.2023. Yargıtay'ın meseleyi üçüncü kişilerle üretici arasında sözleşmenin koruma alanının genişlemesinden kaynaklanan bir sözleşme ilişkisine dayandırdığı kararı için bkz. Y. HGK, 06.05.1992, E. 13-213, K. 315, <https://www.lexpera.com.tr/>, ET: 17.09.2023. Bu dönemde Türk hukukunda, ürün sorumluluğun hakkında örtülü bir boşluk bulunduğuyla ilişkin bkz. **Özsunay**, s. 142.

4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4'te değişikliğe gidilmeden önce, anılan hükümde, üreticinin, ithalâtçının, satıcının, bayinin ve acentenin ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan tüketiciye karşı sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Doktrinde bu hüküm, kurallın işlerlik kazanabilmesi için önce sözleşme ilişkisinin tarafı olan satının sorumluluğunun tespit edilmesi gerektiği, hükümde düzenlenen sorumluluğun kusura dayalı bir sorumluluk olduğu; bu nedenle üreticinin veya ithalâtçının müteselsil sorumluluğunun kusursuz bir sorumluluk olmadığına ilişkin hükme getirilen eleştiriler için bkz. **Serozan**, s. 590-593.

Değişiklikle birlikte, 4077 sayılı mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4(2)'nin 4. cümlesi "Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalâtçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir.

Hakkında Yönetmelik¹⁸ (Ayıplı Mal Yönetmeliği) yayımlanmıştır. Sonrasında 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da¹⁹ (6502 sayılı TKHK) ise, ürün sorumluluğuna yer verilmemiştir²⁰. Türk hukukunda en son gelişme olarak 2021 tarihli 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nda²¹ (ÜGTDK) ürün sorumluluğu, ürün güvenliğine ilişkin hükümlerle bir arada düzenlemiştir.

ÜGTDK'nın 6. maddesinde “ürün sorumluluğu tazminatı” başlığı altında, ürün sorumluluğu düzenlenmiştir:

“MADDE 6 - (1) Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür.

(2) İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur.

(3) Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar.

(4) İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür.

(5) Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddî ve manevî tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

(6) Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır.

(7) Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”

ÜGTDK m.6 çerçevesinde, ürün sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, kanun koyucu tarafından ürünün uygunsuz olması (hatalı ürün) ve hatalı ürün ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması yeterli görülmüştür. Başka bir ifadeyle, sorumluluğu söz konusu olacak üretici veya ithalatçı ile zara-

¹⁸ RG: 13.06.2003-25137.

¹⁹ RG: 07.11.2023-28835.

²⁰ 5702 sayılı TKHK, kendinden önce yürürlüğe giren 4077 sayılı TKHK ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Ayıplı Mal Yönetmeliğini yürürlükten kaldırmıştır. Bu nedenle, 5702 sayılı TKHK'nın yürürlüğe girdiği dönemden 7223 sayılı Ürün Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girdiği döneme kadarki süreçte, üreticinin sorumluluğu meselelerinin çözümü, haksız fiillerle ilişkin genel hükümler çerçevesinde ele alınmıştır. **Ünal/ Kalkan**, s. 61.

²¹ RG: 05/03/2020-31066.

ra uğrayan kişi arasında sözleşme ilişkisinin varlığı aranmadığı gibi, üretici veya ithalâtçının kusurlu olması şartı da aranmamıştır. Bu çerçevede ürün sorumluluğu kavramından anlaşılması gereken, üreticinin ve ürünün tedarik zincirinde yer alan diğer kişilerin, hatalı ürünleri sebebiyle zarar görenler karşısında sözleşme dışı ve kusursuz olarak sorumlu tutulmasıdır²². Böylece sorumluluğu bulunan kişi, kusurunun bulunmadığını ispat etse bile sorumluluktan kurtulamayacaktır²³.

Yabancılik unsuru içeren ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ise yetkili Türk mahkemesinde görülen uyuşmazlıklara Türk hukuku uyarınca ÜGTDK'nın mı yoksa yabancı bir ülke hukukunun mu uygulanacağı 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²⁴ m.36 uyarınca tespit edilir. Bu çalışmada, MÖHUK m.36 uyarınca ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuktan kısaca bahsedildikten sonra, esas olarak m.36 uyarınca bir ürünün "iktisap yeri" olarak nerenin anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. ÜRÜN SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIĞIN MÖHUK'UN UYGULAMA ALANINA GİRMESİ

Ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlığın milletlerarası özel hukuku ilgilendirebilmesi için, somut uyuşmazlığın özel hukuk ilişkisi niteliğinde bulunması ve yabancılik unsuru ihtiva etmesi gerekmektedir²⁵. Zira, MÖHUK'un uygulama alanının belirlendiği 1. maddede açıkça, yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu kanunla düzenlendiği belirtilmiştir.

Bir uyuşmazlığın kamu hukuku ve özel hukuk ayrımı çerçevesinde vasıflandırılması ise, uyuşmazlığa bakan mahkemenin ele alması gereken bir vasıf ihtilafı

²² 2020 tarihli 7223 sayılı ÜGTDK çerçevesinde düzenlenen ürün sorumluluğunun sözleşme dışı bir kusursuz sorumluluk türü olduğuna ilişkin genel kabul bulunmaktadır. Bkz. **Atamer/ Kurtulan Güner**, s. 558-559; **Çelt**, s. 106; **Kanıslı**, s. 1443; **Keser**, s. 100; **Kıraç Adır**, s. 104; **Ünal/ Kalikan**, s. 52; **Yasan Tepetaş**, s. 40. 7223 sayılı ÜGTDK çerçevesinde düzenlenen ürün sorumluluğunun kusursuz sorumluluk türlerinden ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olduğuna ilişkin bkz. **Gayretli Aydın**, s. 198-199; **Keser**, s. 94; **Yasan Tepetaş**, s. 40. 7223 sayılı ÜGTDK'nda ürün sorumluluğunun, regülasyon ile belirlenen kusur sorumluluğu niteliğinde düzenlendiğine ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. **Sanlı, K. C.**: "Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi", Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal (ed.), *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları - I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 57 vd. Kusursuz sorumluluk olarak öngörülen bu sorumluluk tarzının, olağan sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunun unsurlarını bir arada bulundurduğuna ilişkin bkz. **Havutçu**, s. 100-101. Ürün sorumluluğunun, tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmesinin bilim ve adalet duygusuna daha uygun olduğuna ilişkin bkz. **Özcan**, s. 282.

²³ **Yasadan Tepetaş**, s. 36.

²⁴ RG: 27/11/2007-5718.

²⁵ **Yasan Tepetaş**, s. 146.

olarak kabul edilmektedir²⁶. Doktrinde, bu problemin mahkemenin hukuku (*lex fori*) uyarınca çözüleceği ifade edilmiştir²⁷. Buna göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık, mahkemenin bağlı olduğu hukuk düzeninin benimsediği kategoriler içinde sınıflandırılmalıdır²⁸. Bu açıdan örneğin, mahkemenin hukuku olan Türk hukukuna göre bir ürünün yabancı üreticisine, ürün güvenliği kurallarına aykırı davrandığı için idarî makamlar tarafından para cezası veya diğer yaptırımlar uygulanması kamu hukukuna dayandığından MÖHUK'un uygulama alanına girmektedir²⁹.

MÖHUK m.1'de ifade edilen yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği, MÖHUK'ta ayrıca tespit edilmemiştir. Yabancılık unsuru, mahkemesine başvurulacak ülke hukuku dışında, diğer bir ülke hukuku veya hukukları ile olan bağlantıdır. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlık konusu hukukî olay ya da ilişkinin birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı olması, yabancılık unsurunun varlığı için yeterlidir³⁰.

Ürün sorumluluğu özelinde yabancılık unsuruna gelince, milletlerarası ticaretin gelişmesi ve dolaşımın artması, modern üretim ve internet üzerinden pazarlama gibi kolaylaştırıcı teknikler sayesinde, bir ürünün kendisinin veya tamamlayıcı parçalarının birden fazla devlet içinde üretimi, dağıtımı ve satışı sıklıkla söz konusu olmaktadır. Tüm bu etkenler, ürün sorumluluğuna ilişkin bir

²⁶ **Dardağan Kibar**, E.: *Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s. 109.

²⁷ **Dardağan Kibar**, s. 110; **Yasan Tepetaş**, s. 147.

²⁸ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı çerçevesinde yapılacak vasıflandırmada, mahkemenin hukukunun kabul edilen kavramlarından hareket edilmesiyle beraber, yabancı kural veya kurumun, karşılaştırma yapmak amacıyla yabancı bağlam içinde incelenmesinin de uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. **Dardağan Kibar**, s. 110-111.

²⁹ 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu m.20'de idari para cezası düzenlenmiştir. İlaç üreticisinin cezaî sorumluluğuna ilişkin bir çalışma için bkz. **Aşkın**, U.: "İlaç Üreticisinin Cezaî Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 57, 2024, ss. 115-140.

³⁰ Yabancılık unsuruna ilişkin açıklamalar için bkz. **Akıncı**, Z.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 5; **Aybay**, R./ **Dardağan**, E.: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 7-10; **Aygün**, M.: "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, C. 16, S. 0, 2015, s. 1029; **Çelikel**, A./ **Erdem**, B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul, 2024, s. 5; **Çörtoğlu Koca**, S.: *Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 77; **Doğan**, V./ **Yılmaz**, A. Ç./ **Ayhan İzmirli**, L.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2024, s. 6, 191; **Eksi**, N.: "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 4. **Erten**, R.: *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 249; **Güngör**, G.: *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025, s. 31; **Nomer**, E.: *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 5; **Şanlı**, C./ **Esen**, E./ **Ataman-Figanmeşe**, İ.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 5; **Tekinalp**, **Tekinalp**, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 20; **Uluocak**, N.: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları-Sözleşmeler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 3-4.

uyuşmazlığı yabancılik unsuru taşıyan bir ilişki hâline getirmektedir³¹. Sorumluluğun süjelerinin veya zarar görenin yerleşim yeri, işyeri veya mutad meskeninin başka ülkede bulunması; ürünün iktisap yeri ve zararın gerçekleştiği yerin farklı ülkelerde bulunması hâlinde yabancılik unsurunun varlığı kabul edilmektedir³². Ürünün üretildiği veya tasarlandığı ülkeden başka bir ülkede piyasaya sürülmesi durumunda da piyasaya sürüldüğü yer unsurunun, hukukî ilişkiyi yabancı unsurlu hâle getireceği söylenebilir. Örneğin, Japonya merkezli bir teknoloji şirketi tarafından geliştirilen bir dizüstü bilgisayar, Türkiye'ye ihraç edilerek orada satışa sunulduğunu varsayalım. Türkiye'deki bir tüketici, bu bilgisayarda yer alan bir batarya hatası nedeniyle yangın çıkması sonucu zarar görmüştür. Dolayısıyla, ürünün üretildiği ülkeden başka bir ülkede piyasaya sürülmesi hukukî ilişkiyi yabancı unsurlu duruma getirmiştir.

II. ÜRÜN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

MÖHUK m.36, *“imalâtçının sözleşme dışı sorumluluğu”* başlığı altında, *“imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir”* şeklinde kaleme alınmıştır.

MÖHUK m.36'da, zarar görene hükümde sayılan bağlama noktaları ile sınırlı olmak üzere uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tercih etme imkânının tanındığı bir bağlama kuralı öngörülmüştür. Böylece, m.36'daki bağlama kuralının katı yapısına, sınırlı bir esneklik getirilmiştir³³. Diğer yandan, kanun koyucu, zarar gö-

³¹ **Graziano**, T. K.: “The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 54, S. 2, 2005, s. 476; **Kaye**, P.: *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1991, s. 108-109; **Kühne**, s. 1; **Tanrıbilir**, F. B.: “Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2009, (Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış), s. 270; İthalâtçı veya dağıtıcının yeterli malvarlığı bulunmadığında, zarar görenin zararının tazmini için bu kişilere başvurusunun bir sonuç getirmeyeceğinden dolayı, yabancı ülkedeki üreticiye başvurusunun bir zorunluluk olacağı ve bu zorunluluğun uyumsuzluğu milletlerarası özel hukukun kapsamına sokacağına ilişkin bkz. **Yasan Tepetaş**, s. 161-162.

³² **Özel**, S.: “Milletlerarası Özel Hukukta İmalâtçının Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan*, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, (Milletlerarası Özel Hukukta İmalâtçı), s. 74; **Tanrıbilir**, Ürün Sorumluluğu, s. 74; **Tanrıbilir**, Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, s. 270; **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 268-269; **Yasan Tepetaş**, s. 162.

³³ Aynı yönde bkz. **Cappiello**, B.: *AI-systems and Non-contractual Liability a European Private International Law Analysis*, Giappichelli, Torino, 2022, s. 39.

rene uygulanacak hukuku tercih hakkı tanıyan bir hüküm öngörerek, hükümdeki bağlama noktasının işaret ettiği ülkelerin maddî hukuklarının içeriğinin dikkate alınmasına dolaylı olarak izin vermektedir³⁴.

Bununla beraber, m.36'daki bağlama kuralının esnekliği oldukça sınırlıdır. Zira, kuralda, zarar görenin seçtiği ülke hukuku dışında bir hukukun somut uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili bir ülkenin bulunması hâlinde, bu ülke hukukunun uygulanmasına imkân tanıyacak bir istisna kuralına yer verilmemiş veya m.34(3)'te yer alan istisna kuralına göndermede bulunulmamıştır³⁵.

MÖHUK m.36'nın kapsamına giren konular, hükümde ayrıca düzenlenmemiştir. Doktrinde, uygulanacak hukukun kapsamına, sorumluluğun şartları ve kapsamı; sorumluluğun sınırları; zararın türü ve içeriği; sorumluluktan kurtuluş sebepleri; mirasçılar³⁶ dâhil olmak üzere tazminat hakkına sahip olan kişiler; tazminatın türü ve miktarı; ürünün hatalı olup olmadığı; ispat yükü; zamanaşımı ve hak düşürücü süreye ilişkin hususların girdiği kabul edilmektedir³⁷. Diğer yandan, geçici koruma tedbirlerinin usul hukukuna ilişkin meseleler olması nedeniyle, *lex fori*'ye tâbi olması gerektiğine ilişkin doktrinde yer alan görüş doğrultusunda³⁸, yabancı unsurlu ürün sorumluluğuna ilişkin yetkili Türk mahkemesinde görülen bir davada, geçici koruma tedbirlerine ilişkin taleplere Türk hukuku uygulanmalıdır³⁹.

A. Zarar Görene Tercih Hakkı Tanınması

MÖHUK m.36 uyarınca imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk, mehzat İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hu-

³⁴ Aynı yönde yapılan değerlendirme için bkz. **Symeonides**, S. C.: "Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity", *The American Journal of Comparative Law*, C. 56, S. 1, 2008, (Rome II), s. 182.

³⁵ Kanunlar ihtilâfına ilişkin bir düzenlemede kriterleri benimsemek esneklik yaklaşımının bir göstergesidir. Bkz. **Kozyris**, P. J.: "Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides Missed Opportunity", *The American Journal of Comparative Law*, C. 56, S. 2, 2008, s. 482; **Symeonides**, Rome II, s. 180. Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine dair genel bağlama kuralının düzenlendiği MÖHUK m.24(4)'ün değerlendirilmesine ilişkin, daha sıkı ilişkili hukuk kuralının varlığının objektif bağlama kurallarına karine özelliği kazandırdığı ve bu yaklaşımla, objektif bağlama kurallarının katı, kesin, mekanik değil, esnek ve kesin olmayan özellikte kaleme alındığına ilişkin bkz. **Güngör**, s. 195.

³⁶ Kimlerin mirasçı olduğunun tespitinin mirasçılık statüsü uyarınca belirleneceğine ilişkin bkz. **Turhan**, T.: *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, *Kadıoğlu Matbaası*, Ankara, 1989, s. 270-271.

³⁷ **Çalışkan**, Y.: *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 208; **Yasan Tepetaş**, s. 318-319. Zarar görenin, zararın tazminine ilişkin doğrudan zarar veren kişinin sigortacısına başvurma hakkının bulunup bulunmadığının uygulanacak hukuk uyarınca tespit edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Eksi**, N.: *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 51; **Turhan**, s. 275-276.

³⁸ **Çelik/ Erdem**, s. 513; **Nomer**, s. 265; **Uluocak**, s. 64-65.

³⁹ Aynı yönde bkz. **Yasan Tepetaş**, s. 320-321.

kuk Kanunu⁴⁰ (İsv.MÖHUK) m.135'e paralel olarak⁴¹ zarar görene tanınan tercih yetkisi uyarınca tespit edilecektir⁴². Zarar görene tanınan tercih hakkı ile hukuk seçimi birbirlerinden farklıdır⁴³. Hukuk seçimi, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradesinin bulunduğu bir sözleşme sonucu uygulanacak hukuku belirlerken, zarar görene tanınan tercih hakkında bir irade uyuşması söz konusu olmayıp, zarar gören tek taraflı olarak kanun koyucunun tahdidi olarak belirttiği hukuklardan birini seçmesi mevzubahistir⁴⁴. Bu noktada zarar görene bir üstünlük tanınmış olup; zarar gören kişi, zarar verenin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuklarının arasından birini tercih ederek, kendisi lehine çözüm sunan ülke hukukunun uygulanmasını sağlayabilir⁴⁵. Bu nedenle hükmün, zarar göreni koruma gayesiyle hareket edilerek düzenlendiği kabul görmektedir⁴⁶.

Diğer yandan, iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin ürünün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekmektedir-

⁴⁰ Kanunun Fransızca metni için bkz. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), du 18 décembre 1987, RO 1988 1776, <https://www.fedlex.admin.ch/>, ET: 17.10.2024; Kanunun Almanca metni için bkz. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, vom (LDIP), 18. Dezember 1987, AS 1988 1776, <https://www.fedlex.admin.ch/>, ET: 17.10.2024. Kanunun İtalyanca metni için bkz. Legge federale sul diritto internazionale privato, del 18 dicembre 1987, RU 1988 1776, <https://www.fedlex.admin.ch/>, ET: 17.10.2024.

⁴¹ **Tanrıbilir**, F. B.: "Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, (Roma II), s. 136; **Tarman**, Z. D.: "The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations under Turkish Private International Law", *Nederland Internationaal Privaatrecht*, 2009/1, (The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations), s. 22.

⁴² **Güngör**, s. 237; Zarar görene tek taraflı olarak kanunda önceden belirlenmiş ve sınırlı olarak sayılmış alternatif hukuklar arasından tercihte bulunarak uygulanacak hukuku tayin hakkı verildiğine ilişkin bkz. **Yasan Tepetaş**, s. 256. Zarar görene kanunda sayılan hukuklar arasından bir seçim hakkı/imkânı verildiğine ilişkin bkz. **Aybay/ Dardağan**, s. 282; **Çelikel/Erdem**, s. 485; **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 278; **Tekinalp**, s. 368. Zarar görene tanınan bu tercih hakkına zarar görenin iradesine bağlı kısmi hukuk seçimi imkânı olarak değerlendiren görüş için bkz. **Doğan/ Yılmaz/ Ayhan İzmirli**, s. 448; **Nomer**, s. 368. MÖHUK m.36 ile davacıya tek taraflı hukuk seçimi imkânı tanındığı ve bu seçimle zarar görenin belirtilen hukuklar arasında bir tercihte bulunacağına ilişkin bkz. **Özel**, S. et al.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 516. **Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe**, s. 351. Zarar verene sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanındığına ilişkin bkz. **Çalışan**, s. 307, **Tanrıbilir**, Roma II, s. 136; **Tarman**, The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations, s. 22.

Uygulanacak hukuka ilişkin zarar görene tercih hakkının tanınmasının zarar gören lehine olan ayırmıcılık olduğu ilişkin bkz. **Bogdan**, M.: "The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II", John Ahern / Binchy William (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 220..

⁴³ **Çalışkan**, s. 307; **Güngör**, s. 237; **Tiryakioğlu**, B.: "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Korunmasına Uygulanacak Hukuk", *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 213.

⁴⁴ **Çalışkan**, 307; **Çelikel/ Erdem**, s. 485; **Güngör**, s. 237; **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 278.

⁴⁵ **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 278.

⁴⁶ **Şanlı/ Esen/Ataman Fıganmeşe**, s. 351.

dir. Dolayısıyla, her ne kadar tercih hakkının zarar görenin yararına düzenlendiği kabul edilse de zarar verene seçilen hukukun uygulanmasını engelleyebilecek bu savunma imkânının, davalı ile davacı arasında bir denge kurduğu ve hukukî belirsizliği önlediği kabul edilmektedir⁴⁷. Böylece, zarar görenin önceden tahmin edemediği bir hukukun uygulanmasının önüne geçilmektedir⁴⁸.

MÖHUK m.36 uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde zarar görene tercih hakkı tanınmasını doktrinde eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Bir eleştiriye göre, mağdura farklı ülkelerin hukukları arasında seçim yapma hakkı vermenin en olumsuz tarafı, yabancı ülkelerdeki üreticileri, ürünün pazarlandığı ve iktisap edildiği ülkedeki yerli rakiplerine kıyasla dezavantajlı duruma düşürecek olmasıdır. Yabancı üreticiler, zarar görenin tercihinin bağlı olarak, daha fazla ülkenin hukukuna tâbi olurken, ürünün pazarlandığı ülkede yerleşik olan rakiplerin yalnızca bulunduğu pazarın standartlarına tâbi olması yeterli olacaktır. Bu çözüm, pazar yerinde yerleşik aktörlere kıyasla sınır ötesi aktörlere daha ağır bir yük getirmekte ve aktörlerin bu düzenlemeyi benimsemiş ülkelere pazarlama yapması konusunda önyargı oluşturmaktadır⁴⁹. Diğer bir eleştiri ise kuralın hukukî kesinliği sağlamadığı ve uygulanma kabiliyetinin olmadığına ilişkindir⁵⁰. İsviçre düzenlemesini esas alan MÖHUK m.36, Türk ve İsviçre toplumlarının aynı sosyo-ekonomik düzeyde olmamasından dolayı da eleştirilmektedir⁵¹. Zira, hükmün tercih edebileceği hukuklar bakımından davacıya araştırma külfeti getireceği ve bu durumun onun için masraflı olacağı da bir diğer eleştiri konusu olmuştur⁵².

B. Zarar Görenin Tercih Edebileceği Hukuklar

MÖHUK m.36'da, zarar görenin tercih hakkı "*zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Mehaz İsv.MÖHUK m.135'te ise bu hak "*... zarar görenin seçimine göre: zarar verenin işyeri hukuku*

⁴⁷ **Özel**, Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçı, s. 921-922; **Özel**, S.: "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, (Uygulanacak Hukuk), s. 223; **Tanrıbilir**, Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, s. 282; **Tekinalp**, s. 368.

⁴⁸ **Tarman**, Z. D.: "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 73, 2007, (İmalatçının Sorumluluğu), s. 42.

⁴⁹ **Bogdan**, M./ **Hellner**, M.: "Article 7", Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Commentary*, Volume III, Rome II Regulation, Sellier European Law Publishers, Köln, 2019, s. 295; **Graziano**, s. 73; **Tarman**, s. 43.

⁵⁰ **Tanrıbilir**, Roma II, s. 136.

⁵¹ **Özel** et al., s. 518.

⁵² **Özel** et al., s. 519; **Tanrıbilir**, Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, 283; **Tanrıbilir**, Roma II, s. 137.

veya işyeri hukukunun *bulunmaması hâlinde zarar verenin mutad mesken hukuku, ya da ... iktisap edildiği ülke hukuku*" şeklinde kaleme alınmıştır. MÖHUK m.36'nın mehz İsv.MÖHUK m.135'ten farklı kaleme alınması nedeniyle doktrinde, zarar görenin tercih hakkının kaç farklı hukukla sınırlı olduğuna ilişkin görüş farklılığı bulunmaktadır. Mehz İsv.MÖHUK m.135'teki hükmü dikkate alan görüş, MÖHUK m.36'nın da İsviçre düzenlemesinin esas alınarak okunması gerektiğini, bu çerçevede m 36'daki tercih hakkının zarar verenin işyeri, bulunmadığı takdirde mutad mesken hukuku ile ürünün iktisap edildiği yer hukuku olmak üzere iki hukukla sınırlı olduğunu savunmaktadır⁵³. Bu görüş uyarınca, zarar veren, tüzel kişiliğe sahip bir şirket ya da tüzel kişiliği bulunmayan bir işletme ise, zarar gören sadece zarar verenin işyeri hukuku ile iktisap yeri hukuku arasında bir tercihte bulunabilecektir. Zarar görenin gerçek bir kişi olduğu ihtimalde, işyeri hukuku varsa, zarar görenin tercih hakkı yine yalnızca zarar verenin işyeri hukuku ile iktisap yeri hukuku ile sınırlı olacaktır. Zarar görenin gerçek bir kişi olmasına karşın işyerinin bulunmadığı durumda ise, zarar gören tercih hakkını zarar verenin mutad meskeni veya ürünün iktisap yeri hukuklarından birini seçerek kullanabilecektir⁵⁴. Doktrindeki aksi yöndeki görüş ise, İsviçre düzenlemesine ilişkin herhangi bir tartışmaya girmeden, MÖHUK m.36'da düzenlenen zarar verenin tercih hakkının, zarar verenin işyeri veya zarar verenin mutad meskeni ya da ürünün iktisap edildiği yer hukuku olmak üzere alternatif üç hukuk olduğunu ifade etmiştir⁵⁵.

Kanaatimizce, Türk kanun koyucusu mehz İsviçre MÖHUK m.135 hükmüne büyük oranda paralel bir düzenleme yapmak istemesine karşın, m.36'yı bazı değişiklikler yaparak kaleme almıştır. Bu doğrultuda, mehz İsv.MÖHUK m.135'teki "*zarar verenin işyeri, bulunmaması hâlinde mutad mesken hukuku*" ifadesini, MÖHUK m.36'ya "*zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku*" olarak aktarması bilinçli bir tercihtir. Zira, Türk kanun koyucu tercih hakkını iki hukukla sınırlandırmak isteseydi, mehz İsv.MÖHUK m.135'teki oldukça

⁵³ **Özel**, Uygulanacak Hukuk, s. 222; **Özel et al.**, s. 517; **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 279-280; **Yasan Tepetaş**, s. 273. MÖHUK m.36'da davalının ikametgâhı ve ürünün edinme yeri bağlama noktalarının kullanıldığına ilişkin bkz. **Tanrıbilir**, Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, s. 282.

⁵⁴ **Güner**, s. 259; **Yasan Tepetaş**, s. 271-273. Zarar veren gerçek kişiye onun mutad mesken hukuku; zarar veren tacir, tüzel kişiliğe sahip bir ticarî şirket ya da tüzel kişiliği bulunmayan bir işletme ise, bu kişilerin mutad meskeni değil, işyeri hukukunun tercih hakkına konu olabileceğine ilişkin bkz. **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 279-280.

⁵⁵ **Çelikel/ Erdem**, s. 485. Zarar verenin, mamulün, iktisap edildiği ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat ettiği ihtimalinde, zarar görenin sadece zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukukundan birini seçebileceğini ifade ederek, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukukunu tercih hakkının kullanılabilmesi için iki farklı seçenek olarak değerlendiren görüş için bkz. **Güngör**, s. 237.

anlaşılır şekilde kaleme alınmış “*bulunmaması hâlinde*” ifadesini, “*veya*” gibi alternatif anlam sunacak bir bağlaçla kaleme almayı tercih etmeyeceği düşüncesindeyiz. Ayrıca, MÖHUK m.36’nın zarar göreni koruma gayesiyle kaleme alındığı düşüncesinden hareketle, zarar verenin hem işyerinin hem de mutad meskeninin olduğu ve bu iki yerin farklı ülkelerde bulunduğu ihtimalinde, zarar görenin tercih hakkını sadece zarar verenin işyeri hukuku veya iktisap yeri hukuku ile sınırlandırmak maddenin amacına da aykırı bir yorum olacaktır. Keza, bu ihtimalde, zarar görenin menfaatlerini en iyi koruyan hukuk, zarar verenin mutad mesken hukuku da olabilir. Açıkladığımız bu nedenlerden dolayı, zarar görene tanınan tercih hakkının sadece iki hukukla sınırlı olduğu görüşüne katılmamaktayız. MÖHUK m.36 uyarınca, zarar gören tercih hakkını, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen ürünün iktisap edildiği yer hukuku olarak kaleme alınan üç farklı alternatiften birini seçerek kullanabilecektir.

MÖHUK m.36’da veya MÖHUK’un diğer hükümlerinde, mutad mesken, işyeri ve iktisap yeri kavramları tanımlanmamıştır. Bağlama noktasının yorumu konusunda bağlama kuralının ait olduğu hukukun kuralda yer alan irtibata yüklediği anlamın kabul göreceği görüşünü benimsendiğimizden⁵⁶, MÖHUK m.36’da yer verilen bağlama noktalarının yorumlanmasında da Türk hukukunda verilen anlamlar dikkate alınacaktır. Çalışmamızı ürünün iktisap edildiği yer ile sınırlandırdığımızdan, çalışmanın bundan sonraki kısmında, “*iktisap yeri*” kavramına verilen anlam ve ürün sorumluluğuna iktisap yeri hukukunun uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

III. ZARAR GÖRENİN TERCİH EDEBİLECEĞİ BİR HUKUK OLARAK “İMAL EDİLEN ŞEYİN İKTİSAP EDİLDİĞİ ÜLKE HUKUKU”

A. İktisap Yerinin Tespiti

1. Genel Olarak

MÖHUK m.36 uyarınca, zarar görenin tercihte bulunabileceği bir diğer hukuk, zarar verenin, ürünü o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispatlayamaması şartıyla, iktisap yeri hukukudur. MÖHUK m.36 uyarınca iktisap yeri olarak verilen bağlama noktasından ne anlaşılması gerektiği açıkça ifade edilmemiştir. Ayrıca, Türk

⁵⁶ Güngör, s. 54; Nomer, s. 107; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 45. Bağlama noktasının *lex fori*’ye göre yorumlanmasını kabul etmekle beraber, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukukun kanunlar ihtilâfı sistemi konuyu hâkimin hukukuna veya üçüncü bir devletin hukukuna göndermiş ise, bu kuralın dayanağı olan bağlama noktasının, gönderilen devletin hukukuna göre yorumlanacağına ilişkin bkz. Çelikel/ Erdem, s. 95. Bağlama noktasının yorumunun *lex fori*’ye göre yapılmasını benimsemekle birlikte, milletlerarası özel hukuka ait bir kavramın iç hukuktakinden daha farklı bir anlama sahip olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Arslan, İ.: *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 102.

hukukunda herhangi bir düzenlemede iktisap yeri tanımlanmamıştır. Bu nedenle, Türk hukukundaki düzenlemelerde kavramın nasıl kullanıldığının incelenmesi gerekmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukukuna ilişkin hükümlerinde “*iktisap etmek*” kavramının kullanımı tercih edilmemiştir. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu⁵⁷ m.11(1)'de yer verilen “... *arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez*” cümlesinde geçen “*iktisap edilemez*” kavramıyla, mülkiyetin kazanılıp kazanılmayacağına işaret edilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda⁵⁸ ise “*iktisap etmek*” kavramı, bir eser üzerindeki malî hakların kendisinin ve kullanımının kazanılması anlamında kullanılmıştır⁵⁹. Bu çerçevede, MÖHUK m.36 uyarınca, “*iktisap yeri*” kavramına verilecek anlamın, hükümde bir zilyetliğin veya hakkın iktisabından açıkça bahsedilmediği için “*imal edilen şeyin mülkiyetinin iktisap yeri*” ifadesine karşılık gelebileceği akla gelebilir.

Buna karşın, Türk doktrinde “*iktisap yeri*”, mehz İsv.MÖHUK m.135 kapsamındaki iktisap yeri kavramına verilen anlam doğrultusunda yorumlanmaktadır⁶⁰. Bizim de katıldığımız bu görüş doğrultusunda, iktisap yeri, kişinin o ürün üzerinde fiilî hâkimiyetini kazandığı yerdir⁶¹. Bu nedenle, iktisap yerinin belirlenmesinde ürünün mülkiyetinin kazanılıp kazanılmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, iktisap etme, bir ürünü bağış gibi ücretsiz olarak veya sadece kira ya da leasing sözleşmesi yoluyla kullanmak için edinmeyi de içerebileceğinden satın almadan daha geniş bir terim olarak anlaşılmalıdır⁶².

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, kişinin ürün üzerindeki hâkimiyeti genellikle teslim edileceği yerde olacağından, mesafeli sözleşmelerde iktisap yeri, ürünün teslimat yeri (*country of receipt*) olarak anlaşılmalıdır⁶³. Zira bu yerde ürün, malikin veya zilyedin etki alanına girmiş olacaktır⁶⁴.

⁵⁷ RG: 21.07.1983-18113.

⁵⁸ RG: 13/12/1951-7981.

⁵⁹ Bkz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, m.19/2, m.49, m.54, m.57, m.58, m.59.

⁶⁰ ÖZEL, mehz İsv.MÖHUK m.135'te yer alan iktisap yeri bağlama noktasını açıklarken, ürünün iktisap yerinin, ürünün üreticisinin rızasıyla ve menfaatine olarak piyasaya sürüldüğü yerleri ifade ettiğini; bu kavramdan anlaşılması gerekenin, sözleşmenin akdedildiği veya iktisap edenin iradesini açıkladığı veya mülkiyetin devredildiği yer olmayıp; malikin veya zilyedin etki alanına girdiği yer olduğunu belirtmiştir. ÖZEL, İmalatçının Sorumluluğu, s. 413; ÖZEL, et al., s. 518. İsv.MÖHUK m.135'te yer alan iktisap yeri kavramına ilişkin farklı görüşler için bkz. **Yasan Tepetaş**, s. 279-280.

⁶¹ **Yasan Tepetaş**, s. 280. Aynı doğrultuda bkz. **Dickinson**, A.: *The Rome II Regulation*, Oxford Private International Law Series, Oxford, 2008, s. 382; **Illmer**, M.: “Art.5 Rome II”, Peter Huber (ed.), *Rome II Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 129.

⁶² Aynı doğrultuda bkz. **Machnikowski**, P.: “Article 5”, Ulrich Magnus/ Peter Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Commentary, Volume III, Rome II Regulation*, Sellier European Law Publishers, Köln, 2019, s. 227.

⁶³ **Yasan Tepetaş**, s. 280.

⁶⁴ ÖZEL, İmalatçının Sorumluluğu, s. 413.

MÖHUK m.36'da ürünün bizzat zarar gören tarafından iktisap edilmesi şartı aranmamaktadır. Bu nedenle zarar gören, ürünü iktisap eden dışındaki üçüncü bir kişi olsa bile bu kişi, zararının tazmini talebine iktisap yeri hukukunun uygulanmasını tercih edebilecektir⁶⁵. Bununla beraber, zarar görenin üçüncü kişi olduğu durumlarda, bu kişinin ürünün iktisap yeri ile yakın ilişkisi bulunmadığından, iktisap yeri kriterinin zarar gören bakımından tatmin edici bir çözüm sunmadığı ifade edilmektedir⁶⁶.

2. Gayri Maddî Bir Varlık Olan Yazılımların İktisap Yeri

MÖHUK m.36'nın genel yapısına bakıldığında, hükmün teknolojiye karşı tarafsız bir tutumda hazırlandığını söylemek mümkündür. Zira, MÖHUK m.36'da yazılım gibi sorumluluğun objesinin geleneksel ürünlerden farklılaştığı ihtimalinde, iktisap yerinin bir ülkeye yerleştirilmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınmamıştır⁶⁷.

Yazılımlar bakımından, MÖHUK m.36 çerçevesinde iktisap yerinin belirlenmesinde tartışılması gereken önemli bir husus, iktisap yerinin neresi olduğudur. Zira, bir yazılımın internet üzerinden indirilme yoluyla edinilme ihtimali yüksektir. Örneğin, bilgisayara internet üzerinden indirilen ve bir yapay zekâ sistemi olan *Microsoft Şirketi*'ne ait yapay zekâ asistanı *Copilot Pro*, bilgisayara internet aracılığıyla güncelleştirme ile gelen veya doğrudan indirilen bir yapay zekâ yazılımıdır. *Copilot Pro*'nun hatalı bir kodlama yüzünden güç yönetimi ayarlarını değiştirdiği ve bilgisayar performansını arttırmak için işlemcinin tüm çekirdeklerini yüksek hızda çalıştırdığı ihtimalinde, bu durum sürekli yüksek sıcaklıklara neden olduğundan bilgisayarın işlemcisinin ömrünü azaltabilir. Böyle bir durumda, bil-

⁶⁵ Özel, İmalatçının Sorumluluğu, s. 416.

⁶⁶ Graziano, s. 282. *NOMER*, zarar gören üçüncü kişiler için tekrar fiil hukukuna bağlanılmasının zaruri olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Nomer*, s. 367. *ÖZEL*, üçüncü kişi zarar gördüğü durumlarda, daha yakın bir bağlantı tesis etse bile kanunda öngörülemeyen bir bağlama noktasının davacı tarafından seçilemeyeceğini ve hükümde belirtilen bağlama noktaları dışında başka bir seçenek olmadığını ileri sürmüştür. Bkz. *Özel*, İmalatçının Sorumluluğu, s. 36. *TANRIBİLİR*, zarar görenin ürünü edinen kişi olmadığı durumda, maddenin uygulanmasının tartışılmasına neden olacağını belirtmiştir. Bkz. *Tanribilir*, Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış, s. 282. *TARMAN*, ürünü bizzat iktisap etmemiş kişiler bakımından zararın meydana geldiği yerin önem taşıdığını ve bu kriterin ihmal edilmesinin yerinde olmadığını vurgulamıştır. *Tarman*, Ürün Sorumluluğu, s. 281. *YASAN TEPETAŞ*, zarar gören üçüncü kişilere, iktisap yerinin yeterli ilişkiyi sağlamaması hâlinde, iktisap yerine göre daha sıkı ilişki içerisinde bulundukları zarar yeri hukukunu seçme imkânını MÖHUK m.36'nın mümkün kıldığını ve bu imkân tanınırken zarar yeri hukukunun zarar verenin menfaatini ihlâl etmemesi için, iktisap yeri hukukunun uygulanmasında zarar verene tanınan savunma imkânının, zarar yeri hukukunun uygulanmasında da benimsenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. *Yasan Tepetaş*, s. 283.

⁶⁷ Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. *Poesen*, M. "Regulating Artificial Intelligence (AI) in the European Union (EU): Exploring the Role of Private International Law", *SSRN*, Posted: 10.11.2021, Last revised: 15.03.2022, s. 9, <https://papers.ssrn.com/>, ET: 08.11.2024.

gisayarı zarar gören kişi, yazılım üreticisi olarak *Microsoft*'un kendisinden veya hatalı kodlamanın başka bir işletme tarafından yapıldığı ihtimalinde bu işletmeden ürün sorumluluğu hükümleri çerçevesinde zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Bu ihtimalde, *Copilot Pro*'yu Türkiye'deyken satın alan ve bilgisayarına indiren bir kişi bakımından ürünün iktisap yerinin, dolayısıyla teslimat yerinin Türkiye olduğunu savunabilir miyiz? Aynı şekilde, bir otonom aracın⁶⁸ nihai üreticisi ile bu aracın yazılımının üreticisinin farklı kişi olduğu ihtimalinde, yazılım üreticisine ürün sorumluluğu hükümleri çerçevesinde başvurulmak istendiğinde, otonom aracın iktisap yeri, otonom aracın yazılımının iktisap yeri olarak mı kabul edilmelidir?

Kanaatimizce burada belirlenmesi gereken konu, gayri maddî bir varlık olan yazılımının iktisap yerinin bulunup bulunmayacağıdır. Nitekim, yazılımların cismani varlığı bulunmadığından, mülkiyetinin veya zilyetliğinin geçirilmesi mümkün olmayıp, sadece yazılım üzerindeki malî hakların kendisinin veya kullanım hakkının devri mümkündür.⁶⁹ Bu çerçevede, yazılımların kendisinin iktisabının değil, sadece yazılım üzerindeki malî hakların veya bunların kullanım hakkının ruhsatının iktisabının mümkün olduğu düşüncesindeyiz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.49 vd. hükümlerinde de eser üzerindeki malî hakların iktisabı veya bu hakların kullanım hakkının ruhsatının iktisabından bahsedilmesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Bu bağlamda, MÖHUK m.36 uyarınca ürün üzerindeki hakkın değil, bizzat ürünün iktisap yerinden bahsedildiğinden “*iktisap yeri*” bağlama noktasının, yazılım gibi cismani varlığı bulunmayan ürünlere uygulanabilir nitelikte olmadığını akla getirebilir.

Buna karşın, yazılımın kullandırılması amacı taşıyan ve “*yazılım lisansı sözleşmesi*” olarak⁷⁰ ifade edilen sözleşme türünde, bir yazılım üzerindeki haklardan

⁶⁸ Otonom bir sistem, amacını belirleme ve onun peşinden gitme konusunda bağımsız davranabilen ve karar alabilen sistemlerdir. Sürücüsüz otomobiller veya mobil robotlar otonom sistemlere örnek olarak verilebilir. Otonom sistemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ersoy, Ç.:** *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 22-24.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. **Hatipoğlu, K.:** *Yazılım Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 176. Eser sahibinin, eser üzerinde malî ve manevî hakları mevcuttur. Eser üzerindeki manevî haklar devredilemez. Malî haklar ise FSEK'da tahdidi olarak sayılmıştır. Bu haklar, işleme hakkı; çoğaltma hakkı; yayma hakkı; temsil hakkı; işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı ve takip hakkıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arbek, Ö.:** *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 128-145; **Ateş, M.:** *Fikrî Hukukta Eser Sahipliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 51-54; **Bozbel, S.:** *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012, s. 97-231; **Gökyayla, K. E.:** *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 43-63; **Öztan, F.:** *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerinde Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 279-405. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.48'den anlaşıldığı üzere, eser üzerindeki malî haklar kısmen veya tamamen devredilebilir veya bu hakların kullanma yetkisi devredilebilir. Bkz. **Hatipoğlu, s. 70.**

⁷⁰ **Hatipoğlu, s. 82.**

lisans alanın tam olarak yararlanması, yazılımın bir suretinin iletilmesini gerektirmektedir. Yazılımların bir suretinin iletilmesi ile kastedilen, yazılımların zilyetliğinin devri değil, yazılımın bir nüshasının lisans alanın hâkimiyet alanına girmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, alıcının sözleşme konusundan tam olarak yararlanmasının sağlanması, yazılımın bir suretinin lisans alana iletilmesiyle mümkündür⁷¹. Dolayısıyla, MÖHUK m.36 uyarınca, “*iktisap yeri*” kavramının, yazılım üzerindeki hakların iktisap edildiği yer olarak anlaşılacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu şekilde yapılan bir yorum, hatalı bir yazılımdan zarar gören bir kişinin, yazılım üzerindeki hakları iktisap ettiği ülkenin ürün sorumluluğuna ilişkin koruma standartlarından faydalanmasını sağlayacağından, zarar göreni koruma gayesiyle düzenlenen MÖHUK m.36’nın düzenlenme amacıyla da uyumlu olacaktır.

Ürünün kişinin hâkimiyeti alanına girdiği yerin, teslimat yeri olduğuna ilişkin görüşümüz doğrultusunda, bir yazılımın teslimat yerinin neresi olduğunun yanıtlanması gerekmektedir. Kanaatimizce, şayet bir yazılım donanıma entegre edilerek piyasa sürüldüğü ve fiziksel ortamda kullanıma sunulduğu hâllerde, sistemin teslimat yerinin tespiti zorluk arz etmeyecektir. Bu çerçevede örneğin, bir otonom aracın yazılımının üreticisine karşı yöneltilecek ürün sorumluluğundan doğan taleplerde otonom aracın yazılımının suretinin iletildiği yer ile otonom aracın teslimat yeri aynı yer kabul edilecektir.

Buna karşın, yazılımının bir nüshasının lisans alana internet ortamında veri aktarımı yoluyla, başka bir ifadeyle indirilme yoluyla, iletildiği hâllerde⁷² yazılımın teslimat yerinin tespiti daha karmaşık bir hâl alabilir. Doktrinde, sanal ortamdan indirilen yazılım gibi bir dijital ürünün teslimat yerinin neresi olduğunu belirlemenin her zaman çok kolay olmayacağı ifade edilmekle birlikte⁷³, bu ürünlerin teslimat yerinin neresi olacağına ilişkin bir görüş tespit edilememiştir. Teslimat yerinin, kişinin ürün üzerinde hâkimiyet sağladığı yer olduğuna ilişkin benimsediğimiz görüş doğrultusunda, bir varlık üzerinde tecessüm etmeden sanal ortamdan internet aracılığıyla indirilerek erişilen yazılım gibi bir dijital ürünün indirilme yerinin teslimat yeri olarak kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Nitekim, kişi bu yazılımı indirmeden kullanmaya başlayamayacak ve ondan faydalanamayacaktır. Yazılımı indirdiğiniz web sitesi veya platform, indirilen dosya ile ilgili IP adresinin kayıtlarını tutmaktadır. Bu kayıtlar genelde log dosyalarında bulunmakta ve talep edilmesi durumunda, özellikle yasal süreçlerde, bu bilgi-

⁷¹ Hatipoğlu, s. 97, 176.

⁷² Yazılımın çoğaltılmış bir suretinin lisans alana iletilmesi, yazılımın bir suretinin internet ortamında veri aktarımı yoluyla ya da bir veri taşıyıcısına yüklenerek teslim edilmesi yoluyla mümkün olduğuna ilişkin bkz. Hatipoğlu, s. 178.

⁷³ Cappiello, s. 196; Machnikowski, s. 227.

ler yetkililerle paylaşılmaktadır⁷⁴. Diğer yandan, eğer kullanıcı bir VPN, proxy veya anonimleştirme aracı (örneğin Tor ağı) kullanıyorsa, gerçek IP adresini tespit etmek daha zor hâle gelebilir. Bu durumda, yalnızca VPN sunucusunun IP adresi görülebilir⁷⁵. Böyle bir durumda da yazılımın indirilme yerinin dolayısıyla teslimat yerinin belirsizliğine ilişkin sorun devam edecektir. İndirilme yerinin tespit edilemediği hâllerde, kişinin bu ürünü oturduğu yer veya mutad meskeninin bulunduğu yerde kullandığı akla gelse bile, kişi bir seyahat esnasında sadece iki günlüğüne bulunduğu bir ülkede de ürünü bilgisayarına indirmiş olabilir. Bu nedenle, ürün olarak kabul edilen gayrî maddi varlıkların teslimat yerinin neresi olduğuna ilişkin Kanunda açıkça bir düzenlemenin getirilmesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

Yukarıda, Türk hukukunda iktisap yeri kavramına verilecek anlama göre, iktisap yeri bağlama noktasının bir ülkeye yerleştirilmesinin zorluğundan bahsettik. Bu noktada yapılacak yorum farklılıklarının önüne geçmek için MÖHUK m.36'da yapılacak bir revizyonla, yazılım dahil olmak üzere gelecekte ürün tanımının kapsamına dahil edilebilecek diğer dijital ürünlere de uygulanabilecek şekilde “ürünün ilk kez kullanıma sunulduğu yer” olarak ifade edebileceğimiz yeni bir bağlama noktasına ihtiyaç duyulduğuna işaret etmek isteriz⁷⁶. Böylece, “ürünün zarar görenin ilk kez kullanımına sunulduğu yer” belirlenmesinde ürünün mülkiyetinin kazanılıp kazanılmamasının veya zilyetliğin devrinin bir önemi bulunmayacağından, bu irtibatın bir ülkeye yerleştirilmesine ilişkin sorunlar büyük ölçüde önlenmiş olacaktır. Bununla beraber, bu önerimizin ortaya çıkabilecek bütün sorunlara çözüm olmayacağının kabulü gerekmektedir. *GhatGPT* gibi içinde yazılım barındıran bir sisteminin internette herhangi bir veri indirilmeden, sanal ortamda bir hizmet olarak kullanıma sunulması da mümkündür. Böyle

⁷⁴ IP kavramı ve tespitine ilişkin bir çalışma için bkz. **Doğan**, G.: “Bilişim Suçlarında IP Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019.

⁷⁵ IP adresinden kullanıcıya ulaşmak doğrudan mümkün değildir, çünkü bu bilgiye yalnızca internet servis sağlayıcıları (ISS) sahiptir. Bu tür bilgiler, genellikle yalnızca mahkeme kararı veya yetkili bir kurumun talebi üzerine paylaşılmaktadır. IP adreslerinin ağ üzerindeki kullanımı ve yasal kullanımı ve sınırlamaları hakkında kapsamlı bilgiler hakkında bir çalışma için bkz. **Kurose**, J. F./ **Ross**, K. W.: *Computer Networking: A Top-Down Approach*, Eighth Edition, Pearson PLC, London, 2022.

⁷⁶ Roma II Tüzüğü Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü (Roma II Tüzüğü) ürün sorumluluğuna uygulanacak hukuka ilişkin m.5'te yer alan iktisap yeri kavramının, İngilizce ve Almanca metinlerinden farklı olarak Fransızca metninde “*satin alma yeri*” şeklinde kaleme alındığını; dolayısıyla iktisap yerine verilen anlamın değişebileceğini; bu kavramın ürünü satın alma, kiralama, leasing veya lisans sözleşmeleriyle edinimini kapsayacak şekilde, “ürünün zarar görenin kullanımına sunulduğu yer” olarak revize edilmesi gerekliliğine ilişkin bkz. **Rieländer**, F.: “Die Anknüpfung der Produkthaftung für autonome Systeme”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 87, N. 2, 2003, s. 288, 289, 300, 304. Tüzük için bkz. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), OJ L 199, 31/07/2007, <https://eur-lex.europa.eu/>, ET: 08.07.2025.

bir ihtimalde, söz konusu yazılımın kullanıma sunulduğu yerin neresi olduğuna ilişkin sorunun ötesinde, bu tür bir hizmetin MÖHUK m.36'ın uygulama alanına girip girmediğinin belirsizliğine de işaret etmek isteriz.

Yazılımın iktisap edilmesinde değinilmesi gereken bir diğer mesele, bir ürünlerdeki yazılımın güncellenmesi nedeniyle meydana gelen zarardan kaynaklanan taleplere uygulanacak hukukun tespiti, bu ürünün orijinal hâlinin iktisap yeri ile güncellenen hâlinin iktisap yerinin aynı yer olup olmadığıdır. Zira bir ürünlerdeki yazılımın güncellenen hâlinin iktisap yerinin, ilk hâlinin iktisap yerinden farklılaşması söz konusu olabilecektir.

Konuyu bir örnek üzerinden ifade edecek olursak, Almanya'da üretilen bir otonom aracı Almanya'da teslim alan bir kişinin bu aracı, mutad meskeninin bulunduğu Türkiye'ye getirdiğini ve burada kullandığını varsayalım. Otonom aracın yazılımının güncellenmesinden sonra acil durum frenleme sisteminin çalışmaması sebebiyle Türkiye'de bir kaza meydana geldiği ve bu kaza sonucunda aracı kullanan kişinin ağır yaralandığı ihtimalinde, aracın iktisap yeri olarak, aracın ilk hâlinin satın alındığı Almanya mı yoksa güncellenmenin gerçekleştirildiği esnada sürücünün araç üzerinde fiilî hâkimiyetinin bulunduğu yer olan Türkiye mi kabul edilecektir?

Kanaatimizce, ürünün ilk hâli ile güncellenen hâlinin aynı ürün olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin teknik bilgiye zayıf taraf konumundaki zarar görenin veya yargılamayı yürütecek hâkimin sahip olması beklenemez. Ayrıca zarar verene böyle bir yükümlülük yüklemek, uygulanacak hukuka ilişkin tercih hakkı tanınarak korunmaya çalışan zarar göreni ciddi bir külfet altına sokacağından dolayı MÖHUK m.36'nın düzenleme amacına da aykırı bir yorum olacaktır. Dolayısıyla, sorunun çözümünde dikkate alınması gereken hususun ürünün ilk hâli ile güncellenen hâlinin aynı olup olmaması değil, ürün sorumluluğundan doğan talebin sorumluluğun hangi süjesine yöneltildiği olmalıdır. Nitekim, ürünün ilk hâli ile güncellenen hâlinin aynı ürün olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunun, MÖHUK m.36 uyarınca belirlenen yetkili hukukun çözmesi gereken bir mesele olduğu düşüncesindeyiz.

Bu görüşümüz çerçevesinde, ürünün ilk hâlinin üreticisine veya diğer ekonomik aktörlere karşı yöneltilecek ürün sorumluluğundan doğan taleplerde, zararın sistemdeki yazılımın güncellenmesi nedeniyle gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, ürünün ilk hâlinin iktisap yeri hukuku esas alınmalıdır. Yine yazılımı güncellenen bir ürünün sebep olduğu bir zarara ilişkin, yazılımın ilk hâlinin üreticisine veya programlayıcısına karşı ürün sorumluluğundan doğan taleplerde, zararın sistemdeki yazılımın güncellenmesi nedeniyle gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, ürünün ilk hâlinin iktisap yeri dikkate alınmalıdır. Buna karşın, yazılımı güncellenen bir ürünün sebep olduğu bir zarara ilişkin yazılımı güncelleyen

kişiye karşı ürün sorumluluğundan doğan taleplerde, zararın ürünün güncellenmiş hâlinin sebep olup olmadığına bakılmaksızın, ürünün güncellenen hâlinin iktisap yeri hukuku esas alınmalıdır. Ancak, bu yönde yapılacak ayrıntılı bir düzenlemenin de MÖHUK m.36 ile getirilmek istenen sade ve basit bir bağlama kuralının yapıyla bağdaşmayacağına da farkında olduğumuzu belirtmek isteriz⁷⁷.

B. İktisap Yerin Tercih Edilebilmesinin Şarta Bağlanması: Mamulün O Ülkeye Zarar Veren Rızası ile Sokulması

MÖHUK m.36'da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke ile zarar veren hiçbir ilişkisinin bulunmaması ihtimalinde, zayıf taraf olan zarar görenin menfaatleri karşısında zarar verenin hukukî durumu tamamen ihmal edilmeyerek, iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi şarta bağlanmıştır⁷⁸. İktisap yeri hukuku, zarar verenin hesaba katması gereken yerlerden biri olmakla beraber, bu hukukun uygulanması için aranılan şart, zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında girdiğini ispat edememesidir⁷⁹. Zira, iktisap yeri hukuku genellikle üreticinin önceden bilemeyeceği veya öngöremeyeceği bir hukuk olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Hükümde bu şarta yer verilmesiyle, imal edilen şeyin iktisap ülkesine rızası ve bilgisi dışında sokulduğu durumlarda sorumlu olduğu iddia edilen kişiye bir ispat hakkı tanınarak sorumluluk açısından iktisap yeri hukukuna tâbi olmaktan kurtulma imkânı sağlamaktadır⁸¹. Böylelikle, zarar verenin hiçbir ilişkisinin bulunmadığı tesadüfi bir hukukun uygulanarak zarar verenin elverişsiz konuma düşmesi engellenmekte ve hukukî öngörülebilirlik sağlanarak, zarar gören ile zarar veren arasındaki menfaat dengesinin sağlanması temin edilmektedir⁸².

⁷⁷ Ürün sorumluluğu ihtilâfları doğası gereği karmaşık davalar olduğundan bu tür ihtilâfları ele almak için basit bir kanunlar ihtilâfı kuralı düzenlenmesinin gerekliliğine ilişkin bkz. **Symeonides**, S. C: "The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)", *Indiana Law Journal*, C. 74, S. 2, 2000, s. 474.

⁷⁸ **Aybay/ Dardağan**, s. 382; **Çelikel/ Erdem**, s. 485; **Özel**, Uygulanacak Hukuk, s. 224; **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 278; **Tekinalp**, Milletlerarası, s. 368.

⁷⁹ **Akıncı**, s. 70; **Aybay/ Dardağan**, s. 382; **Çelikel/ Erdem**, s. 485; **Doğan/ Yılmaz/ Ayhan İzmirli**, s. 448; **Güngör**, s. 237; **Nomer**, s. 368; **Şanlı/ Esen/ Ataman-Figanmeşe**, s. 351; **TARMAN**, iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için gerekli şartı, bir ürünün hukukî yollarla dağıtıldığı veya satışa sunulması, yani malın o ülkede pazarlanmış olması olarak ifade etmektedir. Bkz. **Tarman**, Ürün Sorumluluğu, s. 278. **YASAN TEPE TAŞ**, mehz. İsv.MÖHUK m.135'te, MÖHUK m.36'dan farklı olarak, ürünün o ülkede pazarlanmasından bahsedildiği, MÖHUK m.36'nın lafzının farklılığına rağmen, aynı esasın kastedildiğini; bir ürünün hukukî yollarla dağıtıldığı veya satışa sunulduğu bir ülkede pazarlanmış kabul edileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Yasan Tepetaş**, s. 287.

⁸⁰ **Nomer**, s. 368.

⁸¹ **Tekinalp**, s. 368.

⁸² **Çalışkan**, s. 307-308; **Çelikel/Erdem**, s. 485; **Tarman**, The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations, s. 23; **Yasan Tepetaş**, s. 284. 5718 sayılı MÖHUK Tasarısı ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu, s. 24, <https://www5.tbmm.gov.tr/>, ET: 17.11.2024; Aynı yönde bkz. **Dickinson**, s. 356; **Kozyris**, s. 488.

İktisap yeri hukukunun uygulanabilirliğine ilişkin şartın ispat yükü zarar verendirdir⁸³. Şayet, zarar veren, mamulün iktisap yeri ülkesine rızası dışında sokulduğunu ispat edebilirse, zarar gören uygulanacak hukuka ilişkin tercih hakkını, sadece zarar verenin işyeri veya zarar verenin mutad meskeni hukuklarından birini seçerek kullanabilecektir⁸⁴.

Zarar verenin ürünü ülkeye rızasıyla sokması, ürünün o ülkede satışa sunulması, kiralanması veya o ülkeye yönelik reklam kampanyalarının yürütülmesi⁸⁵ şeklinde olabilir⁸⁶. Ürünün bizzat zarar veren tarafından o ülkeye ihraç edilmesi veya dağıtımının yapılması gibi bir yolla sokulması hâlinde, zarar verenin o ülkeye rızası ile soktuğu tartışmasız kabul edilecektir⁸⁷. Bununla beraber, zarar verenin ülkeye ürünü bizzat sokması şart değildir⁸⁸. Üreticinin kendisi veya ithalatçılar ya da perakendeciler gibi kendi dağıtım zincirindeki diğer kişiler tarafından sanal veya fiziksel olarak yürütülen dağıtım yoluyla da ülkeye sokulmuş olabilir. Bu çerçevede, zarar veren ürünü o ülkeye göndermediği ve dağıtım yetkisi vermediği veya kendi dağıtım zinciri dışında bulunup müdahale yetkisinin bulunmadığı durumlarda, zarar verenin rızasının bulunmadığı ve iktisap yeri hukuku uyarınca sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁹. Örneğin, bir ürünün ülkeye satışı yasaklanmış olmasına karşın yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ve zarar gören tarafından iktisap edilmesi durumunda, zarar verenin rızası söz konusu olmayacaktır⁹⁰. Somut olayın durumundan bir ürünün sadece belirli ülkede piyasa sürülmesinin amaçlandığı da çıkarılabilir. Örneğin, ürünün ambalajında sadece ambalajda adı geçen ülkeler için satışa sunulduğu yazabilir⁹¹. Böyle bir ihtimalde, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin rızasının bulunmadığının ispatı daha kolay olacaktır.

SONUÇ

Ürün sorumluluğu, hatalı bir ürün nedeniyle meydana gelen zararlardan, üretici veya tedarik zincirinde yer alan diğer kişilerin, sözleşme dışı ve kusur-

⁸³ Özel, et al., s. 516; Özel, Uygulanacak Hukuk, s. 224; Yasan Tepetaş, s. 286.

⁸⁴ Güngör, s. 237.

⁸⁵ Ürün hakkında belirli bir ülkeye yöneltilmiş reklam faaliyetinin tek başına ürünün o ülkeye pazarlandığı anlamına gelmeyeceğine ilişkin bkz. Yasan Tepetaş, s. 292.

⁸⁶ Roma II Tüzüğü m.5'te yer alan pazarlanma şartına ilişkin benzer görüş için bkz. Dickinson, Rome II, s. 372.

⁸⁷ Tarman, Ürün Sorumluluğu, s. 279.

⁸⁸ Roma II Tüzüğü m.5'te yer alan pazarlanma şartına ilişkin benzer görüş için bkz. Hartley, T. C.: "Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation", *The International and Comparative Law Quarterly*, C. 57, S. 4, 2008, s. 904.

⁸⁹ Yasan Tepetaş, s. 290.

⁹⁰ Clarkson/ Hill, s. 273.

⁹¹ Tanrıbilir, Roma II, s. 133; Yasan Tarman, s. 291.

suz olarak sorumlu tutulmasını ifade eder. Milletlerarası ticaretin gelişmesi ve dolaşımın artması, modern üretim ve internet üzerinden pazarlama gibi kolaylaştırıcı teknikler sayesinde, bir ürünün kendisinin veya tamamlayıcı parçalarının birden fazla devlet içinde üretimi, dağıtımı ve satışı sıklıkla söz konusu olmakta ve ürün sorumluluğuna ilişkin bir uyuşmazlığı yabancılık unsuru taşıyan bir ilişki hâline getirmektedir. Ürün sorumluluğuna ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda uygulanacak hukuk MÖHUK m.36 uyarınca tespit edilir. MÖHUK m.36, zarar görene hükümde belirtilen bağlama noktaları ile sınırlı olmak üzere, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tercih etme imkânının tanıdığı bir bağlama kuralı olarak düzenlenmiştir. Zarar görenin tercih edebileceği hukuklar, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukukudur. Zarar gören kendisi için en avantajlı çözümü sunan ülke hukukunun uygulanmasını sağlayabilecektir. Bu noktada MÖHUK m.36'nın zarar göreni koruma gayesiyle düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan zarar verenin menfaati de tamamen göz ardı edilmemiştir. Zira, hükümde zarar verenle yakın ilişkili irtibatlarla yer verilmiş ve iktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi, zarar verenin ürünün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememesi şartına bağlanmıştır. Bu şekilde hüküm, zarar veren ve zarar gören arasında bir denge kurmakta ve hukukî belirsizliği önlemektedir.

İktisap yeri, kişinin bir ürün üzerinde fiilen hâkimiyet kurduğu yerdir. Bu sebeple, iktisap yerinin belirlenmesinde ürünün mülkiyetinin kazanılmış olup olmaması önemli değildir. Başka bir deyişle, iktisap, bir ürünün bağış yoluyla ücretsiz edinilmesi ya da sadece kira veya leasing sözleşmesi kapsamında kullanılması gibi durumları da kapsadığından, satın almadan daha geniş bir kavram olarak değerlendirilmelidir. Kişinin bir ürün üzerinde fiilî hâkimiyetini kurduğu yer, ürünün teslimat yeridir.

Hatalı yazılımdan kaynaklanan bir zarar söz konusu olduğunda ise iktisap yerinin bir ülkeye yerleştirilmesi geleneksel ürünlere oranla daha zor olabilecek ve hatta *"iktisap yeri"* kavramına verilen anlama göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle *"iktisap yeri"* bağlama noktası dilsel revizyonla birlikte, geleneksel ve dijital ürünlerin ticari transferinin tüm yapılarını kapsadığına ilişkin kuşku bırakmayacak şekilde yeniden gözden geçirilmesi gereklidir. Bu revizyonla MÖHUK m.36'da *"ürünün zarar görenin ilk kez kullanımına sunulduğu yer"* şeklinde ifade edilebilecek yeni bir bağlama noktasına yer verilebilir.

KAYNAKÇA

- Akçura Karaman**, Tuba: *Üreticinin Ayıplı Ürünlerinin Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Akıncı**, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2020.
- Akipek**, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, Sema Güleç Uçakhan/ Necdet Basa (ed.), *Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini*, C. 2, TBB Yayınları, Ankara, 2016, ss. 23-38.
- Arbek**, Ömer: *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Arsan**, İlyas: *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Aşkın**, Uğur: “İlaç Üreticisinin Cezaî Sorumluluğu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 57, 2024, ss. 115-140.
- Ataberk**, Reşat: “İmalatçının Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, ss. 159-175.
- Atamer**, Yeşim M./ **Kurtulan Güner**, Gökçe: “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Türk Hukuku Açısından Çözülmüş müdür?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 70, S. 2, 2021, ss. 543-588.
- Aybay**, Rona/ **Dardağan**, Esra: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Aydos**, Oğuz Sadık: *Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Aygün**, Mesut: “Yabancılaşma Unsurlarının Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, C. 16, S. 0, 2015, ss. 1025-1066.
- Bogdan**, Michael/ **Hellner**, Michael: “Article 7”, Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Commentary, Volume III, Rome II Regulation*, Sellier European Law Publishers, Köln, 2019, ss. 287-297.
- Bogdan**, Michael: “The Treatment of Environmental Damage in Regulation Rome II”, John Ahern/ Binchy William (eds.), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, ss. 219-230.
- Bozbel**, Savaş: *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Büyüktanır Özcan**, Burcu G.: “Tüketicinin ve Üçüncü Kişilerin Ayıplı Satılanın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Bedensel Bütünlük İhlali Halinde Manevî Zararların Tazmini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 3, 2018, ss. 495-534.
- Cappiello**, Benedetta: *AI-systems and Non-contractual Liability a European Private International Law Analysis*, Giappichelli, Torino, 2022.

- Çalışkan, Yusuf:** *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul, 2024.
- Çelt, Damla Özden:** “Ürün Sorumluluğunda Yaşanan Güncel Gelişme: 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2021, ss. 73-114.
- Çörtoğlu Koca, Sema:** *Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan Uyuşmazlıklarda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Dardağan Kibar, Esra:** *Kanunlar İhtilâfı Açısından Yabancı Kamu Hukukuna Bakış*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.
- Dickinson, Andrew:** *The Rome II Regulation*, Oxford Private International Law Series, Oxford, 2008.
- Doğan, Gedik:** “Bilişim Suçlarında IP Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, 2019, ss. 51-84.
- Doğan, Vahit/ Yılmaz, Alper Çağrı/ Ayhan İzmirli, L.:** *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2024.
- Ekşi, Nuray:** “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 12, S. 1-2, 1992, ss. 1-10.
- Ekşi, Nuray:** *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Erlüle, Fulya:** “Yapımcının Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 303-338.
- Ersoy, Ç.:** *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Erten, Rifat:** *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Gayretli Aydın, Seda:** *Yapay Zekânın Ürün Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Gökyayla, K. Emre:** *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Graziano, Thomas Kadner:** “The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 54, S. 2, 2005, ss. 475-488.
- Güngör, Gülin:** *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2025.
- Hatipoğlu, Kaan:** *Yazılım Lisans Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Havutçu, Ayşe:** *Türk Hukukundaki Örtülü Bir Boşluk Üreticinin Sorumluluğu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

- Hekim, Aylin/ Özdemir, Oylum:** “Sigara Üreticisinin Sorumluluğu”, Başak Baysal (ed.), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 171-198.
- Illmer, Martin:** “Art.5 Rome II”, Peter Huber (ed.), *Rome II Regulation Pocket Commentary*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011.
- Kanıslı, Erhan:** “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1413-1468.
- Kaplan, İbrahim:** “İmalatçının Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 13, S. 1, 1985, ss. 137-140, (Düşünceler).
- Kaplan, İbrahim:** “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, *Adalet Dergisi*, C. 68, S. 1-2, 1977, ss. 78-110, (İmalatçının Sorumluluğu).
- Karaca, Uğur:** *Yapay Zekânın Haksız Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- Kaye, Peter:** *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*, Dartmouth Publishing Company Limited, Aldershot, 1991.
- Keser, Yıldırım:** *Ürün Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Kıraç Adır, Esmâ:** *Robotların Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Kırca, Çiğdem:** *Ürün Sorumluluğu*, Banka ve Ticaret Hukuk Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 2007.
- Kozyris, Phaedon John:** “Rome II: Tort Conflicts on the Right Track! A Postscript to Symeon Symeonides’ “Missed Opportunity”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 56, S. 2, 2008, ss. 471-497.
- Kurose, James F./ Ross, Keith W.:** *Computer Networking: A Top-Down Approach*, Eighth Edition, Pearson PLC, London, 2022.
- Machnikowski, Piotr:** “Article 5”, Ulrich Magnus/ Peter Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Commentary, Volume III, Rome II Regulation*, Sellier European Law Publishers, Köln, 2019, ss. 211-230.
- Montagnani, Maria Lilla/ Najjar, Marie-Claire/ Davola Antonio:** “EU Regulatory Approach(es) to AI Liability, and Its Application to the Financial Services Market”, *Computer Law & Security Review*, C. 53, 2024, ss. 1-19.
- Nomer, Ergin:** *Devletler Hususî Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Okur, Sinan:** *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukukî Sorumluluk - Yapay Zeka Sorumluluk Doktrinine Mukayeseli Bir Katkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- Oral**, Tuğçe: *Otonom ve Otomatik İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Öz**, Turgut: “Üreticinin Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2007, ss. 2-18.
- Özel**, Sibel et al.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- Özel**, Sibel: “İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 217-229, (Uygulanacak Hukuk).
- Özel**, Sibel: “Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan*, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, ss. 874-951, (Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçı).
- Özel**, Sibel: “MÖHUK m.36 İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirilmesi”, Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl (ed.), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*, 6-8 Aralık 2017, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss. 394-420, (İmalatçının Sorumluluğu).
- Özsunay**, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, ss. 97-158.
- Özsunay**, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 1, 1979, ss. 97-158.
- Öztan**, Bilge: *İmalatçının Sorumluluğu*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1982.
- Öztan**, Fırat: *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerinde Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Poesen**, Michiel: “Regulating Artificial Intelligence (AI) in the European Union (EU): Exploring the Role of Private International Law”, *SSRN*, Posted: 10.11.2021, Last revised: 15.03.2022, ss. 1-16, <https://papers.ssrn.com/>, ET: 08.11.2024.
- Rieländer**, Frederick: “Die Anknüpfung der Produkthaftung für autonome Systeme”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, C. 87, N. 2, 2003, ss. 264-305.
- Sağlam**, İlyas: *7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu’na Göre Üreticinin Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Sanlı**, Kerem C.: “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Ürün Sorumluluğu Tazminatının Dayandığı Esasın Eleştirisi”, Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal (ed.), *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları - I*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 57-79.
- Serozan**, Rona: “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemenin Eleştirilmesi”, *Yasa Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 173/4, 1996, ss. 579-598.

- Sirmen**, Lale: “Ürün Sorumluluğu”, M. Tufan Ögüz/ Kerem Öz (ed.), *Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildiri Kitabı (Tam Metinler)*, 23-24 Haziran 2022, Antalya, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, ss. 63-92.
- Symeonides**, Symeon C.: “Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity”, *The American Journal of Comparative Law*, C. 56, S. 1, 2008, ss. 173-222, (Rome II).
- Symeonides**, Symeon C.: “The Need for a Third Conflicts Restatement (And a Proposal for Tort Conflicts)”, *Indiana Law Journal*, C. 74, S. 2, 2000, ss. 437-474.
- Şanlı**, Cemal/ **Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Tandoğan**, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.
- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: “Akit-Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, ss. 121-140, (Roma II).
- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: “Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, Ankara, 2009, ss. 263-293, (Ürün Sorumluluğuna İlişkin Kurallara Genel Bakış).
- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: *Milletlerarası Özel Hukukta Ürün Sorumluluğu*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, (Ürün Sorumluluğu).
- Tarman**, Zeynep Derya: “Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 73, 2007, ss. 25-46, (İmalatçının Sorumluluğu).
- Tarman**, Zeynep Derya: “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlamında Ürün Sorumluluğu”, *Ürün Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Konferansları - I*, Yeşim M. Atamer/ Başak Baysal (ed.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, ss. 263-290, (Ürün Sorumluluğu).
- Tarman**, Zeynep Derya: “The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations under Turkish Private International Law”, *Nederland Internationaal Privaatrecht*, 2009/1, ss. 15-24 (The Applicable Law to Contractual and Non-contractual Obligations).
- Tarman**, Zeynep Derya: “Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, S. 2, 2007, ss. 299-326, (Türk Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu).
- Tekinalp**, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Tiryaki**, Betül: “Avrupa Konseyi’nin 25.7.1985 Tarihli Direktifi’ne Göre Üreticinin Sorumluluğunun Şartları ve Tüketicinin Korunması Mevzuatı ile Mukayesesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 2, 2006, ss. 229-248.

- Tiryakioğlu**, Bilgin: “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 211-218.
- Turhan**, Turgut: *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989.
- Uluocak**, Nihal: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları-Sözleşmeler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Ünal**, Akın/ **Kalkan**, Akif: “Türk Hukukunda Ürün Sorumluluğu Üzerine Olan ve Olması Gereken Hukuka Dair Genel Düşünceler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 39, 2019, ss. 45-82.
- Yasan Tepetaş**, Candan: *İmalatçının Sorumluluğu ve Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Yazıcı**, Ayşe Nur Merve: *Otonom Aracın Sebep Olduğu Zararlardan Üreticinin Kusursuz Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Zevkliler**, Aydın/ **Aydoğdu**, Murat: *Tüketicinin Korunması Hukuku, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Anonim Şirket Yönetimine Yönelik Güncel Tartışmalar Çerçevesinde Şirket Menfaati Kavramının Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the Concept of Company Interest in the Context of Current Discussions on Management of Joint Stock Companies

Arş. Gör. Güzde Sena ERGİNBAY^(**)

Öz:

Anonim şirket menfaati kavramı, kanun koyucunun ve öğretinin tanımını yapmaya zorlandığı bir kavramdır. Şirket menfaatinin çerçevesinin belirlenmesi şirketin nasıl yönetileceğinin de göstergesidir. Bu nedenle şirket menfaati konusu farklı değerlendirmelere de konu olmuştur. Pay sahibi değeri ve paydaş teorisi ekseninde tekçi ve çoğulcu menfaatleri içerip içermediği yönündeki şirket menfaati tartışmalarına; güncel gelişmeler, kurumsal hayatta yaşanan skandallar ve beklentiler çerçevesinde yeni tanımlar, yeni amaçlar da eklenmiştir. Şirket menfaati kavramının artık dar anlamda pay sahiplerinin menfaatiyle sınırlı kalmadığı; uzun vadeli değer yaratımı, şirketin sürdürülebilirliği ve toplumsal ve çevresel duyarlılık gibi konseptlerle çoğulcu bir menfaat grubunu içine alan ve koruyucu bir kavram olduğu kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler:

Şirket Menfaati, Pay Sahibi Değeri, Paydaş Değeri, Kurumsal Yönetim, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, Kurumsal Sürdürülebilirlik.

Abstract:

The concept of the interest of a joint stock company has been difficult to define by lawmakers and doctrine. Determining the scope of company (corporate) interest also determines how a company should be managed. Consequently, the concept has been subject to various interpretations. The arguments centered around shareholder value theory and stakeholder value theory are based on whether they adopt a monistic or pluralistic understanding of interests. These discussions have expanded due to recent developments, corporate scandals, and evolving societal expectations, resulting in new definitions and objectives. It is now widely accepted that company interest is no longer

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 16.05.2025 - Makale Kabul Tarihi: 17.06.2025.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: gozde.erginbay@hbv.edu.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5586-1559>.

confined to serving shareholders alone; rather, it encompasses a plurality of interests, with the effects of long-term value creation, corporate sustainability, and sensitivity to social and environmental concerns.

Keywords:

The Interest of Company, Corporate Interest, Shareholder Value, Stakeholder Value, Corporate Governance, Corporate Social Responsibility, Corporate Sustainability.

GİRİŞ

Şirket menfaati kavramı uzun zamandan beri öğretide tanımlanmaya çalışılmış; ancak somut ve genel geçer bir tanıma ulaşamamıştır. Zira şirket menfaati, her şirket bakımından farklılaşabilmekte ve somut olaya göre şekillenmektedir. Bunun sebebi ise şirket menfaatinin tanımlanmasında şirket hedef ve amaçlarının belirleyici olmasıdır.

Şirket menfaatinin tanımının yapılmasının zor olması ile birlikte kavramın tarihsel gelişiminde spesifik olarak şirketin amacı ve menfaati belirlenirken ve şirketler yönetilirken esas alınacak hedef değer bakımından değişik teoriler ortaya atılmıştır. Bu tartışmalar tekçi (pay sahipleri) ve çoğulcu menfaatleri esas alan görüşler ekseninde yoğunlaşmaktadır. Bu konular sadece hukuk ve hukukçular tarafından değil; ekonomik boyutu nedeniyle ekonomistleri de tartışmaya itmiştir. Özellikle kurumsal yönetim anlayışının benimsenmesi, kurumsal sosyal sorumluluk, sürdürülebilirlik tartışmaları ile birlikte şirketlerin yönetimindeki çoğulcu yaklaşıma farklı perspektifler de eklenmiştir. Bu süreçte kurumsal sosyal sorumluluk (corporate social responsibility - CSR, üçlü sorumluluk perspektifi (triple bottom line perspective), uzun vadeli perspektif (long-termism) ve etik perspektif (ethical perspective) gibi yeni yaklaşımlar da çeşitli alanlarda şirket menfaatinin değerlendirilmesi bakımından geliştirilen başkaca yaklaşım ve yorumlara örnek teşkil etmektedir. Bugün itibarıyla temel tartışmalar pay sahibi değeri teorisi (shareholder value theory) ile paydaş değeri teorisi (stakeholder value theory) üzerinedir. Çalışmamızda öncelikle şirket menfaati kavramı ve buna ilişkin bu iki temel kuram incelenecektir. Daha sonra günümüzdeki yaklaşımlar değerlendirilecek ve bu kapsamda konunun yalnızca hukuki boyutu bulunmadığından iktisadi bilimlerin de değerlendirmelerine kısaca değinilecek ve hukukumuz bakımından anonim şirket menfaatine nasıl yaklaşıldığından bahsedilecektir.

I. ŞİRKET MENFAATİ KAVRAMI

Şirket menfaati, en dar anlamıyla şirketin hedef ve amaçlarını ifade eder ve şirket amacına uygun olarak şirketin varlığını, işleyişini ve şirketteki görevlerin ye-

rine getirilmesini sağlayan ve destekleyen her şeydir¹. Şirketin esas sözleşme ve ikincil düzenlemeleri şirket menfaatinin belirlenmesi açısından tanımlayıcı kabul edilmektedir². Bununla birlikte şirketin nihai amacının şirket sözleşmesinin açıkça belirtilmesi zorunlu değildir; şirket türüne göre tipik amaç da belirlenebilir³. Bir şirketin amacı faaliyet gösterdiği endüstri, lokasyon ve diğer faktörlere göre değişiklik gösterir. Bu kapsamda şirkette ekonomik ve ekonomik olmayan amaçların varlığı söz konusu olabileceği gibi ekonomik amaç kapsamında nakdi menfaatler elde edilmeli ve elde edilen bu menfaatlerin pay sahiplerine geri dönüşü olmalıdır⁴. Dolayısıyla şirket amacının tekliği söz konusu değildir. Bu nedenle şirketin menfaatinin sınırlarının çizilmesi her zaman kolay olmayabilir. Hatta kimi zaman bu durumun yönetim kurulunca herhangi bir önlemi/faaliyeti haklı çıkarmak için kötüye kullanılabileceği ifade edilmekte; hatta kavrama açık çek benzetmesi yapılmaktadır⁵.

Bu değişkenlik karşısında bugün öğretide de yargı kararlarında da şirket menfaatinin genel geçer bir tanımına rastlanmamaktadır; bu kavramın somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği kabul edilse de en azından belli ilkelerin şirket menfaati açısından belirlenmesinin yol gösterici olduğu belirtilmektedir⁶.

Şirket menfaatinin belirlenmesi açısından esas alınacak ilkeler de farklı görüşlere göre şekillenmiştir. Şirket menfaati pay sahiplerinin menfaatidir anlayışıyla iki menfaati özdeş tutan görüş karşısında şirket yönetiminde çalışanlar, müşteriler, tedarikçiler ve toplum menfaati gibi menfaatlerin de dikkate alınması gerektiğini savunan çoğulcu bir anlayışı savunan görüş yer almaktadır⁷. Bugün itibarıyla bu iki anlayışı ifade eden pay sahibi değeri teorisi (shareholder value theory) ile paydaş değeri teorisi (stakeholder value theory) en çok kabul gören iki temel yaklaşımdır⁸.

¹ Christoph Kuhner, "Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften", Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Y. 2004, C. 33, s. 246.

² Mehmet Helvacı/ Emin Çamurcu/İsmail Türkyılmaz, "Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 312.

³ Christoph B. Bühler, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft: Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art.698-726 und 731b OR, 3. Auflage, Zürich 2018, Art.717, N. 116.

⁴ Bühler, N. 117.

⁵ Gerald Spindler, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2, 6. Auflage München 2023, §76 Rn. 68.

⁶ Michael Lazopoulos, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004, s. 42.

⁷ Konuyla ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. İsmail Kırca/Feyzan Şehirli Çelik/Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, Ankara 2013, s. 248 vd.; Muhammed Sulu, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul 2019, s. 9 vd.

⁸ Lazopoulos, s. 40 vd.

II. ANONİM ŞİRKET MENFAATİ BAKIMINDAN TEMEL İKİ KURAM

A. Pay Sahibi Değeri Teorisi (*Shareholder Value Theory*)

Pay sahibi değeri (shareholder value) ve paydaş değeri (stakeholder value) tartışmalarının başlangıcı esasen Amerika Birleşik Devletleri'ne ve halka açık şirketlerin işletilmesine dayanmaktadır. Halka açık şirketlerde 1900'lü yılların başında, uygulanmasının 1776 yılına kadar dayandırıldığı mülkiyet ve kontrol yetkilerinin birbirinden ayrılması anlayışı egemendi⁹. Buna göre yatırımcılar ya da finansörler, şirketi kendi adlarına yönetecek yöneticileri atamakta; bunun yanında yönetim kararlarında hiç kontrolleri bulunmamakta ya da çok az doğrudan kontrol hakkına sahip olmaktadır¹⁰. Büyük şirketlerde hissedar sayısının artması ve bu hissedarların günlük yönetimle doğrudan ilgilenmemeleri bu anlayışın öne çıkmasına neden olmuştur. Zira 1900'lü yılların başında karayolu, demiryolu yapımı, banka işletmesi gibi büyük ticari girişimler için kurulan şirketlerde yatırımcıların yatırımlarını maksimize etmek gibi bir amaç o zamanlar kabul edilmemekte ve uygun fiyatlara hizmet sunmak amaçlanmaktaydı. Hatta yatırımcıların da çoğunlukla müşterilerden/hizmetten yararlananlardan oluştuğu ifade edilmektedir¹¹. ABD'de yönetim ve kontrol ayrışmasını güçlendiren etmenlerden bir diğeri de işverenlerin emeklilik tazminatı vermeyi reddetmesi ve devlet destekli sosyal güvencelerinin de olmaması nedeniyle işçilerin emekliliklerine yatırım yapmak için birikimlerini borsaya yatırmaları olmuştur¹². Uygulamadaki bu yönetim ve kontrol ayrımı beraberinde de yönetimin yetkisini kullanırken bunu neye göre, hangi menfaate göre kullanması gerektiği tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bu konuda önemli gelişmelerden biri 1919 yılındaki Dodge vs. Ford Motor Company davasıdır. Azınlık pay sahipleri (Dodge kardeşler) tarafından şirkette düşük oranda kâr dağıtılarak çalışan maaşlarının artırılması ve araç fiyatlarının dü-

⁹ Ayrıntı için bkz. Stephen G Marks, "The Separation of Ownership and Control", Encyclopedia of Law and Economics, Y. 2000, s. 692 vd.

¹⁰ Vekalet teorisi (principal - agency theory; agency problem) olarak ortaya çıkan bu görüşte müvekil ile vekil yani pay sahibi ile yöneticiler arasındaki ilişki menfaat çatışmaları yaratır; çünkü her iki taraf da kendi yararını ençoklaştırmak ister. Michael C Jensen/ William H. Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", Journal of Financial Economics, Y. 1976, C. 3, S. 4, s. 313 vd.

¹¹ Lynn A. Stout., "The Shareholder Value Myth", European Financial Review, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2311&context=facpub>, E.T. 20/01/2025.

¹² Ayrıntı için bkz. Ewan McGaughey, "Democracy in America at Work: The History of Labor's Vote in Corporate Governance", Seattle University Law Review, Y. 2019, C. 42, s. 713 vd.; Amerika'da, o dönem Rusya'daki rejimin ve işçilerin sendikal hareketlerinin de etkisiyle ve buna karşı olarak bir sosyal güvence sisteminin benimsenmesinden önce işçilerin bireysel ve özel mekanizmalarla birikim yapması anlayışı benimsenmiştir. Buna ilişkin açıklamalar için bkz. s. 727.

şürülme kararı alınmasının ardından, bu kararların pay sahiplerinin zararına olacak şekilde çalışan ve tüketiciler lehine verildiği iddiasıyla karara karşı dava açılmıştır. Somut olayda çoğunluk pay sahibi ve yönetim kurulu üyesi olan Henry Ford otomobillerin herkes tarafından satın alınabilir olmasını sağlamak amacıyla satış fiyatlarının düşürüldüğünü; kısa vadede daha az kâr edilse de endüstrileşen toplumdaki daha fazla insanın yararlanmasının amaçlandığı yönünde savunmada bulunmuştur. Mahkemece şirketin başlıca amacının pay sahiplerinin kâr elde etmesi olduğu ve yönetimin yetkilerini de bu amaçla kullanması gerektiği kabul edilmiş; bu nedenle dağıtılan temettünün artırılmasına hükmedilmemiştir. Öte yandan araç fiyatlarının belirlenmesine ilişkin karar ise işadamları kararı (ticari takdir yetkisi- business judgement rule) kapsamında değerlendirilmiştir¹³. Kararda şirketlerin başlıca amacının pay sahiplerinin kâr elde etmesi olduğu esası benimsendiğinden pay sahibi değerinin şirketlerce desteklenmesi bakımından önem arz eder.

Bu konudaki esas tartışma Adolf A. Berle ve M. Dodd arasındaki görüş farklılıklarına dayandırılmaktadır. Özellikle Amerika'daki büyük buhrandan sonra şirketlerin topluma karşı da bir sorumluluğunun olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu kapsamda 1930'lu yılların başında ortaya çıkan tartışmaya konu Berle ve Dodd'un görüşlerinin pay sahiplerini ve paydaşları esas alan iki farklı bakış açısını temsil ettiği kabul edilmektedir. Berle'ye göre kaynağı ne olursa olsun şirkete, yönetime ya da herhangi bir gruba verilen yetkiler ancak tüm hissedarların menfaati doğrultusunda kullanılmalıdır¹⁴. Dodd'a göre ise şirketlerin sosyal görevleri de bulunmaktadır ve pay sahipleri öncelikli olarak değerlendirilmemelidir¹⁵.

Berle ve Dodd tartışmasından sonra asıl olarak ekonomist Michael Friedman'ın görüşü etki yaratmış ve pay sahibi değeri önem kazanmıştır. Friedman'ın 1970 yılındaki bu makalesinden sonra bu görüş popülerite kazanmış; 1990'lara gelindi-

¹³ 1919 yılında verilen bu Karar pay sahipliği değeri bakımından önemli bir içtihat kabul edilmekle birlikte oldukça da tartışılan bir karardır. Bu kararın pay sahipliği değeri bakımından değil de azınlık ve çoğunluk çatışması ve business judgement rule bakımından değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Lynn A. Stout, "Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford", Virginia Law & Business Review, Y. 2008, C. 3, S. 1, s. 7 vd. Ayrıca davaya konu olan olayda azınlık pay sahipleri aldıkları kar paylarını şirkete rakip olarak kurdukları otomobil şirketine finansman olarak kullanmışlardır. Bu durumu öngören Henry Ford öncesinde hem bu azınlık pay sahiplerinin paylarını satın almak istemiş; ancak anlaşmaya varamamış, daha sonra daha az temettü dağıtımını ile bu amacın önüne geçmeye çalışmıştır. Dolayısıyla Ford'un kararının esasen şirketin menfaatine olduğu da ayrıca tartışılmaktadır.

¹⁴ Bu tartışmada Berle her ne kadar pay sahipliği değerini savunan görüş tarafında görülsede esasında Berle değerlendirmelerini *de lege lata* yöneticilerin hissedarların menfaati doğrultusunda karar alması esasına dayandırmaktadır. Adolf A. Berle, "Corporate Powers as Powers in Trust", Harvard Law Review, Y. 1931, C. 44, S. 7, s. 1049 vd.

¹⁵ Merrick E. Dodd, "For Whom are Corporate Managers Trustees?", Harvard Law Review, Y. 1932, C. 45, S. 7, s. 1145.

ğinde Amerika’da pay sahibi değeri iş dünyasındaki egemen görüş haline gelmiştir. Buna karşılık şirketin aynı zamanda paydaşlar bakımından değer yaratması gerektiğine yönelik yaklaşım da bir alternatif olarak tartışılmıştır¹⁶.

Friedman doktrini olarak da anılan pay sahibi değeri teorisi işletmelerin tek amacını, kâr maksimizasyonu olarak kabul eder. Friedman’a göre iş adamlarının, işletmelerin yalnızca kâr amaçlı olmadığını aynı zamanda sosyal bir bilinçle istihdam sağlama, ayrımcılığı ortadan kaldırma, kirliliği önleme gibi sosyal amaçlarının olduğunun kabul edilmesi sosyalizmi işaret ediyordu¹⁷. Şirket sahiplerinin bir vekili olan yöneticilerin sorumluluğu bu kişilere karşıdır. Şirket menfaatine rağmen enflasyonu önlemek, sosyal amaca katkıda bulunmak gibi nedenlerle ürünün fiyatını artırmaktan kaçınması ya da çevre kirliliğini azaltmak için yasaların gerektirdiği miktarın ötesinde harcamalar yapması halinde yönetici kendisine ait olmayan bir parayı harcamaktadır ve böylece bu sosyal sorumluluk, pay sahiplerinin elde ettiği menfaatin azalmasına, müşteriler için fiyat artışına, çalışanların ise daha az maaş almasına yol açar. Böylelikle pay sahipleri, müşteriler ve çalışanların kendilerine ait parayı dilediği şekilde harcama inkârı varken, sosyal sorumlulukla paraları normalde harcayacaklarından daha farklı şekilde harcanmış olur, bu durum vergilendirme sürecine de müdahale anlamına gelir. İşletmelerin sosyal sorumluluğu, kaynakları düzgün harcamak ve kârı artırmak için faaliyette bulunmaktadır¹⁸.

Friedman’ın bu görüşü Amerika Birleşik Devletleri’nde pay sahipliği değerinin popülarite kazanmasına neden olsa da bir yandan eleştirilerin de hedefi olmuştur. Friedman’a yöneltilen eleştirilerden biri pay sahiplerinin şirketin sahipleri olduğu iddiasıdır ki aslında tüzel kişiliğe sahip olan şirkette, pay sahipleri paya sahiptir ve bu pay, şirket ile pay sahibi arasındaki bir sözleşme gereği onlara birtakım haklar bahşeder¹⁹. Hatta bu bakımdan pay sahipleri yine sözleşmelerle bir takım yasal haklara sahip olan çalışanlar, tedarikçilerle aynı konumdadır. Öte yandan yönetim

¹⁶ Bu kapsamda 1984’te yönetim organizasyonu ve etik değerlere yaklaşımı sistematik olarak inceleyen Ed Freeman’in Strategic Management: A Stakeholder Approach eserinin büyük bir etkisi olduğu kabul edilmektedir. McGregor McCance, Stakeholder: How Ed Freeman’s Vision for Responsible Business Moved From Theory to Reality, Virginia News, <https://news.darden.virginia.edu/2024/05/16/stakeholder-how-ed-freemans-vision-for-responsible-business-moved-from-theory-to-reality/>, E.T. 28/04/2025.

¹⁷ Michael Friedman, The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits, NY Times, <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>, E.T. 15.03.2023.

¹⁸ Friedman, NY Times.

¹⁹ Lynn A. Stout, “Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy”, Southern California Law Review, Y. 2002, C. 75, S. 5, s. 1191; aynı yönde Mathieu Blanc, “Corporate Purpose and Board of Directors: Means and Ends of Corporate Governance”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Y. 2020, Heft 3, s. 234; Sumantra Ghoshal, “Bad Management Theories are Destroying Good Management Practices”, Academy of Management Learning & Education, Y. 2005, C. 4, S. 1, s. 80.

kurulunun, pay sahiplerinin vekili konumunda olduğu da hatalı bir değerlendirmedir. Bu da yönetim kurulunun seçiminde oy hakkı ve sorumluluk davası açma gibi hakların kullanılmasında olduğu üzere pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri üstünde sınırlı ve dolaylı bir gücü vardır²⁰. Bir taraftan da tek bir pay sahibi değeri de yoktur. Her pay sahibinin farklı menfaati vardır; kimi uzun vadede yatırım yapmak isterken kimi hızlı kazançlar peşindedir²¹. Özellikle pay sahipleri arasındaki menfaat farklılıkları halka açık şirketlerde belirginlik kazanmaktadır. Bu kapsamda şirketlerin tek bir amaca odaklanıp onu maksimize etmesi yerine birden çok hedefe sahip olması bir alternatif olarak görülmüştür. Yönetimin pay sahipliği değerini maksimize etmesi yönündeki görüşün ticaret hukuku bakımından konuyu değerlendirmeyen ekonomistler arasında popüler olduğu bunun yanı sıra yatırım fonları ve yöneticilerin performansa bağlı olarak prim aldıkları dolayısıyla kısa dönem karlılığın odak olduğu şirketlerde benimsendiği ifade edilmektedir²².

Friedman'ın ilkeleri esas olarak pay sahiplerini şirketin sahibi olarak gören bir yaklaşıma dayansa da pay sahipliği değeri yalnızca pay sahiplerini şirketin sahibi olarak gören görüş tarafından değil; anonim şirketi bir sözleşmeler ağı (nexus of contracts) olarak gören görüşün savunucuları tarafından da desteklenmiştir²³. Bu görüşte de pay sahiplerinin menfaatlerine öncelik tanınır; zira pay sahipleri de en çok riske maruz kalan menfaat grubudur. Diğer menfaat grupları örneğin işçiler, alacaklılar şirketle yaptıkları sözleşmelerle haklarını koruyabilirler. Halbuki pay sahipleri ancak artık miktar üzerinde söz sahibidirler (residual claimants). Yani şirketteki nakit akışı içinde önce alacaklılar ve çalışanların alacakları ödenir, şirkette kalan bir değer olursa pay sahipleri bunun sahibi olacaklardır²⁴. Pay sahipleri en riskli menfaat grubu olduğundan onların menfaatinin maksimize edilmesi savunulmaktadır.

Pay sahibi değerinde hedeflenen kar maksimizasyonu ve kısa dönem karlılığın benimsenmesi eleştirilere yol açmıştır. Bu halde şirketin uzun vadede kazanımları ve büyümesinden ziyade kısa sürede pay sahiplerinin elde edeceği kazançlar odak noktasını oluşturur. Pay sahiplerinin uzun vadeli yatırımlardansa kısa dönem karı tercih etmelerinin bir nedenini de yönetimin bu paraları yatırım

²⁰ Stout, European Financial Review.

²¹ Lynn A. Stout, Corporations Don't Have to Maximize Profits, NY Times, <https://www.nytimes.com/roomfordebate/2015/04/16/what-are-corporations-obligations-to-shareholders/corporations-dont-have-to-maximize-profits>, E.T. 01/01/2025.

²² Lynn, NY Times.

²³ Ayrıca bkz. Min Yan, The Limits of Company Law in Saving Our Planet: Rethinking the Future of the Corporate Purpose Movement, s. 6, City Research Online, <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/35085/>, E.T. 07/05/2025.

²⁴ Buna karşılık bu görüş de pay sahiplerinin esasında yalnızca iflas durumunda artık değerın kalma/ması ihtimalinde risk taşıdığı; bunun haricinde şirkette koşulları mevcutsa her zaman kar dağıtım kararı alınabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Stout, Shareholder Primacy, s. 1193.

için kullanmak yerine boşa harcamasına yönelik endişelerinden ileri gelmektedir²⁵. Kısa dönem karlılığın hedeflenmesinin ekonominin üretken kapasitesini ve dinamizmini istikrarlı bir şekilde yok ettiği belirtilmektedir²⁶. Zira kısa dönem karlılık pay sahiplerinin yeni yatırımlar, Ar-Ge gibi harcamalar yapma bakımından motivasyonu kaybetmesine yol açabilir²⁷.

Pay sahibi öncelikli model daha sonraları 3 stratejiye dayandırılmıştır: şirketin amacı, şirket hisse değerlerinin piyasa değeri üzerinden hesaplanan pay sahiplerini değerini maksimize etmektir; şirketin kontrolü nihai olarak pay sahiplerindedir; pay sahipleri yönetimin özen ve sadakat yükümlülüğünün birincil faydalanıcılarıdır²⁸. Diğer paydaşlar ise pay sahiplerine sağlanan değer maksimizasyonu sayesinde işletmelerce ödenen vergiler, sağlanan istihdam ve kaliteli mal ve hizmetlerle aslında bundan yararlanmış olurlar²⁹.

Pay sahipliği değerinde kâr elde etmek ve pay sahiplerinin getirilerini en üst düzeye çıkarmak amaçlandığından diğer paydaşların menfaatleri ancak bunlara hizmet ettiği ölçüde veya yasal gereklilikler gereği dikkate alınır. Öte yandan pay sahibi değeri maksimize edildiğinde firma değeri artar, daha çok vergi ve çalışanlara daha iyi maaş ödenir. Bu kapsamda pay sahibi değerinin tam anlamıyla paydaşları dışlayıcı bir yönetim anlayışı taşımadığı da ifade edilmektedir. Ancak; diğer paydaşlarla ilişkilerin de düzgün yönetilmesi gerekmektedir. Örneğin; müşterilerine çok yüksek bedelli hizmet sunan şirket rekabet karşısında onları kaybedecekken, çok düşük bedelli hizmet sunması durumunda finansal yükümlülüklerini yerine getirmede zorlanacaktır ya da çalışanlara çok düşük ödeme yapmak şirketteki iş gücünün standartların altında kalmasına yol açarken; çok fazla ödeme yapmak şirketin rekabetçi kalmasını engelleyecektir³⁰.

Pay sahibi değerine getirilen eleştirilerden biri diğeri de şirkette yönetim kurulunun kârdan prim aldığı kimi durumlarda- daha çok prim anlamına geleceği için³¹- şirkette kâr maksimizasyonu için yolsuzluk yapılması gibi durumların meydana

²⁵ Gregory Jackson/ Anastasia Petraki, "Understanding Short-termism: the Role of Corporate Governance", Report to the Glasshouse Forum 2011, s. 12.

²⁶ Steve Denning, Making Sense of Shareholder Value: 'The World's Dumbest Idea', Forbes, <https://www.forbes.com/sites/stevedenning/2017/07/17/making-sense-of-shareholder-value-the-worlds-dumbest-idea/?sh=12dd5aa92a7e>, E.T. 16.03.2023.

²⁷ Jackson/ Petraki, s. 12.

²⁸ Virginia Harper Ho, "Enlightened Shareholder Value": Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide", The Journal of Corporation Law, Y. 2010, C. 36, S. 1, s. 72.

²⁹ Harper Ho, s. 74.

³⁰ Michael J. Mauboussin, What Shareholder Value is Really About, Harvard Business Review, <https://hbr.org/2011/10/ceos-must-understand-what-crea>, son erişim: 03.02.2023.

³¹ Bu tür teşviklerin yöneticileri kısa dönem faydacılığa yönelterek bunun gelecekteki sonuçları hakkında daha az düşünmeye ittiği yönünde bkz. Jackson/Petraki, s. 45 vd.

na gelmesidir³². Örneğin oldukça ünlü kurumsal skandallardan biri olan Enron olayında, şirket gelirlerinin şişirildiği ortaya çıkmıştı ve bunun nedenlerinden bir tanesi de yöneticilerin mali haklarının buna göre belirlenmesi olarak görülmektedir³³. Öte yandan prim motivasyonlu olmasa da esasen kısa dönem kârlılık hedefinin kendisi dünyada pek çok skandala yol açmıştır. Örneğin Wells Fargo isimli bankada şirket yönetiminin belirlediği satış rakamlarını tutturmak için 2002-2016 yılları arasında sahte hesaplar açılmış; böylelikle şirket kısa vadede kâr elde etmiş gibi gösterilmiştir; öte yandan bu skandal ortaya çıktığında şirket hem 3 milyar USD cezaya çarptırılmış hem de itibar kaybı yaşayarak uzun vadede fazlasıyla zarar etmiştir³⁴.

Zaman içinde gerçekten kısa vadeli pay sahibi değerine ilişkin eylemlerin uzun vadede pay sahiplerine zarar verdiği görülmüştür ve uzun vadeli anlayışı desteklenmeye başlanmıştır³⁵. Yöneticiler, uzun vadeli ve sürekli bir hissedar değeri yaratmalıdır³⁶. Bu kapsamda öne sürülen görüşlerden bir tanesi de aydınlatılmış pay sahibi değeri (Enlightened Shareholder Value) yaklaşımı olmuştur ve pay sahibi- paydaş değeri tartışmalarında uzlaşmacı bir çözüm olarak nitelendirilmiştir³⁷. Bu yaklaşım ile pay sahiplerinin kârının tek odak kabul edilmesi anlayışı ile diğer menfaatler arasında bir denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Aydınlatılmış pay sahibi değerinde de uzun vadeli hissedar yaratımı yine asıl amaçtır; ancak bunun yanında ek olarak şirkette karar alınırken diğer paydaşlara zarar vermeyecek şekilde alınması ya da diğer paydaşların bundan bir kazanım sağlayıp sağlamayacağı değerlendirilmelidir³⁸. Yani pay sahiplerinin öncelik ve tek odak kabul ederek kâr maksimizasyonundansa uzun vadeli pay sahibi değeri yaratmak amacıyla diğer paydaşların da menfaatleri dikkate alınır.

³² Hatta şirkette bu tip başarıya bağlı teşviklerin yönetimde agresif muhasebe kullanılmasına yol açacağı yönünde bkz. Bahram Soltani, "The Anatomy of Corporate Fraud: A Comparative Analysis of High Profile American and European Corporate Scandals", *Journal of Business Ethics*, Y. 2014, C. 120, S. 2, s. 259.

³³ Kurt Enichenwald, *Enron's Many Strands: Executive Compensation*, NY Times, <https://www.nytimes.com/2002/03/01/business/enron-s-many-strands-executive-compensation-enron-paid-huge-bonuses-01-experts.html>; E.T. 13/01/2025.

³⁴ <https://www.justice.gov/archives/opa/pr/wells-fargo-agrees-pay-3-billion-resolve-criminal-and-civil-investigations-sales-practices>; <https://edition.cnn.com/2020/02/21/business/wells-fargo-settlement-doj-sec/index.html>; E.T. 30/04/2025.

³⁵ Enron, Boeing, Volkswagen, Siemens, Glencore gibi ünlü şirketlerin karışıklıkları skandallar, şirketlerdeki kısa vadeli stratejilerin oldukça yanlış ve hukuka aykırı boyuta ulaşabileceğinin ve uzun vadede şirketlere ciddi zarar verebileceğinin başkaca örnekleridir.

³⁶ Buna rağmen pay sahiplerine kısa vadede kar elde etmek daha cazip gelebilir. Peter Forstmoser, "Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?", *Summa Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen*, Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2005, s. 214.

³⁷ Alla V. Sarbach, "How is the Purpose of a Company Impacting Its Corporate Governance?", *GesKR*, Y. 2022, s. 271.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Harper Ho, s. 108 vd.

B. Paydaş Değeri Teorisi (Stakeholder Value)

Paydaş değeri teorisinde şirketler sadece pay sahiplerine kâr sağlamak amacıyla kurulmazlar ve şirket yönetiminde pay sahipleri dışındaki paydaşların çıkarları ve refahı da gözetilmelidir. Pay sahiplerinin menfaatinin yanı sıra diğer menfaat gruplarının, özellikle de çalışanların, müşterilerin, tedarikçilerin ve (sınırlı ölçüde) genel kamunun çıkarları da eşit bir şekilde dikkate alınmalıdır³⁹. Dolayısıyla paydaş teorisinde çalışan ya da müşteri gibi bir paydaş grubuna odaklanmak yerine bütün paydaşların menfaatlerinin değerlendirilmesi söz konusudur ve menfaat grupları arasında bir sinerji söz konusu olduğundan aslında şirketin paydaş gruplarından birine yaklaşımı diğer grupları da etkiler⁴⁰. Yönetim kurulunun görevi, somut duruma göre çatışan menfaatler arasında bir denge kurmak ve bu menfaat gruplarından herhangi birine öncelik tanımamaktır⁴¹.

Şirketin işleyişinde çıkarı olan ve şirketin hedeflerine ulaşması için bağlı olduğu kişi, grup ve kuruluşlar olarak tanımlanan paydaşlardan bir kısmı şirketin değer yaratım sürecine doğrudan dahildirler ve çalışanlar ve yöneticiler, hissedarlar, finansörler, müşteriler ve tedarikçiler birincil paydaş olarak kabul edilirler⁴². Paydaşla ilgili tanımlar yapılırken kapsam genişleyebilmektedir. Özellikle çember genişledikçe topluluklar, özel menfaat ya da çevre grupları, medya hatta toplum da paydaş tanımına dahil olur; ancak böyle homojen olmayan gruplar söz konusu olduğunda paydaş çıkarının ne olduğunu tespit etmek zorlaşabilir, bu da yaklaşıma yöneltilen eleştirilerden bir tanesidir⁴³. Bu bağlamda paydaş değerinin hedefi net olduğundan başarının da daha ölçülebilir olduğu da karşı argümanlardan biri olmuştur⁴⁴.

Bu teoriye getirilen eleştirilerden bir tanesi de şirket menfaatinin üçüncü kişilerin menfaatlerini de kapsayacak şekilde genişletilmesinin anonim şirketler hukukunun amacına uygun düşmediğidir. Bu yaklaşımın malik olarak pay sa-

³⁹ AccountAbility isimli bağımsız kuruluş tarafından geliştirilen AA1000 Stakeholder Engagement Standard (AA1000SES) kurallarıyla 5 aşamalı bir süreç ile paydaşları kapsayan bir yönetimin nasıl olabileceği açıklanmıştır. Buna göre önce şirketin sürdürülebilirliğini etkileyen paydaş grupları tanımlanmalı, bunlarla nasıl etkileşim sağlanacağı planlanmalı, bu plan uygulamaya geçilmeli, karar alma sürecinde paydaşların beklentilerinin entegrasyonu sağlanmalı ve bu süreçlerin işleliğinin sürekli olarak kontrol edilmesi ve değerlendirilmesi önerilmektedir. Ayrıntı için bkz. <https://www.accountability.org/standards/aa1000-stakeholder-engagement>, E.T. 29/04/2025.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jeffrey S. Harrison/R. Edward Freeman/ Mônica Cavalcanti Sá de Abreu, "Stakeholder Theory as an Ethical Approach to Effective Management: applying the theory to multiple contexts", Review of Business Management, Y. 2015, C. 17, S. 55, s. 859 vd.

⁴¹ Weber Hölters/Weber, Aktiengesetz 4. Aufl. 2022, AktG §76 Leitung der Aktiengesellschaft, N. 21.

⁴² Harrison/Freeman/Abreu, s. 859.

⁴³ Harrison/Freeman/Abreu, s. 859.

⁴⁴ Forstmoser, Gewinnmaximierung, s. 213.

hiplerinin aleyhine olduğu; zira hissedarların alacaklı ya da çalışan gibi statüleri olmadığından haklarını koruyacak başka mekanizmalarının bulunmadığı ifade edilmiştir⁴⁵. Ancak paydaş değeri teorisini savunanlar, pay sahibi değeri teorisinin argümanlardan biri olan pay sahiplerinin şirketlerde riski asıl üstlenen menfaat grubu konumunda olmaları hususuna şüpheyile yaklaşmaktadır. Zira; çeşitli nedenlerle yatırım yapan pay sahibindense iş ilişkisi şirketin devamlılığına bağlı olan işçilerin şirketin faaliyetlerinden doğan risk nedeniyle sosyal ve ekonomik açıdan daha çok etkilenmesi muhtemel gözükmemektedir⁴⁶. Ya da şirketin en önemli müşterisi konumunda olan ve şirkete ekonomik açıdan bağımlı durumda olan alacaklıların da kimi hallerde pay sahiplerinden daha fazla riske maruz kaldığı ifade edilmektedir⁴⁷. Hatta genel kamu menfaati, şirketin işletmesel faaliyetlerinden bazı durumlarda, şirketin yarattığı çevre kirliliği gibi, pay sahiplerinden daha fazla etkilenmektedir⁴⁸.

III. GÜNÜMÜZDE GÖRÜLEN EĞİLİMLER VE YÖNETİMDE BENİMSENEN KAVRAMLAR

Bugün itibari ile Avrupa’da paydaş; Amerika Birleşik Devletleri’nde hissedar odaklı bir eğilim olduğunu söylemek mümkündür⁴⁹. Ancak bu kesin olarak yaklaşımlardan birinin kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Her iki teoriyi de destekleyen uygulamalar ya da görüşler mevcuttur. Örneğin zaman içindeki gelişmeler neticesinde ABD’de mahkemelerin uzun vadede şirketin daha çok fayda sağlayabileceği durumlarda yönetimin pay sahiplerinin zararına da olsa verdiği kararları işadamları kararı (business judgement rule) kapsamında değerlendirdiği tespit edilmiştir⁵⁰. Paydaş değeri de tamamen geri planda değildir⁵¹. ABD’de halka açık şirketler bakımından kurumsal yönetim ilkeleri yayınlayan Business

⁴⁵ Thomas Alexander Steininger, *Interessenkonflikte des Verwaltungsrates*, Zurich 2011, s. 63.

⁴⁶ Michael Kort, “Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen”, *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 2012, s. 609.

⁴⁷ Kort, s. 609.

⁴⁸ Kort, s. 609.

⁴⁹ Sarbach, s. 277; Avrupa’daki çalışanların ya da kreditorlerin yönetime katılmalarına yönelik düzenlemeler de buna örnek olarak gösterilmektedir bkz. Vinita Ramaswamy, “Director Interlocks and Cross-Cultural Impact on Strategies Affecting Shareholder-Creditor Conflict a Conceptual Analysis”, *Management Decision*, Y. 2019, C. 57, S. 10, s. 2700.; Karşılaştırmalı hukuk bakımından şirket menfaatinin ele alınışı ile ilgili ayrıca bkz. Mehmet Helvacı/Rifat Cankat, “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, s. 523 vd.

⁵⁰ Ayrıntı için bkz. Stout, *Dodge vs. Ford*, s. 7.

⁵¹ Hatta ABD ve İngiltere’deki yaygın pay sahibi değeri anlayışına rağmen yasaların yöneticilerin şirkette pay sahiplerinin menfaatini önceliklendirmeye izin vermediği aksine pay sahipleri ve diğer paydaşlar için yönetimi gerçekleştirmesi ödevi yüklediği yönünde bkz. Min Yan, M., “Corporate Social Responsibility versus Shareholder Value Maximization: Through the Lens of Hard and Soft Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2019, C. 40, S. 1. s. 85.

Roundtable isimli birliğe⁵² göre yönetim kurulu, uzun vadeli pay sahiplerini ilgilendiren ve şirketin uzun vadeli değer yaratımını etkileyen konularla ilgilenir ve bunlara odaklanmalıdır. Bu kapsamda şirketlerin yatırım yapmasına, büyümesine ve yeniliklerine olanak sağlayan sermayeyi sağlayan pay sahipleri bakımından açısından uzun vadeli değer yaratmak amaçlanmakla birlikte tüm paydaşlara da bir bağlılık olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda müşteri beklentilerinin karşılanması, çalışanlara adil ödeme yapmak ve haklar sağlamak, tedarikçilerle adil ve etik olarak çalışmak ve toplumu desteklemek de amaçlar arasında sayılmıştır⁵³. Kısa dönem kârlılığı artırmak için örneğin işçilere az ödeme yapılması zamanla şirketin kaliteli elemanlar açısından cazibesini yitirmesi anlamına gelecek; bu da mal/hizmetlerin kalitesinin ve dolayısıyla talebin düşüşü anlamına gelecektir⁵⁴. Bugün itibarıyla uzun vadeli hissedar değeri yaratılırken diğer paydaşların da menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda aydınlatılmış pay sahibi değeri de daha çok önem kazanmaya başlamıştır. Pay sahiplerine uzun vadeli ekonomik değer yaratılması yatırımcı ve yatırım kuruluşlarının da ilgisini çekmiştir⁵⁵. İngiliz Şirketler Kanunu'nda şirket yöneticilerinin görevleri düzenlenirken, aydınlatılmış hissedar değeri benimsenmiştir (Companies Act 2006, Bölüm 172).

Alman doktrininde Gesellschaftsinteresse ve Unternehmensinteresse şeklinde kavramsal bir ayrım bulunmaktadır⁵⁶. Şirket menfaati (gesellschaftsinteresse) pay sahiplerinin menfaatler bütününe denk sayılmaktadır⁵⁷. İşletme menfaati (Unternehmensinteresse) esasen bizim kullandığımız şekilde şirket menfaatini ifade eden kavramdır. Bu kavram, hissedarların, çalışanların, alacaklıların, şirketle ilgili diğer grupların ve ayrıca genel halkın çıkarlarından oluşan bir menfaat

⁵² İstihdam yaratılması, Amerika'nın rekabet gücünün artırılması ve ekonominin güçlendirilmesi amacıyla Amerika'nın önde gelen şirketlerinin CEO'ları tarafından oluşturulan bu birlik, kurumsal yönetim gibi konuları da kapsayacak şekilde çeşitli ilkeler yayımlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.businessroundtable.org/policy-perspectives/corporate-governance/long-term-value-creation>, E.T. 13.03.2023.

⁵³ 2019'daki şirketlerin amacına ilişkin bu beyanname, paydaş menfaatleri bakımından yapılan değerlendirmeler paydaş menfaatleri bakımından önemli bir gelişme sayılırken bunun ardından yapılan bir araştırmada beyannameye katılan şirketlerin paydaş menfaatler açısından somut herhangi bir adım atmadığı ya da bu yönde şirket yönetiminde bir değişim olmadığı tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Lucian A. Bebchuk, Roberto Tallarita, 'Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?', Vanderbilt Law Review, 2022, C. 75, S. 4, s. 1031 vd.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Marc, Goedhart, M./Tim, Koller, 'The value of value creation', McKinsey, <https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/the-value-of-value-creation#>, E.T. 08.03.2023.

⁵⁵ Harper Ho, s. 63.

⁵⁶ Bu ayrımın yerinde olmadığına ve çoğu zaman birbirinin yerine kullanıldığına dair bkz. Wolfgang Hölters / Markus Weber, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, München, 2022, AktG §76 Rn. 23.

⁵⁷ Hölters/Weber/Weber, AktG §76 Rn. 19.

yapısını ifade eder⁵⁸. Alman hukukunda vekalet teorisi (principal-agent theory) ile ortaya atılan yönetici kurulu (Vorstand) pay sahiplerinin vekili gören yaklaşım da reddedilmekte; yönetici kurul, -pay sahiplerinin veya diğer paydaşların değil- yalnızca şirketin vekili olarak kabul edilmektedir⁵⁹. Yönetici kurul, pay sahiplerinin talimatlarıyla bağlı olmadığı gibi; pay sahiplerinin isteklerine uygun hareket etmek veya eylemlerini yalnızca pay sahiplerinin menfaatine dayandırma, genel olarak pay sahibi değerini ölçüt kabul etme gibi bir yükümlülüğü de yoktur⁶⁰. Bu kapsamda şirketin varlığını sürdürmesi ve şirketin uzun vadeli değer artışı kabul edilmelidir ki bu değer artışı pay sahibi değeri teorisi ile kabul edilen değer artışından farklıdır⁶¹.

Buna karşılık pay sahibi odaklı bir yönetim anlayışını savunan görüşler de mevcuttur. Pay sahibi değerine kısa vadeli anlamlar yüklemek yanlıştır. Anonim şirketler yapıları itibariyle kazanç odaklıdır. Pay sahiplerine yasal olarak kâr dağıtılması zorunluluğu bir tarafa şirketin mevcudiyetini devam ettirebilmesi için de kâr elde etmesi gerekir. Diğer paydaşlar da şirket ancak kâr elde ettiği müddetçe fayda sağlayabilirler. Bu nedenle kârlılık basit bir gerekliliktir ve herkesin menfaatinedir⁶². Nihai amaç sürdürülebilir bir şekilde şirket değerini artırmak ve bu sürdürülebilir gelişime zarar vermeyecek şekilde mümkün olan en yüksek kârı dağıtmaktır⁶³. Öte yandan biraz daha aydınlatılmış pay sahibi değerine yakın görüşler de vardır. Sermaye sağlayıcılarının oluşturduğu bir birlik olarak kabul edilen anonim şirketin amacının pay sahiplerinin menfaatlerine hizmet etmek olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Hatta pay sahipleri şirket sözleşmesinde pay sahibi değerinin benimsenmesini kabul edebilirler⁶⁵. Ancak çalışanların, müşterilerin, tedarikçilerin veya kamunun çıkarları veya menfaatleri sürekli göz ardı da edilemez; zira bu durum şirketin uzun vadede başarılı olmasına engel olabilir⁶⁶. Dolayısıyla diğer paydaşların menfaatlerinin dikkate alınması sürdürülebilir değer yaratımı ve kalıcı kârlılık için şarttır⁶⁷.

Netice itibariyle bugünkü ağırlıklı görüşe göre; yönetim kurulu şirketi yönetirken asgari amaç olarak şirketin mevcudiyetini ve kârlılığını korumakla yü-

⁵⁸ Tobias Bürgers/Torsten Körber/Jan Lieder, Aktiengesetz, 5. Auflage, Heidelberg 2021, §76 Leitung der Aktiengesellschaft, Rn. 13.

⁵⁹ Kort, s. 609.

⁶⁰ Kort, s. 609.

⁶¹ Kort, s. 610.

⁶² Steininger, s. 65.

⁶³ Steininger, s. 46.

⁶⁴ Hölter/Weber/Weber AktG §76 Rn. 22.

⁶⁵ Hölter/Weber/Weber AktG §76 Rn. 24.

⁶⁶ Hölter/Weber/Weber AktG §76 Rn. 22.

⁶⁷ Hölter/Weber/Weber AktG §76 Rn. 22b.

kümlüdür. Farklı pay grupları arasında menfaat çatışmaları olması olağan olsa da tüm pay sahipleri bakımından öncelikli olan şirket menfaati şirketin uzun dönem kârlılığının sağlanması ve şirket mevcudiyetinin devamıdır. Bu kapsamda şirketteki farklı menfaat grupları arasında denge kurulmalıdır⁶⁸. Alman Kurumsal Yönetim Kodeksinde de şirket menfaatinin en iyi şekilde gözetilmesi, işletmenin devamı ve sürdürülebilir değer yaratılması olarak görülmekte ve bunun için pay sahiplerinin yanı sıra şirket çalışanlarının ve diğer paydaşların menfaatinin de dikkate alınması ve yanı sıra kurumsal stratejilerin sosyal ve ekolojik amaçlar içermesi vurgulanmaktadır (Madde 1, 10, 20).

İsviçre'deki genel kabule göre de uzun vadede şirketin devamlılığı esastır. Şirkette kısa dönem menfaatlere odaklanılması işletmenin sürdürülebilir gelişimini ve kazançlarını tehlikeye sokabilecek nitelikte olabilir⁶⁹. Şirketin orta ve uzun vadede menfaatleri açısından belirleyici bir faktör de şirketin rekabetçi bir ortamda faaliyet göstermesidir⁷⁰. Her ne kadar özellikle kapalı tip şirketlerde pay sahiplerinin menfaatinin göz ardı edilmesi mümkün değilse de şirket menfaati ile pay sahiplerinin menfaatinin denk tutulamayacağı; bu kapsamda kâr maksimizasyonunun değil, kâr etmenin ve bunu optimize etmenin hedeflenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹.

İsviçre'de pay sahibi değerini benimseyen görüşler de yer almaktadır. Bühler'e göre şirket menfaatinin temeli ve sınırı esas sözleşmedeki amaçtır ve bu, tüm paydaşların sürdürülebilir menfaatine göre değerlendirilir. Şirket amacını belirleyen pay sahiplerinin şirket üstündeki etkisi, diğer paydaşlardan daha güçlüdür ve onların menfaati öncelikli olmalıdır. Anonim şirketlerde kâr amacı güdülür, yönetim kurulunun da yükümlülüğü kar maksimizasyonudur. Ancak bu kısa vadeli hedeflenmemelidir. Bu kapsamda diğer paydaşların menfaatleri de gözetilmelidir. Orta ve uzun vadede fayda sağlıyorsa sosyal sorumluluk çerçevesinde de karar alınabilir⁷².

Kurumsal yönetimde kapsamda çıkarılan kanunda da (Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance) şirketin sürdürülebilir menfaatinin korunmasının amaçlandığı; şirket başarısı ve istikrarlı büyümenin böylelikle sağlanabileceği bunun için de yalnızca kârdan faydalanan ya da sermaye riskini üstlenen konumunda olan pay sahiplerinin değil paydaş menfaatlerinin de önemli olduğu

⁶⁸ Christian Wentrup, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, §19 Vorstand als Leitungsorgan der Gesellschaft, N. 21.

⁶⁹ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 5. Auflage, Zürich 2022, N. 757.

⁷⁰ Böckli, N. 757.

⁷¹ Böckli, N. 757.

⁷² Bühler, Art.717, N. 114; Böckli de esasen anonim şirketleri salt paydaş menfaati odaklı kabul etmemektedir. Böckli, N. 758.

kabul edilmektedir⁷³. Yönetim kurulu kararlarında pay sahiplerinin yanı sıra; çalışanların, iş ortaklarının, müşterilerin, toplumun ve çevrenin de menfaatini gözetmelidir (m.9). İsviçre'deki bu menfaat tartışmalarında ayrıca ekonomik açıdan güçlü şirketlerin sosyal olarak sorumlu ve çevre dostu davranmalarının da gerektiği savunulmaktadır⁷⁴. Böylelikle geleneksel olarak nitelendirebileceğimiz menfaat grubu sınıflandırmasına çevrenin menfaati ve sosyal/toplumsal menfaatleri eklenmiştir (kurumsal sosyal sorumluluk görüşünün etkisi). Hem kurumsal yönetim ilkeleri hem doktrin hem de içtihatlarla yine de ağırlıklı olarak çoğulcu bir menfaat anlayışı yani paydaş değeri teorisi kabul edilmektedir⁷⁵.

Süregelemlen tartışmalardan sonra bugün hala görüşler arasında bir orta nokta bulunması zor olarak kabul edilmektedir. Öte yandan pay sahibi değeri teorisi-ne kazandırılan uzun vadeli anlayışı ile birlikte bu yaklaşım da aslında diğer paydaşların da çıkarına hizmet eder hale geldiğinden her iki anlayış arasındaki teorisel farkın da çok da büyük olmadığı da ifade edilmektedir⁷⁶.

Genel geçer bir şirket menfaati tanımı yapmanın zorluğu karşısında şirket menfaatini formüle etmektense menfaati belirleyecek bir prosedürün/sürecin tanımlanması da önerilmektedir⁷⁷. Bu kapsamda yönetim kurulu karar alırken bundan hangi menfaat gruplarının etkilendiğini tespit etmeli ve önemli kararlarda bu menfaat analizini daha ayrıntılı gerçekleştirilmelidir⁷⁸. Karardan etkilenecek menfaat grupları birbirleriyle karşılaştırılmalıdır⁷⁹. Bir sonraki adımla bu menfaatler uzlaştırılmalı, mümkünse menfaat grupları karar alma sürecine dahil edilmelidir⁸⁰. Diğer menfaat sahipleri lehine yapılan düzenlemelerin, kısa vadede karlılığı artırmasa da uzun vadede pay sahiplerinin de menfaatlerine hizmet edeceği gözetilmelidir. Örneğin; çalışanlara tanınan ek sosyal haklar, kısa vadede pay sahiplerinin daha az kar almasıyla sonuçlanırken; çalışanların artan motivasyon

⁷³ İsviçre'de de bu ilkeler de halka açık şirketler bakımından "comply or explain" (uy ya da açıkla) prensibiyle kabul edilmekle birlikte; halka kapalı ve ekonomik açıdan önemli kabul edilebilecek şirketler tarafından da benimsenebilecek tavsiyeler içermektedir.

⁷⁴ Bühler, Art.717, N. 114.

⁷⁵ Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesi 4C.242/2001 5 Mart 2003 tarihli kararı C 3.3., <https://www.bger.ch/de/index.htm>; Christa Sommer, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art.717, Abs.1 OR, Zürich 2010, s. 36 vd.; Menfaat tanımlamaları için ayrıca bkz. Lazopoulos, s. 40 vd.

⁷⁶ Uzun vadeli değer yaratma amacının şirkette herkes için fayda sağlamakta; bir kesişim noktası yaratmaktır. Forstmoser, Gewinnmaximierung, s. 219 vd.; ayrıca Hölters/Weber/Weber AktG §76 Rn. 22; Steining, s. 66.

⁷⁷ Lazopoulos, s. 43.

⁷⁸ Lazopoulos, s. 44.

⁷⁹ Lazopoulos, s. 44.

⁸⁰ Ancak çıkarların bir paydada oluşturulabilmesi her zaman mümkün olmadığından; bu durumda yönetim kurulunun menfaatler arasında bir denge bulması menfaatler çeşitlendikçe daha karmaşık bir hal alacaktır. Ayrıntı için bkz. Lazopoulos, s. 44 vd.

ve şirkete bağlılığı ile şirketin muhtemel başarısı sağlamlaştırılmış olmaktadır⁸¹. Dolayısıyla uzun vadede şirketin varlığını koruması ve büyümesini devam ettirebilmesi asgari olarak tüm menfaat grupları için ortak amaç olmalıdır⁸².

Pay sahibi değeri -paydaş değeri nezdinde gelişen tartışmalara yeni varyasyonlar da eklenmekte ve başka fikirler de geliştirilmeye devam edilmektedir⁸³. Özellikle halka açık şirketler bakımından oldukça önemli kavramlar şirket yönetiminde, amaç ve stratejilerinde önem kazanmıştır⁸⁴.

Bunlardan bir tanesi hiç şüphesiz ki artık hukuk sistemlerinde genel kabul gören kurumsal yönetim ilkeleridir. Kurumsal yönetim ile şeffaflık, adil yönetim, sorumluluk ve hesap verilebilirlik ilkelerine dayalı bir yönetim anlayışı benimsenmiştir. Kurumsal yönetim ile şirketteki faaliyetlerin yasallığını sağlamanın yanı sıra şirketin eylem ve kararlarında çevresel ve sosyal bakımdan sorumluluk alınmasını da sağlamak amaçlanmaktadır. Kurumsal yönetim ile sosyal ve ekolojik çevre ve paydaşları şirketlerin uzun dönemde başarısını devam ettirmesinde önemli etmenler sayılmakta ve şirketin kararları ve eylemleriyle çeşitli paydaş grupları nezdinde güven yaratması; bunun uzun vadede sürdürülmesi kurumsal yönetim kapsamında kabul edilmektedir⁸⁵. Kurumsal yönetim kapsamında yapılan farklı menfaat gruplarına referans nedeniyle bu yönetim anlayışı paydaş değeri ile oldukça iç içe kabul edilmektedir⁸⁶. Bu kapsamda şirket hedeflerinin kapsayıcı şekilde belirlenerek yönetim kuruluna bir davranış kılavuzu haline getirilmesi de menfaat grupları arasındaki çatışmalarının yönetilmesinde kabul edilen bir unsurdur⁸⁷.

OECD'nin 2023 yılında revize edilen kurumsal yönetim ilkelerinin şirketlere sürdürülebilirlik ve dayanıklılık hususlarında rehberlik etmek ve şirketlere

⁸¹ Hölter/Weber, Aktiengesetz 4. Auflage 2022, AktG §76 Leitung der Aktiengesellschaft, N. 22.

⁸² Lazopoulos, s. 45.

⁸³ Örneğin "competing fo ressential stakeholders" (CES) görüşü hissedarlar ve önemli paydaşlar açısından şirkette uzun vadeli değer yaratacak bir alternatif olarak ileri sürülmüştür. Bu kapsamda bütün paydaşlara odaklanan bir yönetim anlayışı değil; önemli paydaşlar bakımından şirketten beklenen faydayı artırmak amaçlanır. Bkz. Richard L. Priem/ Ryan Krause/ Caterina Tantalio/M. Ann McFadyen, 'Promoting Long-Term Shareholder Value by "Competing" for Essential Stakeholders: A New, Multisided Market Logic for Top Managers', Academy of Management Perspectives, C. 36, S. 1, s. 93 vd.

⁸⁴ Bu konudaki güncel gelişmelerle ilgili bir değerlendirme için ayrıca bkz. Hasan Pulaşlı, "Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, C. 27, S. 1, s. 418 vd.

⁸⁵ Christine Schweikert/Maximilian Jans, "Corporate Governance in Abhängigkeit von Unternehmensstruktur und Unternehmensgröße - eine betriebswirtschaftlich-juristische Analyse, Studie 1 im Forschungsprojekt "Leitlinienfürdas Management von Organisations- und Aufsichtspflichten", KICG-Forschungspapier 2012 S. 3, s. 7.

⁸⁶ Holger Fleischer, beck-online. GROSSKOMMENTAR, 2025, AktG §76 Rn. 40.

⁸⁷ Kurumsal yönetim kapsamında kabul edilen diğer unsurlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Schweikert/ Jans, s. 8 vd.

bilgilendirme yükümlülüğü, pay sahipleri ve paydaşların rol ve hakları, yönetim kurulunun sorumlulukları hakkında anlayış oluşturmak ve bu kapsamda çevresel ve sosyal risklerin yönetiminde yardımcı olmak amacını taşıdığı belirtilmiştir. İlkeler çerçevesinde paydaş çıkarlarının adilce ele alınması da düzenlenmiştir⁸⁸.

1990'larda yaygın olan pay sahibi değerinden sonra 2000'li yıllarda daha kapsayıcı bir anlayışın benimsenmesiyle çalışanların, müşterilerin, toplumun ve çevrenin menfaatleri de vurgulanmış; şirketlerin hedefi, dengeli bir şekilde üç farklı efendiye hizmet olarak kabul edilmiştir. Buna göre şirketlerin yatırımcılara kâr optimizasyonu sağlayarak; topluma toplumsal sorumluluk bilinciyle hareket ederek ve çevreye de çevreye duyarlı ve sürdürülebilir bir ekonomik faaliyet yürüterek hizmet ettiği üçlü sorumluluk anlayışı (triple bottomline) vurgulanmıştır⁸⁹.

Şirketlerin toplum üzerindeki etkileri gözetildiğinde şirketlerin sadece pay sahiplerinin refahını artırmak amacıyla kurulmasını ya da sadece bununla sorumlu olmasını kabul etmeyen görüşlerin yaygınlaşmasıyla şirketlerin topluma ve çevreye de sorumlu olduğunu kabul eden kurumsal sosyal sorumluluk (corporate social responsibility- CSR) ilkeleri benimsenmiştir⁹⁰. Kurumsal sosyal sorumluluk şirketlerin “sosyal, çevresel, etik, tüketici ve insan hakları ile ilgili konuları iş stratejilerine ve faaliyetlerin entegre ederek ve yasalara uyarak” sosyal olarak sorumlu olması esasına dayanır⁹¹. Kurumsal yönetim, kurumsal sürdürülebilirlik ve kurumsal vatandaşlık, kurumsal sosyal sorumluluğun unsurları olarak kabul edilmektedir⁹².

Kurumsal sosyal sorumluluk ilkeleri hiç şüphesiz çoğulcu bir menfaat anlayışı benimsemektedir. Hatta paydaş değerinin yapısı itibarıyla kurumsal sosyal sorumlulukla benzeştiği ifade edilmektedir; zira toplumun çıkarına olan sosyal hedefler de paydaş değeri kapsamında yer almaktadır⁹³. Ancak kurumsal sosyal sorumluluktan farklı olarak paydaş değerinde sosyal amaçlara odaklanmak hedeflenmemektedir⁹⁴. Kurumsal sosyal sorumlulukta toplum menfaati etik saik-

⁸⁸ OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0413>, E.T. 01/05/2025.

⁸⁹ Peter Forstmoser, “Corporate Responsibility und Reputation zwei Schlüssel begriffe an der Schnittstelle von Recht”, Wirtschaft und Gesellschaft, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, s. 212.

⁹⁰ Esasen bu görüşlerin çıkış noktasındaki en önemli tartışma yukarıda bahsedildiği üzere Berle ve Dodd arasındaki görüş farklılıklarına dayanmaktadır.

⁹¹ Avrupa Komisyonunu tanımlı için bkz. https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-sustainability-and-responsibility_en.

⁹² Ayrıntı için bkz. Forstmoser, Corporate Responsibility, 201 vd.

⁹³ Joel Fisher, “Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative”, GesKR, Y. 2021, S. 1, s. 3.

⁹⁴ Ayrıntı için bkz. Harrison/Freeman/Abreu, s. 860.

lerle gözetilirken; paydaş değerinin böyle bir amaç izafe edilemeyebilir, şirket amaçları etik değerlerle kesişebileceği gibi ters de düşebilir⁹⁵.

Kurumsal sosyal sorumluluğun da etkisiyle özellikle yatırım çevrelerinde şirketlerin finansal durumlarından başka şirketlerin mevcut durumunun belirlenmesinde başkaca kriterler de önem kazanmıştır. Bu kapsamda benimsenen çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim (Environmental, Social, Governance) ESG kriterlerinin özellikle yatırımcılar ve yatırım kuruluşları firma ve portföy risk analizine dahil edilmesini teşvik etmektedirler⁹⁶. ESG, kurumsal sosyal sorumluluk kapsamında birçok ölçütü de barındırmaktadır⁹⁷. ESG raporlarındaki açıklamalar, tüm paydaşlar için değer taşımaktadır⁹⁸. Hatta bu nedenle yasal zorunluluk bulunmasa dahi paydaşların beklentileri doğrultusunda bu kriterlere dikkat edilmesinin şirket amacı gereği zorunlu hale geldiği ifade edilmektedir⁹⁹. ESG kriterleri yalnız Amerika’da değil; Kıta Avrupası’nda da önemlidir ve güncel gelişmeler karşısında ülkemizde de şirketlerin dikkatini çekmektedir. Şirketlerin ESG performanslarının nakdi kâr payı dağıtım oranını pozitif yönde etkilediği tespit edilmiştir¹⁰⁰.

Hem uzun vadeli olma anlayışı hem kurumsal yönetim hem kurumsal sosyal sorumluluk ilkeleri ile bağlantılı olarak şirket yönetiminde önemli kabul edilen bir başka unsur ise sürdürülebilirlik olmuştur. Bu kapsamda şirketler bakımından ekonomik sürdürülebilirlik, çevresel sürdürülebilirlik ve sosyal sürdürülebilirlik unsurları çerçevesinde sürdürülebilir değer yaratma da önem kazanmıştır¹⁰¹. Avrupa Komisyonunun buna ilişkin olarak 25 Temmuz 2024’te 2024/1760 sayılı Direktifi (the Directive on corporate sustainability due diligence) yürürlüğe girmiştir¹⁰². Bu ilkelerle şirketlere olan müşteri güveni ve çalışan bağlılığının artması, şirketlere insan hakları ve çevre üzerindeki olumsuz etkileri hakkında farkındalık oluşturarak sorumluluklarını doğuracak riskli hallerin azaltılması, bu kapsamda

⁹⁵ Ayrıntı için bkz. Michelle Greenwood, “Stakeholder Engagement: Beyond the Myth of Corporate Responsibility”, *Journal of Business Ethics*, 2007, S. 74, s. 315 vd.

⁹⁶ Harper Ho, s. 63.

⁹⁷ Aslı Yıkılmaz, “Çevresel, Sosyal ve Kurumsal Yönetim (ESG) Skorları ve Kâr Payı Kararları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Y. 2022, C. 7, S. 4, s. 873.

⁹⁸ Bu raporların faydaları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Şeker/Şengür, “ÇEVRESEL, SOSYAL VE KURUMSAL YÖNETİM (ESG) PERFORMANSI: ULUSLARARASI BİR ARAŞTIRMA”, s. 363 vd.

⁹⁹ Jens Koch, *Aktiengesetz: AktG*, 19. Auflage, 2025, §76 Rn. 84.

¹⁰⁰ Bu yönde yapılan bir çalışma için bkz. Yıkılmaz, s. 875 vd.

¹⁰¹ Ayrıntılı bilgi ve kurumsal sosyal sorumluluğun hem sürdürülebilirlik terimini içine alan hem de paydaş değeri benimsenen yönetim modelini de içeren bir kavram olduğu yönünde bkz. Hatice Kübra Kandemir, “Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2021, C. 20, S. 41, s. 853-876.

¹⁰² Direktifin İngilizce metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202401760.

daha iyi risk yönetimi, artan dayanıklılık ve rekabet gücü sağlanması gibi yararların sağlanması amaçlanmaktadır¹⁰³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de kurumsal sosyal sorumluluk, ESG gibi kavramlarla sürdürülebilirlik 1990'lardan itibaren özel sektöre entegre olmaya başlamıştır. Sürdürülebilirlik odaklı kurumsal yönetime ilişkin yapılan bir araştırmada sosyal ve çevresel faktörleri dikkate alan ve bu kapsamda ilkeler belirleyen şirketlerin (sürdürülebilirliği yüksek şirketler, high sustainability firms), uzun vadede hem borsa performansı hem de muhasebe ölçütleri bakımından geleneksel kâr maksimizasyonu hedefleyen dayalı şirketlere göre daha başarılı oldukları tespit edilmiştir¹⁰⁴. Bu şirketlerin aynı zamanda karlılığı uzun vadede maksimize etme hedefinde olan, paydaşlarla ilgili aktif yönetim politikası belirleyip ölçme ve raporlama sistemleri geliştirdikleri de çalışmada yer alan tespitlerdendir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde 2008 yılındaki finansal krizden sonra şirketlerin finansal amaçların yanında sosyal amaçlar da benimsemesi; pay sahiplerinin haricinde insanlar hatta gezegene hizmet edilmesi yönünde önemli bir kesimin bu görüşü teşvik etmeye çalıştığı ve bu ihtiyacın özellikle Covid 19 pandemi- siyle iyice belirginleştiği ifade edilmektedir¹⁰⁵. Zaman içindeki bu gelişmeler ve beklentiler karşısında şirketlerin kar elde etme hedefinin sosyal hedeflerle kombine edildiği çift amaçlı bir yönetim anlayışı da benimsenmeye başlanmıştır¹⁰⁶. Sosyal hedefler yoksul müşterilere ya da tedarikçilere destek olmak olabileceği gibi belirlenebileceği gibi; çalışanların refahını artırmak, çevre dostu teknoloji geliştirmek gibi hedefler olabilir. Bu kapsamda şirketin paydaşlara bilerek zarar verecek eylemlerden kaçınması da gerekir¹⁰⁷. Ancak bu da çift amaçlı şirketlerde özellikle iç ve dış paydaşların birbirleri ile rekabet eden beklentileri karşısında zorlu ödünler (trade-off) söz konusu olacaktır. Finansal ve sosyal hedefler arasında uyumsuzluklar da olabilecektir, zira finansal hedefler için faaliyette bulunmak paydaş menfaatlerine aykırı olabileceği gibi sosyal hedefler kimi zaman hissedarların beklentilerini karşılayamaz, bu tip durumlarda şirketler birbiriyle rekabet eden menfaatler arasında sıkışıp kalır¹⁰⁸.

¹⁰³ https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/sustainability-due-diligence-responsible-business/corporate-sustainability-due-diligence_en.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert G. Eccles/loannis Ioannou/George Serafeim, "The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance", *Management Science*, 2011, C. 60, S. 11, s. 2835-2857.

¹⁰⁵ Julie Battilana/Tomasz Obloj/Anne-Claire Pache/Metin Sengul, "Beyond Shareholder Value Maximization: Accounting for Financial/Social Trade-Offs in Dual-Purpose Companies", *Academy of Management Review*, Y. 2022, C. 47, S. 2, s. 238.

¹⁰⁶ Battilana/ Obloj/Pasche/ Sengul, s. 238.

¹⁰⁷ Battilana/ Obloj/Pasche/ Sengul, s. 238.

¹⁰⁸ Battilana/ Obloj/Pasche/ Sengul, s. 238.

Dünya’da şundaki ticaret hacmi, bazı şirketlerin değeri ve piyasa ve koşullarının değişkenliği gözetildiğinde yönetimle ilgili farklı fikirler de ifade edilmeye devam edilmektedir. Bu kapsamda işletmelerin amacı müşteri edinmektir tezini savunan ve “müşteri değeri” (customer value) olarak ifade edilen görüş de destek kazanmıştır. Bu kapsamda ticaret dünyasındaki değişimler neticesinde ticari yaşamda güç, satıcıdan alıcıya kaymış; müşteri yeni merkez haline gelmiştir. Google, Amazon ve Apple gibi firmaların müşterilere anında, samimi ve sorunsuz hizmet sunmalarındaki anlayış ve değer kurumsallığa yeni bir standart getirdiği kabul edilmektedir. Hatta bu durum artık büyük firmaların müşterilere ilkelerini kabul ettirmesinden ziyade müşterinin bazı konularda söz sahibi olması olarak da ifade edilmektedir¹⁰⁹. Örneğin e-ticaret sitesi Amazon ürünün fiyatı düşünce ürünü daha önceden satın almış müşteriye aradaki fiyat farkını hediye kartı olarak tanımlamaktadır¹¹⁰. Halbuki satış zamanında o ürünün fiyatını müşteri kabul ederek almakta, belki indirimden haberdar bile olmamakta, belki de olsa bile ürünü -süresinde- iade etmek yerine kullanmayı seçmektedir. Rekabetin oldukça yoğun olduğu e-ticaret sektöründe bu tip uygulamalarla müşteri sadakati kazanılarak uzun vadede aslında şirket adına daha çok menfaat sağlanması hedeflenmektedir.

Bugün şirket menfaati, bir yandan şirketin doğrudan ekonomik menfaatlerini kapsarken; öbür yandan da hissedarların ve diğer menfaat sahiplerinin şirketin ekonomik başarısı ve sürdürülebilir iş ve kazanç büyümesindeki menfaatlerini ifade eder¹¹¹. Netice itibari ile yönetim kurullarınca anonim şirket, pay sahiplerinin topluluğu ya da pay sahipleri için kurulmuş bir yapı olarak değil; ekonomik amacı kapsamında çoklu menfaatlere hizmet eden bir yapı olarak değerlendirmelidir¹¹². Bütün bu tartışmaların ötesinde pratikte şirket yönetiminde yöneticilerin kendi değerleri, hedefleri, tecrübe ve geçmişleri gibi subjektif kriterleri de şirketteki karar alma mekanizmasını ve şirkette benimsenen eğilimi etkilemektedir¹¹³.

IV. İKTİSADİ BİLİMLERİN YÖNETİM KAVRAMINA YAKLAŞIMI

Elbette şirket kurmakla amaç, gerçekleştirilecek ticari faaliyet neticesinde kâr elde etmektir. Doktrinde bazı görüşler bunu kısa dönem karlılık; bazıları ise uzun dönem karlılık açısından değerlendirmiştir. Esasen konuyu sadece hukuk

¹⁰⁹ Danning, Forbes.

¹¹⁰ Bu fiyat farkı iadesi Amazon Türkiye tarafından artık uygulanmamaktadır.

¹¹¹ Andreas Bohrer, “Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Y. 2023, S. 3, s. 9.

¹¹² Lazopoulos, s. 44.

¹¹³ Konuyla ilgili bir araştırma için bkz. Renée B. Adams/Amir N. Licht/Lilach Sagiv, “Shareholders and Stakeholders: How Do Directors Decide?”, Strategic Management Journal, Y. 2011, C. 32, S. 12, s. 1332 vd.

boyutuyla değil; iktisadi bilimlerden yararlanmak suretiyle de değerlendirmek gerekir. Konunun değerlendirilmesindeki gerek dil gerek yaklaşım farklılıkları zaman zaman eleştirilere de neden olmuştur¹¹⁴. Yukarıda bahsedilen konular ve kavramlar aslında hukuki yönü dışında ekonomik bir boyut da taşıdığından bir yandan iktisadi bilimlerde de tartışma ve araştırma konusu olmuştur.

Yukarıda şirket menfaati açısından belirleyici unsurlardan birinin şirket amacı olduğunu ifade etmiştik. İşletme yönetimi açısından bugün işletmelerin amacı önem taşımakta ve bu bakımdan çeşitli ayrımlar yapılmaktadır. İşletmelerin çağdaş ve özel amaçlarının yanı sıra geleneksel ve genel amaçları taşıdığı bunun yanı sıra toplumsal ve ekonomik sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda işletmeler açısından uzun dönemde kar elde etme, topluma hizmet etme, bağımsız olma, prestij sağlama ve ömrünü sürekli kılma genel geçer amaçlardan sayılmaktadır. İşletmeler yatırımda bulunmak, vergi ödemek gibi faaliyetlerle asıl amaçları kar elde etmek bile olsa dolaylı olarak topluma hizmet etmektedirler¹¹⁵.

İşletmeciliğin bazı temel ilkeleri bulunmakta olup bunlar verimlilik, üretkenlik, etkinlik, yeterlilik ve karlılık başlıkları altında toplanır¹¹⁶. Bunlar esasen işletmelerin yönetimi bakımından çoklu menfaat gruplarına hizmet eder.

Şirketin değeri ise farklı unsurların değerlendirilmesiyle bulunur. Bu kapsamda yukarıda açıklanan teoriler de şirketin değerine ilişkin tartışmalarda yer bulmuştur. Yönetim de dahil olmak üzere işçilerin sağladığı beşerî sermaye hissedarların sağladığı finansal sermayeyle birlikte değer yaratmakta iken bu kaynaklardan sadece birinin getirisini maksimize etmek de eleştiri konusu olmuştur¹¹⁷.

Bu kapsamda önemli kabul edilen bir unsur da çalışanların şirkete bağlılığını sağlamaktır. Örgütsel bağlılığın olduğu kurumlarda çalışanlar da çalıştıkları kuruma sadakat duygusuyla yaklaşarak örgütün değerlerine ve amaçlarına daha bağlı hareket ederler; işe geç kalma, düşük performans gibi olumsuz durumlara daha az rastlanır. Çalışanlar görev tanımının üstünde çaba göstermeye hazır bulunurlar ve işletmede uzun süre çalışmaya devam ettikleri için çalışanların işten ayrılmasından kaynaklanan maliyetler azalır¹¹⁸. Çalışanların işlerini yürütebilmesi adına yapılan faaliyetler çalışana destek olarak ifade edilirken yöneticiler tarafından

¹¹⁴ Fortsmoser, Gewinnmaximierung, 222; Stout, NY Times.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Küçük, İşletme Bilgisi ve Yönetimi, 5. Baskı, Ankara 2022, s. 76 vd.

¹¹⁶ <http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kok/iletmeyonetimiau218.pdf>.

¹¹⁷ Sumantra Ghoshal, "Bad Management Theories are Destroying Good Management Practices", Academy of Management Learning & Education, Y. 2005, C. 4, S. 1, s. 80.

¹¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gönül Türkkan/Didem Gönül Ülbeği, "Algılanan Yönetici Desteği ve Yöneticiye Güvenin Örgütsel Bağlılık Üzerindeki Etkisi", Yönetim ve Ekonomi, Y. 2022, C. 29, S. 4, s. 663 vd.

çalışanların örgüte yaptıkları katkılarının değer gösterilmesi yönetici desteğidir ve çalışandaki bu algı arttıkça memnuniyetin artacağı ve kaliteli bir çalışma ortamı oluşacağı kabul edilmektedir¹¹⁹. Çalışanın ortak amaç için çalışırken, herkesin yarar sağlayacağı hususunda yöneticiye güven duyması onun örgütsel bağlılığını artırır¹²⁰.

Pay sahiplerinin ağırlığı tamamen ortadan kalkmış durumda değildir. Bir görüşe göre işletmelerin amacı hissedarların amaçları doğrultusunda faaliyet göstermektir; zira risk olarak işi kuranlar öncelikli gruptur¹²¹. Temel amaç kâr maksimizasyonu olmasa da işletmenin en önemli amacı ortakların işletmeye koyduğu değer en yükseğe çıkarılması, yani işletme değerinin artırılmasıdır¹²². İşletme değeri ise faaliyetlerde yenilikçi ve etkili işlerin yapılması; entelektüel sermaye denilen kaliteli çalışanlara sahip olunması gibi yöntemlerle artar¹²³.

Yukarıda da bahsedildiği üzere zaman içindeki özellikle ekonomik gelişmeler, hatta dünyada ses getiren yolsuzluklar farklı yaklaşımlar esas itibarıyla bu alanda tartışma konusu olmuştur. Şirket değerinin belirlenmesi sadece karlılığın yeterli olmadığı; değer yaratmanın çevresel, sosyal ve kurumsal yönetimin şirketçe benimsenmesine bağlı olduğu kabul edilmiştir¹²⁴. Bu kapsamda işletme öğretisinde geleneksel anlamda büyüme ve kar maksimizasyonu modeline alternatif olarak şirket sürdürülebilirliği de yönetimle ilgili tartışmalara dahil olmuştur. Şirket sürdürülebilirliği '*uzun vadede değer yaratmak amacıyla ekolojik, ekonomik ve sosyal faktörlerin kurumsal yönetim ilkeleri bileşkesinde risk ve firma yönetimi*'¹²⁵ olarak tanımlanmıştır. Bu yeni yönetim anlayışı gereğince -sadece büyük ölçekli olanlar değil- işletmeler, mevcut piyasa koşullarında varlıklarını sürdürürken gelecek nesillerin de refahı da kapsayıcı bir yaklaşıma sahip olmalıdır¹²⁶. Buna göre geleneksel yönetim anlayışında amaç ekonomik büyüme ve karlılık ve hissedarların refahıyken; yeni yönetim anlayışında sürdürülebilirlik ve yaşam kalitesi ve paydaşların refahıdır. Bu kapsamda geleneksel yönetimde işletme fonksiyonlarından biri kısa dönemde kâr maksimizasyonuna yönelirken;

¹¹⁹ Algılanan yönetici desteğinin boyutları için bkz. Türkkân/Ülbeği, s. 665.

¹²⁰ Türkkân/Ülbeği, s. 667 vd.

¹²¹ Hüseyin Aktaş/Mahmut Karğın, İşletme Yönetimi, s. 16 vd.

¹²² Aktaş/Karğın, s. 20.

¹²³ Aktaş/Karğın, s. 21.

¹²⁴ Şeker/Şengür, s. 356.

¹²⁵ Oğuzhan Ece, O. "Değer Maksimizasyonu İçin Değer Temelli Yönetim ile Kurumsal Sürdürülebilirlik İlişkisinin Belirlenmesi: BİST'da Bir Uygulama", MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2018, C. 7, S. 1, s. 303.

¹²⁶ Nuray Tokgöz/Saime Önce, "Şirket Sürdürülebilirliği: Geleneksel Yönetim Anlayışına Alternatif", Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2009, C. 11, S 1, s. 270 vd.

yeni yönetim anlayışında uzun dönem sürdürülebilir büyümeye yönelik mali yönetim fonksiyonu vardır¹²⁷. Paydaş kuramı, kurumsal sosyal sorumluluk ilkesi gibi kavramlar şirketlerde sürdürülebilirlik paradigmasına temel teşkil eden kavramlardan kabul edilmektedir¹²⁸. Bu kapsamda sürdürülebilirlikte özellikle sosyal açıdan doğrudan ve dolaylı tüm çıkar gruplarını kapsayıcı şekilde faaliyet gösterilmesi gerekir¹²⁹. Kurumsal sürdürülebilirlik açısından yönetsel faaliyetler, paydaş çıkarları gözetilerek oluşturulmalı ve mevcut kaynaklarını verimli ve etkin bir biçimde kullanılmalıdır¹³⁰. Üç boyutlu raporlama (Triple Bottom Line) kavramı ile şirketlerin finansal performansından başka sosyal ve çevresel performansının da raporlanması benimsenmiştir¹³¹.

Özellikle halka açık şirketler bakımından önem taşıyan bu durum BİST tarafından sürdürülebilirlik rehberinde de vurgulanmıştır. Şirketler için sadece kâr maksimizasyonunun hedeflendiği günler geride kaldığı kabul edilerek *“sürdürülebilir bir kalkınma için artık finansal bakış açısının yanı sıra sosyal ve çevresel boyutların da dikkate alınması gerekmektedir, bu da uzun vadeli yaklaşımları zorunlu kılmaktadır. Kısa vadeli ve yalnızca kâr odaklı olan yaklaşımların uzun vadede sürdürülemez olduğu ve bu tür yaklaşımların toplumdan da tepki göreceği açıktır”* denilmiş; *“ekonomik, çevresel, sosyal ve kurumsal yönetime ilişkin faktörlerin bir bütün olarak şirket idaresinde gözetilmesi”* ve bu yeni yaklaşımda şirketlerin paydaşlarının beklentilerinden bağımsız faaliyet göstermelerinin mümkün olmadığı ve şirket değerinin de toplumsal çıkarı yansıtan farklı ölçütlere göre belirlendiği ifade edilmiştir¹³².

Halka açık şirketler bakımından bu değerlendirmeler yapılmış da olsa aslında bu anlayış bütün şirketler bakımından geçerli hale gelmeye başlamıştır. Uzun ömürlülüğün işletmeler açısından güvenli bir gelir kaynağı; kalifiye personel açısından gelecek kaygısı olmadan çalışabilecekleri güvenli bir iş ortamı sağladığı ifade edilmektedir¹³³.

Yöneticilerin karar ve yatırımlarında sürekli olarak uzun vadeli hedefleri gözettiklerinde şirketlerinin daha fazla pay sahibi değeri ürettiği, daha fazla is-

¹²⁷ Ayrıntılı bilgi ve karşılaştırma için bkz. Tokgöz/Önce, s. 252 vd.

¹²⁸ Tokgöz/Önce, s. 256 vd.

¹²⁹ Ece, s. 301.

¹³⁰ Ece, s. 302 vd.

¹³¹ Şeker/Şengür, s. 361.

¹³² Borsa İstanbul Şirketler İçin Sürdürülebilirlik Rehberi, s. 2 vd. <https://www.borsaistanbul.com/data/kilavuzlar/surdurulebilirlik-rehberi.pdf>, E.T. 10.03.2025; Türkiye'deki şirketlerin sürdürülebilirlik ilkelerini benimsemesi kapsamında Fortune Türkiye tarafından yapılan bir araştırma için ayrıca bkz. Fortune 500 Türkiye Şirketlerinin Sürdürülebilirlik Barometresi, <https://www.fortuneturkey.com/fortune-500-turkiye-sirketleri-surdurulebilirlik-yolun-basinda>, E.T. 26/01/2025.

¹³³ Küçük, s. 79.

tihtdam yarattığı ve kısa vadeye odaklanan emsal şirketlere oranla ekonomik büyümeye daha fazla katkıda bulunduğu; ayrıca çalışanların, müşterilerin ve diğer paydaşların menfaatlerine önem verdiklerinde uzun dönemde daha iyi performans gösterdikleri ortaya çıkmıştır¹³⁴.

Hukuk perspektifinden anonim şirket pay sahiplerini şirketin sahibi olarak görmek ve yönetim kurulunu pay sahiplerinin vekili olarak görmek çok doğru değildir ve aslında ekonomistlerin bu değerlendirmeleri de eleştiriye de konu olmuştur¹³⁵. İşletme öğretisinde işletme kavramı üstünden gelişen görüşler, işletmeleri esas alarak çeşitli sınıflandırmalara tabi tutmakta; şirketler hukuki sınıflandırma başlığı altında değerlendirilmektedir. Bu noktada iki öğreti bakımından dil farklılığı oluşmaktadır; zira işletme çatısı altında farklı şirket tiplerinin özelliklerinin gözetilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Netice itibari ile iktisadi bilimlerdeki görüşleri anonim şirket yapısına uygun şekilde yorumlamak gerekmektedir. Hiç şüphesiz ki bahsi geçen kavramlar uygulamadaki eğilimin etkisiyle hukuki boyut kazanmadan evvel öncelikle soft law kuralları olarak benimsenmeye başlanmıştır. Zaman içindeki gelişmelerle de bu ilkeler sadece gönüllülük esasıyla benimsenen kurallara ötesine geçip hukuk kuralları haline dönüşmeye devam etmektedir.

V. TÜRK TİCARET KANUNUNDA ANONİM ŞİRKETİ MENFAATİNE YAKLAŞIM

Şirket menfaati kavramı, hiç şüphesiz ki bizim hukuk sistemimizde de önemli bir kavramdır. Daha önce de belirtildiği üzere somut olayın özellikleri, şirketin amacı gibi unsurlar belli bir tanım yapmayı güçleştirir. Türk Ticaret Kanunu'nda da kanun koyucunun çeşitli referanslarına konu olmasına rağmen şirket menfaati tanımlanmamıştır. Bu kapsamda şirket menfaati kapsamındaki en önemli düzenleme yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğü-nü düzenleyen TTK'nın 369'uncu maddesidir. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiş; madde gerekçesinde ise bu yükümlülüğün "*yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim paysahibinin veya paysahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi*" anlamına geldiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Kanun koyucu pay sahiplerinin menfaatinden ayrı bir şirket menfaati kavramını

¹³⁴ Ariel Babcock/ Sarah Keohane Williamson/Tim Koller, "How executives can help sustain value creation for the long term", McKinsey, <https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-executives-can-help-sustain-value-creation-for-the-long-term#/>, E.T. 10.03.2025.

¹³⁵ Stout, NY Times; Jean-Philippe Robe, "The Shareholder Value Mess (And How to Clean it Up)", Accounting, Economics & Law, Y. 2020, C. 10, S. 3, s. 2.

benimsemektedir. Bu kapsamda tek ortaklı şirketlerde de yönetim kurulunun bağlılık yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi ve yönetim kurulunun şirket menfaatlerini gözeterek şirket malvarlığını korumakla yükümlü olması; aynı şekilde pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme taleplerinin şirket menfaatlerinin tehlikeye gireceği gerekçesiyle reddedilmesini düzenleyen m.437/3 hükmü de Kanun koyucunun aslında pay sahiplerinden bağımsızlaşan bir şirket menfaati kabul ettiğinin göstergelerindendir¹³⁶.

Şüphesiz ki bu durum anonim şirketin tüzel kişiliğinin olmasının bir sonucu olmakla beraber yine de şirket menfaati koruyucu düzenlemelere gidilmiştir. Örneğin; şirkette kar dağıtımının yedek akçelerden yapılması, şirketin kendi paylarını iktisabının şarta bağlanması¹³⁷; rüçhan hakkının sınırlandırılmasında şirketin finansal menfaatlerinin gözetilmesi, şarta bağlı sermaye artırımlarında, önerilmeye muhatap olma hakkının sınırlandırılmasında şirket menfaatinin haklı sebep sayılması¹³⁸ gibi malvarlığının korunmasına yönelik düzenlemeler, şirket menfaati koruyucu düzenlemelerdir.

Bununla birlikte menfaat dengesi açısından çoklu bir menfaat anlayışı da gözetilmektedir. Şirket menfaati korunurken bir taraftan pay sahiplerini ve diğer paydaşları koruyan düzenlemeler de yer almaktadır¹³⁹. Örneğin; malvarlığının korunması ilkesi bir yandan pay sahiplerini ve alacaklılar korur¹⁴⁰. Bu kapsamda dolaylı zararlar nedeniyle pay sahiplerine ve koşulları oluştuğunda şirket alacaklılarına sorumluluk davası açma imkânı verilmesi bir yandan bu kişilerin de menfaati korumaktadır¹⁴¹.

Sadece pay sahipleri ya da alacaklılar değil diğer paydaşların menfaati de korunmaktadır. Örneğin; emredici hükümler ilkesinin esas sözleşmelerde belli bir standart ve hukuk güvenliğini sağlayarak işçileri koruduğu¹⁴²; sermayenin

¹³⁶ Aksi halde anonim şirketlerin tüzel kişilik perdesinden yararlanan kişi ortaklığı olmaktan öteye geçemeyeceği yönünde bkz. Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, 4. B., Ankara 2002, s. 107.

¹³⁷ Özge Ayan, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 2. B., İstanbul 2021, s. 55.

¹³⁸ Helvacı/Türkyılmaz/Çamurcu, s. 324 vd.

¹³⁹ Aynı yönde bkz. Sulu, s. 11; örnekler için bkz. Damla Songur, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler, 1. B., Ankara 2021, s. 14; Cafer Eminoğlu, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, 1. B., İstanbul 2014, s. 270 vd.

¹⁴⁰ Şehirali Çelik, s. 35; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku (Genel Esaslar), 9. B., Ankara 2024, N. 235; Rauf Karasu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2013, C. 4, S. 2, s. 51; Songur, s. 10 vd.

¹⁴¹ Helvacı, s. 326.

¹⁴² Karasu, s. 58; çalışan menfaatlerinin korunmasına ilişkin bir çalışma için ayrıca bkz. Esra Berktaş, "Anonim Ortaklıklarda Menfaat Sahipliği Teorisinin Çalışanlar Bakımından Değerlendirilmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C. 12, S. 1, s. 997 vd.

kayıbı, borca batık olma durumuna ilişkin TTK m.376'daki düzenlemelerle pay sahiplerinin, alacaklıların, sermaye piyasası aktörlerinin yatırımlarının ve genel ekonomik menfaatlerin¹⁴³ korunduğu kabul edilmektedir.

Dolayısıyla tartışmalar da gözetildiğinde doğrudan pay sahiplerini esas alan bir anlayış bulunmamaktadır. Ancak ekonomik amaçla kurulan anonim şirketlerde pay sahiplerinin ekonomik menfaatleri geri plana atılmış da değildir. Örneğin şirketin önemli miktarda malvarlığının satışında genel kurulun yetkilendirilmesi; şirkete sermaye koyan şirketten ancak kâr payı talep hakkı bulunan pay sahiplerinin menfaatinin önceliklendirilmesinden ileri gelir¹⁴⁴.

Bu kapsamda pay sahiplerinin kâr payı alma hakkı ise ayrı bir önem taşır. Anonim şirketlerin ekonomik amaçla kurulması ve pay sahiplerinin ekonomik menfaatlerinin korunmasının en önemli göstergesi bunun bir vazgeçilmez hak olmasıdır¹⁴⁵. Hatta anonim şirketlerin pay sahiplerinin malı olarak; onlara kazanç sağlama amacı güttüğü de doktrinde ifade edilmiştir¹⁴⁶.

Kâr payı alma hakkı, vazgeçilmez hak olması yönüyle mahkeme kararıyla da koruma altındadır. Üç sene üst üste kâr dağıtmama yönünde karar alınan şirkette, şirket ortakları tarafından açılan davada ilk derece mahkemesi "yönetim kurulu iç ve dış ekonomik koşulları ve şirket menfaatlerini ileri sürerek kâr dağıtmama önerisinde bulunduğu, şirketin mali durumunun ve likiditesinin kâr dağıtımını yapmaya elverişli olduğu, davacıların sermaye şirketinde ortak olmakla öncelikli amaçlarının kâr elde etmek olduğu, şirkete uzun yıllardır kâr payı dağılmamasının hak, adalet ve hukuka uygun olmayacağı" değerlendirmesi yaparak genel kurul kararını iptal etmiştir¹⁴⁷. Dolayısıyla kar dağıtmama yönünde karar alındığında şirket menfaatini somut olarak destekleyen gerekçelerle bu sonuca ulaşmalıdır.

Bir başka kararda şirket hisseleri borsada işlem gören bir halka açık şirkette "üst üste iki yıl karlarının dağıtılmamasının pay sahiplerinin kanun ve esas söz-

¹⁴³ Madde gerekçesi.

¹⁴⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Songur, s. 15 vd.

¹⁴⁵ Açıklamalar için bkz. Pulaşlı, Genel Esaslar, §27 N. 5; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6. B., Ankara 2025, s. 318.

¹⁴⁶ Hasan Pulaşlı Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 4. B., Ankara 2022, §72 N. 47.

¹⁴⁷ Bölge adliye mahkemesi ise kararı değerlendirirken bir takım kriterler getirmiş; "kar payı hakkının ihlal edilmediğinin ispat yükünün davalı şirkete olduğu, kârın, olağanüstü yedek akçeye ayrılmasına ilişkin karar genel kurulda gerekçelendirilmemiş olsa bile, yargılama sırasında davalının bunu açıklayarak somut deliller ile ispat etmesi gerektiği, davalının soyut beyanlarla kâr payı dağıtılmaması kararının gerekçelerini açıkladığı, bu durumda, kâr payının dağıtılmamasına ilişkin alınan genel kurul kararının Kanun, ana sözleşme ve özellikle iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığı" sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.01.2023 tarih, 2021/4680 Esas, 2023/313 Karar sayılı ilamı, Yargıtay Karar Arama.

leşme ile düzenlenen kâr payı alma haklarının özüne dokunduğu pay sahiplerinin kâr payı alma hakkına ulaşmasının engellendiği, şirket menfaatlerinin gözetilmesinde aşırıya gidilerek pay sahiplerini kardan mahrum eder niteliğe büründüğü¹⁴⁸ değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yönetim kurulu şirket menfaatinin gözetilmesi bakımından kararı gerekçelendirmek zorunda olduğu gibi Yargıtay'ın bu kararı gereğince şirket menfaatinin gözetmede aşırılıktan kaçınarak pay sahiplerinin menfaatlerini de gözetmek durumundadır. Öte yandan Yargıtay'ın “... *pay sahibinin, anonim şirketin salt kâr gütmeye amacına dayanan mutlak nitelikteki bu hakkı, sadece keyfi olarak hiç dağıtılmaması halinde değil, aynı zamanda yeteri kadar dağıtılmamasında da ihlal edilmiş olur. Dolayısıyla genel kurulun yıllık kârın dağıtımına ilişkin hakkını hiç ve yeteri kadar dağıtmayacak ve özellikle azınlığı zarara sokacak şekilde kullanması, pay sahibinin kâr payı hakkını ihlal edecektir...*” şeklindeki kararından anlaşılacağı üzere somut olayın özelliklerine göre yeterince kâr dağıtılmaması dahi pay sahibinin menfaatinin ihlal edildiği anlamına gelebilecektir¹⁴⁹.

Kâr payı açısından yaklaşım bu olmakla beraber TTK m.369 gözetildiğinde yönetim kurulu açısından üstün olan şirket menfaatidir. Bu çoğulcu menfaat grubunu kapsar ve bu menfaatlerin uzun vadeli ve sürdürülebilirlik anlayışıyla dengelendiği bir olguyu ifade etmelidir. Şirketin amaç ve hedefleri de bu süreçte tamamlayıcıdır¹⁵⁰. Yönetimin işlemlerinden paydaşlar da etkilendiğinden (alacaklılar, bağlı ortaklıklar, çalışanlar gibi diğer menfaat sahipleri ve toplum) bunların menfaatinin de yönetim kurulu gözetmelidir¹⁵¹. Bu kapsamda yöneticiler kendi takdir yetkileri doğrultusunda karar alırken makul bilgiye erişerek uzun vadeli ve sürdürülebilirlik açısından seçenekleri değerlendirerek en optimal sonuca ulaşmalıdır. Bu da bizi yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğüne ve işadamları kararına (business judgement rule) yönlendirir¹⁵². Yönetim kurulu takdir yetkisi kapsamında bir karar aldığında bunu şirket menfaatine uygunluğunu değerlendirerek karar almak zorundadır.

¹⁴⁸ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.12.2014 tarih, 2014/12402 Esas, 2014/20310 Karar sayılı ilamı. Halka kapalı şirketlerle halka açık şirketlerde pay sahipleri ve şirketin amacı bakımından takım farklılıkları bulunmakla birlikte halka açık şirketlerde esas itibarıyla pay sahiplerinin yatırım amacı baskın olduğundan kar dağıtım kararlarında bu menfaatin gözetilmesi ile şirketin değerinin artırılmasında denge sağlanması da daha zor olabilir. Yargıtay Karar Arama.

¹⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.10.2022 tarih, 2020/674 Esas, 2022/1291 Karar sayılı ilamı. Lexpera.

¹⁵⁰ Helvacı/Çamurcu/Türkyılmaz, s. 312.

¹⁵¹ Cafer Eminoğlu, “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 1, s. 87.

¹⁵² Kürşat Göktürk, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamları Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 2, s. 240; Pulaşlı, Genel Esaslar, §19 N. 183 vd.

Şirket menfaati ve bu kapsamda çoklu menfaat anlayışının desteklenmesinde önemli bir unsur da bizim sistemimizde de kabul edilen kurumsal yönetim anlayışıdır. Bilindiği üzere kurumsal yönetim ilkeleri 6102 sayılı TTK ile sadece halka açık şirketler bakımından benimsenen ilkeler olarak kalmamış; halka kapalı şirketler bakımından da benimsenmiş ve anonim şirketler menfaat çatışmalarının önlenmesi, menfaat sahipleri arasındaki yetki ve hak dengesinin yaratılması amaçlardan biri haline gelmiştir¹⁵³. Kurumsal yönetimde yönetim kurulu pay sahipleri, yatırımcılar ve diğer paydaşlara karşı birinci derecede sorumlu organ kabul edilmektedir¹⁵⁴.

Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesinde kurumsal yönetim; pay sahipleri başta olmak üzere, tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumaya yönelmiş yeni bir kurallar sistemi olarak nitelendirilmiş; şeffaflıkta yine tüm menfaat gruplarının bilgilendirilmesine, eşit işlemde ise ilkenin sadece pay sahiplerine değil, daha geniş bir çevreye, açıkçası çalışanlara, alacaklılara, müşterilere, yani şirketle menfaat ilgileri bulunanlara, hatta kamuya yöneldiğine değinilmiştir. Öte yandan pay sahiplerinin değeri kapsamında payın değerinin maksimize edilmesi ilkesinin ise bununla çeliştiği ifade edilmiştir.

Yönetime ilişkin benimsenen değerler kapsamında sürdürülebilirlik ve kurumsal sosyal sorumluluk kavramları ise henüz yasal dayanak bulmamıştır. Ancak bunlar, global gelişmelere de uygun olarak ülkemizde de özellikle halka açık şirketler tarafından benimsenmektedir¹⁵⁵.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Şirket eşittir pay sahipleri demek ya da dolaylı olarak buna gelecek genellemelerde bulunmak şirketler hukukunun amacına ters düşmektedir. Şirket menfaati, pay sahipleri ve diğer paydaşların menfaatini de kapsayan kümülatif bir menfaat grubunu ifade etse de kendine özgü bir yapısı ve bunlardan farklılaştığı ve üstün olduğu durumlar da vardır.

Menfaat değerlendirmesi yaparken ticaret şirketi - şahıs şirketi ayrımını ve bu ayrımın nasıl çıktığını; pay sahiplerinin şirketler karşısındaki durumlarını da gözetmek gerekir. Bir pay sahibi her tip şirkete sermayesini koyarken risk alır; aynı miktardaki sermaye için bir şahıs şirketinde bu risk esasen daha büyükken, sınırlı sorumluluk gereği bir ticaret şirketinde bu risk kural olarak sermayeyle sı-

¹⁵³ Karasu, s. 34 vd.

¹⁵⁴ Karasu, s. 38.

¹⁵⁵ Bu yönde bir değerlendirme için bkz. Çiğdem Yatağan Özkan, "Şirket Ortak İçin Mi? Şirket Toplum İçin Mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı?", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2023, C. 13, S. 1, s. 485 vd.

nırlıdır. Ticaret şirketlerinde özellikle anonim şirketlerde şirket tüzel kişiliği pay sahiplerinin kişiliklerinden bağımsızlaşır. Şahıs şirketlerinde yönetim ve sorumluluğa ilişkin esaslar gözetildiğinde şirket menfaatlerinin gözetiminde pay sahibi değeri görüşünü desteklemek belki mümkün olabilir; ancak bir ticaret şirketinde özellikle bir anonim şirkette pay sahibinin menfaatine öncelik vermek doğru olmayabilir.

Pay sahipleri şirketin ayrı tüzel kişiliğinin farkında olarak ve hatta tüzel kişilik perdesine güvenerek anonim şirket kurar ve şirkete pay sahibi olarak katılırlar. Pay sahipleri şirkette riski esas üstlenen konumunda olsalar dahi; pay sahibinin koyduğu sermayeyi kaybetme riski, ticari bir risktir ve anonim şirketin tüzel kişiliğe sahip olması ve pay sahiplerinin yalnız şirkete karşı ve taahhüt ettikleri sermaye ile sorumlu olmaları ile bu risk dengelenmiştir. Tüzel kişilik bütün risklerle öncelikle kendisi yüzleşir, pay sahibi bakımından bir kayıp aslında şirketin iflasına kadar ya da sermaye kaybına kadar söz konusu değildir. Anonim şirketlerde şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilmesi ve temsil edilmesinin yanı sıra genel kurulun yapısı nedeniyle pay sahiplerinin belli kararları alması ve şirket yönetiminde doğrudan yer almaması karşısında şirketin pay sahiplerinin kişiliğinden bağımsızlaştığı şüphesizdir.

Dolayısıyla burada başlangıçta pay sahipleri bakımından kendi açılarından kabul edilmiş bir menfaat dengesi vardır. Bu nedenle de şirketin tüzel kişiliğe sahip olmasının bir sonucu olmalıdır. Aksi halde anonim şirketler, pay sahiplerince tüzel kişiliğin kötüye kullanıldığı bir ortaklık biçimi olarak nitelendirilecektir. Şirket ayrı bir tüzel kişi olarak pay sahiplerinden ayrıldığı gibi bu ayrılığın herhangi bir şekilde pay sahiplerince suiistimal edilmesinin de önüne geçilmek istenmektedir. Örneğin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gibi düzenlemeler bu durumlar için öngörülen istisnai tedbirlerdendir. Dolayısıyla anonim şirkete tüzel kişilik atfedilmesinin bir sonucu olarak şirkete özgü bir değer yaratılmalı ve bu değer ve şirketin sürekliliğinin sağlanmasında buna katkı sağlayan tüm menfaat grupları gözetilmelidir.

Anonim şirketlerin ekonomik amaçlarla kurulduğu ve kâr payı alma hakkının pay sahipleri bakımından vazgeçilmez bir hak olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu şirketteki öncelikli menfaat grubu oldukları anlamına gelmemektedir.

Özellikle kapalı tip ve aile şirketi olarak kurulan anonim şirketlerde pay sahipleri genellikle kısa dönem karlılığı yeğlemektedirler. Şirket ve hatta şirketin malvarlığı -yanılı ile- doğrudan pay sahiplerinin kendilerine ait olduğu kabul edilir ve genellikle pay sahiplerinin de yönetim kurulunda olduğu bu şirketler bu mantıkla uzun vadeli yatırımlar ve sürdürülebilirlik göz ardı edilerek yöneti-

lır. Bu nedenledir ki bu tip şirketler kurucularının ardından sonraki nesile geçse de sürdürülebilirlik sağlanamamakta ve nesilden nesile devredilen şirket sayısı oldukça azalmaktadır.

Şirketler, kâr maksimazyonuna odaklanıp uzun vadede büyüme ve şirketin devamlılığını riske atamayacağı gibi; sadece çalışan menfaatine odaklanarak rekabet gücünü riske de atamaz. Öte yandan kısa vadede karlılığı artırmayan, diğer menfaat sahipleri lehine yapılan düzenlemelerin esasen pay sahiplerinin uzun vadede menfaatlerine hizmet edeceği de tespit edilmiştir. Paydaş menfaatlerini gözeten yönetimin, işletme başarısında istikrar sağladığı pek çok çalışmaya konu olmuştur. Netice itibari ile şirketin varlığını ve kârlılığını sürdürmesini sağlama asgari hedef olarak kabul edilmektedir. Bunun da şirket yönetiminde dengeyi gerektirdiği kesindir.

Bu nedenle şirketlerin kurumsal yönetim, kurumsal sosyal sorumluluk ve sürdürülebilirlik kavramlarına da önem vermesi gerekir. Şirketlerin özellikle büyük ölçeklilerin diğer menfaat gruplarını da gözetmesi hatta vergilendirme faaliyetleri dışında da kamuya katkı sağlaması şirket menfaatinedir. Toplum, şirketlerin topluma ve toplumsal olaylara da duyarlı olmasını beklemektedir. Örneğin 6 Şubat 2023’de meydana gelen depremde taziye mesajı paylaşmayan, deprem bölgelerine yardım göndermeyen şirketler- ki birçoğu oldukça büyük ölçekli ve tanınmış şirketlerdi- tüketiciler tarafından sosyal medyada protesto edilmiş ve ürünlerinin alınmaması hususunda boykot çağrıları yapılmıştı. Bu tip durumlar; kurumların sosyal sorumlulukları ve kapsamıyla ilgili tartışmaları tekrar gündeme getirmekle birlikte şirketlerin yaşayacağı itibar kaybı göz önüne alınarak şirketin sorumluluk bilinciyle hareket etmese dahi şirket menfaati kapsamında kamu yararını gözetmesi gerekecektir. Dolayısıyla şirketler gönüllülük esasıyla kurumsal sosyal sorumluluk ve sürdürülebilirlik kavramları kurumsal kültür haline getirmelidir.

KAYNAKÇA

- Adams Renée B./Licht, Amir N./Sagiv, Lilach, "Shareholders and Stakeholders: How Do Directors Decide?", *Strategic Management Journal*, Y. 2011, C. 32, S. 12, s. 1331-1355.
- Aktaş, Hüseyin/Kargın, Mahmut, *İşletme Yönetimi*, 1. B., Ankara 2021.
- Ayan, Özge Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 2. B., Ankara 2021.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. B., Ankara 2025.
- Battilana, Julie/Obloj, Tomasz /Pache, Anne-Claire/Sengul Metin, "Beyond Shareholder Value Maximization: Accounting for Financial/Social Trade-Offs in Dual-Purpose Companies", *Academy of Management Review*, Y. 2020, C. 47, S. 2, 237-258.
- Bebchuk, Lucian A./Tallarita, Roberto, "Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?", *Vanderbilt Law Review*, 2022, C. 75, S. 4, s. 1031-1091.
- Berktaş, Esra, "Anonim Ortaklıklarda Menfaat Sahipliği Teorisinin Çalışanlar Bakımından Değerlendirilmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 12, S. 1, s. 971-1005.
- Berle, Adolf A., "Corporate Powers as Powers in Trust", *Harvard Law Review*, Y. 1931, C. 44, S. 7, s. 1049-1074.
- Blanc, Mathieu, "Corporate Purpose and Board of Directors: Means and Ends of Corporate Governance", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, Y. 2020, Heft 3, s. 227-239.
- Bohrer, Andreas, "Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern", *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, Y. 2023, S. 3, s. 3-12.
- Böckli, Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 5. Auflage, Zürich 2022.
- Bühler, Christoph B., *Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft: Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation*, Art.698-726 und 731b OR, 3. Auflage, Zürich 2018, Art.717.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten /Lieder, Jan, *Aktiengesetz*, 5. Auflage, Heidelberg 2021, §76 Leitung der Aktiengesellschaft.
- Çevik, Orhan Nuri, *Anonim Şirketler*, 4. B., Ankara 2002.
- Dodd, Merrick E., "For Whom are Corporate Managers are Trustees?", *Harvard Law Review*, Y. 1932, C. 45, S. 7, s. 1145-1163.
- Eccles, Robert G. /Ioannou, Ioannis /Serafeim, George, "The Impact of Corporate Sustainability on Organizational Processes and Performance", *Management Science*, 2011, C. 60, S. 11, s. 2835-2857.

- Ece, Oğuzhan, “Değer Maksimizasyonu İçin Değer Temelli Yönetim ile Kurumsal Sürdürülebilirlik İlişkinin Belirlenmesi: BİST’da Bir Uygulama”, MANAS Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2018, C. 7, S. 1, s. 299-329.
- Eminoğlu, Cafer, Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim, 1. B., İstanbul 2014.
- Eminoğlu, Cafer, “Anonim Şirkette Özen ve Bağlılık Yükümlülüğünün Kişi Bakımından Kapsamına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2021, S. 1, s. 77-105.
- Fisher, Joel, “Shareholder Value, Corporate Social Responsibility und Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative”, GesKR, Y. 2021, S. 1, s. 1-24.
- Fleischer, Holger, beck-online. GROSSKOMMENTAR, 2025, AktG §76.
- Forstmoser, Peter, “Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?, Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen”, Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M.2005, s. 207-235 (Gewinnmaximierung).
- Forstmoser, Peter, “Corporate Responsibility und Reputation zwei Schlüssel begriffe an der Schnittstelle von Recht”, Wirtschaft und Gesellschaft, Liber Amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, s. 197-209, (Corporate Responsibility).
- Greenwood, Michelle, “Stakeholder Engagement: Beyond the Myth of Corporate Responsibility”, Journal of Business Ethics, 2007, S. 74, s. 315-327.
- Ghoshal, Sumantra, “Bad Management Theories are Destroying Good Management Practices”, Academy of Management Learning & Education, Y. 2005, C. 4, S. 1, s. 75-91.
- Göktürk, Kürşat, “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İş Adamı Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 2, S. 2, s. 207-247.
- Harper Ho, Virginia, “Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide”, The Journal of Corporation Law, Y. 2010, C. 36, S. 1, s. 59-112.
- Harrison, Jeffrey S. / Freeman, R. Edward/de Abreu, Mônica Cavalcanti Sá, “Stakeholder Theory as an Ethical Approach to Effective Management: applying the theory to multiple contexts”, Review of Business Management, Y. 2015, C. 17, S. 55, s. 858-869.
- Helvacı, Mehmet/Çamurcu, Emin /Türkyılmaz, İsmail, “Özellikle Anonim Şirket Açısından Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 309-330.
- Helvacı, Mehmet /Cankat, Rifat, “Karşılaştırmalı Hukukta Şirket Menfaati Kavramı”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 521-552.
- Hölters, Wolfgang/Weber, Markus Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, München, 2022, AktG §76.

- Jackson, Gregory/Petraki, Anastasia, "Understanding Short-termism: the Role of Corporate Governance", Report to the Glasshouse Forum 2011.
- Jensen, Michael C/Meckling, William H, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", Journal of Financial Economics, Y. 1976, C. 3, S. 4, s. 692-724.
- Marks, Stephen G, "The Separation of Ownership and Control", Encyclopedia of Law and Economics, Y. 2000, s. 692-724.
- McGaughy, Ewan, "Democracy in America at Work: The History of Labor's Vote in Corporate Governance", Seattle University Law Review, Y. 2019, C. 42, s. 697-753.
- Kandemir, Hatice Kübra, "Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2021, C. 20, S. 41, s. 853-876.
- Karasu, Rauf, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2013, C. 4, S. 2, s. 33-60.
- Kırca, İsmail /Şehirali Çelik, Feyzan/ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. 1, 1. B., Ankara 2013.
- Koch, Jens, Aktiengesetz: AktG, 19. Auflage, 2025.
- Kort, Michael, "Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen", Die Aktiengesellschaft (AG), Y. 2012, s. 605-610.
- Kuhner, Christoph, "Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften", Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Y. 2004, C. 33, s. 244-279.
- Küçük, Orhan, İşletme Bilgisi ve Yönetimi, 5. B., Ankara 2022.
- Lazopoulos, Michael, Interessenkonflikte und Verantwortlichkeit des fiduziarischen Verwaltungsrates, Zürich 2004.
- Pulaşlı, Hasan, "Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2021, C. 27, S. 1, s. 414-439.
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku (Genel Esaslar), 9. B., Ankara 2024. (Genel Esaslar).
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 4. B., Ankara 2022. (Şerh).
- Priem, Richard L./ Krause, Ryan/Tantalo, Caterina./ McFadyen, M. Ann, 'Promoting Long-Term Shareholder Value by "Competing" for Essential Stakeholders: A New, Multisided Market Logic for Top Managers', Academy of Management Perspectives, C. 36, S. 1, s. 93-110.
- Ramaswamy, Vinita, "Director Interlocks and Cross-Cultural Impact on Strategies Affecting Shareholder-Creditor Conflict a Conceptual Analysis", Management Decision, Y. 2019, C. 57, S. 10, s. 2693-2713.

- Robe, Jean-Philippe, "The Shareholder Value Mess (And How to Clean it Up)", Accounting, Economics & Law, Y. 2020, C. 10, S. 3, s. 1-27.
- Sarbach, Alla V, "How is the Purpose of a Company Impacting Its Corporate Governance?", GesKR, Y. 2022, s. 268.
- Schweikert, Christine/Jans, Maximilian, "Corporate Governance in Abhängigkeit von Unternehmensstruktur und Unternehmensgröße - eine betriebswirtschaftlich-juristische Analyse, Studie 1 im Forschungsprojekt "Leitlinien für das Management von Organisations- und Aufsichtspflichten", KICG-Forschungspapier 2012 S. 3.
- Sulu, Muhammed, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. B., İstanbul 2019.
- Soltani, Bahram, "The Anatomy of Corporate Fraud: A Comparative Analysis of High Profile American and European Corporate Scandals", Journal of Business Ethics, Y. 2014, C. 120, S. 2, s. 251-274. Sommer, Christa Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Zürich 2010 Spindler, Gerald, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 2, 6. Auflage München 2023.
- Songur, Damla, Anonim Şirketlerde Önemli Miktarda Malvarlığı Üzerinde İşlemler, 1. B., Ankara 2021.
- Steininger, Thomas Alexander, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Zurich 2011.
- Stout, Lynn A., "Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford", Virginia Law & Business Review, Y. 2008, C. 3, S. 1, s. 163-190. (Dodge v. Ford).
- Stout, Lynn A., "Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy", Southern California Law Review, Y. 2002, C. 75, S. 5, s. 1189-1210. (Shareholder Primacy).
- Tokgöz, Nuray/Önce, Saime, "Şirket Sürdürülebilirliği: Geleneksel Yönetim Anlayışına Alternatif", Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2009, C. 11, S. 1, s. 249-275.
- Türkkan, Gönül/Ülbeği, Didem Gönül, "Algılanan Yönetici Desteği ve Yöneticiye Güvenin Örgütsel Bağlılık Üzerindeki Etkisi", Yönetim ve Ekonomi, Y. 2022, C. 29, S. 4, s. 661-682.
- Wentrup, Christian, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, §19 Vorstand als Leitungsorgan der Gesellschaft.
- Yan, Min, "Corporate Social Responsibility versus Shareholder Value Maximization: Through the Lens of Hard and Soft Law", Northwestern Journal of International Law & Business, 2019, C. 40, S. 1, s. 47-86.
- Yatağan Özkan, Çiğdem, "Şirket Ortak İçin Mi? Şirket Toplum İçin Mi? Kurumsal Sosyal Sorumluluk Faaliyetleri Şirketin İşletme Konusuyla Bağdaşır mı?", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2023, C. 13, S. 1, s. 485-501.
- Yıkılmaz, Aslı, "Çevresel, Sosyal ve Kurumsal Yönetim (ESG) Skorları ve Kâr Payı Kararları Arasındaki İlişkinin İncelenmesi", Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Y. 2022, C. 7, S. 4, s. 872-881.

Elektronik Kaynaklar

<https://karararama.yargitay.gov.tr/#>.

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

<https://scholarship.law.cornell.edu>.

<https://www.mckinsey.com>.

<https://news.darden.virginia.edu>.

<https://www.nytimes.com>.

<https://openaccess.city.ac.uk>.

<https://www.forbes.com>.

<https://hbr.org>.

<https://www.accountability.org/standards/aa1000-stakeholder-engagement>.

<https://legalinstruments.oecd.org>.

<https://commission.europa.eu>.

<https://www.borsaistanbul.com>.

<https://www.fortuneturkey.com>.

Türkiye'nin Taraf Olduğu Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmalarda En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Düzenlenmesi^(*)

The Regulation of the Most Favored Nation Clauses in Bilateral Investment Treaties to Which Turkey is a Party

Av. Emre KOLUMAN^(**)

Öz:

Bu makale, Türkiye'nin taraf olduğu yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) anlaşmalarındaki "en çok gözetilen ulus" kaydının düzenlenmesini incelemektedir. En çok gözetilen ulus kaydı, bir anlaşmada, tarafların, anlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlere veya bu devletlerin yurttaşlarına tanıdıkları ya da ileride tanıyacakları en iyi muameleyi birbirlerine ya da birbirlerinin yurttaşlarına da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan anlaşma hükmüdür. Bu kaydın kapsamı ve sınırlarının belirsizliği, özellikle yatırım tahkimi davalarında farklı yorumlara ve çelişkilere yol açmıştır. Makale, Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydının kapsamını, düzenleme biçimini ve hangi alanlarla sınırlandırıldığını analiz etmektedir. Kaydın uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına uygulanabilirliği ve yabancı yatırımcılar arasındaki karşılaştırma kriterleri de makale kapsamında incelenmiştir. Son olarak, Türkiye'nin model YKTK metni üzerinden yapılan düzenlemeler ve bu düzenlemelerin uygulamadaki etkileri ele alınmıştır. Bu bağlamda, makale, Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmaları çerçevesinde en çok gözetilen ulus kaydının bir değerlendirmesini sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

En Çok Gözetilen Ulus Kaydı, Doğrudan Yabancı Yatırımlar, Uluslararası Yatırımların Korunması, Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları, Uluslararası Yatırım Hukukunda Muamele Esasları.

Abstract:

This article examines the regulation of the "most-favoured-nation" (MFN) clause in bilateral investment treaties (BITs) to which Turkey is a party. The MFN clause is a treaty provision whereby the contracting parties agree to extend to each other or each other's nationals the most favourable treatment granted, or to be granted in the future, to third states or their nationals. The ambiguity surrounding the scope and limits of this clause has led to divergent

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 07.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 13.01.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: emrekoluman@koluman.av.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5077-7702>.

interpretations and contradictions, particularly in investment arbitration cases. The article analyses the scope, formulation, and limitations of the MFN clause in Turkish BITs, focusing on the specific fields to which the clause is applied or excluded. It also explores the applicability of the clause to dispute settlement mechanisms and the criteria used to compare foreign investors under this standard. Finally, the article evaluates the relevant provisions of Turkey's model BIT and discusses their practical implications. In this context, the study provides a comprehensive assessment of the MFN clause within the framework of Turkey's bilateral investment agreements.

Keywords:

Most Favored Nation Clause, Foreign Direct Investments, Protection of International Investments, Bilateral Investment Treaties, Standards of Treatment in International Investment Law.

GİRİŞ

En çok gözetilen ulus kaydı, bir anlaşmada, tarafların belirli bir konuda anlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlere veya bu devletlerin yurttaşlarına tanıdıkları ya da ileride tanıyacakları en iyi muameleyi, birbirlerine ya da birbirlerinin yurttaşlarına da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan anlaşma hükmüdür. Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) anlaşmalarında yer alan bu kayıt kapsamında, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcılara, diğer herhangi bir ülkenin vatandaşlarına ve şirketlerine uyguladığından daha az elverişli olmayan bir muamele uygulamak borcunu üstlenmekte ve bu hususa ilişkin olarak güvence vermektedir.

Yatırımlara uygulanacak bir muamele standardı olarak en çok gözetilen ulus muamelesi neredeyse tüm YKTK anlaşmalarında yer almaktadır. Bu muamele standardı ve buna ilişkin kayıtlar, modern uluslararası yatırım hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. En çok gözetilen ulus kaydı, Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) temel yasal belgelerinde ve ticarete ilişkin uluslararası anlaşmalarda da yer almaktadır. Ancak, bu kaydın en aktif şekilde öne sürüldüğü ve son zamanlarda kapsamı dolayısıyla en fazla tartışmaya neden olduğu alan uluslararası yatırım hukukudur.

Son dönemde ülkemizde de üzerinde çalışmalar yapılan ve yatırım tahkimi yargılamasındaki hakem kararlarında da sıklıkla değinilen bu tartışmaların temeli hükümlerin kapsamının ne kadar genişletilebileceğiyle ilgilidir. Tartışmalar, en çok gözetilen ulus kaydının yalnızca yatırımlarla ilgili maddi menfaatler için mi geçerli olduğu, yoksa yatırım tahkiminde yetki alanını genişletmek için usule ilişkin meseleleri de içerecek şekilde uygulanıp uygulanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Hakem heyetlerinin bu konudaki farklı ve çelişkili kararları da konunun derinlik kazanmasına sebep olmuştur.

En çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümler yüzyıllardır uluslararası ticari anlaşmalarda kullanılmış olsa da yatırım tahkimi alanında bunların uygulanması ve yorumlanması konusunda zorluklar yaşanmaktadır. Bu zorluklar, her şeyden önce, en çok

gözetilen ulus kaydı hükümlerinin yatırım anlaşmazlıklarının çözümünde usule ilişkin hükümlere ve yargı yetkisi konularına uygulanıp uygulanmayacağı sorusuyla ilgilidir.

Bu soruların önüne geçmek ve uygulamada yaşanan sıkıntıları engellemek için devletler YKTK anlaşmalarına ilişkin yaklaşımlarını değiştirmektedir. Bu değişiklikler yeni imzalanacak anlaşmalarda kaydın kapsamının ve sınırlarının daha açık şekilde düzenlenmesi yoluyla olabileceği gibi mevcut anlaşmaların yeniden imzalanması veya diplomatik nota alışverişi ile kapsamın sınırlandırılması şeklinde de gerçekleşebilmektedir.

Türkiye özelinde değerlendirildiğinde, en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin düzenlemelerin zaman içinde değiştiği ve özellikle uyuşmazlık çözüm mekanizmalarında yaşanan sorunlar de dikkate alınarak yenilendiği görülmektedir. Ülkenin menfaat dengeleri gözetilerek hazırlanan 2009 tarihli model YKTK anlaşması taslağı, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalardaki en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin kapsamının belirlenmesinde yol gösterici olmuştur.

Bu çalışma kapsamında, en çok gözetilen ulus kaydı özelinde kısaca YKTK anlaşmalarında yer alan muamele standartları irdelendikten sonra Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarında kaydın ne şekilde düzenlendiği incelenecektir.

I. ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA EN ÇOK GÖZETİLEN ULUS KAYDI

A. Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Düzenlemeler ve Yatırımlara Uygulanacak Muamele Esasları

Küresel ekonomi, birden fazla ülke arasında gerçekleşen, birbirine bağlı dünya çapındaki ekonomik faaliyetleri ve sermaye akışını ifade etmektedir. Küreselleşmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu kavram dünya çapında bir sanayi ve ticaret sisteminin gelişimi sonucunu doğurmuş, ekonomilerin tek bir sistem olarak birlikte çalışmasına olanak sağlamıştır. Bu gelişimin en önemli unsurlarından biri de gün geçtikçe önemini artıran doğrudan yabancı yatırımlar olmuştur¹. Doğrudan yabancı yatırımlar, kaynak ülkeden ev sahibi ülkeye mal, bilgi, para ya da emeğin, sahibinin denetimi altında, ev sahibi ülkenin ekonomisine de katkı sağlayacak şekilde, uzun vadeli olarak, çoğunlukla çok uluslu şirketlerce transferi olarak tanımlanabilir².

¹ Markus Krajewski/Rhea T., Hoffmann, Research Handbook on Foreign Direct Investment, Cambridge 2019, s. 39; David Collins, An Introduction to International Investment Law, Cambridge 2017, s. 9.

² Bilgin Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 1; Zoltan Vig, Taking in International Law, Budapeşte 2019, s. 1; Muthucumaraswamy Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, Cambridge 2010 s. 4; Emre Koluman, "The Nationality of the Investor in International Investment Arbitration and the Dual Nationality Problem", (Acta Universitatis Szegediensis, Y. 2020, Sa. 10), s. 40.

Yabancı yatırımcılar ev sahibi ülkeye yatırım yaptıkları andan başlayarak bu yatırım sürecinin tamamında belirli düzenlemelere tabi olacaktır. Bu düzenlemeler, yatırımcının ülkeye girişinden başlayarak uyuşmazlık çözüm yöntemlerine kadar birçok konuyu belirlemektedir. Yabancı yatırımlara ilişkin muamelelerin dayanaklarını şu üç grupta incelemek mümkündür: (i) ev sahibi devletin ulusal mevzuatı, (ii) bireysel yatırım sözleşmeleri, (iii) uluslararası yatırım anlaşmaları³.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, genel olarak, akit devletlerin yatırımcılarının diğer akit devletteki yatırımları için koruma ve garanti sağlamayı amaçlarken ev sahibi devletin yatırımlara muamele esaslarını da belirler. Uluslararası yatırım anlaşmasının varlığı durumunda, yatırımın tabi olacağı muamele ev sahibi devlet ile yatırımcını mensup olduğu kaynak devlet arasında bir uluslararası anlaşma borcu biçimini almaktadır; anlaşmanın ev sahibi devlet tarafından ihlali halinde, uluslararası hukuk çerçevesinde bu devlet sorumlu duruma düşmekte ve uluslararası hukuk yaptırımlarına maruz kalma riski ile karşı karşıya kalmaktadır⁴.

Uluslararası yatırım anlaşmaları, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları (iki taraflı yatırım anlaşmaları) veya çok taraflı yatırım anlaşmaları şeklinde olabilir. Yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması (YKTK) anlaşmaları, iki ülke arasındaki yatırım akışlarının düzenlenmesi, karşılıklı yatırımların teşvik edilmesi ve korunması için yasal çerçeve oluşturan anlaşmalar şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu anlaşmalar her iki devletin yatırımcılarının korunması için haklar yaratırken, bu hakların ihlalinden doğan hukuki işlemlere, diğer bir deyişle anlaşma iddialarına olanak sağlamaktadır⁵. Bu anlaşmalar kapsamında bir yandan yatırım akışı düzenlenirken, diğer yandan her bir taraf devletin vatandaşının diğer taraf devlete yapacağı yatırımlarında ve yatırım sürecinde sağlanacak muamele esasları belirlenir⁶.

Ev sahibi devletler ile yabancı yatırımcılar arasındaki ilişkide, muamele standartlarının esasını taraf devletler arasında imzalanan YKTK anlaşmasının metni belirleyecek olmakla birlikte, çoğu YKTK anlaşması benzer bir modeli takip etmekte ve benzer hükümler içermektedir. YKTK anlaşmalarında yer alan standartlarını, ulusal muamele, keyfi ve ayrımcı muamelelerden kaçınma, kamulaştırmaya karşı koruma ve tazminat, en çok gözetilen ulus muamelesi, adil ve eşit muamele, tam koruma ve güvenlik olarak sıralamak mümkündür⁷.

³ Rudolf Dolzer/Cristoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2012, s. 12; Vig, s. 14.

⁴ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 64-65.

⁵ Bernardo Cremedes/David J.A. Cairns, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, Ed.: Norbert Horn, The Hague 2004, s. 326.

⁶ Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 55.

⁷ David Collins, *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge 2017, s. 38; Sornarajah, s. 188.

B. En Çok Gözetilen Ulus Muamelesine Genel Bakış

Çalışmanın özünü oluşturan en çok gözetilen ulus muamelesi, tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları veya tanıyacıkları daha elverişli muameleleri birbirlerine ya da vatandaşlarına karşı da uygulamayı üstlenmeleri anlamına gelen uluslararası ticarete ilişkin düzenlemelerin temel kurallarından biridir⁸. Doğrudan yabancı yatırımlar kapsamında değerlendirildiğinde, bu muamele standardı sayesinde ev sahibi devlet, yabancı yatırımcılara, diğer herhangi bir ülkenin vatandaşlarına ve şirketlerine uyguladığından daha az elverişli olmayan bir muamele uygulamak borcunu üstlenir ve bu hususa ilişkin olarak güvence vermiş olur⁹. Bu muamele standardı, farklı yatırım anlaşmaları altında faaliyet gösteren yatırımcılar arasında ayrımcılığı önlemeyi ve eşit şartlar sağlamayı amaçlar¹⁰.

En çok gözetilen ulus muamelesinin uygulanabilmesi için yatırım anlaşmalarında bu standarda ilişkin bir kaydın bulunması zorunludur, diğer bir deyişle kayıt muamelenin ön koşuludur. Bu kapsamda, bir devlet en çok gözetilen ulus kaydı doğrultusunda en çok gözetilen ulus muamelesi ile yükümlendirilmediyse, diğer devlet ya da bu devletin yatırımcısı bu muamelenin uygulanması için talepte bulunamayacaktır.

En çok gözetilen ulus muamelesinin ne olduğuna ilişkin YKTK anlaşmalarında ortak bir tanıma rastlanmamakla birlikte, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun en çok gözetilen ulus muamelesine ilişkin yaptığı çalışmalar neticesinde ortaya çıkan 1978 tarihli rapor ve taslak metin, bu konuya ilişkin olarak hazırlanmış en kapsamlı belgelerden birini olarak halen günümüzde sıklıkla başvuru bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmanın 5. maddesinde “en çok gözetilen ulus muamelesi” tanımlanmakta olup, bu kapsamda en çok gözetilen ulus hakkı, sağlayan devletin, haktan faydalanan devlet, kişiler ve saire sağlanacak hakların aynı ülke tarafından üçüncü bir devlet, kişi ve saire sağlanacak haklardan daha az elverişli olmaması ile

⁸ Nudrat E. Piracha, Toward Uniformly Accepted Principles for Interpreting MFN Clauses, Alphen aan den Rijn 2021, para. 65; OECD, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651> (Erişim tarihi: 15.05.2025); Johan Billiet, International Investment Arbitration: A Practical Handbook, Antwerpen 2016, s. 141; Samet Sevgi, “En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: Maffezini Davası”, (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 8, Sa. 1-2), s. 92.

⁹ Aslen, en çok gözetilen ulus muamelesi ve ulusal muamele, uluslararası hukuk kapsamında, ayrımcılık yapmama ilkesinin bileşenleridir. Ulusal muamele, ayrımcılık yapmama ilkesinin iç boyutunu betimlerken, en çok gözetilen ulus muamelesi ilkenin dışsal yönüyle takdir edilebilir.

¹⁰ Kara S. Smith, “The Jurisdiction-Limiting MFN Clause”, (New York University Law Review, Y. 2024, C. 99), s. 1141.

sağlanmaktadır. Uluslararası yatırım hukuku açısından bu husus somut olarak yabancı yatırımcıların üçüncü kişi yatırımcılara uygulanandan daha az lehte muamele görmemeleri anlamına gelir¹¹.

Tarihi 17. yüzyıla dayanan en çok gözetilen ulus kaydı ya da eski adıyla “en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı” (*the most favored nation clause*) günümüzde iki taraflı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında sıklıkla yer almaktadır¹². Bu kayıt, bir anlaşmanın taraflarının, maddenin kapsadığı alanlarda, ev sahibi devletin diğer anlaşmalar kapsamında farklı devletlere sağladıkları muameleden daha az avantajlı olmayan bir muamele görmesini sağlayarak yatırım anlaşmalarını birbirine bağlamayı amaçlar. Böylece en çok gözetilen ulus kaydı yatırım alanında ekonomik liberalleşmeyi sağlayan ve yabancı yatırımcılar arasındaki eşitsizliklerin önüne geçen önemli bir araç haline gelmiştir¹³.

Özellikle son yirmi beş yıllık dönemde, gerek ICSID hakem kararlarındaki bu kayda ilişkin farklı uygulamalar, gerek kaydın YKTK anlaşmalarındaki uyumsuzlukların çözümüne ilişkin kurallara uygulanmasına ilişkin mevcut hukuki tartışmalar doğrultusunda bu kaydın hukuki etkileri ve kapsamı büyük ilgi görmektedir¹⁴.

Tartışmaların nedeni, aynı YKTK anlaşmalarındaki kaydın bile farklı hakem heyetleri tarafından farklı şekilde yorumlanabilmesi ve bu konuda tutarlı bir içtihat oluşturulamamasıdır; bu husus yatırım tahkimine yönelik eleştirilerin başlıca nedenlerinden biri haline gelmiştir¹⁵.

C. En Çok Gözetilen Ulus Kaydının Tanımı

En çok gözetilen ulus kaydı, bir anlaşmada, tarafların, anlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlere veya bu devletlerin yurttaşlarına tanıdıkları ya da ileride tanıyacakları en iyi muameleyi birbirlerine ya da birbirlerinin yurttaşlarına da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan anlaşma hükmüdür; YKTK anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında, ev sahibi devlet, yabancı yatırımcılara, diğer herhangi bir ülkenin vatandaşlarına ve şirketlerine uyguladığından daha az elverişli

¹¹ International Law Commission, “Report of the International Law Commission on its Thirtieth Session”, (Yearbook of the International Law Commission, Y. 1978, C. 2), s. 18, 19; UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia20101_en.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2025). Uluslararası Hukuk Komisyonu, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin bir konvansiyon imzalanması tavsiyesinde bulunmuş ancak bu hiçbir zaman gerçekleşmemiştir.

¹² Collins, s. 109.

¹³ OECD, s. 2.

¹⁴ Campbell McLachlan/Laurence Shore/Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles. Oxford 2010, s. 254.

¹⁵ Bilgin Tiryakioğlu, “Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of”, (Public and Private International Law Bulletin, 2023, C. 43, Sa. 1), s. 4.

olmayan bir muamele uygulamak borcunu üstlenir ve bu hususa ilişkin olarak bir güvence vermiş olur¹⁶. Diğer bir ifadeyle, en çok gözetilen ulus kaydı, en çok gözetilen ulus muamelesini uygulamakla yükümlü olan devlet ile yararlanıcı devlet arasındaki anlaşma kapsamındaki muameleden daha lehte olması durumunda, üçüncü devletlerle uygulanan muameleyi yararlanıcı devlete de genişletmesini zorunlu kılar.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin yaptığı çalışmanın 4. maddesinde en çok gözetilen ulus kaydı, "bir devletin başka bir devlete, üzerinde anlaşmaya varılmış ilişkiler alanında en çok gözetilen ulus muamelesini uygulama yükümlülüğünü üstlendiği bir anlaşma hükmü" olarak tanımlanmaktadır¹⁷.

ICSID tahkim kararlarında da en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin tanımlara rastlanmaktadır. Örneğin, *Siemens v. Argentine* davasını¹⁸ görmekle yetkili hakem heyeti, yetkiye ilişkin verdiği kararda en çok gözetilen ulus kaydını şu şekilde tanımlamıştır:

*"Yatırımın yalnızca yabancı yatırımcılar tarafından mı yoksa yerel yatırımcılarla ortak veya ortaklaşa mı yapıldığına bakılmaksızın, yatırımcılar yabancı oldukları için ayrımcılığa uğramamalı ve aynı zamanda diğer yabancı yatırımcılara en iyi şekilde muamele edilmelidir"*¹⁹.

II. TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU YKTK ANLAŞMALARINDA KAYDA İLİŞKİN DÜZENLENMELER

1959 yılında Pakistan ve Federal Almanya arasında imzalanan ilk YKTK anlaşmasından²⁰ itibaren en çok gözetilen ulus kaydı YKTK anlaşmalarının müza-

¹⁶ Sornarajah, s. 204; Tiryakioğlu, Doğrudan Yatırımlar, s. 174; Alper Ç. Yılmaz, Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, s. 255; Rudolf Dolzer/Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties, The Hague 1995 s. 65; Tanjina Sharmin, Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals: Implications for Developing Countries, Singapur 2020, s. 2; Elif Uzun "Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2004, C. 24, Sa. 1-2), s. 742; Ayşe Aydoğmuş, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 2; OECD, s. 2; Billiet, s. 141; Jarrod Wong, "The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties", (Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 2008, C. 3, Sa. 1), s. 172.

¹⁷ International Law Commission, s. 18, 19; UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 11, 12.

¹⁸ Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, <https://www.italaw.com/cases/1026> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

¹⁹ Siemens v. Argentine, Usule İlişkin Karar, s. 37, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0788.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

²⁰ Federal Almanya Cumhuriyeti ile Pakistan arasında imzalanan YKTK anlaşmasının İngilizce tam metni için bkz: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-English.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

keresi ve sonuçlandırılmasında sıklıkla yer almıştır. Erken dönem anlaşmalarında, o sırada birçok ülkede uygulanan korumacı politikaların da etkisiyle, ulusal muamele esasına sistematik olarak yer verilmemişse de en çok gözetilen ulus kaydının daha az sorunlu olduğu kabulü (yabancılar arasında ayrımcı müdahaleye daha az rastlanması nedeniyle) ve farklı milletlerden yabancı yatırımcılara eşit imkanlar sağlama düşüncesiyle bu kayıt anlaşmalara dahil edilmiştir²¹.

Günümüzde iki taraflı anlaşmalarının neredeyse tamamında (bu çalışmanın yazıldığı tarih itibarıyla %97'sinde) en çok gözetilen ulus kaydına rastlanılmaktadır^{22,23}. 1976'da Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'ne üye ülkelerinin hükümetleri tarafından kabul edilen Uluslararası Yatırım ve Çok Uluslu Şirketler Deklarasyonu'ndan²⁴ sonra, bu ülkeler tarafından imzalanan tüm YKTK anlaşmaları, serbest ticaret anlaşmaları ve ekonomik işbirliği anlaşmalarının, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydını içermesi kararlaştırılmıştır²⁵.

Bu çalışmanın tamamlandığı tarihe kadar Türkiye 136 YKTK anlaşmasına taraf olmuştur²⁶. Bu anlaşmalar incelendiğinde en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümlerin farklı anlaşmalardaki yazımı ve kapsamının değişiklik gösterdiği anlaşılmaktadır.

A. Kaydın Bağımsız Bir Madde Olarak ya da Diğer Muamele Standartlarıyla Birlikte Düzenlenmesi

En çok gözetilen ulus kaydı, YKTK anlaşmasında bağımsız bir madde olarak düzenlenebileceği gibi ulusal muamele veya başka bir muamele standardı ile aynı

²¹ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 1.

²² UNCTAD, Mapping of IIA Content, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

²³ Güncel bazı model YKTK anlaşmalarında kayda yer verilmediği görülmektedir. Örneğin, Hindistan ve Brezilya'nın taraf olduğu anlaşmaların bazılarında en çok gözetilen ulus kaydı bulunmamaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz: OECD, Interaction, s. 12. Yine, Güney Afrika Kalkınma Topluluğu (SADC) model YKTK anlaşmasında en çok gözetilen ulus kaydı yer almamaktadır. Model anlaşmayı hazırlayan Komite tarafından buna gerekçe olarak "iki taraflı yatırım anlaşmalarının en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında çok taraflı hale gelmemesi gerektiği" gösterilmiştir. Model anlaşmanın tam metni için bkz: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download> (Erişim Tarihi: 15.05.2025). Benzer şekilde 2015 tarihli Hindistan model YKTK anlaşma taslağında da en çok gözetilen ulus kaydına yer verilmemiştir. Model anlaşmanın tam metni için bkz: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3560/download> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

²⁴ 1976 yılında imzalanan Deklarasyon, uluslararası yatırımlar için açık ve şeffaf bir ortam sağlamak ve çok uluslu şirketlerin ekonomik ve sosyal ilerlemeye yapabilecekleri olumlu katkıyı teşvik etmek için hükümetlerce imzalanan bir taahhüttür.

²⁵ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 12.

²⁶ Bu sayı imzalanan tüm YKTK anlaşmalarını sayısı olup, yürürlükte olmayan anlaşmaları da içermektedir. Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmaların güncel listesi için bkz. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey>.

maddede de yer alabilir. Özellikle 2009 yılında hazırlanan model anlaşma²⁷ metni sonrasında Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarda, en çok gözetilen ulus kaydının genellikle ulusal muamele standardı ile aynı maddede düzenlendiği görülmektedir.

Türkiye'nin Model YKTK anlaşmasının 2. maddesinde, adil ve eşit muamele, tam koruma ve güvenlik, keyfi ve ayrımcı muameleden kaçınmaya ilişkin standartlar düzenlenmiş, 3. maddede ise ulusal muamele standardı ile birlikte en çok gözetilen ulus kaydına yer verilmiştir. Buna göre:

“(i) Her akit taraf, kendi yasa ve düzenlemeleri çerçevesinde, kendi topraklarında, benzer koşullar altında herhangi bir üçüncü devletin yatırımcılarının yatırımlarına tanınandan daha az elverişli olmayan bir temelde yatırımları kabul edecektir. (ii) Her akit taraf, kurulduktan sonra, bu yatırımlara, benzer durumlarda kendi yatırımcılarının yatırımlarına veya herhangi bir üçüncü devletin yatırımcılarının yatırımlarına (hangisi en uygunsa) uygulanandan daha az elverişli olmayan bir muamele uygulayacaktır.”

Model anlaşma metni doğrultusunda, Türkiye ile Meksika arasındaki YKTK anlaşmasının 4. maddesinde diğer muamele standartları düzenlenirken, 5. maddesinde ise en çok gözetilen ulus kaydı ve ulusal muamele standardı birlikte düzenlenmiştir²⁸. Aynı şekilde, Türkiye ile Bangladeş arasındaki YKTK anlaşmasının²⁹ 3. maddesinde ve Türkiye ile Gürcistan arasındaki YKTK anlaşmasının³⁰ 4. maddesinde en çok gözetilen ulus kaydı, ulusal muamele standardına aynı maddede yer verilmiştir.

Kaydın diğer muamele standartlarından ayrı olarak düzenlendiği anlaşmalara rastlamak mümkündür. Örneğin, Türkiye ile Vietnam arasında imzalanan YKTK anlaşmasının³¹ 3(2) maddesinde ulusal muamele standardına yer verilirken 3(3) maddesinde en çok gözetilen ulus kaydı şu şekilde yer almıştır:

“2. Her bir Akit Taraf, kendi kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde, diğer Akit Tarafın yatırımcıları tarafından kurulmuş olan bu yatırımlara, kendi yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygular.”

²⁷ Türkiye'nin 2009 tarihli model YKTK anlaşmasının tam metni için bkz: <https://investmentpolicy.unc-tad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2852/download> (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

²⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Meksika Devletleri Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 22.08.2017, S. 30162.

²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Bangladeş Halk Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 25.04.2018, S. 30402.

³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Gürcistan Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 01.06.2021, S. 31498.

³¹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 07.06.2017, S. 30089.

3. Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcıları tarafından kurulmuş olan bu yatırımlara, üçüncü bir ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygular.”

B. Kaydın Kapsam ve Sınırına İlişkin Düzenlemeler

En çok gözetilen ulus kaydının muamele esasının kapsamını ve sınırlarını belirtip belirtmediğine ilişkin bir ayrım yapılabilir. Geleneksel YKTK anlaşmalarının çoğu, en çok gözetilen ulus kaydının uygulama kapsamını, yani kapsanan önlemlerin kategorilerini belirtmemektedir³². Ancak bazı YKTK anlaşmaları bu konuda daha kesindir, kapsam ve sınırları açık bir şekilde belirtir.

1. Kaydın Uygulanacağı Konuların Belirlenmesi

YKTK anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının uygulanacağı konulara ilişkin farklı düzenlemeler görülmektedir. Bazı anlaşmalar, yatırımlara ilişkin olarak, hangi konularda kaydın uygulanacağına ilişkin sınırlamalar getirir; bu tip anlaşmalar incelendiğinde, genellikle benzer hükümlere yer verildiği ve kaydın uygulanmasının yatırımlarının yönetimi, sürdürülmesi, kullanımı ve elden çıkarılması konularıyla sınırlandığı görülmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında da kaydın kapsam ve sınırına ilişkin düzenlemeler farklılık göstermektedir. Bazı anlaşmalar kaydın uygulanacağı konulara ilişkin sınırlamalar getirmektedir; kaydın uygulamasını, yatırımın yönetimi, sürdürülmesi, kullanımı veya elden çıkarılması gibi konularla sınırlandırılmaktadır.

Örneğin Türkiye ile İsrail arasında imzalanan YKTK anlaşmasının³³ 3. maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının kapsamına ilişkin olarak şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“Akit Tarafların hiçbirisi, kendi ülkesindeki diğer Akit Taraf yatırımcılarına, yatırımlarının yönetimi, bakımı, kullanımı, tasarrufu ya da tasfiyesi açısından, kendi yatırımcılarına ya da herhangi bir üçüncü ülke yatırımcısına uyguladığı muameleden daha az elverişli bir muamele uygulamayacaktır.”

Benzer şekilde Türkiye ile Gambiya arasındaki YKTK anlaşmasının 4. maddesinde de kaydın uygulanacağı konular kısıtlanmıştır. Buna göre:

³² Suzy H. Nikiema, The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

³³ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İsrail Devleti Hükümeti Arasında İmzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 02.09.1998, S. 23451.

“Her bir Akit Taraf, kurulmuş olan bu yatırımlara, bunların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, işletilmesine, faydalanılmasına, genişletilmesine, satışına, tasfiyesine veya elden çıkarılmasına ilişkin olarak, kendi yatırımcılarının yatırımları ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunur.”

Kaydın uygulanacağı konulara ilişkin sınırlama getirmeyen anlaşmalar da mevcuttur. Örneğin, Türkiye ile Ukrayna³⁴ ve Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri³⁵ arasındaki YKTK anlaşmalarında kaydın uygulanacağı konulara ilişkin tahdidi bir sayım yapılmamış, dolayısıyla kapsam daha geniş tutulmuştur.

Türkiye'nin 2009 tarihli model anlaşma metni incelendiğinde de sınırlayıcı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Her ne kadar model anlaşmada bu tip bir düzenleme olmasa da bu tarihten sonra imzalanan anlaşmalarda da kaydın uygulanacağı konuların tahdidi olarak sayıldığı anlaşmalara rastlamak mümkündür.

2. Kaydın Hangi Aşamadaki Yatırımlara Uygulanacağını Belirlenmesi

YKTK anlaşmaları genellikle yabancı yatırımcıların ev sahibi ülkeye girişiyle ilgili iki farklı yaklaşım benimser; bazı anlaşmalar yalnızca kuruluş sonrası süreci düzenlerken, diğer anlaşmalar hem kuruluş öncesi hem de kuruluş sonrasına ilişkin hükümler içerebilir³⁶.

Klasik YKTK anlaşmalarında, yani yalnızca yatırımın ülkeye girişinden sonraki aşamaları kapsayan anlaşmalarda, yabancı yatırımcıların kabulü, yatırımın ev sahibi ülkenin yasalarına ve yönetmeliklerine uygun olarak yapılmasını gerektiren bir maddeyle ele alınır. Kuruluş öncesini de kapsayan YKTK anlaşmalarında ise kuruluş hakkı ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus kaydıyla düzenlenir³⁷.

Kuruluş öncesini aşama, yatırımın giriş koşullarını kapsar ve yatırımcıya hem yatırımın fiilen gerçekleştiği anda hem de o noktadan önce, yani hala giriş aşamasındayken haklar tanır. Kuruluş öncesi aşamanın kaydın kapsamına dahil edilmesi durumunda, ev sahibi devlet, kapsanan yabancı yatırımcıya, giriş koşulları (örneğin, ekonominin belirli sektörlerine erişim veya belirli faaliyetlerde yabancı sermaye katılımının sınırları) açısından farklı tabiiyetteki herhangi bir üçüncü ya-

³⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Ukrayna Arasında İmzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 17.04.1998, S. 23316.

³⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında İmzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 13.08.1989, S. 20251.

³⁶ Pia Acconci: “Most-Favoured-Nation Treatment”, The Oxford Handbook of International Law, Ed.: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Cristoph Schreuer, New York 2008, s. 370.

³⁷ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 38.

bancı yatırımcıya sağladığından daha az elverişli olmayan bir muamele sağlamayı taahhüt etmektedir³⁸.

Buna karşılık, en çok gözetilen ulus kaydının kuruluş aşamasından sonra uygulanacağına ilişkin bir düzenlemenin varlığı halinde, kayıt yalnızca yatırım ev sahibi ülkeye girdikten sonraki aşamada uygulanır. Bu durumda, koruma, yatırımın girişten sonraki döngüsünü, başlangıçtan yatırımların tasfiyesine veya elden çıkarılmasına kadar olan aşamaları kapsar³⁹. YKTK anlaşmalarının büyük bir kısmı kuruluş aşamasını kapsam dışında bırakmakta, yatırımcıyı ancak yatırımın ülkeye girişinden sonra korumaya başlamaktadır; dolayısıyla en çok gözetilen ulus kaydı da ancak bu aşamadan sonra uygulanabilir olacaktır⁴⁰.

En çok gözetilen ulus kaydı kuruluş sonrası aşamayla sınırlı olduğunda, ev sahibi ülke, yabancı yatırımcılar için belirli giriş şartları belirleme özgürlüğünü korumaktadır. Bu nedenle ulusal mevzuat, yabancı yatırımcıların veya belirli yabancı yatırımların ülkeye girişi veya kabulüyle ilgili olarak sınırlamalar da dahil olmak üzere ayrımcı kuralları belirleyebilir⁴¹. Bu tip anlaşmalarda yatırımın kabülüne YKTK anlaşması değil, ilgili devletin kanunları uygulanacaktır⁴².

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmaları kaydın hangi aşamadaki yatırımlara uygulanacağı konusunda farklılıklar görülmektedir. Bazı anlaşmalar yatırımın ülkeye girişini, yani kuruluş öncesi dönemi kaydın kapsamına alırken, diğer anlaşmalar yalnızca kuruluştan sonraki aşamada kaydın uygulanmasını düzenlemektedir⁴³.

En çok gözetilen ulus kaydının uygulamasını yatırımın yapılmasından sonrası ile kısıtlayan anlaşmalara örnek olarak Gürcistan ile Türkiye arasındaki YKTK

³⁸ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 19.

³⁹ UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 20.

⁴⁰ Nikiema, s. 6.

⁴¹ Nikiema, s. 7.

⁴² Bu ayrımcı muamelelerin kısmen de olsa önüne geçmek adına, devletler, yatırımcıların ülkeye girişini kolaylaştırmak için YKTK anlaşmalarında birtakım düzenlemelere yer vermektedir. Örneğin, Türkiye ile Tanzanya arasında imzalanan YKTK anlaşmasının 3(3). maddesinde bir yatırımın yapılması veya sürdürülmesi ile ilgili olarak ev sahibi ülkeye girmek isteyen yatırımcı ve ailesine gereken özenin gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. (Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 25.07.2013, S. 28718).

⁴³ Yalnızca yatırımın ülkeye girişinden sonraki aşamaları kapsama alan anlaşmalarda, bu yatırımların kabülünün ev sahibi ülkenin kanunlarına tabi olacağına ilişkin düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Örneğin Avusturya ile Türkiye arasında imzalanan YKTK anlaşmasının 2. maddesinde bu husus şu şekilde belirtilmiştir: "Akit taraflardan her birinin, diğer akit tarafın yatırımcılarının kendi ülkesindeki yatırımlarını mümkün olduğu ölçüde teşvik edecek, kendi mevzuatına göre bu yatırımları kabul edecek ve her hâlükârda bu yatırımlara adilane ve eşit muamelede bulunacaktır." (Avusturya Cumhuriyeti Hükümeti ile Yapılan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 10.02.1991, S. 20782).

anlaşması verilebilir. Anlaşmanın 4. maddesinde kaydın kurulmuş olan yatırımlara uygulanacağı belirtilmiş, kuruluş aşaması kapsam dışında bırakılmıştır. İlgili madde şu şekildedir:

"Her bir Akit Taraf, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının kurulmuş olan yatırımlarının yönetilmesi, sürdürülmesi, kullanımı, işletilmesi, faydalanılması, genişlemesi, satışı, tasfiyesi veya elden çıkarılmasına ilişkin olarak, kendi yatırımcının yatırımları ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcıların yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunur."

Türkiye ile Zambiya arasında imzalanan YKTK anlaşmasının⁴⁴ 5. maddesinde de benzer bir düzenleme mevcuttur:

"1. Her bir Akit Taraf kurulmuş olan bu yatırımlara, bunların yönetilmesine, sürdürülmesine, kullanımına, işletilmesine, faydalanılmasına, genişletilmesine, satışına, tasfiyesine veya elden çıkarılmasına ilişkin olarak, kendi yatırımcılarının yatırımları ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunur."

Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalarda yatırımın ülkeye giriş aşamasını doğrudan kaydın kapsamına alan ya da kaydın uygulamasını kuruluş sonrası ile kısıtlamayan, geniş kapsamlı düzenlemelere de rastlamak mümkündür. Örneğin, Türkiye ile Özbekistan arasında imzalanan YKTK anlaşmasının 4(1). maddesinde yatırımların ev sahibi devlete girişinde en çok gözetilen ulus kaydının uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili madde şu şekildedir:

"1. Her bir Akit Taraf, kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde, yatırımları, herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uygulanandan daha az elverişli olmayacak şekilde, ülkesine kabul eder."

Türkiye ile Romanya arasında imzalanan YKTK anlaşmasında⁴⁵ ise, en çok gözetilen ulus kaydının bulunduğu 3. maddede kaydın uygulamasına ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir; bu doğrultuda yatırımın yapılması aşamasının da kaydın kapsamına dahil edildiği kabul edilebilecektir. Buna göre:

⁴⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Zambiya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 22.04.2020, S. 31107.

⁴⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 03.07.2010, S. 27630.

“Her bir Akit Taraf kendi ülkesindeki diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına kendi yatırımcılarının yatırımlarına ya da herhangi bir üçünü devletin yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığından daha az elverişli olmayan bir muamelede bulunacaktır.”

3. Kaydın Uygulanacağı Muamele Standartının Belirlenmesi

Kaydının uygulanması noktasındaki diğer bir ayrım ise, YKTK anlaşmalarında bu kaydın uygulamasının yalnızca belirli bir muamele standardı ile sınırlı tutulmasıdır. Bu tip sınırlamalar getiren anlaşmalarda, en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanının genellikle adil ve eşit muamele standardı veya tam koruma ve güvenlik standardı ile sınırlandığı görülmektedir.

Türkiye’nin tarafı olduğu anlaşmalar incelendiğinde, kaydın uygulamasının tek bir muamele standardı ile sınırlandığı anlaşmalara rastlamak mümkündür. Örneğin, Türkiye ile Hollanda arasında imzalanan YKTK anlaşmasının⁴⁶ 3(2). maddesinde, kaydın tam koruma ve güvenlik standardı için uygulanacağını belirtildiği görülmektedir. İlgili madde şu şekildedir:

“Her bir Sözleşme Tarafı, bu tür yatırımlara, her durumda kendi yatırımcılarının yatırımlarına veya herhangi bir üçüncü Devletin yatırımcılarının yatırımlarına, hangisi yatırımcı için daha elverişli ise, sağladığından daha az olmayacak tam bir koruma ve güvenlik sağlayacaktır.”

Türkiye ile Macaristan arasında imzalanan YKTK anlaşmasının⁴⁷ 3(2). maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre:

“Özellikle, her bir Akit Taraf, yatırımlara tam bir güvenlik ve koruma sağlayacak olup, bu koruma ve güvence, her hal ve kârda kendi yatırımcılarına veya herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarına öngörülenden daha az elverişli olmayacaktır.”

4. Kaydın Kapsamı Dışında Kalan Alanların Düzenlenmesi

YKTK anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı dışında kalan alanlara ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Metinlerde farklılık olmakla birlikte genel olarak gümrük birliği, serbest ticaret ve çifte vergilendirmeye anlaşmaları en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı dışında bırakılmıştır⁴⁸. Bu istisnaların sonucu olarak, anlaşmayla korunan yatırımcılar, ortak pazar veya ekonomik entegrasyon alanı kapsamında ya da çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması teme-

⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 20.04.1989, S. 20145.

⁴⁷ Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 22.02.1995, S. 22210.

⁴⁸ OECD, s. 5; Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 8.

linde üçüncü ülke yatırımcılarına ev sahibi ülke tarafından sağlanandan daha elverişli bir muamele talep etmek için en çok gözetilen ulus kaydına başvuramayacaklardır⁴⁹.

Türkiye'nin model anlaşma metni incelendiğinde, 4. maddede, kaydın sınırının detaylı bir şekilde çizildiği, (i) vergilendirmeye ilişkin diğer uluslararası anlaşmaların, (ii) gümrük birliği, ekonomik birlik, parasal birlik, ortak pazar veya serbest ticaret bölgesine üyelikten kaynaklanan hakların, (iii) usule ilişkin düzenlemelerin ve (iv) arazi ve gayrimenkul edinimine ilişkin hususların kapsam dışında bırakıldığı görülmektedir.

İlgili madde şu şekildedir:

“(a) İşbu maddenin hükümleri, bir akit tarafın tamamen ya da kısmen vergilendirmeye ilişkin bir diğer uluslararası anlaşma veya düzenleme ile tanımış olduğu bir muameleyi, tercihi veya ayrıcalığı, diğer akit tarafın yatırımcılarına da sağlamakla yükümlü olduğu şeklinde yorumlanmaz.

(b) İşbu anlaşmanın ayrımcılık yapmama, ulusal muamele ve en çok gözetilen ulus muamelesi hükümleri, akit taraflardan herhangi birinin, bir gümrük birliği, ekonomik birlik veya parasal birliğe, bir ortak pazara veya serbest ticaret bölgesine üyeliğinden veya bunlarla ortaklığından kaynaklanan ve akit tarafların devletlerinin kendi vatandaşlarına ya da şirketlerine veya bu gibi bir birliğin, ortak pazarın ya da serbest ticaret bölgesinin kendi vatandaşları veya şirketlerine, bu tür bir birliğin üye devletlerinin vatandaşlarına veya şirketlerine veya herhangi bir üçüncü ülke vatandaşlarına veya şirketlerine tanımış olduğu tüm mevcut veya gelecekteki avantajlara uygulanmaz.

(c) Bu maddenin 1. ve 2. paragrafları, bu anlaşma ve akit taraflardan birinin imzaladığı diğer benzer uluslararası anlaşma tarafından eş zamanlı olarak belirlenen usuli haklar açısından geçerli değildir.

(d) Bu anlaşmanın 2. ve 3. maddeleri hükümleri, Türkiye Cumhuriyeti'ne, diğer Akit Tarafın yatırımcılarının yatırımlarına, arazi ve gayrimenkul edinimi ve bunlara ilişkin aynı haklar konusunda kendi yatırımcılarının yatırımlarına uyguladığı muamelenin aynısını uygulama zorunluluğu getirmez.”

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında da benzer hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, Türkiye ile Slovakya arasında imzalanan YKTK anlaşmasının⁵⁰ “ulusal ve en çok kayrılan ulus muamelesi” başlıklı 3. maddesindeki düzenleme şu şekildedir:

⁴⁹ Nikiema, s. 6.

⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovakya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 24.08.2013, S. 28745.

“İşbu maddenin hükümleri, bir Akit Tarafı, tamamen ya da kısmen vergilendirmeye ilişkin herhangi bir uluslararası anlaşma veya düzenlemeden kaynaklanan ve bu gibi bir anlaşmanın veya düzenlemenin tarafı olan Akit Tarafça sağlanan herhangi bir muameleyi, tercihi veya ayrıcalığı diğer Akit Tarafın yatırımcılarına sağlamakla yükümlü olduğu şeklinde yorumlanmayacaktır.

İşbu Anlaşmanın ayrımcılık yapmama, ulusal muamele ve en çok kayırılan ulus muamelesi hükümleri, her bir Akit Tarafın bir gümrük birliği, ekonomik birlik veya parasal birliğe, bir ortak pazara veya serbest ticaret bölgesine üyeliğinden veya bunlarla ortaklığından kaynaklanan ve bu Akit Tarafın kendi yatırımcılarına veya şirketlerine, bu gibi bir birliğin, ortak pazarın veya serbest ticaret bölgesinin üye devletlerinin vatandaşlarına veya şirketlerine veya herhangi bir üçüncü ülke vatandaşlarına veya şirketlerine tanıdığı mevcut veya gelecekteki avantajlara uygulanmaz.”

Benzer bir düzenlemeye Türkiye ile Ukrayna arasındaki YKTK anlaşmasında da rastlanmaktadır. Bu anlaşmanın 2(4) maddesine göre:

“İşbu maddenin hükümleri, Taraflardan herhangi birinin Taraf olduğu aşağıdaki anlaşmalar bakımından geçerli olmayacaktır:

- (a) mevcut veya gelecekteki herhangi bir gümrük birliği, serbest bölge, bölgesel ekonomik teşkilat veya benzer uluslararası anlaşmalar,*
- (b) tamamen veya esas olarak vergilendirmeye ilişkin olanlar.”*

5. Kaydın Uyuşmazlık Çözüm Yöntemlerine Uygulanabilirliğine İlişkin Düzenlemeler

YKTK anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydı düzenlenirken, taraflar bu kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanıp uygulanmayacağı noktasında irade ortaya koyabilirler. Başka bir ifadeyle, diğer bir YKTK anlaşmasındaki uyuşmazlık çözümüne ilişkin daha elverişli hükümlerin, en çok gözetilen ulus kaydı uyarınca, anlaşma kapsamındaki devlet ile yatırımcı arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne uygulanması konusunda bir düzenleme getirebilir ya da bu konuda sessiz kalabilir ve herhangi bir düzenlemeye yer vermezler.

Kaydın, uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemenin varlığı halinde, tarafların açık irade beyanı karşısında, bu hükümler kapsamdan çıkmış olacaktır. Aynı şekilde, en çok gözetilen ulus kaydının yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklara uygulanacağı düzenlenmişse, bu durumda kaydın ilgili hükümlere uygulanacağı konusunda bir tereddüt kalmayacaktır⁵¹. Hakem heyetlerinin farklı kararları neticesinde uygulamada pek çok farklı

⁵¹ Pınar Baklacı, Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi, İstanbul 2009, s. 60.

görüşün ortaya çıkmasına sebep olan asıl husus ise, YKTK anlaşmasında kaydın uyumsuzluk çözümüne ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme olmaması durumudur⁵².

a. Düzenlemelerin Zaman İçinde Değişimi ve Konuya İlişkin Hakem Kararları

YKTK anlaşmalarında sıklıkla yer alan en çok gözetilen ulus kaydı, ilk bakışta yalnızca maddi hak ve yükümlülükler için uygulanabilir görünse de zamanla kaydın usule ilişkin hükümlere uygulanıp uygulanamayacağı tartışmaların merkezine oturmuştur⁵³. Bu tartışma, en çok gözetilen ulus kaydının, üçüncü bir devletle yapılan anlaşmalarda yer alan ve daha elverişli olan tüm hükümlerin yatırımcı lehine kullanılmasına olanak tanıyıp tanımayacağı sorusunu da beraberinde getirmektedir⁵⁴. Kaydın yargı yetkisine etkisine dair tarihsel bir analiz, bu hükümlerin tanımı, kapsamı ve usule ilişkin etkilerine ilişkin uyumsuzlukların kaydın kendisi kadar eski olduğunu göstermektedir⁵⁵.

⁵² Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 9. *Berschader and Berschader v Russian Federation* davasında, hakem heyeti, kaydın usule ilişkin hükümlere uygulanmadığına belirsizliğe ve görüş ayrılığına yönelik şu tespitte bulunmuştur: "En çok gözetilen ulus kaydının bir YKTK anlaşmasındaki maddi menfaatlere ilişkin olarak nasıl işlediği ile uyumsuzluk çözüm hükümlerine ilişkin olarak nasıl işlediği arasında temel bir fark bulunmaktadır. YKTK anlaşmasında yer alan bir en çok gözetilen ulus hükmünün özünün, yatırımcılara tüm maddi menfaatleri sağlaması olduğu evrensel olarak kabul edilirken, bu hükümlerin uyumsuzluk çözüm hükümlerini de kapsayıp kapsamadığı konusunda aynı görüş birliği bulunmamaktadır. Bu durum öylesine belirsizdir ki, birçok davada farklı sonuçlara ve bu konuda geniş bir içtihat birikimine yol açmıştır. Bu belirsizlik, Birleşik Krallık model YKTK anlaşmasının kaleme alınmasında, madde 3(3)'te açıkça belirtilerek giderilmeye çalışılmıştır. İlgili madde, herhangi bir şüpheyi mahal vermemek adına, en çok gözetilen ulus muamelesinin anlaşmanın uyumsuzluk çözüm hükümleri dâhil olmak üzere belirli maddelerine uygulanacağını teyit etmektedir": *Berschader and Berschader v Russian Federation*, Esasa İlişkin Karar, s. 61, 62 para. 179, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf (Erişim tarihi: 15.05.2025).

⁵³ *Garanti Koza v. Turkmenistan* davasında hakem heyeti, kaydın uyumsuzluk çözüm hükümlerine uygulanmasına ilişkin süregelen tartışmalar ve kararlar arasındaki çelişki hakkında şu tespitte bulunmuştur:

"Bu tahkim heyeti, bir yatırım anlaşmasındaki en çok gözetilen ulus kaydının aynı anlaşmadaki yatırım tahkimine ilişkin maddenin koşullarını değiştirmek amacıyla kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu ele alırken, uluslararası hukukun yoğun şekilde tartışılan ve hâlen üzerinde uzlaşa sağlanamamış bir alanına adım attığının farkındadır. Metinsel yorumlama, hukuki teori ve kamu düzenine ilişkin meseleler bu sorunun merkezindedir ve bu konular yirmiden fazla tahkim heyeti tarafından yetkin ve kapsamlı biçimde değerlendirilmiş, kararlar ve karşı oy yazıları ise uluslararası hukuk ve yatırım tahkimi alanının en saygın otoriteleri tarafından kaleme alınmıştır": *Garanti Koza v. Turkmenistan*, Yetkiye İtiraz Hakkında Verilen Karar, s. 20, para. 40, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1540.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

⁵⁴ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 9; Scott Vesel, "Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties", (The Yale Journal of International Law, Y. 2007, C. 32), s. 126, https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6540/06_32YaleJIntL125_2007_.pdf?sequence=2&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 15.05.2025); Edoardo Stoppioni, "Jurisdictional Impact of Most Favoured Nation Clause", (Max Planck Encyclopedias of International Law, Y. 2017), s. 1, para. 3, https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/Most_Favoured_Nation_Clause_mpeipro-e3287.pdf (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

⁵⁵ Vesel, s. 136. Kaydın usule ilişkin etkilerine ilişkin tartışmalar 19. yüzyılın ilk yarısına uzanmaktadır. Bu hükümlerin usule ilişkin belirli etkilerini kabul eden içtihatlar iki ana konu etrafında şekil-

1970'li yıllardan itibaren devletler, YKTK anlaşmalarına yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için mekanizmalar eklemeye başlamıştır. Bu düzenlemeler, yatırımcılara ev sahibi devlete karşı, doğrudan tahkim yoluna başvurarak, yatırım anlaşmasındaki yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla dava açma imkânı tanımaktadır. Ancak bu dönemde kaleme alınan en çok gözetilen ulus muamelesine ilişkin hükümler, kaydın uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsayıp kapsamadığı konusunda açık bir ifade içermemektedir. Bu durum, yatırımcının en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, ev sahibi devletin üçüncü bir ülkeyle imzaladığı yatırım anlaşmasındaki daha elverişli uyuşmazlık çözüm hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı sorusunu doğurmuştur⁵⁶.

1990'lı yıllara gelindiğinde, bazı devletler, yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının en çok gözetilen ulus muamelesi hükümlerinin kapsamına girdiğini açıkça belirten yatırım anlaşmaları imzalamaya başlamıştır. Ancak bu yaklaşım oldukça sınırlı kalmış ve uygulama alanı bulduğu örnekler büyük ölçüde istisnai nitelikte olmuştur⁵⁷.

Yatırım anlaşmalarında en çok gözetilen ulus hükümlerine dayalı olarak, üçüncü bir taraf anlaşmasındaki bir düzenlemenin temel anlaşmaya aktarılmasına izin veren ilk yayınlanmış tahkim kararı *Maffezini v. Spain* davasıdır⁵⁸. 2003 yılından itibaren, özellikle *Maffezini v. Spain* kararının yarattığı hukuki sonuçlar ışığında, birçok devlet en çok gözetilen ulus kaydı hükümlerinin yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıkların çözüm mekanizmalarını kapsamayacağını açıkça hükme bağlayan düzenlemelere yatırım anlaşmalarında yer vermeye başlamıştır. Karar, devletlerin YKTK

lenmiştir. İlk olarak, konsolosluk yargı yetkisi alanında çeşitli ulusal mahkemeler, en çok gözetilen ulus hükümlerinin taraf devletlerden birinin konsolosluk makamlarına, diğer devletin üçüncü ülkelere tanıdığı usule ilişkin ayrıcalıkları da sağlayabileceğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda, ABD ve Fransız mahkemeleri en çok gözetilen ulus hükümleri aracılığıyla konsolosluk korumasına ilişkin usuli hakların temel anlaşmalara ithal edilebileceğini kabul etmiştir. İkinci olarak ise, uluslararası ticaret yapan bazı tacirler, en çok gözetilen ulus hükümlerine dayanarak, açıkça adalete erişim hakkı tanınmamış olsa bile yerel mahkemelerin yargı yetkisine erişim sağlamak ya da güvence teminatı (*cautio iudicatum solvi*) yükümlülüğünden muaf tutulmak istemiş, mahkemeler bu konuda çelişkili kararlar vermiştir. (Stoppioni, s. 2, para. 8.) Konudaki örnek kararlar için bkz: Yearbook of the International Law Commission, 1973 Sa. 2, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1973_v2.pdf (Erişim Tarihi: 15.05.2025). Yatırım tahkiminde en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin etkilerini tartışmaya başlanmasından önceki dönemde uluslararası yargı mercilerinde ise bu meseleyi doğrudan ele alan bir karara veya açık bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır.

⁵⁶ OECD, "The Interaction between Most-Favoured-Nation Clauses and Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties, The Future of Investment Treaties - Track 2", Y. 2022, s. 6, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/11/the-interaction-between-most-favoured-nation-clauses-and-dispute-settlement-arrangements-in-investment-treaties_a8a205e7/84a2b72d-en.pdf (Erişim Tarihi: 15.05.2025).

⁵⁷ OECD, The Interaction, s. 6.

⁵⁸ Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, <https://www.italaw.com/cases/641> (Erişim tarihi: 15.05.2025).

anlaşmalarında en çok gözetilen ulus kaydının hükümlerinin kapsamını daraltma yönündeki eğilimlerini etkileyen önemli dönüm noktalarından biri olmuştur⁵⁹.

Yakın dönem YKTK anlaşmalarında, en çok gözetilen ulus kaydına ilişkin hükümlerin kapsamının çoğu zaman açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir; bu anlaşmalarda uyuşmazlık çözüm mekanizmaları kaydın kapsamı dışında bırakılmıştır. Durum bu olmakla birlikte, birçok devletin halen yürürlükte olan eski tarihli anlaşmalarında benzer bir netlik bulunmamaktadır⁶⁰. En çok gözetilen ulus kaydının yatırım uyuşmazlıklarının çözüm hükümlerine uygulanabilirliği konusunda hüküm içermeyen ve önemli ölçüde yorum farklılıklarına yol açabilecek pek çok anlaşma halen mevcut ve yürürlükte. Bu anlaşmalara dayanarak, pek çok hakem yargılamasında en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını da kapsayacak şekilde genişletilebilmesi hususu incelenmiş ve bu incelemeler neticesinde çelişkili kararlar ortaya çıkmıştır

YKTK anlaşmalarında kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanması noktasındaki eksikliğin yanında, hakem kararlarındaki çelişkinin bir diğer sebebi de anlaşmalardaki kayda ilişkin farklı düzenlemelerdir. Uyuşmazlık çözümü, uluslararası yatırım hukukunun işleyişinde merkezi bir öneme sahiptir; ancak sayıca fazla olan YKTK anlaşmaları yatırımcıların ev sahibi devletlere karşı ne zaman, nasıl ve hangi forumda dava açabilecekleri konusunda farklı düzenlemeler içermektedir. Uyuşmazlık çözümüne ilişkin bu hüküm çeşitliliği, özünde yatırımcılar arasında eşitlik olan en çok gözetilen ulus ilkesine tam olarak uyum sağlamamaktadır⁶¹.

Kaydın uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına uygulanabilirliği konusunda öğretide yoğun biçimde tartışılan ve ciddi içtihat ayrılıklarına sahne olan beş temel hakem kararı dikkat çekmektedir. Bu erken dönem kararlar, en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin hükümlere uygulanması noktasında belirleyici rol oynamış ve kendisinden sonraki hakem heyetlerinin kararlarında sıkça yer almıştır: *Maffezini v. Spain*, *Siemens A.G. v. Argentina*⁶² ve *Gas Natural v. Argentina*⁶³ davalarında tahkim heyetleri, yatırımcıların en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak, ev sahibi devletin üçüncü ülkelerle imzaladığı anlaşmalardaki daha elverişli uyuşmazlık çözüm mekanizmalarına erişim talebini kabul etmiştir⁶⁴. Buna

⁵⁹ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 9.

⁶⁰ OECD, The Interaction, s. 22.

⁶¹ Vesel, s. 126.

⁶² *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, <https://www.italaw.com/cases/1026> (Erişim tarihi: 15.05.2025).

⁶³ *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, <https://www.italaw.com/cases/476> (Erişim tarihi: 15.05.2025).

⁶⁴ Aynı yöndeki diğer kararlar: *RosInvestCo v. Russian Federation*, *Suez v. Argentina*, *National Grid v. Argentina*, *Garanti Koza v. Turkmenistan*.

karşılık, *Plama v. Bulgaria*⁶⁵ ve *Salini v. Jordan*⁶⁶ davalarında hakem heyetleri bu yaklaşımı benimsememiş ve en çok gözetilen ulus muamelesinin uyuşmazlık çözüm hükümlerini kapsamayacağı yönünde karar vermiştir⁶⁷.

En çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözümüne uygulanması hakem kararlarında genellikle üç şekilde karşımıza çıkmaktadır:

- (i) Temel anlaşmada yer almayan bir tahkim mekanizmasının devreye sokulması: Örneğin YKTK anlaşmasında ICSID'e başvuru hakkı tanınmamasına karşın en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında bu hakkın kullanılması,
- (ii) Tahkim yetkisinin kapsamının genişletilmesi: Özellikle temel anlaşma sadece belirli türdeki uyuşmazlıklara (örneğin kamulaştırmaya bağlı tazminat taleplerine) izin verilmesine karşın, en çok gözetilen ulus kaydı kullanılarak kapsam dışındaki uyuşmazlıklar için tahkime başvurulması,
- (iii) Yerel hukuk yollarına başvuru zorunluluğu gibi usule ilişkin sınırlamaların bertaraf edilmesi: Özellikle bazı anlaşmalarda tahkime başvurmadan önce belirli süre boyunca yerel mahkemelere başvuru zorunluluğu getiren hükümlerin en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında bertaraf edilmesi.

Yukarıda belirtilen hakem kararları, en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin hükümlere uygulanması hususunda iki temel yaklaşımın varlığını ve içtihatlar arası belirsizliği ortaya koymaktadır. Geniş yorum yaklaşımı yatırımcı lehine daha esnek bir sistem sunarken, dar yorum yaklaşımı devletlerin rızasına dayalı tahkim sisteminin temellerini koruma eğilimindedir. Bu nedenle, kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanıp uygulanamayacağına dair nihai değerlendirme, her bir anlaşmanın lafzı, bağlamı, tarafların iradesi ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum ilkeleri dikkate alınarak somut uyuşmazlık özelinde yapılmalıdır.

b. Türkiye'nin Taraf Olduğu YKTK Anlaşmalarında Kayda İlişkin Düzenlemeler

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında kaydın usule ilişkin hükümlere dolayısıyla uyuşmazlık çözümlerine uygulanmasına ilişkin düzenlemeleri 2009 yılı öncesi ve sonrası olarak iki dönem olarak incelemek mümkündür. Bu ayrımın sebebi 2009 yılında sunulan model anlaşma taslağındaki konuya ilişkin düzenlemedir. Model anlaşmanın 3(4)-c maddesinde en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin hükümlere uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir⁶⁸.

⁶⁵ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, <https://www.italaw.com/cases/857> (Erişim tarihi: 15.05.2025).

⁶⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, <https://www.italaw.com/cases/954> (Erişim tarihi: 15.05.2025).

⁶⁷ Vesel, s. 127. Aynı yöndeki diğer kararlar: *Telenor v. Hungary*, *Berschader v. Russian Federation*, *Tza Yap Shum v. Peru*, *Austrian Airlines v. Slovakia*, *Kılıç v. Turkmenistan*.

⁶⁸ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 10.

Madde metni şu şekildedir:

“Bu maddenin 1. ve 2. paragrafları, akdedici taraflardan birinin taraf olduğu benzer bir uluslararası anlaşma ile bu anlaşma tarafından eş zamanlı olarak öngörülen usule ilişkin haklara uygulanmaz.”

Model anlaşma taslağı öncesi, yani 2009 yılı ve öncesi anlaşmalar incelendiğinde kaydın usul hükümlerine uygulanmasına ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Örneğin, 2009 yılında imzalanan Türkiye ile Libya arasındaki YKTK anlaşmasında⁶⁹, yine 2009 yılında imzalanan Slovakya ile Türkiye arasındaki YKTK anlaşmasında⁷⁰, 1992 tarihli Türkiye ile Kazakistan arasındaki YKTK anlaşmasında⁷¹ ve yine 1992 tarihli Türkiye ile Japonya arasındaki YKTK anlaşmasında⁷² en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin hükümlere uygulanması ya da uygulanmaması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır.

Model anlaşma sonrasındaki anlaşmalarda ise usul kurallarının en çok gözetilen ulus kaydının kapsamında olmadığı düzenlenmeye başlamıştır. Bu konudaki ilk örnekler, 2010 yılında imzalanan Türkiye ile Kuveyt arasındaki YKTK anlaşmasının⁷³ 3(4). maddesi ve yine 2010 yılında imzalanan Türkiye ile Senegal arasındaki YKTK anlaşmasının⁷⁴ 3(4). maddesidir. Bu anlaşmalarda, model anlaşmaya paralel şekilde, usul kuralları en çok gözetilen ulus kaydının uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

Türkiye ile Senegal arasındaki anlaşmadaki ilgili metin şu şekildedir:

“Bu maddenin 1. ve 2. paragrafları, işbu Anlaşma veya akit taraflardan birinin imza koyduğu benzer diğer bir anlaşmada düzenlenen usule yönelik haklar bakımından uygulanmayacaktır.”

Benzer şekilde, Türkiye ile Tanzanya arasındaki YKTK anlaşmasında⁷⁵ da kaydın kapsamına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmiştir. Ancak bu anlaşmada “usule ilişkin haklar” ibaresi yerine, doğrudan “uyuşmazlık çözüm hükümleri” ibaresi

⁶⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Libya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 14.04.2011, S. 27905.

⁷⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Slovakya Cumhuriyeti arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 24.08.2013, S. 28745.

⁷¹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kazakistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 11.02.1995, S. 22199.

⁷² Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 16.01.1993, S. 21467.

⁷³ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 20.01.2012, S. 28179.

⁷⁴ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Senegal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 27.03.2012, S. 28246.

⁷⁵ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşik Tanzanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma, RG, 25.07.2013, S. 28718.

kullanılmış, uyuşmazlık çözümüne ilişkin düzenlemeler en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anlaşmanın 3(4)/c maddesi şu şekildedir:

“Bu maddenin 1. ve 2. paragrafları, işbu Anlaşma veya akit taraflardan birinin imza koyduğu benzer diğer bir uluslararası anlaşmada düzenlenen yatırımcı ile ev sahibi akit taraf arasındaki uyuşmazlığın çözümünü hükümleri bakımından uygulanmayacaktır.”

2010 yılı sonrasındaki anlaşmalar incelendiğinde, anlaşmaların büyük bir kısmında usule ilişkin haklar yerine doğrudan uyuşmazlık çözüm hükümlerinin kaydın uygulama alanı dışında olduğuna ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır⁷⁶.

Söz konusu düzenleme, bazı anlaşmalarda en çok gözetilen ulus hükümlerinin yer aldığı genel muamele standartları bölümünde yer alırken, bazı anlaşmalarda doğrudan yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin maddelerde düzenlenmiştir. Örneğin, 2011 tarihli Türkiye ile Nijerya arasındaki YKTK anlaşmasında kaydın uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanamayacağına dair istisna, kaydın bulunduğu 5. maddede değil uyuşmazlık çözümüne ilişkin 11. madde kapsamında açık biçimde yer almıştır⁷⁷.

İlgili hüküm şu şekildedir:

“5. maddenin (Yatırımlara Uygulanacak Muamele) (1) ve (2). paragrafları, yatırımcı ve ev sahibi akit taraf arasındaki uyuşmazlıkların işbu anlaşma ile düzenlenen veya akit taraflardan birinin imza koyduğu benzer diğer bir anlaşmada düzenlenen uyuşmazlık çözümünü hükümleri bakımından uygulanmayacaktır.”

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarındaki en çok gözetilen ulus kaydının uyuşmazlık çözüm hükümlerine uygulanması konusundaki diğer bir düzenleme şekli de ayrı bir maddede kaydın istisnalarının sayılması yöntemidir. Örneğin, Türkiye ile Gana arasındaki YKTK anlaşmasının “Ayrımcılık yapmama, en çok gözetilen ulus ve milli muamele istisnaları” başlıklı 6(1). maddesinde kaydın sınırı şu şekilde belirtilmiştir:

“İşbu anlaşmanın 5. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında belirtilen en çok gözetilen ulus muamelesi, yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlere genişletilmez.”

Öğretide, 2016 yılı sonrası imzalanan bazı YKTK anlaşmalarındaki hükümlerin 2016 tarihli model YKTK anlaşma metni doğrultusunda hazırlandığı, daha sonraki tarihlerde imzalanan YKTK anlaşmalarındaki hükümlerin ise 2020 yılında güncellenen model YKTK metni temel alınarak hazırlandığı belirtilmiştir. Metnin

⁷⁶ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 11.

⁷⁷ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 12.

yayınlandığına dair kesin bir bilgi olmasa da en güncel model YKTK metninin 4. maddesinin (4)(c) fıkrasında şu hükmün yer aldığı ifade edilmektedir⁷⁸.

“Açıklık sağlamak amacıyla, bu maddenin 1. ve 2. paragraflarında yer alan en çok gözetilen ulus muamelesi, 10. maddede yer alanlar gibi yatırımcı-devlet uyumsuzluk çözüm usul veya mekanizmalarını kapsamaz.”

İfade biçimleri farklılık gösterse veya teknik düzenlemeleri değişiklik arz etse de Türkiye'nin 2010 sonrası imzaladığı YKTK anlaşmalarının neredeyse tamamında benimsediği temel yaklaşım ortaktır; en çok gözetilen ulus hükümlerinin, yatırımcı ile devlet arasındaki uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin hükümlere uygulanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu yöndeki hükümler, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamını sınırlandırarak, geçmişte uluslararası yatırım tahkimi uygulamasında ciddi tartışmalara yol açan yorum farklılıklarının önüne geçmeyi hedeflemiştir⁷⁹.

Böylelikle, Türkiye'nin anlaşma pratiği, hem hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlamış hem de yatırımcılar açısından hangi hükümlerin en çok gözetilen ulus kaydı kapsamında talep edilebileceğine ilişkin sınırları netleştirmiştir.

C. Kaydın Yabancı Karşılaştırma Gerekirtmesine İlişkin Düzenlemeler

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarına ilişkin olarak incelenecek son husus yabancı yatırımcılar arasında yapılacak kıyasa ilişkindir.

En çok gözetilen ulus kaydın uygulanması için başka bir yatırımcı veya devlet ile kıyas gereklidir; bu sebeple kayıt doğrudan uygulanacak mutlak bir yükümlülük değil, bağıl bir yükümlülük doğurur⁸⁰. Ev sahibi devletin kayda ilişkin yükümlülükleri, diğer milletlerden yatırımcılara ne haklar verildiğine ve bu yatırımcıların ev sahibi ülkedeki yatırımlarına bağlı olarak belirlenmektedir. Ancak, buradaki kıyas koşulsuz değildir⁸¹, yalnızca benzer veya aynı durumdaki bir yabancı yatırımcıyla olmalıdır⁸².

⁷⁸ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 12, 13.

⁷⁹ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 12, 13.

⁸⁰ McLachlan/Shore/Weiniger, s. 254; Yılmaz, s. 259; Collins, s. 109; UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 22; Sevgi, s. 94; Acconci, s. 364.

⁸¹ Karşılaştırmalı değerlendirme gerekliliği, hakem kararlarında yer almaktadır. *Parkerings v. Litvanya* davasında hakem heyeti, en çok gözetilen ulus kaydı kapsamındaki bir iddianın değerlendirilebilmesi için, karşılaştırmaya konu olan yatırımcıların “benzer koşullarda” bulunmaları gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Kararda bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: “En çok gözetilen ulus hükmünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesindeki temel koşul, benzer durumda bulunan başka bir yabancı yatırımcıya daha farklı bir muamele uygulanmış olmasıdır. Dolayısıyla, benzer koşullarda bulunan bir yatırımcıyla karşılaştırma yapılması gereklidir.” [*Parkerings v. Litvanya*, Esasa İlişkin Karar, s. 78, 79, para. 369, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf> (Erişim tarihi: 15.05.2025).]

⁸² En çok gözetilen ulus muamelesine ilişkin yükümlülük, ev sahibi devletin yabancı yatırımcılara her koşulda ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin aynı muameleyi uygulaması gerektiği anlamına gelmez.

Bazı anlaşmalar, “benzer durumlarda” (*like situations*) veya “benzer koşullarda” (*like circumstances*) ifadesini kullanarak en çok gözetilen ulus kaydının kapsamına ilişkin bir hüküm içerebilir. Bu husus, Latince “*ejusdem generis*” olarak ifade edilen ve “aynı türden” anlamına gelen en çok gözetilen ulus kaydının ardındaki ilkeyi yansıtır⁸³.

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun en çok gözetilen ulus muamelesine ilişkin 1978 tarihli taslak metnin 9. maddesinde *ejusdem generis* ilkesi şu şekilde vurgulanmıştır⁸⁴:

“En çok gözetilen ulus kaydı uyarınca, yararlanıcı Devlet, kendisi veya kendisiyle belirli bir ilişki içinde olan kişiler veya şeyler yararına, yalnızca hükmün konusunun sınırları içine giren hakları elde eder.”

Türkiye’nin 2009 tarihli model YTKK anlaşma metni incelendiğinde görüleceği üzere, anlaşmanın 3. maddesinde düzenleme *ejusdem generis* ilkesi kapsamında yapılmıştır; yani en çok gözetilen ulus kaydının uygulanması için benzer durumdaki yatırım ve yatırımcılar ile kıyas yapılmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir⁸⁵.

Türkiye ile Kuveyt arasındaki YTKK anlaşmasının⁸⁶ 3. maddesinde model anlaşmaya paralel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre:

“1. Her bir Akit Taraf, kendi kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde, yatırımları, herhangi bir üçüncü ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uygulananndan daha az elverişli olmayacak şekilde ülkesine kabul edecektir.”

Hükümün uygulanmasında esas alınması gereken husus, karşılaştırılan yatırımcıların “nesnel olarak benzer koşullarda” bulunup bulunmadığıdır. Eğer yatırımcılar, faaliyet gösterdikleri sektör, yatırımın niteliği, ölçeği veya yatırım ortamındaki düzenleyici bağlam gibi faktörler bakımından objektif olarak farklı durumdalarsa, sağlanan muamelenin farklılık göstermesi uluslararası hukuk bakımından haklı ve meşru kabul edilebilir. [Nikiema, Suzy, H., The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf> (Erişim tarihi: 15.05.2025).]

⁸³ Bu ifadelerin bulunmaması, taraf devletlerin bilinçli bir şekilde bu kıyaslamaların yapılmasını dışlamak istedikleri ya da kaydın mutlak ve koşulsuz şekilde uygulanmasını amaçladıkları şeklinde yorumlanmamalıdır. Karşılaştırılabilirlik ilkesi, kaydın doğası gereği içerdiği örtülü bir koşuldur ve her durumda uygulanır. (UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, s. 54).

⁸⁴ Tiryakioğlu, Most Favoured Nation Clause, s. 7.

⁸⁵ “1. Her bir Akit Taraf, kendi yasaları ve düzenlemeleri çerçevesinde, yatırımcılarının yatırımlarını kendi ülkesine kabul ederken, benzer koşullardaki üçüncü devlet yatırımcılarının yatırımlarına tanıdığı muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele uygular.
2. Her bir Akit Taraf, bu şekilde kurulan yatırımlara, kendi yatırımcılarının veya üçüncü bir devletin yatırımcılarının benzer koşullardaki yatırımlarına tanıdığı muameleden daha az elverişli olmayan bir muamele sağlar; hangisi daha lehte ise o uygulanır.”

⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, RG, 20.01.2012, S. 28179.

2. Her bir Akit Taraf, kurulmuş olan bu yatırımları, kendi yatırımcılarının yatırımlarına ya da herhangi bir üçüncü bir ülke yatırımcılarının yatırımlarına benzer durumlarda uyguladığı muameleden, hangisi en elverişli ise, bundan daha az elverişli olmayan bir muameleye tabi tutulacaktır.”

Aynı şekilde, Türkiye ile Türkmenistan arasında imzalanan YKTK anlaşmasında⁸⁷ da en çok gözetilen ulus kaydı uygulanırken “benzer durumda” olan yatırımlar ve yatırımcılar ile kıyas yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Anlaşmanın 2. maddesi şu şekildedir:

“1. Her bir Taraf, kendi ülkesindeki yatırımlara ve bunlarla ilgili faaliyetlere, herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına, benzer durumda uygulanandan daha az elverişli olmayan koşullarda, ilgili yasalara ve diğer mevzuatına uygun olarak izin verecektir.

2- Her bir Taraf, gerçekleşmiş olan yatırımlara kendi yatırımcılarının ya da herhangi bir üçüncü ülkenin yatırımcılarının yatırımlarına, benzer durumda uygulanandan, hangisi daha elverişli ise, daha az elverişli olmayan bir muamele uygulanmasını sağlayacaktır.”

SONUÇ

Bu çalışmada, Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydının uluslararası yatırım hukukundaki düzenlenme biçimleri ve uygulamadaki etkileri ele alınmıştır. En çok gözetilen ulus kaydı, yatırımcı haklarının korunmasında önemli bir standart olarak öne çıkmakla birlikte, kaydın uygulama kapsamı, sınırları ve uyumsuzluk çözüm mekanizmalarına uygulanabilirliği konusunda çeşitli tartışmalar ve belirsizlikler mevcuttur. Bu durum, özellikle yatırım tahkimi davalarında çelişkili kararlar verilmesine neden olmuş ve bu alanda tutarlı bir içtihat oluşmasını zorlaştırmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar incelendiğinde, en çok gözetilen ulus kaydının bağımsız bir madde olarak mı yoksa diğer muamele standartlarıyla birlikte mi düzenleneceği, hangi aşamadaki yatırımları kapsayacağı ve hangi alanlarla sınırlandırılacağı gibi temel unsurların anlaşmalar arasında farklılık gösterdiği tespit edilmiştir. Bu noktada, Türkiye'nin 2009 tarihli model YKTK taslak metni, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamını daha açık bir şekilde belirlemek anlamında önemli bir rehber sunmaktadır. Bu düzenleme, yatırımcılar arasında eşitlik sağlarken, devletlerin kendi çıkarlarını koruyabilmesi için de bir denge

⁸⁷ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması, RG, 22.09.1994, S. 22059.

sağlamayı hedeflemektedir. Model anlaşma taslağı doğrultusunda imzalanacak anlaşmalar yatırım hukuk alanında yeknesaklık sağlanmasına yardımcı olacaktır.

Çalışmada değinilen diğer bir husus da yatırım tahkiminin en tartışmalı konularından biri haline gelen YKTK anlaşmalarında yer alan en çok gözetilen ulus kaydının usule ilişkin düzenlemeleri de kapsayıp kapsamayacağı sorusudur. *Maffezini v. Spain* davası ile başlayan içtihat çizgisi, bir yandan kaydın uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını kapsayabileceği yönünde yorumlanırken, *Plama v. Bulgaria* ve *Salini v. Jordan* gibi kararlarla bu yaklaşımın sınırlandırıldığı görülmüştür. Bu durum, devletlerin yatırım anlaşmalarında daha açık ve sınırlayıcı hükümler getirme yönünde bir eğilim geliştirmesine neden olmuştur.

Türkiye'nin taraf olduğu YKTK anlaşmaları da bu eğilimi yansıtır niteliktedir. İfade biçimleri farklılık gösterse veya teknik düzenlemeleri değişiklik arz etse de Türkiye'nin 2009 tarihli model anlaşma metni uyarınca 2010 yılı sonrası imzaladığı YKTK anlaşmalarının neredeyse tamamında benimsediği temel yaklaşım ortaktır; en çok gözetilen ulus hükümlerinin, yatırımcı ile devlet arasındaki uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümlere uygulanamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, en çok gözetilen ulus kaydının uluslararası yatırım hukukundaki önemi tartışmasız olmakla birlikte, uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi için daha net ve tutarlı düzenlemeler yapılması gerektiği açıktır. Türkiye'nin model YKTK anlaşmasının bu alandaki katkısı, yalnızca ulusal düzeyde değil, uluslararası yatırım hukukunun genel gelişimine de ışık tutmaktadır. Bu bağlamda, en çok gözetilen ulus kaydının kapsamı ve sınırlarına ilişkin tartışmaların, devletler ve yatırımcılar arasındaki dengeli bir ilişkiyi destekleyecek şekilde ele alınması büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Acconci, Pia: "Most-Favoured-Nation Treatment", The Oxford Handbook of International Law, Ed.: Peter Muchlinski, Federico Ortino, Cristoph Schreuer, New York 2008.
- Aydoğmuş, Ayşe, "İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarındaki En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Kaydına İstinaden ICSID'e Başvuru İmkânı", (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- Baklacı, Pınar, Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Muamelesi, İstanbul 2009.
- Billiet, Johan, International Investment Arbitration: A Practical Handbook, Antwerpen 2016.
- Collins, David, An Introduction to International Investment Law, Cambridge 2017.
- Cremedes, Bernardo/Cairns, David J.A, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", Arbitrating Foreign Investment Disputes, Ed.: Norbert Horn, The Hague 2004.
- Dolzer, Rudolf/Schreuer, Cristoph, Principles of International Investment Law, Oxford 2012.
- Dolzer, Rudolf/Stevens, Margrete, Bilateral Investment Treaties, The Hague 1995.
- International Law Commission, "Report of the International Law Commission on its Thirtieth Session", (Yearbook of the International Law Commission, Y. 1978, C. 2).
- Kolman, Emre, "The Nationality of the Investor in International Investment Arbitration and the Dual Nationality Problem", (Acta Universitatis Szegediensis, Y. 2020, Sa. 10).
- Krajewski, Markus/Hoffmann, Rhea T., Research Handbook on Foreign Direct Investment, Cambridge 2019.
- McLachlan, Campbell/Shore, Laurence/Weiniger, Matthew, International Investment Arbitration: Substantive Principles. Oxford 2010.
- Piracha, Nudrat E., Toward Uniformly Accepted Principles for Interpreting MFN Clauses, Alphen aan den Rijn 2021.
- Sevgi, Samet, "En Çok Gözetilen Ulus Kaydının İkili Yatırım Anlaşmalarının Usule İlişkin Hükümleri Üzerindeki Etkisi: Maffezini Davası", (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, C. 8, Sa. 1-2).
- Sharmin, Tanjina, Application of Most-Favoured-Nation Clauses by Investor-State Arbitral Tribunals: Implications for Developing Countries, Singapur 2020.
- Smith, Kara S., "The Jurisdiction-Limiting MFN Clause", (New York University Law Review, Y. 2024, C. 99).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, The International Law on Foreign Investment, Cambridge 2010.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003. (Doğrudan Yatırımlar).

- Tiryakioğlu, Bilgin, “Extension of the Most Favoured Nation Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties Which Türkiye is a Party of”, (Public and Private International Law Bulletin, 2023, C. 43, Sa. 1). (Most Favoured Nation Clause).
- Uzun, Elif, “Milletlerarası Hukuk Açısından En Çok Gözetilen Ulus Kaydı”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2004, C. 24, Sa. 1-2).
- Vig, Zoltan, Taking in International Law, Budapeşte 2019.
- Wong, Jarrod, “The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties”, (Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, 2008, C. 3, Sa. 1).
- Yılmaz, Alper Ç., Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013.

Elektronik Kaynaklar

- Nikiema, Suzy, H., The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf>.
- OECD, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, <http://dx.doi.org/10.1787/518757021651/>.
- OECD, “The Interaction between Most-Favoured-Nation Clauses and Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties, The Future of Investment Treaties - Track 2”, Y. 2022, s. 6, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/11/the-interaction-between-most-favoured-nation-clauses-and-dispute-settlement-arrangements-in-investment-treaties_a8a205e7/84a2b72d-en.pdf. (The Interaction).
- Stoppioni, Edoardo, “Jurisdictional Impact of Most Favoured Nation Clause”, (Max Planck Encyclopedias of International Law, Y. 2017), s. 1, para. 3, https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/MPEiPro/Most_Favoured_Nation_Clause_law-mpeipro-e3287.pdf.
- Suzy H. Nikiema, The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties. IISD Best Practices Series, 2017, <https://www.iisd.org/system/files/publications/mfn-most-favoured-nation-clause-best-practices-en.pdf>.
- UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, https://unctad.org/system/files/official-document/diaaia20101_en.pdf. (Most-Favoured-Nation Treatment).
- UNCTAD, Mapping of IIA Content, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping/>.
- UNCTAD, International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/214/turkey>.
- Vesel, Scott, “Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties”, (The Yale Journal of International Law, Y. 2007, C. 32) https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/6540/06_32YaleJIntL125_2007_.pdf?sequence=2&isAllowed=y.

Kişisel Verilerin İşlenmesine Uygulanacak Hukuk^(*)

The Law Applicable to Processing of Personal Data

Av. Hacer Ülkü DOĞAN KAYA^(**)

Öz:

Bu çalışmada, kişisel verilerin korunmasını ilgilendiren yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun tespitine ilişkin Türk hukuku yaklaşımı Avrupa Birliği hukuku ile karşılaştırılarak incelenmiştir. Avrupa Birliği hukukunda konu, kişisel verilerin korunması mevzuatının yer bakımından uygulanmasına ilişkin hükümler yoluyla çözülmüştür. Türk hukukunda ise KVKK'da kanunun yer bakımından uygulanmasına dair bir düzenleme yer almadığına karşın; MÖHUK m.35/3, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin -temel hakları ilgilendirmesine rağmen- kategorik bir şekilde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmediğini ortaya koymaktadır.

Buna göre, kişisel verilerin işlenmesinin yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın konusu olduğu durumlarda hâkim uygulanacak hukuku MÖHUK'taki bağlama kurallarına göre tayin edecektir. Kişisel veriler, sözleşmeyle bağlantılı bir şekilde işlenmişse MÖHUK m.24-29 arasındaki hükümlere başvurulacak; aksi halde, bir menfaatin iadesi söz konusu olduğunda, vekâletsiz iş görmeye ilişkin uygulanacak hukuk hâkim tarafından -öncelikle MÖHUK m.35'in kıyasen uygulanması suretiyle- bağlama kuralı yaratılarak belirlenecek, diğer talepler bakımından ise, başta MÖHUK m.35/3 atfıyla aynı maddenin birinci fıkrasına, bu kuralın da uygulanamayacağı durumlarda MÖHUK m.34'e gidilecektir.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel Veriler, Uygulanacak Hukuk, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK).

Abstract:

In this study, Turkish law's approach to determining the law to be applied in private law disputes with foreign element concerning personal data protection has been examined in comparison with the European Union law. In the European Union law, this matter is handled with rules regarding the territorial scope of personal data protection legislation. In Turkish law, however, Data Protection Law does not include any provisions regarding its territorial scope of application and the presence of Art.35/3 of MÖHUK, regarding the law applicable to protection of personality rights, indicates that the provisions of personal data legislation -although they concern a fundamental right- are not categorically regarded as overriding mandatory rules.

Thus, in personal data protection related disputes involving a foreign element, the judge will determine the applicable law according to general conflict of laws rules in MÖHUK. If the personal data is processed in connection with a contract, Art.24-29 of MÖHUK shall be applied; otherwise, for the restitution of benefits, the judge shall determine the applicable law to *negotiorum gestio* through a judge-made law, especially through an analogy with Article 35. In

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 05.01.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.06.2025.

^(**) Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: av.hulkudogan@gmail.com,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5117-2767>.

other cases, Art.35/1 of MÖHUK shall be applied by reference of the third paragraph of the same Article. In cases where this rule is not applicable, general rule on the law governing tort, which is Art.34 of MÖHUK, shall apply.

Keywords:

Personal Data, Applicable Law, Law on the Protection of Personal Data (KVKK), General Data Protection Regulation (GDPR), The Code on Private International Law and Procedural Law (MÖHUK).

GİRİŞ

Veriye dayalı teknolojiler sayesinde tüketicilere yönelik yeni hizmetler geliştirildikçe veya işletmelere mal ve hizmetlerinin hedef kitlelerini daha kolay tespit edebilme imkânı sunuldukça, kişisel verilerin ticari değeri artmaktadır. Diğer taraftan, kişisel verilerin korunmasına yönelik yaklaşımlar ve buna dayalı düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılaşmaktadır. Örneğin, unutulma hakkı ile bilgiye ulaşma hakkı ya da mahremiyet hakkı ile kamu güvenliğini sağlama amacı birbirleriyle çatıştığında, nasıl bir hukuk politikası izlemek gerektiği konusunda ülkeler farklı anlayışlar benimseyebilir. Bunun sonucu olarak, kişisel veriler farklı ülkelerde farklı düzeylerde korunacaktır.

Bu bağlamda, bir kişinin verilerinin birden fazla ülkeyi ilgilendiren bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, kişi ile veri sorumlusu ya da veri işleyen arasındaki ihtilaflara hangi hukukun uygulanacağı bir kanunlar ihtilafı sorunu olacaktır. Çalışmada, sorun, Avrupa Birliği hukukundaki yaklaşım ile Türk hukukundaki mevcut durum karşılaştırılarak ele alınmıştır.

Çalışma, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, Avrupa Birliği hukukunda kişisel verilerin korunmasına dair hukuki rejimin çerçevesi çizildikten sonra; Türk hukukunun bu alandaki maddi hukuk düzenlemeleri, bir sonraki bölümde yapılacak tartışmaya temel teşkil eden kişisel veri, verinin işlenmesi, veri sorumlusu, veri işleyen, ilgili kişi, verinin aktarılması ve ilgili kişiye tanınan haklar gibi kavramlar üzerinden incelenmiştir. İkinci bölümde ise konunun kanunlar ihtilafı boyutu ele alınmıştır. Bölümün ilk alt başlığında, Avrupa Birliği hukukundaki ilgili kurallara incelendikten sonra; ikinci alt başlıkta, Türk hukukunda kişisel verilerin sözleşme dışı sebeplerle işlenmesine ve bir sözleşmeye dayalı olarak işlenmesine uygulanacak hukuka dair ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN MADDÎ HUKUK DÜZENLEMELERİ

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (*Organisation for Economic Cooperation and Development*, OECD) tarafından 1980 yılında tavsiye olarak kabul edilen Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Aktarımı Rehber İlkeleri'nin (Rehber İlkeler) amacı, mahremiyetin korunması konusunda

ülke mevzuatları arasındaki uyumsuzlukların telafisine yardımcı olmak şeklinde belirtilmiştir. Aksi halde, böyle uyumsuzlukların özellikle bankacılık ve finans gibi ülkeler arası veri akışının hayati önem taşıdığı bazı sektörlerin işleyişinde sorun yaratacağı öngörülmüştür¹.

Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (108 sayılı Sözleşme) de 1981 yılında imzaya açılmıştır². Sözleşmenin motivasyon kaynağının da, OECD Rehber İlkeleri'nde olduğu gibi, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesine ve sınır ötesine aktarımına yönelik teknik imkânların artması karşısında ülkelerin ulusal mevzuatlarında kişisel verilerin korunmasına yönelik tedbirleri almalarını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır³.

Bu çerçevede, özellikle 1970'lerden sonra birçok ülkede kişisel verilerin hangi şartlar altında kaydedilebileceği, saklanabileceği, işleme tabi tutulabileceği veya üçüncü kişilere aktarılabilmesi hususlarında ulusal mevzuat çalışmaları yapılmıştır⁴. Daha sonraki yıllarda ise, Avrupa Birliği'nde, üye devletler bakımından, mevzuatın önce yakınlaştırılması ve nihayet yeknesaklaştırılması amacıyla aşağıda incelenen düzenlemeler getirilmiştir. Türk kişisel verilerin korunması mevzuatı da bir sonraki alt başlıkta görüleceği gibi ilgili gelişmeler ışığında şekillenmiştir.

A. Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması

Avrupa Birliği hukukunda kişisel verilerin korunması bir temel hak olarak kabul edilmektedir⁵. Hakkın ifadesini bulduğu temel belgelerden biri de Temel Haklar Şartı'dır⁶. Şart m.8 "Kişisel verilerin korunması" kenar başlığını taşımaktadır. Söz konusu madde, kişisel verilerin korunmasının bir temel hak olduğunu, hakkın ancak ilgili kişinin rızası veya yasa ile öngörülmüş sebeplerle belirli amaçlar için işlenebileceğini ve ilgili kişinin verilere erişme ve onların düzeltilmesini

¹ Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Aktarımı Rehber İlkeleri (OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data), 23.9.1980, www.oecd.org üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir. Rehber İlkelerin önsözünde, bazı OECD üye ülkeleri tarafından mahremiyet yasalarının kabul edildiği, diğerlerinde de hazırlık çalışmaları yapıldığı belirtilmektedir. Küzeci, Rehber İlkelerin bu alandaki ilk önemli girişimin ürünü olduğunu belirtmektedir (Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2020, s. 131).

² Küzeci, s. 139.

³ Convention 108 and Protocols, <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol> adresinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.

⁴ İlk veri koruma yasasının Almanya'nın Hessen Eyaletinde çıkarıldığı ve Almanya, Fransa ve Avusturya'da 1970-1980 arasında aynı amaçla yasal düzenlemeler yapıldığı belirtilmektedir (Çekin, Mesut Sedar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2020, s. 5-6).

⁵ Küzeci, s. 182; Jie (Jeanne) Huang, "Applicable Law to Transnational Personal Data: Trends and Dynamics", (German Law Journal, Y. 2020, C. 21, s. 1283-1308), s. 1286.

⁶ Küzeci, s. 179.

isteme haklarının bulunduğunu düzenlemekte ve kurallara riayetin bağımsız bir idarî otorite tarafından denetlenmesini öngörmektedir (m.8). Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m.16'da da herkesin kişisel verilerinin korunması hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, Birlik hukuku kapsamına giren faaliyetlerin yürütülmesinde verilerin işlenmesine ilişkin kuralların olağan yasama usulü ile getirileceği ve ilgili kurallara uyulup uyulmadığının bağımsız otoritelerce denetleneceği hükme bağlanmıştır (m.16).

Kişisel verilerin korunmasını bir temel hak olarak tanıyan düzenlemelerin yanı sıra, Avrupa Birliği'nde yakın zamana kadar uygulanmasına devam edilen ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na⁷ (KVKK) da mehzaz teşkil eden 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesi (Yönerge)⁸, bu alandaki en önemli düzenlemeydi. Fakat söz konusu düzenleme 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) ile yürürlükten kaldırılmıştır⁹.

GVKT, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesine ve kişisel verilerin Birlik içerisinde serbest dolaşımına dair kuralları belirleme amacını taşımaktadır (m.1). GVKT m.2'ye göre Tüzük, konu bakımından, kişisel verinin *"kısmen veya tümüyle otomatik yollarla"* ve *"otomatik olmayan fakat bir dosyalama sisteminin parçası olan veya olması amaçlanan yollarla"* işlenmesini kapsamaktadır (m.2/1)¹⁰. Bu kapsamda, bir bankanın bilişim altyapısının müşterileri önceden belirlenmiş kriterlere göre risk gruplarına ayırması otomatik veri işlemeye, bir işverenin kendisine e-postayla iş başvurusu yapan kişilerin özgeçmişlerini bir dosyada kayıt altına alması ise otomatik olmayan yolla veri işlemeye örnek verilebilir. Buna karşın, üye devletlerin ortak dış politika ve güvenlik politikası çerçevesinde faaliyetleri, yetkili otoritelerin kamu güvenliğine karşı tehditleri önlemek de dâhil olmak üzere suçun önlenmesi, soruşturulması veya cezalandırılması konusundaki tedbirleri ve verilerin tümüyle kişisel amaçla işlenmesi Tüzüğün kapsamı dışında kalmaktadır (m.2/2)¹¹. Avrupa Birliği organ ve kuruluşlarının veri işleme faaliyetlerine uygulanacak usul ve esaslar ise 2018/1725 sayılı Topluluk Tüzüğünde düzenlenmiştir (GVKT m.2/3)¹².

⁷ RG. 7.4.2016-29677.

⁸ OJ, L 281, 23.11.1995, s. 31-50.

⁹ OJ, L 119, 4.5.2016, s. 1-88. Yönerge yerine GVKT'nin benimsenmesinin altında yatan kaygılar arasında Avrupa vatandaşları için daha güçlü bir veri koruma rejimini yaratmanın yanı sıra, AB hukukunda iç hukuka aktarılmadan doğrudan uygulanan tüzük hükümleri sayesinde yeknesaklaştırmayı sağlamak da bulunmaktaydı (Bkz. 10 no.lu Ön Açıklama). Konu hakkında ayrıca bkz. Nilgün Başalp, Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, C. 21, S. 1, 77-106), s. 81-85.

¹⁰ KVKK m.2.

¹¹ KVKK m.28/1.

¹² GVKT m.2/3, 45/2001 sayılı Tüzüğe atıfta bulunmakla birlikte; söz konusu Tüzüğe yapılan atıflar, onu yürürlükten kaldıran 2018/1725 sayılı Tüzüğe yapılmış sayılmaktadır (m.99, OJ, L 295, 21.11.2018, s. 39-98).

B. Türk Maddî Hukuk Düzenlemeleri

Avrupa Birliği'ndeki yaklaşıma benzer şekilde, Türk hukuku da kişisel verilerin korunmasını bir temel hak olarak kabul eder. Anayasa m.20/3'te "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir*" denilmiştir. Aynı hükme göre, hakkın içeriğinde, kişinin işlenen verileriyle ilgili bilgilendirilmeyi ve bunların düzeltilmesini ya da silinmesini isteyebilmesi veya bunların hangi amaçla kullanıldığını öğrenebilmesi yer almaktadır. Aynı anayasal düzenlemenin devamında, kişisel verilerin ancak açık rıza ya da kanunda öngörülen hallerde işlenebileceği de hüküm altına alınmıştır¹³.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Türk hukukundaki en kapsamlı düzenlemeler KVKK'da yer almaktadır. Bununla birlikte, kişisel verilerin korunması hakkında iç hukukta uygulama alanı bulan tek düzenleme KVKK değildir. Ceza hukuku alanında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁴ (TCK) m.135, 136 ve 138'de, sırasıyla, "Kişisel verilerin kaydedilmesi", "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" ve "Verileri yok etmeme" suçları tanımlanmıştır. Nitekim KVKK m.17'de TCK'nın ilgili düzenlemelerini de kapsayan "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlıklı dokuzuncu bölümüne atıfta bulunmaktadır.

Ayrıca, kişisel veriler, özel hukuk alanında, kişiliğin korunmasına ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹⁵ (TMK) m.23 ve devamında yer alan düzenlemeleri kapsamında da korunabilir¹⁶. Bu kapsamda, kişisel verilerin korunması hakkını ihlâl eden kişilere karşı TMK m.24-25 hükümlerine başvurulabileceği gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁷ (TBK) haksız fiillere ilişkin hükümlerinden de faydalanılabilir¹⁸. Bunun dışında, kişisel verilerin korunması hakkının bir sözleşme ilişkisi içerisinde yan edim yükümlülüğü olarak gündeme gelmesi ya da bir kişinin verileri sayesinde menfaat elde eden taraf hakkında gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilir¹⁹. Genel

¹³ Diğer taraftan Türkiye, 108 no.lu Sözleşmeye de taraftır. Söz konusu sözleşmenin uygun bulma kanunu 18.2.2016 tarihli, onaylanmasına dair Bakanlar Kurulu kararı 17.3.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Anayasa m.90/5'e göre, temel haklara ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanun hükümlerinin çatışması halinde, milletlerarası sözleşme andlaşma esas alınır.

¹⁴ RG. 12.10.2004-25611.

¹⁵ RG. 8.12.2001-24607.

¹⁶ Küzeci, s. 448.

¹⁷ RG. 4.2.2011-27836.

¹⁸ Küzeci, s. 448, 452-454; Bahri Öztürk/Elif Altınok Çalışkan/Serkan Seyhan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, Ankara 2021, s. 120-121.

¹⁹ Ece Baş Süzel/Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 2, s. 365-396), s. 384-385; Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 121.

hükümlere göre tazminat talep etme hakkına da KVKK'da atıfta bulunulmuştur (m.14/3, 11/1-ğ)²⁰.

Yukarıdaki genel düzenlemelere ek olarak, özel hayatın gizliliği ya da kişisel verilerin korunması amacına hizmet eden bazı özel düzenlemeler çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Örneğin işverenin işçinin özlük dosyasındaki bilgileri gizli tutmakla ilgili yükümlülüğü, 4857 sayılı İş Kanunu²¹ m.75/2'de; bankacılıkta müşteri sırlarının saklanması yükümlülüğü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu²² m.73'te; ödeme sistem işleticilerinin veya ödeme hizmeti sağlayıcılarının müşteri sırlarını saklı tutmak konusundaki yükümlülüğü, 6493 sayılı Kanun²³ m.32'de ve Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Hizmeti Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik²⁴ m.62'de; kartlı sistem kuran, kart çıkaran veya üye iş yeri anlaşması yapan kuruluşların sır saklama yükümlülüğü, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu²⁵ m.31/2'de ve avukatların sır saklama yükümlülükleri 1136 sayılı Avukatlık Kanunu²⁶ m.36'da düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği²⁷ m.23'te de sağlık hizmeti sunulması sebebiyle edinilen bilgilerin gizliliği benimsenmiş ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te²⁸ sağlık hizmetlerinin yürütülmesinde verilerin işlenmesi usul ve esasları düzenlenmiştir. Dolayısıyla, özel düzenlemelerin uygulama alanı bulduğu hallerde, bu gibi kanun hükümlerinin de dikkate alınması gerekecektir²⁹.

1. Kişisel Veri

Kişisel veri, KVKK'da, "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmıştır (m.3/1-d). Aynı tanım Veri Koruma Tüzüğündeki tanımları büyük ölçüde koruyan GVKT'de de yer almaktadır. Avrupa Birliği hukukundaki güncel kişisel veri tanımını ortaya koyan GVKT'de ayrıca, "kimliği belirlenebilir gerçek kişi" ifadesiyle, özellikle, "*kimliği, isim, kimlik*

²⁰ Kişisel verilerin korunması alanında özel hukuk ve ceza hukuku yaptırımlar yoluyla koruma KVKK'nın yürürlüğe girmesinden önce de mevcuttu (Küzeci, s. 436; Kişisel Verilerin Korunması Kurumu (Kurum), Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Soru 2, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.

²¹ RG. 10.06.2003-25134.

²² RG. 1.11.2005-25983.

²³ RG. 27.6.2013-28690.

²⁴ RG. 1.12.2021-31676.

²⁵ RG. 1.3.2006-26095.

²⁶ RG. 7.4.1969-13168.

²⁷ RG. 1.8.1998-23420.

²⁸ RG. 21.6.2019-30808.

²⁹ Bahsi geçen hükümlerden özellikle müşteri sırlarının korunması ve hastaların gizlilik haklarına ilişkin olanlar, yabancılık unsuru taşısın veya taşımasının bütün uyumsuzluklara uygulanması amaçlanan düzenlemelerde yer almaktadır. Bu nedenle, söz konusu düzenlemelerin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu görüşündeyiz. Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 7.

numarası, konum verisi, çevrimiçi kimlik belirleyici ya da fiziksel, psikolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliği gibi bir kimlik belirleyici aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen” gerçek kişilerin kastedildiği belirtilmektedir (m.2/1-a). Bu bağlamda, bir bilginin kişisel veri olarak tanımlanıp tanımlanmamasında belirleyici faktör, o bilginin içeriğinden veya değerinden ziyade, kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle bağlantısının kurulup kurulmadığıdır³⁰. Adres, telefon gibi iletişim bilgileri, fotoğraf, parmak izi gibi biyometrik veriler, kimlik numarası, pasaport numarası, ad, soyadı gibi kimlik bilgileri kişisel veri olarak kabul edilmektedir³¹.

KVKK'da, ırk, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inanışlar, kılık ve kıyafet, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlık, cinsel hayat, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleri ile ilgili veriler ve biyometrik ve genetik veriler, özel nitelikli (hassas) kişisel veri olarak tanımlanmıştır (m.6/1, GVKT m.9/1)³². Verilerin işlenmesinde özel nitelikli olmayan verilere kıyasla daha ağır şartlar aranmaktadır.

2. Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve İlgili Kişi

KVKK'da verisi işlenen kişi “ilgili kişi” olarak tanımlanmıştır (m.3/1-ç). GVKT'de “ilgili kişi” yerine “veri süjesi” (*data subject*) ifadesi tercih edilmiştir (m.4/1). Veri sorumlusu (*controller*), işlenecek verinin kapsamını, işleme amacını, hangi yollarla işleneceğini belirleyen, verinin kaydedildiği dosyalama sistemini kuran ve yöneten kişiyi ifade eder (KVKK m.3/1-ı, GVKT m.4/7). Veri sorumlusu, gerçek veya tüzel kişi, bir idarî otorite veya kamu kurum ya da kuruluşu olabilmektedir. GVKT'ye göre, verinin işleme amacı ve hangi yolla işleneceği kanunda belirlendiyse, veri sorumlusunun nasıl tespit edileceği de kanunda öngörülebilecektir (m.4/7). Veri işleyenin (*processor*) işlediği veri üzerindeki kontrolü ise veri sorumlusundan daha sınırlıdır. O, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak ve onun adına veri işler (KVKK m.3/1-ğ, GVKT m.4/8).

Örneğin, bir banka kendi müşterisine ait verileri işlediğinde, hangi verilerin, neden ve hangi yöntemle işleneceğini belirleme kabiliyeti olduğundan, veri sorumlusuyken; müşterisinin hesabına gelen havalenin göndericisine ait ad, soyadı, hesap numarası gibi bilgileri işlemesi bakımından ise, veri sorumlusu olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde, örneğin, 5411 sayılı Kanun m.3 ve Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik³³ uya-

³⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 17; Küzeci, 359-360.

³¹ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 15-17; TBMM, KVKK Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, Yasa Dönemi: 26 Yasama Yılı: 1 Sıra: 117, m.3 gerekçesi (KVKK Gerekçesi).

³² KVKK Gerekçesi, m.6 gerekçesi.

³³ RG. 15.3.2020-31069.

rınca bankaya arşiv amaçlı destek hizmeti sunan bir şirket de, banka adına işlediği veriler bakımından verinin hangi yöntemle ve neden işleneceği konusunda söz sahibi olmadığından, veri işleyen konumunda olacaktır³⁴.

3. Kişisel Verilerin İşlenmesinin ve Aktarılmasının Şartları

a. Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Şartları

Kişisel verinin işlenmesi, KVKK'da *“verinin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, saklanması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi”* veri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem olarak tanımlanmaktadır (m.3/1-e, GVKT m.4/2). Yukarıda da değinildiği gibi, işlemenin KVKK kapsamında değerlendirilebilmesi için kısmen veya tamamen otomatik yollarla ya da otomatik olmamakla birlikte bir dosyalama (veri kayıt) sisteminin parçası olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir³⁵.

Anayasa m.20/3, verinin ancak açık rıza ya da kanunda öngörülen hallerde işlenebileceğini belirtmektedir. KVKK m.5'te veri işlemenin genel koşulları, m.6'da ise hassas verilerin (özel nitelikli kişisel verilerin) işlenme şartları düzenlenmiştir³⁶. Her iki durumda da prensip, verinin açık rızaya dayalı olarak işlenmesidir. Açık rıza, KVKK'da *“belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza”* olarak tanımlanmıştır (m.3/1-a)³⁷.

Tanımdaki “belirli bir konuya ilişkin” ve “bilgilendirmeye dayalı” olma koşullarının yerine getirilmesinde KVKK'nın veri sorumlusuna atadığı aydınlatma yükümlülüğü önem arz etmektedir. KVKK m.10'da, veri sorumlusu, kendisine ait bilgilerin, verinin hangi amaçla işleneceğinin, hangi yöntemle ve hangi hukuki sebebe istinaden toplanacağını ve hangi alıcı gruplarına hangi amaçlarla aktarılacağını belirtildiği ve ilgili kişinin haklarını da içeren bir aydınlatma metni ile ilgili kişileri bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur. Söz konusu aydınlatma yükümlülüğü, açık rızanın bilgilendirmeye dayalı olmasını sağlamaktadır; fakat açık

³⁴ Yönetmelik m.3/1-k'de dış hizmet şöyle tanımlanır: *“(...) [B]ankaların bilgi sistemlerine ilişkin dışarıdan temin ettikleri, bankacılık verilerinin gizliliği, bütünlüğü ve erişilebilirliği ile bankacılık hizmetlerinin sürekliliğini etkileme potansiyeli olan, bankacılık verilerine erişimi bulunan ya da bu verilerin paylaşıldığı hizmet alımları.”*

³⁵ KVKK m.3/1-h'ye göre, *“Veri kayıt sistemi: Kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemini”* ifade eder. GVKT ise, kişisel veri dosyalama sistemini *“ister merkezi isterse merkeziyetsiz veya dağınık olsun, işlevsel ya da coğrafi bazda belirli bir kriterlere göre erişilebilir olan yapılandırılmış bir kişisel veri seti”* olarak tanımlar (m.4/6).

³⁶ Özel nitelikli kişisel veri KVKK m.6/1'de *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”* olarak tanımlanmıştır.

³⁷ GVKT m.7.

rızaya dayalı olmayan hallerde de (m.5/2, m.6/3) veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü devam etmektedir³⁸.

KVKK m.5/2’de verinin bazı hallerde açık rıza aranmadan da işlenebileceği belirtilmiştir. Söz konusu haller; kanunda açıkça düzenlenme; fiili veya hukukî nedenlerle açık rızası alınamayan kişinin verisinin işlenmesinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı ya da vücut bütünlüğü için zorunlu olması; sözleşmenin kurulması ya da ifası için taraflarına ait verilerin işlenmesi; veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirmesi için gerekli olma; verinin alenileştirilmiş olması; bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için gerekli olma veya veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunmasıdır³⁹. Bu çerçevede, örneğin, bankanın müşterisini tanıma amacıyla ad, soyadı, kimlik bilgileri, adresi gibi verilerini kaydetmesi kanun gereği, banka şubesinin güvenliğini sağlamak amacıyla kamera görüntüsü alması meşru menfaat gereği, kendisine vasi tayin edilmiş kişinin hakkındaki kısıtlılık kararının arşivlenmesi hakkın kullanılması için zorunlu olma haline dayalı olarak açık rıza gerektirmez⁴⁰.

KVKK m.6/3’te ise, hassas verilerin işlenebileceği haller sayılmıştır⁴¹. Hükümün güncel haline göre, hassas olmayan kişisel verilere benzer şekilde, hassas veriler de açık rızanın bulunması; kanun hükmü gereği; zaruriyet hali; (veri süjesinin alenileştirme iradesine uygun olmak kaydıyla) alenileştirme ve bir hakkın tesisi, kullanılması ve korunması için zorunlu olma hallerinde işlenebilir. Bunlara ilave olarak, hassas kişisel verilerin işlenmesine, sır saklama yükümlülüğü bulunan kişiler ve kuruluşlarca sağlık ve finansman sağlanması gibi gerekçelerle; istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukukî yükümlülükleri kapsamında ve siyasî, felsefî, dinî veya sen-

³⁸ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 61, 84-85; Kurum Veri Yönetimi Dairesi Başkanlığı, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir, s. 6.

³⁹ GVKT m.6.

⁴⁰ Bankaların müşterilerini tanıma yükümlülükleri hakkında bkz. 5549 sayılı Kanun m.3 (RG. 18.10.2006-26323), Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m.6 (RG. 9.1.2008-26751); Kurum, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir, s. 11.

⁴¹ Kanun m.3’te 7499 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmıştır (RG. 12.3.2024-32487). Düzenlemenin önceki halinde, sağlık ve cinsel hayat dışındaki hassas veriler, kanunlarda öngörülen hallerde açık rıza olmadan işlenebilse de; sağlık ve cinsel hayata dair kişisel veriler, ancak, “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla*” ve “*sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından*” işlenebilmekteydi. GVKT m.9, 10. Örneğin sağlık sigortası kapsamında işlenen verilerin özel nitelikli kişisel veri olmaları nedeniyle ancak açık rızaya dayalı olarak işlenebileceği hakkında bkz. Kurul, 3. 9.2020 tarih, 2020/667 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6878/2020-667> üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir. Dolayısıyla, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilmesi halleri hassas veriler bakımından oldukça sınırlıydı.

dikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, belirli şartlar dâhilinde mevcut ve eski üyelerinin verilerine ilişkin olarak izin verilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, bir hastanenin ilgili kişinin sağlığına veya cinsel hayatına ilişkin verileri sağlık hizmetinin sunulması amacıyla işlemesi, açık rıza aranmaksızın gerçekleştirilebilecektir⁴². Biyometrik verinin 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁴³ uyarınca kimlik doğrulama işlemlerinde kullanılmak üzere kimlik kartına ve nüfus kütüğüne kaydedilmesi de hassas verinin açık rıza aranmadan işlenebileceği hallere örnek verilebilir (m.3/1-ff, 7/1-h, 41/2 ve 4).

b. Kişisel Verilerin Aktarılmasının Şartları

KVKK, verinin aktarılmasını, veri işleme hallerinin örneklerinden biri olarak saymaktadır (m.3/1-e). Bu kapsamda, aydınlatma metinlerinde, verinin hangi alıcı gruplarına, hangi sebeplerle aktarılacağını açıklanmasını aramaktadır (m.10/1-c)⁴⁴. KVKK, kişisel verinin aktarımını m.8 ve 9'da iki ayrı şekilde düzenlemiştir.

KVKK m.8'de düzenlenen verinin yurt içinde aktarımında ilke, ilgilinin açık rızasının aranmasıdır. Ancak, verinin açık rıza aranmadan işlenebileceği hallerde yurt içine açık rıza aranmadan aktarılabilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmiştir (m.8/2, 5/2, 6/3). Hassas veriler bakımından, yurt içinde verinin aktarımı ayrıca “yeterli önlemlerin alınması” kaydına da bağlanmıştır (m.8/2-b).

Verinin üçüncü kişilere aktarılması, veri sorumlusunun onun üzerindeki kontrolünü kısmen de olsa yitirmesi sonucunu doğurduğundan, verinin yurt dışındaki alıcı gruplarına aktarılmasının şartları, 7499 sayılı Kanun ile birlikte esaslı bir değişikliğe uğramıştır⁴⁵. Getirilen yeni düzenleme GVKT'nin 5'inci bölümündeki kurallarla uyumludur. KVKK m.9'un yürürlükteki düzenlemesine göre, verilerin işlenmesine ilişkin m.5 ve 6'daki şartlar varsa, kişisel veri kural olarak iki

⁴² Hasta Hakları Yönetmeliği m.23, Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik m.6-7; Çekin, s. 266-269.

⁴³ RG. 29.4.2006-26153.

⁴⁴ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m.3/1-a, 4. Kanun, ilgili kişinin verinin yurt içinde veya yurt dışında hangi alıcılara aktarıldığını bilme hakkını da tanımaktadır (m.11/1-ç).

⁴⁵ Kanun'un önceki halindeki prensip açık rıza olmakla birlikte; verinin KVKK m.5/2 ya da m.6/3'teki hallere istinaden açık rıza aranmadan yurt dışına aktarımı KVKK m.9/2'de ilave bazı koşullara bağlanmıştı. Buna göre, verinin açık rıza olmaksızın işlenebileceği hallerin varlığında bile, yurt dışına aktarılabilmesi için; ya verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması ya da iki ülkedeki veri sorumlularının yeterli korumayı Kurula başvurarak taahhüt etmeleri ve Kurul'un iznini almaları gerekmekteydi (KVKK m.9/2-b). Kurul ise, yeterli korumanın bulunduğu ülkeleri ilan etmemiştir. Fakat Türkiye'deki veri sorumlusu ile yabancı ülkedeki veri sorumlusu ya da veri işleyenlerin, Kurul'a standart form halinde hazırlanmış taahhütnameler ile başvurarak izin almasına izin verilmiştir. Açık rızanın alınmadığı hallerde, kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından yurt dışına aktarılması ancak böylece hukuka uygun hale gelmekteydi. Bkz. Çekin, 133-134; Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 81. 7499 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, yeni ilave yöntemler öngörmekte ve kişisel verilerin yurt dışına aktarımını hem GVKT hükümleri hem de günümüzdeki ticari ve teknolojik uygulamalar doğrultusunda kolaylaştırmayı amaçlamaktadır.

temel yöntemle yurt dışına aktarılabilir: (1) yeterlilik kararı⁴⁶ veya (2) uygun güvence getirilmesi⁴⁷ (m.9/1 ilâ 4). Uygun güvence dört şekilde verilebilir: (1) Kurul⁴⁸ tarafından izin verilmesi kaydıyla, kuruluşlar arasında uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan anlaşmalar (örneğin mutabakat zaptları), (2) bağlayıcı şirket kuralları⁴⁹, standart sözleşmeler ve Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (Kurul) tarafından izin vermek kayıyla, yeterli korumanın taahhüt edilmesi.

Genel yöntemlere ilave olarak, KVKK m.9/6'da arızî veri aktarımlarına ilişkin bazı istisnalara yer verilmiştir. Bunlar, açık rıza, belirli şartlar dâhilinde sözleşmenin kurulması veya ifası için zorunlu olma, kamu yararı için zorunlu olma, bir hakkın tesisi, kullanılması ve korunması için zorunlu olma, zaruriyet ve meşru menfaat halleridir (m.9/6)⁵⁰. İlgili düzenlemeler uygulamada ortaya çıkan bazı sorunları çözmeyi amaçlamıştır. Örneğin, düzenleme öncesinde bankaların hem göndericiye hem de alıcıya ait kişisel verileri içeren ödeme mesajlarını müşterileri adına yurt dışına aktarması Kanun'a göre ancak açık rızaya istinaden yapılabilmekteydi ve bu durum uygulamada sorun yaratmaktaydı⁵¹.

Bahsi geçen düzenlemelere paralel bir şekilde, Avrupa Birliği'nde de kişisel verilerin yurt dışına aktarılması, kural olarak, verinin aktarıldığı ülkede, o ülkenin ilgili sektörlerinde ya da verinin aktarıldığı uluslararası kuruluşta yeterli düzeyde koruma sağlanması ya da aksi halde, veri sorumlusunun ilgili kişinin haklarının ve bu hakların korunmasını sağlayacak etkili yaptırım mekanizmalarının varlığını da kapsayan GVKT'de belirlenen uygun tedbirleri alması şartlarına bağlanmıştır (GVKT m.45, 46). Uygun tedbirlerin kapsamına; idarî otoriteler arasındaki bağlayıcı sözleşme veya mutabakatlar, bağlayıcı şirket kuralları (*binding corporate rules*), standart sözleşme kuralları (*standard contractual clauses*), davranış kuralları (*codes of conduct*) ya da sertifikasyon girmektedir (m.46).

GVKT m.49'un birinci fıkrasında, verinin aktarılacağı ülkenin yeterli korumanın bulunduğu üçüncü ülke olarak belirlenmediği ve yukarıda bahsi geçen uygun tedbirlerin de alınmadığı durumlarda uygulanmak üzere "Özel durumlar için istisnalar" getirilmiştir⁵². Buna göre, verinin yurt dışına aktarımı için söz konusu

⁴⁶ GVKT m.45.

⁴⁷ GVKT m.46-47.

⁴⁸ Kişisel Verilerin Korunması Kurulu.

⁴⁹ GVKT m.47.

⁵⁰ Açık rıza ile sözleşmenin kurulması veya ifası için zorunlu olma durumlarına ilişkin hükümlerin kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hukukuna tabi faaliyetleri için uygulanamayacağı da düzenlenmiştir (m.9/7).

⁵¹ Hacer Ülkü Doğan Kaya, Bankaların Para Transferlerinde Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Kişisel Verilerin Korunması, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi (14.11.2021).

⁵² KVKK m.9/6.

iki koşul da gerçekleşmemişse, ya ilgili kişinin açık rızası (m.49/1-a) ya da belirtilen fıkranın (b) ile (g) bentleri arasında belirtilen diğer koşullardan birinin varlığı aranacaktır⁵³. Fıkraya göre yapılan aktarımların, tekrar eden aktarımlar olmaması, sınırlı sayıda kişiyi ilgilendirmesi, veri sorumlusunun ilgili kişinin kişisel verilerinin korunması hakkı karşısında ağır basan bir meşru menfaatinin bulunması, veri sorumlusunun veri aktarımının bütün koşullarını değerlendirerek bu koşullara uygun tedbirleri almış olması şartlarını yerine getirmesi ve ilgili denetleyici otoriteye bildirilmesi de gerekmektedir (m.49/1).

4. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı İşlenen veya Aktarılan Kişiyne Türk Hukukunda Tanınan Haklar

Yukarıda kısaca bahsedildiği üzere, Türk hukukunda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler, gerek özel hukuk gerekse idare ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlar ile desteklenmiştir. Milletlerarası özel hukukun konusu bakımından önem arz eden husus, kişisel verilerin özel hukuk alanındaki yaptırımlar aracılığıyla korunmasıdır. Çünkü ancak böyle bir durumda Türkiye'deki bir hukuk mahkemesi nezdinde yapılan bir yargılama sırasında hangi ülke hukukun uygulanacağı sorusu gündeme gelecektir.

KVKK m.11/1'de ilgili kişinin hakları sayılmıştır. Fıkranın (a) ile (g) bentleri arasında sayılan hakları kullanmak isteyen ilgili kişinin öncelikle veri sorumlusuna başvurması gerekmektedir⁵⁴. Başvurusu sonuçsuz kalan ilgili kişi, hakkın yerine getirilmesi talebiyle Kuruma şikayette bulunabilecektir. Kurul, çeşitli idarî yaptırımları uygulamaya yetkilidir (m.15/7, 18/1, 22/1-ğ). Menfaatleri ihlâl edilenler, Kurul kararına karşı idarî dava açma yoluna başvurabilir⁵⁵.

Buna ilave olarak, KVKK m.11/1-ğ'de ilgili kişinin "*Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme*" hakkının da bulunduğu belirtilmiştir. Kurul, belirtilen hükümdeki tazminat talep etme hakkının KVKK m.14/3'te saklı tutulan genel hükümlere göre tazminat hakkı ile aynı olduğunu değerlendirerek, taleplerin hukuk mahkemeleri önünde yargılama konusu edilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır⁵⁶.

Kamu hukuku bakımından ülkesellik prensibi geçerlidir⁵⁷. Buna göre, kişisel verilerin korunması alanındaki düzenlemeler, idarî ve cezaî yaptırımları ilgilendirdiği ölçüde, ülkesellik ilkesi çerçevesinde uygulanacaktır. Diğer bir deyişle,

⁵³ Burada sayılan şartlar 6698 sayılı Kanun m.5/2 ile paralellik arz etmektedir.

⁵⁴ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 110.

⁵⁵ Kurum, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, s. 104-111.

⁵⁶ 16.1.2020 tarihli ve 2020/41 sayılı Kurul kararı, <https://kvkk.gov.tr/icerik/6714/2020-41> adresinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir; Samet Saygı, "6698 Sayılı Kanun'un Sistematiğinde Yargısal Başvuru Yolları", (Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Y. 2020, C. 2, S. 2, s. 30-61), s. 36-37.

⁵⁷ Çekin, s. 33, 35.

Türkiye'deki fiillerin hukuka aykırılığının idarî ve cezaî sonuçlarına Türk kanunları uygulanır⁵⁸. Bununla birlikte Kurul, hem vermiş olduğu kararda hem de yurt dışına veri aktarımlarına ilişkin yayımladığı rehberde bundan daha geniş bir yer bakımından uygulama yaklaşımı benimsemiştir⁵⁹. Bahsedilen alan, kanunlar ihtilafı hukukunun alanı dışında kalmaktadır.

Kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesini konu alan bir hukuk yargılamasına konu bir talep, bir zararın tazminine ilişkinse, haksız fiil veya sözleşme hukuki sebeplerine; elde edilen bir kazancın iadesiyle ilgiliyse, vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanabilir⁶⁰. Kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi aynı zamanda TMK m.25 anlamında kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğinde, kazancın iadesi veya tazminat haklarına ilaveten bazı dava yolları daha mevcuttur. Bunlar; saldırının önlenmesini ya da durdurulmasını isteme, etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteme ya da düzeltme veya kararın bildirimi veya yayımlanmasını isteme (tekzip) haklarıdır.

Kişisel verilerin işlenmesinde ve aktarılmasında KVKK'ya göre aranan hukuka uygunluk şartları, genel hükümlere göre yapılacak yargılamalar bakımından da önem arz edecektir. Zira kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir haksız fiil yargılamasında, haksız fiilin unsurlarından biri olan hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığı KVKK'daki koşullara göre araştırılacaktır. Örneğin, bir şirketin, baronun internet sitesinden avukatların telefon numaralarını, aydınlatma yükümlülüğünü

⁵⁸ TCK m.8/1: "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.6/1: "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yer bakımından uygulamaya ilişkin 8 inci maddesi hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır" (RG. 31.3.2005-25772). Kurulun idarî yaptırım yetkileri yönünden KVKK'nın yer bakımından uygulama alanı bu hükümler çerçevesinde tespit edilecektir. Kabahatler Kanunu m.6'nın gerekçesinde de ülkesellik ilkesi şu şekilde benimsenmiştir: "Tasarı hükümlerinin kural olarak ancak Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alanında işlenen kabahatler açısından uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık, istisna olarak, ilgili kanunda belli bir kabahatin yurt dışında işlenmesi halinde dahi Türkiye'de idarî yaptırım uygulanabileceğine dair hüküm bulunabilir" (TBMM, Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/993), Yasama Dönemi: 22 Yasama Yılı: 3 Sıra: 840). Bu yaklaşım esas alındığında, verinin tamamen veya kısmen Türkiye'de işlendiği hallerde, Türkiye'de meydana gelen fiiller bakımından KVKK'nın idarî yaptırım hükümleri uygulanabilecektir. Kanun, bu durumun verinin hukuka uygun bir şekilde yurt dışına aktarılmasına rağmen, yurt dışında hukuka aykırı işlemeye tabi tutulmasına yönelik bir tedbir alınmamış olması sonucunu doğuracağından bahisle eleştirilmiştir (Çekin, s. 33).

⁵⁹ Kurum, Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Rehberi (2025), kvkk.gov.tr üzerinden 5.12.2025 tarihinde erişilmiştir. Kurum tarafından yayımlanan rehberde yer alan değerlendirmelere göre Kurul bu konuda internet üzerinden kişisel verilerin ihlâlindeki kolaylığı dikkate alarak mülkiyet yaklaşımından daha geniş bir yaklaşım olan etki yaklaşımını benimsemektedir (s. 15). Bu doğrultuda, yabancı kişilere yönelik veri ihlâl incelemeleri de gerçekleştirebilmektedir. Kurumun bu konudaki yaklaşımı kamu hukukunu ilgilendirmekle birlikte, aynı esaslar mahkemelerce özel hukuk uyumsuzluklarında da esas alındığında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların hangi hallerde doğrudan uygulanacağını belirleyebilecektir.

⁶⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 121.

yerine getirmeden ve ilgililerin açık rızalarını almadan, işlemesi ve ilgili telefon numaralarına sıklıkla pazarlama amaçlı iletiler göndermesi durumunda, avukatlardan birinin şirkete karşı manevi tazminat istemiyle haksız fiil hukuki sebebine istinaden açtığı davasında, işleminin hukuka uygunluğu KVKK hükümleri çerçevesinde değerlendirilir.

Çalışmada yapılacak inceleme, kişisel verilerin korunması alanındaki yabancılık unsuru içeren ihlallerin özel hukuk bakımından sonuçları ile sınırlıdır. Çalışma kapsamında, Türkiye'deki hukuk mahkemelerinin görev alanına giren bir uyumsuzluk doğduğunda, uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği araştırılacaktır.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

Avrupa Birliği hukukunda gerek Yönerge döneminde gerekse GVKT döneminde, kişisel verilerin korunması alanında farklı ülke hukuklarını ilgilendiren uyumsuzluklarda hangi hukukun uygulanacağı konusunda Yönerge ve Tüzük'te yol gösterici birtakım hükümler yer almaktadır. Türk hukukunda da kişilik haklarının kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi suretiyle ihlâl edilmesi hakkında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da⁶¹ (MÖHUK) özel bir bağlama kuralı bulunmaktadır (m.35/3). Özel bağlama kuralının uygulama alanının dışında kalan hallerde, ilgisine göre MÖHUK'taki diğer kurallara başvurmak gerekecektir. Bu bölümde, konu hakkında Avrupa Birliği hukukundaki milletlerarası özel hukuka ait genel ve maddî hukuka ait kişisel verilerin korunması alanına özgü düzenlemelerdeki yaklaşım ele alındıktan sonra, Türk milletlerarası özel hukuktaki kanunlar ihtilafı kuralları incelenecektir.

A. Avrupa Birliği Hukuku

1. Genel Olarak Avrupa Birliği Milletlerarası Özel Hukuku Kaynakları ve Kişilik Haklarının Korunması

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda milletlerarası yetki üye devletler arasında Medenî ve Ticarî Meselelere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 44/2001 Sayılı Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü)⁶² yerine yürürlüğe giren Medenî ve Ticarî Meselelere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1215/2012 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve

⁶¹ RG. 12.12.2007-26728.

⁶² Mülga Medenî ve Ticarî Meselelere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 44/2001 Sayılı Konsey Tüzüğü (*Council Regulation No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, Brüksel I Tüzüğü), OJ, L 12, 16.1.2001.

Konseyi Tüzüğü'yle (Brüksel I bis Tüzüğü)⁶³; Avrupa Birliği'ne üye devletler ile diğer Avrupa Serbest Ticaret Birliği üyesi devletler (Norveç, İzlanda ve İsviçre) arasında milletlerarası yetki ise Brüksel I Tüzüğü'ne eşdeğer düzenlemeler içeren Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (Lugano Sözleşmesi)⁶⁴ kuralları tarafından idare edilmektedir⁶⁵. Kanunlar ihtilafı bakımından ise, sözleşmelere ilişkin meselelerden doğan uygulanacak hukuku belirleyen kurallar, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair 593/2008 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nde (Roma I Tüzüğü)⁶⁶; haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi sözleşme dışı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka dair kurallar ise Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka Dair 864/2007 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü'nde (Roma II Tüzüğü)⁶⁷ düzenlenmektedir⁶⁸.

Milletlerarası özel hukuk alanındaki söz konusu düzenlemelerde mahremiyetin, kişilik haklarının ya da kişisel verilerin korunmasına dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından milletlerarası yetkiye ilişkin Brüksel I Tüzüğü ve Brüksel I bis Tüzüğü kurallarının kişilik haklarının kitle iletişim araçları üzerinden ihlâline dair uyuşmazlıklarda uygulanmak üzere mozaik yaklaşımı geliştirilmiştir⁶⁹. Haksız fiillerle ilgili olarak, Brüksel I bis Tüzüğü m.7/2'de (Brüksel I Tüzüğü m.5/3) öngörülen kural, zarar doğuran olayın meydana geldiği veya gelebileceği yerde dava açma olanağı tanımaktadır. ABAD'ın *Bier v Mines de Potasse d'Alsace* kararında bu hüküm hem olayın meydana geldiği yerde hem de olay sonucu doğan zararın oluştuğu yerde dava açılabilmesine olanak verecek şekilde yorumlanmıştır⁷⁰. Ki-

⁶³ Medenî ve Ticarî Meselelere İlişkin Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1215/2012 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*Regulation No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ, L 351, 20.12.2012).

⁶⁴ Medenî ve Ticarî Konularda Yargı Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (*Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ, L 339, 21.12.2007).

⁶⁵ Gülören Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020, s. 419-421.

⁶⁶ Sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuka dair 593/2008 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*Regulation no 593/2008 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations*). OJ, L 177/6, 4.7.2008.

⁶⁷ Sözleşme dışı borçlara uygulanacak hukuka dair 864/2007 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü (*Regulation no 864/2007 of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations*). OJ, L 199/40, 31.7.2007.

⁶⁸ Stone, s. 279-281, 566-367.

⁶⁹ F. Elif Çelik, Kişilik Hakkının Sınır Ötesi İhlalinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara 2023, s. 364-367; Stone, s. 101-102.

⁷⁰ 30.11.1976 tarih, C-21/76 sayılı karar, para 24. Bkz. Stone, s. 99; Çelik, s. 365.

şilik haklarının ihlâliyle ilgili tazminat davalarına ilişkin mozaik yaklaşımına göre ise, her üye devletin ülkesinde o ülkede meydana gelen zararlar sınırlı olarak dava açılabilir. ABAD'ın gazetede yayınlanan kişilik haklarını zedeleyici bir habere ilişkin açılan davayı konu alan *Shevill v Presse Alliance* kararında, yayıncının bulunduğu ülkeye ek olarak, gazetenin dağıtımına sokulduğu ülke mahkemelerinin de o ülkede meydana gelen zarar ölçüsünde yetkili olduğu sonucuna varılmıştır⁷¹. Yayıncının kurulu olduğu ülke ise zarar verici olayın meydana geldiği ülke olarak kabul edildiğinden, zararın tümü buradaki mahkemelerde dava edilebilir⁷².

ABAD'ın konuya ilişkin sonraki tarihli *eDate* kararında ise mozaik yaklaşımı internet üzerinden gerçekleştirilen kişilik ve mahremiyet hakkı ihlallerine uygulanmıştır⁷³. Bu kararda, zararın tamamının ihlâl konusu yayını internete koyan yayıncının kurulu olduğu yerde ya da davacının menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yerde dava konusu edilebileceği; buna ek olarak, internet yayınına erişilebilen her ülkede de o ülkede meydana gelen zararın dava edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır⁷⁴.

Kanunlar ihtilafı bağlamında ise, Roma I Tüzüğü'ne göre sözleşme statüsüne uygulanacağı tespit edilen hukuk (*the proper law of the contract*), kural olarak, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, yorumu, ifası, hükümleri veya zamanaşımı gibi sözleşmeye dair meselelerin neredeyse tümüne uygulanır⁷⁵. Dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklarda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hususlar da, kural olarak, sözleşmenin ifası ve hükümleri kapsamında sözleşme statüsüne dâhildir⁷⁶. Öte yandan, kişisel verilerin korunmasını Avrupa Birliği maddî hukukunun bir parçası olarak düzenleyen GVKT üye devletlerin mahkemeleri tarafından ve kapsa-

⁷¹ 7.3.1995 tarih, C-68/93 sayılı karar, para 33.

⁷² ibid. Ayrıca bkz. Stone, s. 101; Çelik, s. 366.

⁷³ *eDate Advertising GmbH v X ve Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited* (birleştirilmiş dava), 25.10.2011 tarih, C-509/09 ve C-161/10 sayılı karar.

⁷⁴ ibid, para 69. Ayrıca bkz. Stone, s. 102; Çelik, s. 420. *Bolagsupplysningen* kararında ise, mahkeme, internetteki yanlış bilgi içeren yayının kaldırılması veya düzeltilmesine ilişkin taleplerin de kişinin menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yer mahkemelerinde veya yayıncının kurulu olup faaliyetlerini kısmen de olsa sürdürdüğü yerde dava konusu edilebileceği sonucuna ulaşmıştır. 17.11.2017 tarih, C-194/16 sayılı *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Iisjan v Svensk Handel AB* kararı, para 50. *Gtfix Tv* kararında ise, internet üzerindeki kişilik haklarını ihlâl eden yayınlara ilişkin içeriğin yayının kaldırılması veya düzeltilmesine dair taleplerin internet sitesine erişim sağlanan ülke mahkemelerinde tazminat davalarıyla birlikte görülemeyeceği hususu teyit edilmiştir (21.12.2021 tarih, C-251/20 sayılı *Gtfix Tv v DR* kararı).

⁷⁵ Stone, s. 318; sözleşmenin birliği ilkesiyle ilgili olarak bkz. Gülin Güngör, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 189.

⁷⁶ Örneğin ABAD'ın *Amazon EU* kararında genel işlem koşullarında yer alan hükümler ile ilgili olarak, bu hükümlerin uyumsuzluğa konu belirli bir sözleşmeyle ilgili olarak değerlendirildiği hallerde Roma I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmesine uygulanacak hukuka dair bağlama kuralı kapsamında değerlendirilme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmış; ancak söz konusu genel işlem koşullarının haksız şart olmaları nedeniyle tedbir uygulanmasına yönelik genel taleplerin ise Roma II Tüzüğü'nün ilgili hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiği kabul edilmiştir. ABAD 28.7.2016 tarih, C-191/15 sayılı *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl* kararı, par. 60.

mına giren uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanır⁷⁷. Sözleşme dışı borç ilişkilerine dair uyuşmazlıklar bakımından ise, Roma II Tüzüğü mahremiyet ve kişilik hallerine ilişkin uyuşmazlıkları kapsamı dışında bırakmıştır (m.1/2-g)⁷⁸. Bununla birlikte, kişilik haklarının ihlâlinde uygulanacak hukuk, üye devletler tarafından özel ulusal milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine konu edilmiş olabilir.

Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunun bu genel kaynaklarına ilave olarak, kişisel verilerin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda GVKT'nin selefi olarak uygulanan Veri Koruma Yönergesi'nin yer bakımından uygulanma kapsamını düzenleyen hükümlerinin tek yanlı bağlama kuralı niteliği taşıdığı şeklinde yorumlar da bulunmaktadır. Bu konu bir sonraki bölümde ele alınmaktadır.

2. Avrupa Birliği Hukukunun Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Düzenlemeleri

Yukarıda ifade edildiği üzere, GVKT, 2018 yılında yürürlüğe girmeden önce, Avrupa Birliği'ne üye devletlerde kişisel verilerin korunması alanı Veri Koruma Yönergesi'ni iç hukuka aktaran hukuk kuralları ile düzenlenmekteydi⁷⁹. Dolayısıyla, ilgili bir uyuşmazlıkta üye devlet hukukların birbiriyle çatışması söz konusu olabilirdi. Bu nedenle, Yönerge m.4'te "Uygulanacak Ulusal Hukuk" başlıklı bir düzenleme yer almaktaydı⁸⁰. Buna göre;

"1. Her bir Üye Devlet bu Yönerge uyarınca benimsediği ulusal mevzuat hükümlerini aşağıdaki kişisel veri işleme [hallerine] uygular:

a) işleme, veri sorumlusunun o Üye Devletin ülkesindeki bir kuruluşunun faaliyetleri bağlamında gerçekleşmişse; aynı veri sorumlusu, birden

⁷⁷ Tüzüklerin doğrudan uygulanmasına (*direct applicability*) ilişkin olarak bkz. Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Andlaşma (*Treaty on the Functioning of the European Union*) m.288 (OJ, C 326, 26.10.2012).

⁷⁸ Tekin, s. 144, dn. 708.

⁷⁹ Bkz. "I.A. Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması" başlığı altındaki açıklamalar. Avrupa Birliği hukukunda Yönerge, (*Directive*) "*hedeflediği her bir Üye Devlet üzerinde, ulaşılmak istenen sonuç bakımından bağlayıcı olan, fakat biçim ve yöntem seçimini ulusal makamlara bırakan*" bir hukuki enstrümandır (Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma (TFEU) m.288/3, OJ, C 326, 26.10.2012, s. 47-390). Yönergelerin üye devletler tarafından kendi seçecekleri biçim ve yöntemle iç hukuka aktarılmaları gerekir. Fakat Tüzük (*Regulation*) ise, "*bütün Üye Devletlerde bütünüyle bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olan*" ve genel olarak uygulanan bir düzenleme niteliğini taşır (TFEU m.288/2). Tüzüklerin Avrupa Birliği hukuku açısından doğrudan etki doğurmaları için iç hukuka aktarılmaları gerekmez.

⁸⁰ Yönerge m.29 ile bir Çalışma Grubu kurulmuştur. Çalışma Grubunun 16 Aralık 2010 tarihinde Uygulanacak Hukuk Üzerine 8/2010 sayılı Görüşünü yayımlamış ve 16 Aralık 2015 tarihinde Görüşü güncellemiştir. Bu görüşe göre; "*AB hukukunun dışarıdaki kapsamı (external scope), onun yetkisi dâhilindeki temel menfaatleri korumak için kurallar koyma kapasitesinin bir ifadesidir. Yönergenin hükümleri Üye Devletlerin ulusal yasalarının uygulama kapsamını belirler, ancak ulusal mahkemelerin önlerindeki ilgili davalara karar vermekteki yetkisini etkilemez. Bununla birlikte, Yönergenin hükümleri, uygulanacak hukuku uygulayıp icra edebilen denetleyici otoritelerin yetkilerinin yer bakımından kapsamına atıfta bulunur*" (Çalışma Grubu, 8/2010 sayılı Görüş, <https://ec.europa.eu/> adresi üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir, s. 10).

fazla Üye Devletin ülkesinde kurulmuş olduğunda, bu kuruluşların her birinin uygulanacak ulusal hukuklarda belirlenen yükümlülüklerle uyumunu temin için gerekli tedbirleri almak zorundadır;

b) veri sorumlusu bir Üye Devletin ülkesinde değil de, onun ulusal hukukunun milletlerarası kamu hukuku uyarınca uygulandığı bir yerde kurulmuşsa;

c) veri sorumlusu bir Topluluk ülkesinde kurulmamışsa ve kişisel verilerin işlenmesi amacıyla söz konusu Üye Devletin ülkesinde bulunan otomatik olan veya olmayan araçtan faydalanılmışsa, meğer ki bu araç yalnızca Topluluk bölgesinden geçiş amacıyla kullanılmış olsun.

2) Birinci fıkranın (c) bendine giren hallerde, veri sorumlusu, bizzat kendisine karşı başvurulabilecek hukuki yollar saklı kalmak kaydıyla, o Üye Devletin ülkesinde kurulmuş bir temsilci atamak zorundadır⁸¹.

Yönerge m.4'ün birinci fıkrasının (a) bendinde kriter olarak, kişisel verilerin, veri sorumlusuna bağlı bir kuruluşun (*establishment*) faaliyetleri bağlamında işlenmesi alınmıştır. ABAD, konu hakkında ön karar usulüyle ele aldığı bir uyumsuzlukta; arama motorunun tek işleticisi ve arama motorunun faaliyetleri bakımından verileri asıl işleyen konumundaki Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) kurulu *Google, Inc.* olduğu halde, onun bağlı ortağı *Google Spain*'in de Avrupa Birliği'nde arama motorunu pazarlamasını verinin üye devletlerdeki faaliyetler bağlamında işlenmesi olarak kabul etmiş ve Yönerge'nin bu gibi faaliyetlere uygulanabileceği sonucuna ulaşmıştır⁸². Benzer doğrultuda, *Weltimmo* kararında da ABAD, bir üye devlette bulunan veri sorumlusunun başka bir üye devletteki kalıcı anlaşma ve uygulamalarla asgarî düzeyde de olsa gerçek ve etkin bir faaliyette bulunmasının işlemenin kuruluşun o ülkedeki faaliyetleri bağlamında gerçekleştiğinin kabulü için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸³.

⁸¹ Avrupa Birliği Yönergesinin m.4, Almanya'da Federal Veri Koruma Yasası m.1/4'te (BGBl.30.6.2017-I, s. 1858), Fransa'da Bilişim, Veri Kayıtları ve Hürriyetler Hakkında 78-17 sayılı Yasa m.5'te (JORF.7.8.2004-0182) ve Birleşik Krallık'ta 1998 Veri Koruma Yasası m.5'te (16.8.1998-c.29) ilgili kanunların uygulama alanını belirlemek amacıyla iç hukuka aktarılmıştır.

⁸² Diğer bir deyişle kişisel veri Avrupa Birliği dışındaki bir veri sorumlusu tarafından işlene bile, veri sorumlusunun Birlik'teki bir iştiraki vasıtasıyla faaliyetlerinin bulunması ve veri işlemenin de bu faaliyetler kapsamında gerçekleştirilmesi Yönerge'nin uygulanması için yeterli görülmüştür. Bu bağlamda, iki kuruluşun faaliyetleri arasında "ayrılmaz bir bağ" (*inextricable link*) bulunmuştur. ABAD 13.5.2014 tarih, C-131/12 sayılı *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* kararı, par. 55-56, 60; Çekin, s. 34-35.

⁸³ Ön karara konu uyumsuzlukta veri sorumlusu diğer üye devlette açtığı banka hesabı, bir iletişim adresinin bulunması gibi uygulamalarla gündelik işlerin söz konusu ülkeden idare edilmesini sağladığından, o ülkedeki bir kuruluş (*establishment*) olarak kabul edilmiştir. Bkz. 1.10.2015 tarih, C-230/14 sayılı *Weltimmo s. r. o. v Nemzeti Adatvédelmi és Információs Szabadság Hatóság* kararı, par. 33, 41.

Aynı konuyla ilişkili olarak, Lüksemburg'ta kurulu *Amazon EU*'nun “.de” uzantılı bir alan adıyla faaliyet gösteren internet sitesi üzerinden Avusturya'daki tüketicilere yaptığı satışlardaki genel işlem koşulları ile ilgili bir ABAD kararında, Yönerge m.4/1-a'nın “*kişisel verilerin, elektronik ticaret yapan bir teşebbüs tarafından işlenmesinin, teşebbüsün söz konusu veri işlemeyi o Üye Devlette yer alan bir kuruluşun faaliyetleri bağlamında gerçekleştirdiğinin gösterilmesi halinde, bu teşebbüsün faaliyetlerini yönlendirdiği Üye Devletin kanunları tarafından idare edileceği şeklinde*” yorumlanacağı belirtilmiştir⁸⁴. *Google Spain* ve *Weltimo* kararları ile bir arada ele alındığında, ABAD'ın *Amazon EU* kararındaki bu yoruma göre, bir teşebbüsün belirli bir üye ülkedeki kuruluşunun gerçek ve etkin faaliyetleri bağlamında kişisel veri işliyor olması ve bu teşebbüsün faaliyetlerinin de aynı bir üye ülkeye yöneltilmiş olması koşulları bir arada gerçekleşmişse, Yönerge bahsi geçen üye ülkede yürürlükte olduğu şekliyle uygulanır. Buna göre, ABAD'ın bu kararı Yönerge m.4/1-a'nın tek taraflı bir bağlama kuralı getirerek, kişisel verilerin Avrupa Birliği'ndeki bir kuruluşun faaliyetleri bağlamında işlenmesi durumunda, uyumsuzluğa ilgili kuruluşun faaliyetlerini yönelttiği yer hukukunun uygulanacağı şeklinde anlaşılabilmektedir⁸⁵.

Yönerge'nin 4/1-c bendi ise, Avrupa Birliği üye devletleri dışındaki veri sorumlularının Üye Devletteki veri depolama ya da buna benzer diğer veri işleme araçlarından faydalanması halinde, “veri işleme aracının bulunduğu yer” hukukunu uygulanacak hukuk olarak kabul etmektedir. Düzenlemede, yalnızca Topluluk bölgesinden geçiş amacına hizmet eden araçların kullanılmasının hükmüne dâhil olmadığı özellikle ifade edilmiştir. Çalışma Grubu, burada, elektronik haberleşme altyapısının bir parçası olan kablolar ve posta hizmetleri gibi verinin yalnızca başka bir ülkeye iletilmek için Avrupa Birliği'nden geçişine hizmet eden araçların kastedildiğini açıklamıştır⁸⁶. Diğer taraftan, Avrupa Birliği dışındaki sorumlularının kişisel verilerin işlenmesi için çerezlerden (*cookies*)⁸⁷ faydalanarak

⁸⁴ ABAD 28.7.2016 tarih, C-191/15 sayılı *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU Sarl* kararı, par. 29-30, 80-81.

⁸⁵ Martina Melcher, “Substantive EU Regulations as Overriding Mandatory Rules?”, (ELTE Law Journal, Y. 2020, S. 1, s. 37-50), s. 48. Melcher, Avusturya Yüksek Mahkemesinin de Yönerge m.4/1-a'yı Roma I Tüzüğü m.6/1 bağlamında özel bir bağlama kuralı getirdiği şeklinde yorumladığını belirtmektedir (Ibid, s. 48). Öte yandan, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin temel hakları ilgilendirmeleri nedeniyle doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olduğu şeklinde görüşler de bulunmaktadır (Maja Brkan, “Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship”, (European Data Protection Law Review, Y. 2016, C. 2, S. 3, s. 324-341), s. 333-335).

⁸⁶ Çalışma Grubu, s. 23.

⁸⁷ Çerez, “İnternet kullanıcısının bilgisayarında depolanan, oluşturulan ve daha sonra bir web sitesi sunucusu tarafından okunan ve kişisel bilgileri (kullanıcı tanımlama kodu, özelleştirilmiş tercihler veya ziyaret edilen sayfaların kaydı gibi) içeren küçük bir dosya veya dosyanın bir parçası” olarak tanımlanmaktadır (Cookies, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cookie> adresinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir).

kişisel bilgisayarları kullanması halinde, söz konusu bilgisayarların da veri işleme aracının Avrupa Birliği'nde bulunması kriterini sağlayacağı kabul edilmektedir⁸⁸. Belirtilen maddenin (b) bendinin ise, konsolosluklarda gerçekleşen veri işleme faaliyetlerini ilgilendirdiği belirtilmektedir⁸⁹.

GVKT m.3 ise, Tüzüğün Birlik çapında doğrudan uygulanacağını dikkate alarak, hangi ülke hukukunun uygulanacağına dair kurallara yer vermemiştir⁹⁰. Bunun yerine, Tüzüğün yer bakımından uygulama alanını belirlemekle yetinmiştir. Tüzüğün yaklaşımı, bazı hususların detaylarını düzenlemeyi Üye Devletlere bırakmış olması nedeniyle eleştirilmiştir⁹¹. Yer bakımından uygulamayı düzenleyen yürürlükteki GVKT m.3 aşağıdaki gibidir:

“1. Bu Tüzük, kişisel verilerin veri sorumlusunun ya da veri işleyenin Birlik içerisindeki bir kuruluşunun faaliyetleri bağlamında, işlemenin Birlik içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, işlenmesine uygulanır.

2. Bu Tüzük, Birlik içerisindeki veri süjelerinin kişisel verilerinin Birlik içerisinde kurulmuş olmayan veri sorumlusu veya işleyen tarafından işlenmesine de, işleme faaliyetleri:

a. mal veya hizmetlerin Birlik içerisindeki veri süjelerine, veri süjesinin bir bedel ödemesi gerekip gerekmediğine bakılmaksızın, sunulmasıyla veya

b. [veri süjelerinin] davranışlarının, Birlik içerisinde gerçekleştikleri ölçüde, izlenmesiyle,

ilgili olduğunda uygulanır.

3. Bu Tüzük, Birlik içerisinde değil de, Üye Devlet hukukunun milletlerarası kamu hukuku uyarınca uygulandığı bir yerde kurulmuş olan bir veri sorumlusu tarafından işlenmesine uygulanır.”

İlgili düzenlemenin ilk ve son fıkraları, Yönerge'nin sırasıyla m.4/1-a ve b bentleriyle paralel hükümler içermektedir. Fakat ikinci fıkradaki düzenlemeye göre Tüzük, Avrupa Birliği'nde yerleşik veri süjelerine mal ve hizmet sunulması ya da bu kişilerin davranışlarının izlenmesi halinde, Birlik dışındaki yabancı ülkedeki veri sorumlusunun veya işleyenin Birlik dışındaki veri işleme faaliyet-

⁸⁸ Çalışma Grubu, s. 21.

⁸⁹ Çalışma Grubu, s. 18.

⁹⁰ AVKK, GVKT'nün yer bakımından kapsamına (Madde 3) ilişkin 3/2018 sayılı Rehber (*Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*), <https://edpb.europa.eu/> adresi üzerinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir, s. 3, Melcher, s. 48.

⁹¹ Kristina Yuliyanova Chakarova, “General Data Protection Regulation: Challenges Posed by the Opening Clauses and Conflict of Laws Issues”, (European Union Law Working Papers, Stanford - Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2019, S. 41), s. 7; Brkan, s. 337.

lerine de uygulanabilmektedir⁹². Diğer bir deyişle, GVKT yalnızca yabancılik unsurunun Birlik üyesi bir devlet bakımından ortaya çıktığı uyumsuzluklarda değil, verinin Birlik dışındaki bir ülkede ya da böyle bir ülkedeki veri sorumlusu veya işleyen tarafından işlendiği uyumsuzluklarda da uygulama alanı bulmaktadır. Bu çerçevede ABAD'ın Facebook kararında, GVKT'nın yer bakımından uygulama alanını belirleyen m.3/1'deki düzenlemeye göre, Birlik sınırları dışında veri işlenmesinin de GVKT'ya dahil olabileceğini kabul etmiş; ancak bu durumun, söz konusu kuruluşun Birlik'teki faaliyetleri kapsamında verileri işlemesine bağlı olduğunu belirtmiştir⁹³. Kişisel verilerin kuruluşun Birlik'teki faaliyetleri kapsamında işlenip işlenmediği belirlenirken ise, kuruluşun bir şube veya iştirak şeklinde örgütlenip örgütlenmediğine bakılmaksızın, bir üye ülkede kalıcı birtakım anlaşma ya da uygulamalarla gerçek ve etkin faaliyetlerde bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir⁹⁴. Bu bakımdan, ABAD kararında, Yönerge döneminde verilen *Weltimmo* kararındaki esaslara sadık kalındığı değerlendirilebilir⁹⁵.

Avrupa Veri Koruma Kurulu (AVKK) tarafından yayımlanan Rehberde, ikinci fıkranın (a) bendindeki Birlik içerisindeki veri süjelerine mal veya hizmet sunulması kriterinin, mülga Brüksel I Tüzüğü m.15/1-c'deki "faaliyetlerini yöneltme" (*directing activities*) kriterine ilişkin içtihat da dikkate alınarak Birlik pazarını "hedefleme" (*targeting*) esasına göre yorumlanacağı açıklanmıştır⁹⁶. İkinci fıkranın (b) bendindeki izleme yönünden ise, hedeflemenin değil, verinin profillemeye ya da davranışsal analiz gibi amaçlarla daha sonra yeniden kullanılmak üzere izlenmesinin esas alındığı belirtilmektedir⁹⁷.

Bahsi geçen faaliyetleri yöneltme (*directing activities*) kavramına, Avrupa Birliği milletlerarası özel hukukunda tüketici sözleşmelerine dair yetki ve uygulanacak hukuka ilişkin kurallar bağlamında da başvurulmaktadır⁹⁸. Bu çerçevede, milletlerarası özel hukukun öngördüğü korumadan faydalanabilen yabancı unsur-

⁹² Bu özelliğe, GVKT'nın yer bakımından Birliğin sınırlarını aşan etkisi (*extraterritoriality*) denilmektedir (Dan Jerker B. Svantesson, "The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses", (Stanford Journal of International Law, Y. 2014, C. 50, S. 1, s. 53-102), s. 71, 73). Tüzüğün 2 ve 14 no.lu Ön Açıklamalarında, GVKT'nın Avrupa Birliği hukukunda bir temel hak olarak kabul edilen kişisel verilerin korumasını vatandaşlığına veya nerede yerleşik olduğuna bakılmaksızın bütün gerçek kişilere sağlama amacı taşıdığını belirtmektedir.

⁹³ 15.6.2021 tarih, C-645/19 sayılı *Facebook Ireland Ltd, Facebook Inc., Facebook Belgium BVBA v Gegevensbeschermingsautoriteit* kararı, par. 81-82.

⁹⁴ Ibid, par. 82.

⁹⁵ 1.10.2015 tarih, C-230/14 sayılı *Weltimmo* kararı, par. 31, 32, 41.

⁹⁶ AVKK, s. 14-15. Bkz. *Pammer v Hotel Alpenhof* kararı, par. 83-84. Bu kriterlerin tüketici sözleşmelerine ilişkin Roma I Tüzüğü m.6'daki bağlama kuralı bakımından da geçerli olması gerektiğine dair bkz. Peter Stone, EU Private International Law, Cheltenham 2016, s. 347.

⁹⁷ Çerezler ve coğrafi konumlama (*geo-localisation*) faaliyetleri örnek olarak verilmiştir (AVKK, s. 18).

⁹⁸ Roma I Tüzüğü m.6/1-b ve Brüksel I bis Tüzüğü m.17/1-c.

lu bir tüketici sözleşmelerinin belirlenmesinde dikkate alınan kriterlerden biri, sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin kurulmasına yönelik faaliyetlerinin tüketicinin ülkesini hedefleyip hedeflemediğidir⁹⁹. Bu konuyla ilgili olarak, ABAD'ın Brüksel I Tüzüğü'nün uygulanmasına ilişkin olarak vermiş olduğu *Pammer v Hotel Alpenhof* kararında, "faaliyetlerin yöneltmesi" ifadesinin yorumlanmasında kullanılabilir bazı kriterler örnek olarak sayılmıştır¹⁰⁰. Bunlar, faaliyetin uluslararası niteliği, tacirin bulunduğu ülkeye başka bir ülkeden nasıl seyahat edileceğine dair bilgi verilmesi, kullanılan dil, para birimi, o ülkeye ait telefon kodlu telefon numarası verilmesi, tüketicilerin tacirin internet sitesine erişimini sağlamak için referans hizmeti sunan araçların kullanılması, o ülkeye ait alan adı kullanılması ve o ülkedeki müşterilerden oluşan bir uluslararası müşteri kitlesinin internet sitesinde belirtilmiş olmasıdır¹⁰¹. Yönerge'nin yerini alan GVKT m.3/2-a'nın yorumlanmasında da, veri sorumlusunun bu gibi eylemleriyle veri süjesinin ülkesini hedeflemesinin, başka bir ülkede gerçekleştirilen kişisel verinin işleme faaliyetini GVKT'nin yer bakımından uygulanma alanına dâhil edeceği belirtilmektedir¹⁰².

Yönerge m.4/1-a'nın yürürlükte olduğu dönemde, ABAD'ın düzenlemeyi Roma I Tüzüğü hükümlere kıyasla özel bir bağlama kuralı getirdiği şeklinde yorumladığı belirtilmiştir¹⁰³. Ayrıca, GVKT m.3'e göre Tüzüğün yer bakımından uygulama alanı içerisinde kalan bir uyuşmazlıkta Roma I Tüzüğü'ndeki kurallara başvurulup başvurulmayacağının ve bu bağlamda GVKT'nin getirdiği kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığının belirsizlik yarattığı yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁰⁴. GVKT m.3/1'deki kuralın içeriğinin Yöner-

⁹⁹ Örneğin sözleşmenin diğer tarafının ticarî veya meslekî faaliyetleri kapsamında internet üzerinden yaptığı bir yayını tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltilmiş olması halinde, Brüksel I bis Tüzüğü ve Roma I Tüzüğü, söz konusu faaliyetler sonucunda kurulan sözleşmenin tüketicinin ülkesindeki korumadan faydalanmasını amaçlamaktadır. Roma I Tüzüğü m.6/1-b ve Brüksel I bis Tüzüğü m.17/1-c. Bkz. Sema Çörtoğlu Koca, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri), Ankara 2016, s. 124-127; AVKK, s. 14-15; Stone, s. 347.

¹⁰⁰ Çörtoğlu Koca, s. 127.

¹⁰¹ ABAD 7.12.2010 tarih, C-144/09 sayılı kararı, par. 83-84. Bu kriterlerin tüketici sözleşmelerine ilişkin Roma I Tüzüğü m.6'daki bağlama kuralı bakımından da geçerli olması gerektiğine dair bkz. Peter Stone, *EU Private International Law*, Cheltenham 2016, s. 347.

¹⁰² AVKK, s. 17-18.

¹⁰³ Yukarıda bkz. dn. 76. Melcher, s. 48; Brkan, s. 332. Öte yandan, bazı Avrupa Birliği üye devletlerinin iç hukuklarında kişilik haklarının ihlâlinden doğan taleplere uygulanacak hukukla ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Konu hakkında bkz. Esra Tekin, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk*, Ankara 2021, s. 192-194.

¹⁰⁴ Brkan, s. 341. GVKT'nin mahkemelerin yetkisine dair getirdiği kuralların da Brüksel I Bis Tüzüğüne ve Lugano Sözleşmesine ilave yetki kuralları niteliği taşıyıp taşımadığı konusundaki belirsizlik hakkında bkz. Lydia Lundstedt, "International Jurisdiction over Cross-border Private Enforcement Actions under the GDPR", (Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2018, S. 75), s. 254.

ge m.4/1-a ile aynı olduğu ve GVKT m.3/2'nin de gerçek kişilerin verilerinin Birlik dışındaki veri sorumluları ya da işleyenlerce Birlik içerisine sunulan mal ve hizmetlerle ilgili işlenmesi durumunda GVKT'ye göre sahip oldukları haklardan mahrum edilmemesini amaçladığının GVKT'nin 23 sayılı Ön Açıklamasında belirtildiği dikkate alındığında; GVKT'nin m.3'ün Roma I Tüzüğü'ndeki genel kurallara göre öncelikle uygulanması yönünde bir yaklaşımın GVKT'nin amaçlarıyla daha tutarlı olacağı değerlendirilebilir¹⁰⁵. Daha önce belirtildiği gibi, Roma II Tüzüğü ise mahremiyet ve kişilik hallerine ilişkin uyumsuzlukları kapsamına almamıştır (m.1/2-g)¹⁰⁶. Bununla birlikte, aynı tespit GVKT ile konuya ilişkin ulusal milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri arasındaki ilişki bakımından da geçerlidir¹⁰⁷.

Juenger, kanunlar ihtilafı sorununun maddi kuralların yer bakımından uygulanmasının belirlenmesi yöntemiyle çözülmesini “tek taraflı” (*unilateralist*) yaklaşım olarak betimlemektedir¹⁰⁸. GVKT'deki kuralların yer bakımından uygulama alanını, bilinçli olarak yabancı unsurlu uyumsuzlukları da kapsayacak şekilde belirleyen m.3'teki yaklaşımın da, bu anlamda, tek taraflı bağlama kuralı ihdas ettiği değerlendirilebilir¹⁰⁹. Amaç, Ön Açıklamada da vurgulandığı üzere, veri süjelerinin Avrupa Birliği'nde sağlanan veri korumasından, koruma bir temel hakka ilişkin görüldüğünden, daha geniş bir coğrafi alan içerisinde faydalanmasını sağlamaktır.

GVKT, yetkili mahkemelere, veri sorumlusu ya da işleyenin kuruluşunun bulunduğu ve daha da önemlisi -veri sorumlusu ya da işleyenin kamu idaresi olmadığı durumlarda- veri süjesinin mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerini de ekleyen m.79/2'nin ve kişisel verilerin GVKT'ye aykırı işlenmesinden doğan tazminat hakkını düzenleyen m.82'in varlığıyla, kişisel verilerin özel hukuk alanında daha geniş bir biçimde korunmasını sağlamaktadır¹¹⁰. Hatta söz konusu hukukî altyapı kâr amacı gütmeyen derneklerin gerçek kişileri temsilen tazminat davası açabilmesi ile desteklenmektedir (m.80/1). Kişisel verilerin özel hukuk alanında korunmasının idarî makamların kararlarıyla korunmasına göre,

¹⁰⁵ GVKT m.3'ün milletlerarası özel hukuk bağlamında emredici Kural niteliği olduğunu ilişkin olarak benzer yönde bkz. Ayşe Yasemin Aydoğmuş Gisoldi, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2023, s. 48.

¹⁰⁶ Tekin, s. 144, dn. 708.

¹⁰⁷ Yukarıda dn. 89.

¹⁰⁸ Juenger, F.K.: American and European Conflicts Law, *The American Journal of Comparative Law*, C. 30 (1982), 117-133, s. 121; Hay, P., Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law Reflections on Current European and United States Conflicts Law, *Recueil des Cours I*, Dordrecht (1992), 285-412, s. 336-337.

¹⁰⁹ ABD ve Çin'de de aynı yaklaşımın benimsendiği belirtilmektedir (Huang, s. 1286, 1296-1301).

¹¹⁰ Bu kuralın Brüksel I Tüzüğü'ndeki kurallarla ilişkisi hakkında: Lundstedt, s. 248.

elde edilen kararın yabancı ülkelerde tenfiz edilmesinde kolaylık sağlamak gibi bir avantaj sağladığı belirtilmektedir¹¹¹. Bu yönüyle, kişisel verilerin yabancı bir veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından ihlâl edilmesi durumlarında, veri süjelerinin özel hukuk alanda korunması daha etkili bir caydırıcılık sağlayabilir.

Kişisel verilerin korunması temel hakkının her yerde aynı ölçüde korunması amacının ağır bastığı ölçüde, devletlerin, genişletilmiş yetki kuralları getirmeye ve maddî hukuk kurallarını doğrudan uygulanan kurallar olarak nitelendirme veya kanunlar ihtilafını tek taraflı bağlama kurallarına tâbi kılma yoluyla *lex fori*'nin uygulama alanını genişletmeye başvurduğu görülmektedir¹¹². GVKT'nin böyle bir anlayışın ürünü olduğu düşünülebilir. Bu yaklaşımın yayılmasının, *forum shopping*'e yol açma ihtimalini artırmasına ve veri işlemenin altında yatan hukuki ilişkiyle uygulanacak hukukla bağlantının zayıflamasına yol açması beklenebilir¹¹³.

B. Türk Hukuku

1. Genel Değerlendirme

KVKK'da da Kanunun yer bakımından uygulama alanı düzenlenmemiştir. KVKK'da yer alan kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşımadığı kabul edilirse, kişisel verilerin ihlâl edildiği iddiasını içeren yabancı unsurlu uyumsuzluklarda MÖHUK'taki kurallardan somut olayın özelliklerine uygun düşenler uygulama alanı bulacaktır.

Özel hukuk alanında kişisel verilerin ihlâl edildiği iddiasına dayalı talepler, sözleşme dışı sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, haksız fiil veya gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hukuki sebeplerine dayanabilir¹¹⁴. MÖHUK'ta haksız fiile ilişkin kişilik haklarının ihlâlini ilgilendiren kurallar m.34 ve 35'te yer almaktadır. MÖHUK m.35'teki hükmün şartları gerçekleşmişse, maddedeki bağlama kurallarına başvurulur (m.35/3). Aksi halde, haksız fiillere uygulanacak hukuka dair genel bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m.34 uygulanır. Kişisel verinin izinsiz kullanımı neticesinde bir menfaat elde edilmişse bunların iadesi ise vekâletsiz iş

¹¹¹ Lundstedt, s. 218.

¹¹² Huang, s. 1308.

¹¹³ *Forum shopping* kavramı, tarafların kendi menfaatlerine en uygun ülke mahkemesini seçmesi durumunu ifade eder. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 359-60.

¹¹⁴ Türk Borçlar Kanununda borçtan doğan sorumluluğun üç kaynağı belirtilmiştir: sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme. Bununla birlikte, kanunun sistematığında ayrı bir başlık olarak yer almasa da, borç vekâletsiz iş görmeden de kaynaklanabilir. Kemal Oğuzman/Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, İstanbul 2012, s. 34-35. Genellikle, vasıflandırmanın hâkimin hukukuna göre yapılacağı kabul edilir (Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015, s. 99, 103-104; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017, s. 79-80, 84; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 50; Güngör, s. 51; Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2017, s. 183).

görme hükümlerine tabi olacaktır (TMK m.25/3). MÖHUK'ta vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borçlara uygulanacak hukuk hakkında bir bağlama kuralı yoktur. Bu nedenle, hâkimin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borçlara ilişkin kanun boşluğunu hukuk yaratarak doldurması gerekeceği belirtilmektedir (TMK m.1)¹¹⁵.

Sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından ise, MÖHUK, hukuk seçimi-ne izin vermektedir. Hukuk seçimi yapılmadığında, kural olarak sözleşmenin tamamına aynı ülke hukuku uygulanır¹¹⁶. Belirtilen çerçevede, sözleşmeye uygulanacağı tespit edilen hukuk, kişisel verilerin sözleşmeye dayalı olarak işlenmesinden doğan yan edim yükümlülüklerine de uygulanacaktır. Bu konudaki genel objektif bağlama kuralını, MÖHUK m.24 ortaya koymaktadır. Ek olarak, MÖHUK m.25-29 arasında özel bazı sözleşme türlerine yönelik özel bağlama kurallarına yer verilmiştir. İlgili özel sözleşme türlerinin tamamında taraflar gerçek kişi olduğu ya da ifa konusu edim gerçek kişilere ait verileri ilgilendirdiği ölçüde kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi gündeme gelebilir. Dolayısıyla, ilgili bağlama kuralları o sözleşmeler kapsamında işlenen verilere de uygulanabilir. Bununla birlikte, çalışmanın kapsamını sınırlamak amacıyla, burada yalnızca çoğunlukla taraflarından biri gerçek kişi olan ve bu nedenle kişisel verilerin işlenmesinin sıklıkla görülebileceği düşünülen tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m.26 ve 27'deki bağlama kuralları incelenmiştir.

Aşağıdaki bölümde, öncelikle, kişisel verilerin korunması hakkının ihlâl edilmesi nedeniyle sözleşme dışı sorumluluğun doğması; sonrasında, kişisel verinin hukuka aykırı bir şekilde bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde işlenmesi halinde uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği üzerinde durulacaktır.

2. Kişisel Verilerin İşlenmesinden Doğan Uyuşmazlıklara Uygulanabilecek Mevcut Bağlama Kuralları

a. Akit Dışı Sorumlulukta

aa. Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Kitle iletişim araçları yoluyla kişilik haklarının ihlâlüne veya süreli yayınlarda cevap hakkına dair özel bağlama kuralı MÖHUK m.35'te getirilmiştir. Kişilik hakkı kitle iletişim araçlarıyla ihlâl edildiğinde, zarar gören, zarar verenin iş yeri ya da mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını isteyebilmektedir (m.35/1-b). Buna alternatif olarak, eğer zarar veren zararın o ülkede meydana geleceğini bilmesi gereken biri konumundaysa, zarar gören, kendi mu-

¹¹⁵ Nomer, s. 368; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 316-317. Öğretide bir başka görüş ise kişilik hallerinin ihlâlünü düzenleyen MÖHUK m.35'in uygulama alanına giren durumlarda vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan istemlere de kuralın uygulanması gerektiği ve bir kanun boşluğu bulunmadığı belirtilmektedir (Baş Süz el/Yasan, s. 384).

¹¹⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 262.

tad meskeninin bulunduğu ya da zararın meydana geldiği ülke hukuklarından birinin uygulanmasını da isteyebilmektedir (m.35/1-a, c)¹¹⁷. Süreli yayınlarda cevap hakkının kullanılmasında hâkimin yalnızca “baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı” ülke hukukunu uygulayabileceği belirtilir (m.35/2).

MÖHUK m.35/1-a ve c bentlerindeki öngörülebilirlik koşuluna ilişkin olarak, hem MÖHUK’ta hem de mehaz İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda yol gösterici ilkeler bulunmaması eleştirilmiştir¹¹⁸. Konuyla ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında, İsviçre’de kurulu bir şirketin *Google*’ın tüm dünyada erişilebilir olan arama motoru üzerinden uğradığı zararlar ilgili olarak, zararın tüm dünyada gerçekleşmekle birlikte, yoğunlaştığı yer İsviçre olduğundan İsviçre hukukunun uygulanmasının kabul edildiği belirtilmektedir¹¹⁹.

Kişilik haklarından doğan ihlallere uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü’nün kapsamı dışında bırakılmıştır¹²⁰. MÖHUK m.35/1-a ve c bağlamında öngörülebilirlik koşulunun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinde, AVKK’nın GVKT’nin uygulanmasına ilişkin Rehberinde Tüzük m.3/2-a’nın yorumunda kullanılmasını önerdiği ve daha önce Brüksel I Tüzüğü¹²¹ çerçevesinde tüketici sözleşmelerinde yetkili mahkeme tayin edilirken o ülke pazarının hedeflenip hedeflenmediğinin saptanmasında başvuru unsurlar yol gösterici olabilir¹²². Söz konusu unsurlar arasında; Avrupa Birliği’nin veya üye ülkelerin malın ya da hizmetin sunumunda belirtilip belirtilmediği, üye ülkelerde pazarlama ve reklam faaliyetleri yapıp yapılmadığı, “.de”, “.eu” gibi Avrupa Birliği veya üye ülkenin alan adı uzantılarının kullanılıp kullanılmadığı, internet sitesinin dili veya mal ve hizmetlerin ücretlerinin para birimi sayılmaktadır¹²³. İnternet sitesi üzerinden

¹¹⁷ Öngörülebilirlik koşulu hakkında bkz. Tekin, s. 204-206.

¹¹⁸ Tekin, s. 207-208.

¹¹⁹ Tribunal cantonal du Jura (Cour civile), 12.2.2011, CC 117/2010 sayılı kararı, par. 3.1-3.2 (akt. Tekin, s. 208-209). Buna paralel olarak, Türk hukukunda da internet üzerinden gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde mağdurun hayat ilişkilerinin odaklandığı yerin esas alınması gerektiği bildirilmektedir. Diğer bir deyişle, internete her yerden erişim sağlanabileceğinden bahisle mağdurun her yerde zarara uğradığı kabul edilemez; mağdurun ihlâl edilen menfaatinin yoğunlaştığı yer zarar yeri olarak kabul edilecektir. Aydoğmuş Gisoldi, s. 230; Sibel Özel, “İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2011, C. 24, S. 1-2, s. 609-618), s. 617.

¹²⁰ Yukarıda bkz. s. 21.

¹²¹ Yukarıda bkz. dn. 86.

¹²² Yukarıda bkz. dn. 85, 86. Ayrıca, Brüksel I Tüzüğü’ndeki kuralda MÖHUK m.26/2’dekine benzer şartlar getirildiği ve MÖHUK m.45/1’deki ifade tarzının bu bakımdan eleştirisi hakkında bkz. Tarmen, Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, (Public and Private International Law Bulletin, Y. 2019, C. 39, S. 1, s. 325-356), s. 344-346.

¹²³ AVKK, s. 17-18. MÖHUK m.35/2-c’deki öngörülebilirlik şartının internet üzerinden gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinden ziyade basılı kitle iletişim araçları bakımından önem taşıdığı yönündeki görüş için bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 228.

yapılan yayın neticesinde belirli bir ülkede doğan zararın öngörülebilir olup olmadığı konusunda da bu gibi kriterlere başvurulabilir.

Öğretide, bu maddede düzenlenen bağlama kuralının kişilik hakları ihlâlinin belirsiz sayıdaki çok geniş bir kitleye hitap eden, kamuya açık yayınlar ile işlenmesi halini konu aldığı belirtilmektedir¹²⁴. Bu bağlamda, bazı yazarlarca, e-posta üzerinden gerçekleştirilen bir kişilik hakkı ihlâlinin (örneğin hakaret), MÖHUK m.35/1'in kapsamına girmeyeceği belirtilmiştir¹²⁵.

Öte yandan, MÖHUK m.35/3'te "*Maddenin birinci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır*" denilerek, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin özel bir bağlama kuralına yer verilmiştir. Bu çerçevede, kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi hakkının internet veya diğer kitle iletişim araçları üzerinden ihlâlinde MÖHUK m.35/3 atfıyla m.35/1 uygulanır. Güngör'e göre, kişisel verilerin *Facebook, Twitter, Instagram* gibi sosyal ağlar ve *Whatsapp* veya e-posta üzerinden paylaşılması halinde de MÖHUK m.35/1 uygulanmalıdır¹²⁶.

Kişisel verilerin internet üzerinden hukuka aykırı işlenmesinin, verilerin açıklanması dışında kalan işleme halleriyle gerçekleştirildiği durumlarda MÖHUK m.35/1'e başvurulabilir mi? Diğer bir deyişle, kişisel verilerin KVKK m.3/1-e'de söz edilen aktarma, depolama, muhafaza edilme, yeniden düzenlenme gibi diğer şekillerde internet üzerinde işlenmesine MÖHUK m.35/3 atfıyla m.35/1 uygulanacak mıdır? Bu soru, örneğin, verinin internet üzerinden elde edildiği (örneğin çerezler veya formlar), yurt dışına aktarıldığı, ya da "bulut teknolojisi"¹²⁷ (*cloud computing*) gibi teknolojiler sayesinde internet üzerinde (birden fazla yerel ağa dağılmış bir şekilde) depolandığı hallerde önem taşır¹²⁸. Günümüzde kişisel verilerin çoğunlukla internet yoluyla işlendiği dikkate alındığında, eğer soruya olumlu yanıt verilirse, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesinden doğan ve sözleşme dışı sorumluluğa dayanan davalarda MÖHUK m.35/3 atfıyla aynı maddenin birinci fıkrasının uygulama alanı oldukça genişleyecektir¹²⁹.

¹²⁴ Çelikel/Erdem, s. 455; Nomer, s. 363; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 307-308.

¹²⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 362. Karş. Güngör, s. 217.

¹²⁶ Güngör, s. 217.

¹²⁷ "Düzenli olarak kullanılan bilgisayar verisini internet aracılığıyla erişilebilen birden fazla sunucu (server) üzerinde depolama uygulaması" (Cloud Computing, Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cloud%20computing> adresinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir).

¹²⁸ Aydoğmuş Gisoldi, s. 205.

¹²⁹ Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bütün hallerin maddenin kapsamı içerisinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 212.

Diğer yandan, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği her durumda zarar meydana gelmeyebilir. MÖHUK m.35/1'deki zarar görenin seçimi ve zararın meydana geldiği yer gibi ifadelerden yola çıkarak, MÖHUK m.35/3'ün yalnızca kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesinin zararlar neticelendiği hallerde uygulanabileceği söylenebilir mi? Kanaatimizce, MÖHUK m.35/3'te sınırlayıcı bir ifade bulunmadığından, MÖHUK m.35/1 üçüncü fıkra atfıyla kıyasen uygulanırken kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle zararın meydana gelmediği durumlara da genişletilebilir¹³⁰. Böylece, örneğin hukuka aykırı işlenen kişisel verilerin silinmesi taleplerinde de bu hüküm uygulanacaktır.

MÖHUK m.35/1, kişisel verilerin ihlâlinden doğan uyumsuzluklara MÖHUK m.35/3 atfıyla yukarıda önerilen şekilde uygulandığında, MÖHUK m.35/1-b, veri sorumlusu veya veri işleyen işyerinin bulunduğu ülke hukuku bağlama noktası olacaktır. Bununla birlikte, ilgili kişi, veri sorumlusu veya veri işleyen zararın o ülkede meydana geldiğini, zarar meydana gelmemiş olsa bile veri işleme nedeniyle zararın o ülkede meydana gelebileceğini, diğer bir deyişle veri süjesinin hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yerin o ülkede olduğunu bilecek durumda olduğunu ispatlayarak, söz konusu ülke hukukun uygulanmasını tercih edebilecektir¹³¹.

Bu çerçevede, örneğin, bir elektronik ticaret sitesinin, üye olmayan ziyaretçilerinin konum, alışveriş tercihleri gibi kişisel verilerini çerez teknolojisiyle saklamasına MÖHUK m.35/3 atfıyla uygulanan birinci fıkranın (b) bendine göre, veri sorumlusu elektronik ticaret şirketinin işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Ancak, örneğin, söz konusu elektronik ticaret sitesinin Türkçe hazırlanmış olması veya fiyatların Türk Lirası üzerinden belirtilmiş olması gibi faktörler ışığında, Türkiye pazarını hedeflediği ve dolayısıyla çerezlerin özellikle internet sitesine Türkiye'den erişenlere ait verileri işleyeceğini öngörebileceği anlaşıyorsa, MÖHUK m.35/1-a ve c bentlerindeki bağlama noktalarına başvurularak Türk hukuku uygulanabilmelidir.

bb. Haksız Fiilden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk

Kişilik haklarının ihlâlinde kitle iletişim araçlarının kullanılmadığı durumlar da, genel bağlama kuralı olan MÖHUK m.34 uygulama alanı bulur¹³². MÖHUK

¹³⁰ Vekâletsiz iş görme hakkında yapılan öneri için bkz. Baş Süzöl/Yasan, s. 385.

¹³¹ Aksi yönde görüş bildiren bir yazara göre, MÖHUK m.35'teki bağlama noktalarının tamamı kişinin zarar görmüş olması ihtimaline dayandığından, ortada bir zararın bulunmadığı hallerde söz konusu bağlama kuralının uygulanmayacağı değerlendirilebilir. Bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 213. Kanaatimizce zararın meydana gelmediği hallerde de hükmün geniş bir biçimde yorumlanarak, "zarar veren" ifadesinin kişisel verileri hukuka aykırı işleyen kişi, "zarar gören" ifadesinin ilgili veri süjesi ve "zararın meydana geldiği ülke" ifadesinin ise işleme faaliyeti nedeniyle zararın meydana gelebileceği, diğer bir deyişle veri süjesinin hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı ülke olarak anlaşılacak uygulanması mümkündür. Yukarıda bkz. dn. 106.

¹³² Gereğince MÖHUK m.35/3'ün kişisel verilerin kitle iletişim araçları üzerinden işlenmesi dışında kalan halleri de kapsayıp kapsamadığı konusunda bir belirlilik yoktur. Bununla birlikte, haksız fiil-

m.34/1 “*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir*” hükmünü haizdir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında zararın meydana geldiği yer ile haksız fiilin işlendiği yerin farklı yerler olması durumunda zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Üçüncü fıkra, ilgili borç ilişkisiyle “daha sıkı ilişkili” bir ülkenin bulunması halinde, bu ülke hukukunun uygulanacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Beşinci fıkraya göre ise haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflar açık olarak hukuk seçimi yapabilirler.

MÖHUK m.35/3'teki ifadede birinci fıkranın yalnızca kitle iletişim araçları kullanılarak işlenen verilerle ilgili uygulanacağı şeklinde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bakımdan birinci fıkra MÖHUK m.35/3 atfıyla kıyasen uygulanırken, iki yaklaşım sergilenebilir. Birinci ihtimalde, MÖHUK m.35/1'in yalnızca kişilik haklarının kitle iletişim araçları üzerinden ihlâlini düzenlediği dikkate alınarak, kişisel verilerin yalnızca söz konusu araçlarla ihlâl edildiği hallerde hükmün uygulanabileceği savunulabilir. İkinci ihtimalde ise MÖHUK m.35/3'ün lafzında böyle bir sınırlama getirilmediği dikkate alınarak, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesine işleme aracının niteliğine bakılmaksızın MÖHUK m.35/1 uygulanabilir. Aşağıdaki tespitler bu yaklaşımlardan ilkinin kabul edilmesi durumu için geçerlidir.

Öğretide ağırlıklı olarak ikinci görüş savunulmaktadır¹³³. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi hakkının ihlâlüne ilişkin sözleşme dışı hallerin tamamında MÖHUK m.34'e başvurulamayacak ve MÖHUK m.35 uygulanacaktır. Bize göre, prensip olarak, MÖHUK m.35'teki hükmün bir kitle iletişim aracı üzerinden çok sayıda ihlâlün bir anda gerçekleştirilebildiği durumları hedeflediği dikkate alındığında, yalnızca kitle iletişim araçları üzerinden gerçekleştirilen ihlâller ile sınırlı olarak uygulanması düzenlemenin amacına daha uygun olacaktır¹³⁴. Örneğin kişinin görüntü kaydının bir güvenlik kamerası ile hukuka aykırı bir şekilde alındığı bir uyuşmazlığın MÖHUK m.35/3'teki bağlama kuralına göre değil,

lere ilişkin genel kurala ilave olarak böyle bir özel düzenleme yapılmasının gerekçesi, kitle iletişim araçları üzerinden “*belirsiz sayıda alıcı karşısında teknik araçlarla çok yaygın bilgilendirme yoluyla kişilik hakkının ihlâl*” edilebilmesi olarak gösterilmiştir. Bkz. TBMM, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/337), Yasama Dönemi: 23 Yasama Yılı: 2 Sıra: 47, s. 24. Bu çerçevede, MÖHUK m.35'te özel bir bağlama kuralının getirilmesinin bir araç üzerinden çok yaygın bir bilgilendirme yoluyla hak ihlâli gerçekleştirilebildiği durumları düzenlemeyi hedeflediği anlaşılmaktadır.

¹³³ İlyas Arslan, “Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, (İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2021, C. 79, S. 1, s. 135-191), s. 145; Alper Akgül, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerine İlişkin Davalarda Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti”, (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, C. 15, S. 58, s. 211-246), s. 224-225; Aydoğmuş Gisoldi, s. 209.

¹³⁴ Yukarıda bkz. dn. 119.

MÖHUK m.34'teki genel kurala göre çözümlenmesi, kanaatimizce, yasakoyucunun amacına daha uygundur. Kaldı ki, MÖHUK m.34/3'te yer verilen kaçış kuralı, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına olanak tanıdığından, MÖHUK m.34'teki bağlama kuralı somut olayın gereklerine göre farklı ihtiyaçlara cevap verebilecek ölçüde esneklik sunmaktadır.

MÖHUK m.35/3 atfıyla uygulanacak birinci fıkradaki bağlama noktasının yalnızca kişisel verilerin internet veya diğer kitle iletişim araçları üzerinden işlenmesini idare edeceği kabul edilirse, MÖHUK m.34, kişisel verinin yerel veya fiziksel olarak işlendiği durumlarda uygulama alanı bulacaktır¹³⁵. Örneğin, Türkiye'ye turist olarak gelen bir yabancıнын bir benzin istasyonu tarafından kamerayla kaydedilen görüntüsünün imhasını Türk mahkemesinden istemesi halinde uygulanacak hukuk MÖHUK m.34'e göre tespit edilebilecektir. Böyle bir halde, zarar ile haksız fiilin aynı yerde olması sebebiyle fiilin işlendiği ülke hukuku olarak Türk hukuku uygulanır. Fakat kişinin eşi, ilgili kamera kayıtlarını Almanya'da açtığı boşanma davasında kullanmak üzere benzin istasyonundan hukuka aykırı bir şekilde edinirse, ilgili kişinin benzin istasyonuna karşı Türkiye'de açtığı davada, zararın meydana geldiği yer olarak Alman hukukunun uygulanması gündeme gelebilir. Bu durumda, hâkim Türk hukukunun ya da üçüncü bir ülke hukukunun uyuşmazlık konusu ile daha sıkı ilişki içerisinde olduğunu tespit ederse, bu hukuku da uygulayabilmektedir (m.34/3).

Başka bir örnek olarak, Türk bankanın müşterilerine ait finansal verileri hukuka aykırı bir biçimde Almanya'daki bağlı ortaklığına, özel bir güvenli haberleşme altyapısı üzerinden aktardığı ve söz konusu verilerin o ülkede gerçekleşen siber saldırı sonucunda üçüncü kişilere sızdığı verilebilir¹³⁶. İlgili kişinin finansal verilerinin

¹³⁵ Veri yerelleşmesi (*data localisation*), veri sorumlularına verinin belirli bir coğrafi bölge içerisinde saklanması ve işlenmesine yönelik yükümlülükler getirilmesi trendini ifade etmektedir (Helena U. Vrabec/Ruslan Nurullaev/Michel Olmedo Cuevas/Paweł Szulewski, "Data Localisation Measures and Their Impacts on Data Science", Research Handbook in Data Science and Law, Ed., Vanessa Mak, Eric Tjong Tjin Tai, Anna Berlee, Cheltenham 2018, 322-355., Cheltenham 2018, 322-355, s. 324). Bankacılık sektöründe Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Yönetmeliği m.29/10'daki "*Kritik bilgi sistemleri ve güvenlik kapsamında alınacak ürün ve hizmetlerin Türkiye'de üretilmesi veya üreticilerinin ar-ge merkezlerinin Türkiye'de bulunması için azami özen gösterilir ve dış hizmet alımında önemli bir kriter olarak değerlendirilir*" ya da Ödeme ve Elektronik Para Kuruluşları Veri Paylaşım Servisleri Tebliği m.16/7'deki "*Kuruluş her türlü veriyi işlemek, saklamak ve iletmek için bir dış hizmet olarak yurt içinde tesis edilmiş bulut bilişim hizmetlerini kullanabilir*" kurları, söz konusu trende örnek verilebilir (RG. 1.12.2021-31676).

¹³⁶ 5651 sayılı Kanun internet ortamını, "*Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam*" olarak tanımlamaktadır (m.2/1-g). Dolayısıyla tanıma göre, işletmelerin güvenli haberleşme amacıyla kullandığı kamuya açık olmayan, özel ağlar internet ortamı dışında kalmaktadır. MÖHUK m.35/1 kitle iletişim araçları üzerinden gerçekleşen ihlalleri ilgilendirdiğinden, MÖHUK m.35/3 geniş bir şekilde yorumlanmadıkça, kişisel verilerin kamuya açık olmaması özellikle amaçlanan bir haberleşme altyapıları üzerinden işlenmesine uygulanamamalıdır. Diğer bir deyişle, MÖHUK m.35/3'teki atıf yoluyla MÖ-

paylaşılması sonucu uğradığı şantaj nedeniyle ödediği paradan kaynaklanan zararın tazmini için Almanya'daki bağlı ortaklığa Türkiye'de dava yöneltmesi ihtimalinde, kural olarak, MÖHUK m.34'e göre, zararın meydana geldiği yer olan Alman hukukunun uygulanması gerekecektir. Ancak MÖHUK m.34/3'e göre Türk hukuku ya da başka bir hukukun daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, bu hukuk uygulanır.

Sonuç olarak, MÖHUK m.35'in dar yorumu sonucunda, MÖHUK m.34 giren hallerde, kural olarak verinin hukuka aykırı bir biçimde işlendiği yer hukuku (m.34/1), zararın farklı bir ülkede meydana gelmesi halinde bu ülkenin hukuku (m.34/2) veya daha sıkı ilişkili bir ülkenin tespiti halinde bu ülke hukuku (m.34/3) uygulanacaktır. Son olarak, MÖHUK m.34/5 uyarınca, veri sorumlusu ve veri işleyen haksız fiil meydana geldikten sonra hukuk seçimi yapabilecektir.

cc. Vekâletsiz İş Görmeye Dayalı İade İstemlerinde Uygulanacak Hukuk

Kişisel verinin izinsiz kullanımı neticesinde bir menfaat elde edilmiş ise, bunların iadesi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine tabi olacaktır (TMK m.25/3)¹³⁷. MÖHUK'ta vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borçlara uygulanacak hukuk hakkında bir bağlama kuralı yoktur. Bu nedenle, hâkimin vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan borçlara ilişkin kanun boşluğunu hukuk yaratarak doldurması gerekeceği belirtilmektedir (TMK m.1)¹³⁸. Öğretide, ilgili boşluğun vekâletsiz iş görmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanarak doldurulması önerilmiştir¹³⁹.

HUK m.35/1 uygulanırken yalnızca kitle iletişim araçlarıyla veri işleme faaliyetleri konu edilecekse, MÖHUK m.35/1 verilen örnekte (en azından ilk aşamada) uygulanamaz. Diğer taraftan, bankalar, suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi mevzuatına uyum kapsamında, müşterilerini tanıma amacıyla birtakım verileri paylaşabilmektedir (Yukarıda bkz. dn. 41). Buna ilişkin kurallar doğrudan uygulanan kural olarak görülmektedir (Burcu Yüksel, Uluslararası Elektronik Fon Transferine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2018, s. 240-243). Örnekte, bu kurallara göre de hukuka uygun olmayan bir veri aktarımı düşünülmektedir. KVKK'da getirilen kuralların bir bütün olarak doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmemesi halinde dahi, bankaların müşteri sırlarının korunmasına ilişkin yükümlülüğünü düzenleyen 5441 sayılı Kanun m.73/3'teki hükmün doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı değerlendirilmelidir. Bu açıdan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir uyumsuzlukta, uygulanacak hukuk bakımından verinin aktarımında hukuka aykırılık olmasa dahi, bankalara yönelik ilgili düzenleme doğrudan uygulanmalıdır. Benzer bir durum, devletin ekonomik kamu düzenini sağlama amacıyla regüle ettiği sermaye piyasası, ödeme hizmetleri, sigortacılık vb. sektörlerdeki sır saklama yükümlülükleri veya sağlık verilerinin işlenmesine, konaklama hizmetlerinde kimlik bildirmeye ilişkin mevzuatta olduğu gibi işlemenin kamu düzeni amacı ağır basan kurallar gereği gerçekleştirildiği durumlar için de geçerlidir (MÖHUK m.6).

¹³⁷ Baş Süzel/Yasan, s. 385; Tekin, s. 86.

¹³⁸ Nomer, s. 368; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 316-317. Öğretide bir başka görüş, kişilik hallerinin ihlâlini düzenleyen MÖHUK m.35'in uygulama alanına giren durumlarda vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan istemlere de kuralın uygulanması gerektiği ve bir kanun boşluğu bulunmadığı belirtilmektedir (Baş Süzen/Yasan, s. 384). Aynı görüş, kişilik haklarının ihlâlinin vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaatin iadesine ilişkin bir isteme yol açtığı hallerde, uyumsuzluğun niteliğine uygun düşüğü ölçüde, MÖHUK m.35'in birinci fıkrada sayılan koşulların gerçekleşmediği ihlalleri de kapsayacak şekilde kıyasen genişletilmesini de önermektedir.

¹³⁹ Nomer, s. 368; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 317.

Kişilik haklarının ihlâline ilişkin vekâletsiz iş görmeye dayalı menfaatin iadesi taleplerinde, ilgili boşluğun doldurulmasında yapılan önerilerden biri, ihlâlin kit- le iletişim araçları aracılığıyla gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, MÖ- HUK m.35'in kıyasen uygulanmasıdır¹⁴⁰. MÖHUK m.35/3 marifetiyle MÖHUK m.35/1'in kıyasen uygulanması durumunda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görenin iade talebi, kural olarak, iş görenin işyeri veya mutad meskeni hukukuna tabidir (m.35/1-b). Ancak, iş görenin ilgili hukukun uygulanabileceğini öngörebilmesi koşulu somut uyumsuzlukta uygulanabildiği ölçüde; iş sahibinin seçimine göre, iş sahibinin mutad meskeni hukuku (m.35/1-a) ya da gerçek olmayan iş görmeye dayalı menfaatin elde edildiği ülke hukuku (m.35/1-c) da uygulanabilir¹⁴¹.

Bunun dışında, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayalı talepler hakkında, uygun illiyet bağının bulunduğu hallerde haksız fiile uygulanacak hukuka ilişkin bağ- lama kurallarına, şart illiyet bağının söz konusu olması halinde ise sebepsiz zengin-leşmeye uygulanacak bağlama kuralına başvurulması da önerilmiştir¹⁴². Bu görüş esas alındığında, fiil ile elde edilen menfaat arasında uygun illiyet bağı bulunması halinde, kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesinde, haksız fiil hükümlerinin uy- gulanması gündeme gelecek ve MÖHUK m.34 ve 35 şartları gerçekleştiği ölçüde somut olaya kıyasen uygulanacaktır. Örneğin, kişilerin adres ve telefon bilgilerini hu- kuka aykırı bir elde ettikten sonra bunu üçüncü kişilere satarak gelir elde edilen bir olayda uygun illiyet bağı olmuştur. Aynı yazar tarafından, fiil ile elde edilen menfaat arasındaki illiyet bağının şart illiyet bağı ölçüsünde olması halindeyse, sebepsiz zen- ginleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m.39'un kıyasen uygulan- ması önerilmektedir¹⁴³. Örneğin, kişilerin hukuka aykırı bir biçimde elde ettiği veri- lerini kullanarak makine öğrenmesine¹⁴⁴ (*machine learning*) dayalı bir yazılım üreten şirketin bunu satarak elde ettiği gelir ile yazılımın oluşturulmasına temel teşkil eden verilerin işlenmesi arasındaki illiyet bağının şart illiyet bağı olduğu düşünülebilir. Bu halde, MÖHUK m.39'a göre, şirketin menfaati elde ettiği, dolayısıyla zenginleşme- nin gerçekleştiği ülkenin hukukunun uygulanması gerekecektir.

Yukarıdaki benzin istasyonu örneğinde, Türkiye'deki benzin istasyonu sahibi, kame- ra kayıtlarını Almanya'da boşanma davası açan eşe teslim ederken bundan bir menfaat

¹⁴⁰ Yukarıda bkz. dn. 125.

¹⁴¹ Baş Süzen/Yasan, s. 385.

¹⁴² Ali Önal, "Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 2151-2180), s. 2177.

¹⁴³ Önal, s. 2177.

¹⁴⁴ "Bir bilgisayarın mevcut bir istatistiksel modele devamlı olarak yeni veri ekleyerek (resim dosya- larının analizinde olduğu gibi) kendi performansını geliştirme yeteneğine sahip olmasını sağlayan süreç" (Machine Learning, Merriam Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/mac- hine%20learning> adresinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir).

elde etmişse, menfaatin iadesi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre istenebilir. Böyle bir durumda, iş görmenin gerçekleştiği yer hukuku esas alındığında Türk hukuku, MÖHUK m.35'in kıyasen uygulanması görüşüne göre Türk hukukunun yanı sıra iş sahibinin o hukukun uygulanacağını öngörebilmesine dair şartlar sağlanmışsa Alman hukuku ve nihayet uygun illiyet bağının olduğu durumlarda haksız fiillere ilişkin MÖHUK m.34'ün uygulanması kabul edilirse yine Türk hukuku uygulanacaktır.

b. Sözleşme Sorumluluğunda

Sözleşmeyi idare edeceği MÖHUK'un m.24-29 hükümlerine göre tespit edilen hukuk, kural olarak, sözleşmeden kaynaklanan asli ve tali edim yükümlülüklerinin tamamına uygulanacağından, kişisel verilerin bir sözleşmeyle bağlantılı olarak hukuka aykırı işlenmesinden doğan uyuşmazlıklarda zikredilen bağlama kurallarına başvurulmalıdır. Konunun sınırlanması amacıyla, bu bölümde, yukarıda da belirtildiği üzere, MÖHUK m.24'teki genel bağlama kuralının yanı sıra, özel sözleşme türlerinden yalnızca tüketici (m.26) ve iş sözleşmelerine (m.27) uygulanacak hukuka dair bağlama kuralları ele alınacaktır.

aa. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.24/1'de tarafların açık veya örtülü hukuk seçimlerine geçerlilik tanınmıştır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu sözleşmeler hakkında öncelikle taraflar arasında seçilen hukuk uygulanır. Kısmi hukuk seçimi veya hukuk seçiminin sözleşmenin kurulması ya da uyuşmazlığın çıkmasından sonra yapılması da serbesttir (m.24/2).

Hukuk seçimi yoksa sözleşmeyle en sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanır (m.24/4). En sıkı ilişkili ülke hukuku karineten karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri, bunların bulunmadığı takdirde, yerleşim yeri hukuku olarak kabul edilmiştir. Ancak, bu çürütülebilir bir karinedir (m.24/4). Aynı fıkranın devamında, *“hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur”* denilmiştir.

Düzenleme, sözleşmelere uygulanacak genel kuralı belirlemektedir. Tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukuk da, eğer MÖHUK m.26/2'deki koşullar gerçekleşmemişse, MÖHUK m.24/4'teki en sıkı ilişkili hukuktur¹⁴⁵. Örneğin, Türkiye'deki bir tüketici, Washington'da kurulu bir yazılım şirketinden internet üzerinden bilgisayar oyunu satın aldığı anda, sözleşmede hukuk seçimi bulunmuyorsa, kural olarak, karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu Washington hukuku uygulanacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, veri işleme bir sözleşmeyle bağlantılı olarak yapıldığında, karakteristik edim borçlusu genellikle veri sorumlusu olacaktır. Bu durumda, örneğin, ilgili kişinin kendisine ait verilerin silinmesine

¹⁴⁵ Bkz. “II.B.2.b.bb. Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” başlığı altındaki açıklamalar.

yönelik talebi hakkında da bu hukuk mu uygulanacaktır? Veri sorumlusunun işyerinin bulunduğu ülkede kişisel verilerin silinmesine ilişkin kurallar daha az koruyucu olabilir. Öyleyse, soruya olumlu yanıt verilmesi, internet üzerinden gerçekleşen ihlallerle ilgili olarak, kişileri, yabancı veri sorumlularınca işlenen veriler bakımından Türk hukukunun sağladığı korumadan, en azından özel hukuk alanında, mahrum bırakabilir. Böyle bir sonuç, MÖHUK m.35 gerekçesinde belirtilen kişisel verilerin bir temel hak olarak korunması ve böyle uyuşmazlıklarda zayıf taraf konumunda olan verileri işlenen ilgili kişiyi koruma amacıyla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda değerlendirildiği üzere, özel hukuk tarafından sağlanan koruma, Türkiye’de fiziksel varlık göstermeyen yabancı veri sorumluları tarafından internet üzerinden gerçekleştirilen veri ihlallerinde idarî yaptırımlara kıyasla daha caydırıcı bir etki taşıyabilir. Bu bakımdan, kişisel verilerin sözleşmeyle bağlantılı olarak işlenmesinde, sözleşme statüsünün MÖHUK m.24’e tabi olduğu hallerde, somut uyuşmazlığın şartları değerlendirilerek, istisnai bir şekilde, parçalamaya (*dépeçage*) başvurulması gündeme gelebilir¹⁴⁶. Bu çerçevede, veri sorumlusunun zararın o ülkede meydana gelebileceğini öngörebildiği hallerde, MÖHUK m.35/3 marifetiyle MÖHUK m.35/1 uygulanarak, zararın meydana geldiği yer ya da ilgili kişinin mutad meskeni hukukunun uygulanması şeklinde bir çözüm üretilebilir. Böylelikle, özellikle MÖHUK m.26’nın uygulama alanına girmeyen tüketici sözleşmelerinde, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin kişisel verilerine mutad meskeninin bulunduğu veya zararın meydana geldiği yer hukukunun sağladığı korumadan mahrum bırakılması önlenabilir.

Örneğin, yukarıda, yabancı şirketin Türkçe hazırlanmış veya fiyatların Türk Lirası üzerinden belirlendiği bir elektronik ticaret sitesinin üyesi olmayan kişiler bakımından çerez teknolojisiyle veri işlemesine MÖHUK m.35/1-a ve c’nin uygulanabileceği sonucuna ulaşılmıştı¹⁴⁷. Aynı internet sitesinin müşterilerinin, sözleşmenin objektif bağlama kuralı tarafından idare edildiği durumlarda, internet sitesine üye olmayanlardan daha az korumaya tabi kılınması düşünülemez. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da gerekli hallerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorunu sözleşme statüsüne uygulanacak hukuktan ayrı incelemek ve kişisel verilerin korunması hakkında MÖHUK m.35/3’e istisnaen başvurulmasına izin vermek bu gibi tutarsızlıkları önleyebilir.

¹⁴⁶ Parçalama, bir uyuşmazlığın veya hukukî ilişkinin bütünü idare edecek tek bir hukukun belirlenmesi yerine, her bir meseleye uygulanacak hukukun ayrı ayrı tespit edilmesi şeklindeki yöntemi ifade eder. Symeon C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford 2014, s. 221.

¹⁴⁷ Bkz. “II.B.2.a.aa. Kişilik Haklarının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk” başlıklı altındaki açıklamalar. Sözleşme, örnekte sayılan faktörlerin MÖHUK m.26/2-b bağlamında tüketicinin siparişinin o ülkede alınması yoğunluğuna ulaşmadığı değerlendirildiği ve MÖHUK m.26 kapsamına girmediği ölçüde MÖHUK m.24’teki bağlama noktası tarafından idare edilecektir.

bb. Belirli Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Tüketici sözleşmeleri sözleşmenin tüketici olan tarafının meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal, hizmet veya kredi aldığı sözleşmelerdir¹⁴⁸. MÖHUK m.26'nın yalnızca belirli şartlar altında girilmiş tüketici sözleşmelerini düzenlediği belirtilmektedir¹⁴⁹. Bunlar, satıcının ya da sağlayıcının tüketiciye yönelmesi neticesinde, tüketicinin ülkesinde (yurtta satış ya da “*home deal*”) veya satış amacıyla organize edilmiş bir gezi esnasında (gezi satışı ya da “*travellers' deal*”) kurulan sözleşmelerdir¹⁵⁰. Bu sözleşmelerin unsurları maddenin ikinci fıkrasında betimlenmiştir. MÖHUK m.26/2-a'daki tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, “ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş” olan sözleşmeler ile aynı fıkranın (b) bendindeki tüketicinin siparişinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede alındığı sözleşmeler, yurtta satış (“*home deal*”) kategorisi altında ele alınmaktadır¹⁵¹. Oysa satıcının tüketicinin siparişinin onu ikna etmek için düzenlenen bir gezi üzerine başka bir ülkede alındığı MÖHUK m.26/1-c'deki sözleşmeler ise, gezi satışı (“*travellers' deal*”) olarak anılmaktadır¹⁵².

İnternet üzerinden kurulan sözleşmeler yönünden, yalnızca internet sitesinin o ülkede erişilebilir olduğundan hareketle, satıcı veya sağlayıcının kendi ülkesi dışındaki tüketicileri hedeflediği sonucuna ulaşamayacağı belirtilmektedir¹⁵³. Bununla birlikte, internet sitesinin coğrafi konumlandırma (*geo-location*) hizmetlerinden faydalanarak mal ve hizmetlerini belirli bir ülkeye pazarlaması halinde MÖHUK m.26/1-b'deki koşulun sağlandığı değerlendirilebilir¹⁵⁴. Benzer şekilde, belirli bir ül-

¹⁴⁸ MÖHUK m.26/1.

¹⁴⁹ Güngör, s. 193; Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku ‘Düşünsel Temeller’”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 115-132), s. 119. Gerekçedeki şu ifadeler bu görüşü desteklemektedir: “Devletin ekonomik ve sosyal politikasının önemli bir unsuru olan tüketici, bu sözleşmenin nitelendirilmesini geniş ölçüde etkilemektedir. Bu sebeple, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinde, karşı tarafa nazaran daha zayıf ve tecrübesiz olan tüketicinin korunması ekonomik ve sosyal dengenin sağlanmasında önemli unsurlardan birini teşkil etmektedir. Tüketicinin hukuken korunması gerekliliğinin sonucu olarak, bazı tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun diğer sözleşmelerden farklı düzenlenmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır” (TBMM, Adalet Komisyonu Raporu (1/337), s. 19).

¹⁵⁰ Güngör, Düşünsel Temeller, s. 119.

¹⁵¹ Güngör, Düşünsel Temeller, s. 120.

¹⁵² Güngör, Düşünsel Temeller, s. 120.

¹⁵³ Gülin Güngör, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Hukukta Tüketicinin Korunması”, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1997, C. 46, S. 1-4, s. 101-120), s. 118. Ayrıca yetkiye ilişkin benzer doğrultuda bkz. Çörtoğlu Koca, s. 127.

¹⁵⁴ Coğrafi hedefleme (*geo-targeting*), satıcı veya sağlayıcıların internet üzerinden belirli bir coğrafyaya yönelik mal veya hizmet sunabilmesini sağlamaktadır. Örneğin Google tarafından bu alanda verilen bir hizmette, işletmelere reklamlarının belirli bölgelerdeki internet kullanıcılarına yönelik yayımlanmasını sağlama imkânı tanınmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. Google Ads Help, Target ads to geographic locations, <https://support.google.com/google-ads/answer/1722043?hl=en> adresinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir).

kede kurulan ve çoğunlukla o ülkedeki tüketicileri hedefleyen “aracı hizmet sağlayıcıları” üzerinden mal veya hizmetlerini tüketicilere pazarlayan satıcı ve sağlayıcılar da MÖHUK m.26/1-b’deki o ülkeye yönelme koşulunu sağlamış olacaktır¹⁵⁵.

MÖHUK m.26 kapsamına giren tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmiş, fakat seçilen hukukun uygulanmasında, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgarî korumaya riayet edilmesi öngörülmüştür (m.26/1)¹⁵⁶. Tüketici sözleşmeleri açısından, kişisel verilerin korunmasına ilişkin emredici hükümler de, tüketici lehine oldukları durumda söz konusu asgarî koruma kapsamına girebilir¹⁵⁷. Bu çerçevede, Türkiye’de görülen bir davada, MÖHUK m.26/2’deki şartlar sağlandığında ve sözleşmede hukuk seçimi bulunduğunda, tüketici sözleşmesinden kaynaklanan bir veri ihlâli uyuşmazlık konusuysa tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerdeki tüketiciyi koruyucu emredici kuralların da uygulanması gündeme gelebilecektir.

Örneğin, mutad meskeni Türkiye’de bulunan bir kişinin, coğrafi konumlandırma hizmetinden faydalanarak internet üzerinden Türkiye’deki tüketicilere satış yapan ABD’li bir firmadan yaptığı alışverişle ilgili bir uyuşmazlıkta MÖHUK m.26/1 uygulanabilir. Bu durumda, sözleşmede seçilen hukuka göre tüketicinin kişisel verilerinin silinmesini istemesi mümkün olmasa bile, tüketici Türk hukukunun emredici hükümlerinin kendisine sağladığı korumadan faydalanabilecektir (KVKK m.7).

MÖHUK m.26’ya giren tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, MÖHUK m.26/2’ye göre, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır¹⁵⁸. Bu durumda sözleşmenin şekli de aynı hukuka tabidir (MÖHUK

¹⁵⁵ Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m.4/1-c’de aracı hizmet sağlayıcı şöyle tanımlanmıştır: “Başkalarına ait iktisadî ve ticarî faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler” (RG. 26.08.2015-29457). Gittigidiyor.com, Hepsiburada.com, Armut.com, N11.com gibi internet siteleri aracı hizmet sağlayıcılarına örnek verilebilir.

¹⁵⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, MÖHUK m.26/1’de hukuk seçimi açısından sağlanan asgarî korumaya ikinci fıkradaki koşulları sağlamayan tüketici sözleşmelerinin de dâhil olduğunu belirtmektedir (s. 283). Güngör ise, MÖHUK m.26/2’deki şartların maddenin bütünü itibarıyla olduğunu savunmaktadır (s. 193). Bir an için MÖHUK m.26/1’in ikinci fıkradaki şartları taşımayan sözleşmeleri de kapsadığı kabul edildiğinde, hukuk seçimi yapılmadığında statüsü MÖHUK m.24’e tabi olacak ve dolayısıyla tüketicinin mutad meskeni korumasından faydalanamayabileceği bir sözleşmede, hukuk seçimi yapılmış olması nedeniyle tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı koruma saklı tutulmuş olacaktır. Satıcı veya sağlayıcının sözleşmeye hukuk seçimini eklediği (ve bu geçerli olduğu) durumlarda tüketicinin mutad meskeninin emredici hükümlerinin uygulanması, hukuk seçiminin geçersiz olması ya da sözleşmede hukuk seçimi yer almaması halinde ise ilgili hükümlerin uygulanmaması tutarsız bir sonuca yol açmaktadır.

¹⁵⁷ Arslan, s. 157; Aydoğmuş Gisoldi, s. 251.

¹⁵⁸ Güngör, s. 195. Paket turlar dışında, taşıma sözleşmeleri ile hizmetin tüketicinin mutad meskeninin dışında sunulmasının zorunlu olduğu hallerde, MÖHUK m.26 uygulanmaz (MÖHUK m.26/4). Eşya taşıma sözleşmeleri hakkında -kural olarak- MÖHUK m.29’daki özel hüküm, yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında ise MÖHUK m.24 uygulanacaktır (Güngör, s. 193, 196, 201; Arslan, s. 161-163).

m.26/3). Örneğin, Türk turizm şirketinin, mutad meskeni Almanya'da bulunan kişilere Alman televizyonlarında yayımlanan reklamlarla pazarladığı paket tur ya da konaklama hizmeti sözleşmesi MÖHUK m.26'ya tabi olacaktır¹⁵⁹. Tüketicinin kişisel verilerinin ona sağlanan hizmet ile ilgili işlenmesinde Alman hukukunun asgarî koruması saklı kalacaktır. Konaklama hizmetlerine ilişkin olarak kimlik bildirmeye dair düzenlemelerin Türk hukukunun doğrudan uygulanacak kuralları olduğu kabul edilmelidir (MÖHUK m.6)¹⁶⁰.

cc. İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

İş sözleşmeleri bakımından, MÖHUK m.27/1'de hukuk seçimi serbest bırakılmıştır. Ancak sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin mutad işyeri hukukunun tanıdığı asgarî koruma saklı tutulmuştur¹⁶¹. MÖHUK m.27/2 ile 4 arasındaysa, sözleşmede hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukukun tayinine dair kural-lara yer verilmiştir. Buna göre;

1. İşçi işini mutad olarak tek bir yerde yapmıyorsa, işverenin esas işyerinin hukuku uygulanır (m.27/3).
2. Aksi halde, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri hukuku uygulanacaktır (m.27/2)¹⁶².
3. Daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti halinde bu hukuk uygulanabilir (m.27/4)¹⁶³.

¹⁵⁹ Güngör, devre ve uzun süreli tatil hizmetleri bakımından MÖHUK m.25'in, m.26'nın konusuna girmeyen sözleşmelere uygulanacağını belirtmektedir (s. 192).

¹⁶⁰ Öztürk/Altınok Çalışkan/Seyhan, s. 66. 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu m.3: "*İkinci madde- de sayılan tesislerin sorumlu işleticilerinin kimlikleri, tesis açılmadan evvel müessesenin sahibi veya kanuni temsilcisi tarafından örneğine uygun şekilde, en yakın kolluk örgütüne bildirilir*" (RG. 11.07.1973-14591).

¹⁶¹ Söz konusu asgarî korumanın kapsamına işçinin kişisel verisinin korunmasına ilişkin kuralların da girdiği hakkında bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 260-261. İşbu makalenin hazırlanması aşamasında Anayasa Mahkemesi tarafından MÖHUK m.27/1'in iptaline karar verilmiştir. Söz konusu karar Resmî Gazete'de yayımlandığı 10.03.2025 tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir. Kararın gerekçesini, objektif bağlama kuralında yer verilen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanma-sına dair kaçış kuralına, iş sözleşmesinde hukuk seçimi bulunduğu hallerde başvurulamaması oluşturmaktadır. Buna göre, hukuk seçiminin bulunduğu hallerde, yalnızca işçinin işini mutaden yaptığı yerin sağladığı asgarî korumanın saklı tutulması, buna karşın hâkime sözleşmeyle irtibatlı ve işçiye daha iyi koruma sağlayan diğer ülkelerin hukuklarını uygulama imkânı tanınmaması devletin işçi-işveren ilişkisindeki zayıf taraf olan işçiyi koruma yönündeki Anayasal görevine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi, 05.11.2024 tarihli ve E. 2023/158, K. 2024/187 sayılı kararı, par. 19, 33, 35, 38-39.

¹⁶² "*İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz*" (MÖ-HUK m.27/2). Örneğin, mutaden Türkiye'de çalışan bir mühendis, işverenin bir şirkete sunacağı hizmet için (örneğin yazılım geliştirme, teknik destek hizmeti gibi) geçici bir süreliğine yurt dışına gönderilse de mutad işyeri Türkiye olmaya devam eder (İpek Sarıöz Büyükalp "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3'ün Uygulanması Sorunu", (Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 8, S. 2, s. 195-248), s. 216).

¹⁶³ Düzenlemede hâkime takdir yetkisi verildiği hk. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 287.

İş sözleşmelerinde, genellikle, verileri işlenebilecek gerçek kişi işçi olacaktır. Bu bakımdan, bir iş sözleşmesi kapsamındaki veri işleme faaliyetleri hakkında uyumsuzluk olduğunda, ilgili kişi, işini mutaden yaptığı yerin emredici hükümleriyle sağlanan korumadan hukuk seçimi yapılmış olsa da olmasa da faydalanabilecektir. Dahası, MÖHUK m.27/2'nin uygulandığı durumlarda, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri hukuku, ilgili kişinin verilerinin bir iş sözleşmesi kapsamında işlenmesini de idare edecektir.

Nomer, işyerinin belirlenmesinde işletmenin iç teşkilatlanmasının önem arz etmediğini, işçinin işini fiilen yerine getirdiği yerin burası olmasının tek kriter olduğunu belirtmektedir¹⁶⁴. O halde, tamamen uzaktan çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde de, işçinin işini sürekli olarak bir yerde yapması söz konusuysa, ilgili ülke hukukunun uygulanması gündeme gelecektir¹⁶⁵. İşçinin işini birden fazla yerde yaptığı veya kısmen uzaktan çalıştığı hallerdeyse, işçinin işini mutaden yaptığı bir yer tespit edilemediği ölçüde, MÖHUK m.27/3'e başvurulabilir¹⁶⁶. Diğer yandan, MÖHUK m.27/3'ün işini tek bir yerde mutad olarak yapmayan, sürekli çeşitli ülkelerde sahne alan müzik ve gösteri toplulukları, sınır ötesi çalışan sürücüler, deniz veya havayolu personeli gibi kişilerin iş sözleşmelerini kapsadığı da belirtilmektedir¹⁶⁷.

MÖHUK m.27/2 ve 3'ün milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamaya yetmediği hallerde, söz konusu düzenlemelerdeki bağlama kurallarıyla ulaşılan bağlama noktası ile uyumsuzluk konusu hukukî ilişki arasındaki bağlantı zayıf kaldığında, dördüncü fıkrada, hâkime daha sıkı ilişkili hukuku uygulamak konusunda takdir yetkisi tanınmıştır¹⁶⁸. Daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde de sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması amacı doğrultusunda hareket edilmelidir¹⁶⁹.

Örneğin, Rus bir şirket ile yaptığı iş sözleşmesi kapsamında Avrupa'da birden fazla ülke arasında tır şoförlüğü yapan ve daha sonra Türkiye'ye yerleşen Özbek kamyon şoförünün işverenine karşı MÖHUK m.44'teki yetki kurallarına istinaden Türkiye'de dava açması söz konusu olabilir. Bu takdirde, sözleşmede hukuk seçimi yoksa, MÖHUK m.27/3 uyarınca, işçinin sona eren iş sözleşmesi nedeniyle işlenen (örneğin adli sicil kaydı ya da mahkumiyet kararı gibi) verilerinin silinmesi talebine Rus hukuku uygulanmalıdır. Ancak tır şoförünün taşımacılık işini yaparken daha fazla zaman geçirdiği bir ülkenin Rus hukukundan işçiye daha iyi bir koruma sağladığının tespit edilmesi halinde, bu ülke hukuku MÖHUK m.27/4 aracılığıyla daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilir.

¹⁶⁴ Nomer, s. 341; Konu hakkında bkz. Doğa Elçin, "İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2011, s. 124-125.

¹⁶⁵ Elçin, s. 126-127.

¹⁶⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 287; Çelikel/Erdem, s. 418.

¹⁶⁷ Nomer, s. 343. Ayrıca bkz. Elçin, s. 145-147.

¹⁶⁸ Çelikel/Erdem, s. 419.

¹⁶⁹ Çelikel/Erdem, s. 419; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 287; s. Güngör, 200; Elçin, s. 151-153.

3. Kişisel Verilerin Korunması Alanında Kamu Düzeni Müdahalesi ve Doğrudan Uygulanan Kurallar

MÖHUK'ta yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen iki önemli hal bulunmaktadır. Birincisi, MÖHUK m.5'e göre yetkili yabancı hukukun somut olaya uygulanan hükmünün kamu düzenine aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz (kamu düzeninin olumsuz etkisi) ve gerekli hallerde Türk hukuku uygulanır (kamu düzeninin olumlu etkisi)¹⁷⁰. Maddede öngörülen etkilerin, yabancı hukuk kuralının uygulanmasının Türk kamu düzeni açısından yaratacağı sonuçlar ilgili uyumsuzluk özelinde ele alınarak değerlendirilmesi gerekir. Eğer bir kuralın uygulanması, temel hak ve hürriyetlere veya toplumsal ahlâk ve örf ve âdetler ile Türk hukuk düzeninin temel ilkelerine açıkça aykırılık teşkil eden sonuçlara yol açıyorsa, kamu düzeninin müdahalesi yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf eder ve hâkim gerekli hallerde Türk hukukunu uygulayabilir¹⁷¹.

Anayasa m.20/3'te kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bir temel hak olarak düzenlenmiştir¹⁷². İlgili anayasal hüküm kapsamında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin uyumsuzluklarda yetkili hukukun uygulanmasının kişisel verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ya da amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkını ihlâl edecek sonuç doğurması, somut olayın koşullarına göre, kamu düzeni müdahalesine neden olabilir. Örneğin kişisel verilerin rıza veya hukuka uygunluk nedeni olmadan işlenmesi ve veri süjesinin işlenen verilerin silinmesi yönündeki talebinin hiçbir gerekçe olmadan reddedilmesine ilişkin bir uyumsuzlukta, yetkili yabancı hukukun uygulanması veri sorumlusunun ya da veri işleyen bu davranışını hukuka uygun kabul ediyor olsa bile; Türk kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olur¹⁷³.

İkinci olarak, düzenleme amacı ve uygulama alanı dikkate alınarak somut uyumsuzluğa uygulanması gereken doğrudan uygulanan kurallar da yetkili yabancı hukuktaki kurallar dikkate alınmaksızın uygulanır. Doğrudan uygulanan kurallar, devletin örgütlenmesi ve sosyoekonomik politikalarıyla ilgili tercihleri gerçekleştirmek için, yabancı unsur taşısın veya taşımamasın, ülkedeki bütün işlemlere uygulanması amaçlanan kurallardır¹⁷⁴. MÖHUK m.6'ya göre, Türk hukukunun böyle nitelikteki kuralları uyumsuzluğa doğrudan uygulanır. Öte yandan, MÖ-

¹⁷⁰ Doğan, s. 220; Çelikel/Erdem, s. 155-156.

¹⁷¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 85; Doğan, s. 224-225.

¹⁷² Yukarıda bkz. s. 5.

¹⁷³ Aydoğmuş Gisoldi, yetkili yabancı hukukta kişisel verinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi nedeniyle tazminat hakkı tanınmaması, veri sahibinin her türlü korumadan muaf tutulması gibi durumları kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecek hâllere örnek göstermektedir. Bkz. Aydoğmuş Gisoldi, s. 204-205.

¹⁷⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 7; Doğan, s. 239.

HUK m.31'e göre, sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlıkla sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları da amacı, niteliği, içeriği ve sonuçları dikkate alınarak uygulanabilir veya böyle kurallara aynı kriterler dikkate alınarak etki tanınabilir. Ek olarak, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) doğrudan uygulanan kuralları da söz konusu hukukun bir parçası olarak uygulanır¹⁷⁵.

Gerek MÖHUK m.6 gerekse MÖHUK m.31 gereğince doğrudan uygulanan kurallar tespit edilirken, ilgili normun amacı ve uygulama alanı dikkate alınmalıdır. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıyla ilgili olarak, KVKK'daki veya diğer mevzuattaki belirli bir kuralların doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyıp taşımadığı bu yönde yapılacak bir değerlendirmeye ortaya konulmalıdır¹⁷⁶. Kanaatimizce, Türk hukukunda, bankacılık ve finans alanında müşteri sırlarının ya da sağlık hizmetleri yönünden hasta mahremiyetinin korunması veya halk sağlığının korunması amacıyla sağlık bilgilerinin ya da kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla kişisel bilgilerin işlenmesi hakkındaki kurallar, amaçları bakımından devletin sosyoekonomik politikalarıyla ve Anayasa m.20/3'te güvence altına alınan kişisel verilerin korunması hakkıyla sıkı bir şekilde ilişkili olduklarından MÖHUK m.6 bağlamında *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilebilir. Söz konusu kurallar, düzenleme amacı ve uygulama alanı dikkate alındığında, bağlama kuralının yabancı bir hukuku işaret ettiği uyuşmazlıklarda da uygulanmalıdır.

SONUÇ

Kişisel verilerin özel hukuk yoluyla korunması, verilen kararların yabancı veri sorumluları ya da veri işleyenler bakımından icra kabiliyeti olması bakımından idarî yaptırımlara kıyasla daha etkili olabilir. Nitekim Avrupa Birliği'nde GVKT, yetki, uygulanacak hukuk ve kâr amacı gütmeyen kuruluşların veri süreçlerini temsilen dava açma imkânı gibi, kişisel verilerin özel hukuk yoluyla korunmasını güçlendiren bir dizi imkân getirmiştir. Türk hukukunda ise, KVKK, kişisel verilerin özel hukuk alanında korunmasını özellikle hedefleyen bir değişiklik getirmemiştir.

Bu çalışmada, kişisel verilerin korunması hakkının ihlâlini ilgilendiren yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun nasıl tespit edilmesi gerektiği Türk hukuku bakımından Avrupa Birliği hukuku ile karşılaştırmalı

¹⁷⁵ Doğan, s. 243.

¹⁷⁶ Aydoğmuş Gisoldi, s. 200-201. Örneğin öğretilde bir görüş, özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarını düzenleyen KVKK m.6 hükmünün ve kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin KVKK m.9 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını ileri sürmektedir. Bkz. Akgül, s. 232.

olarak incelenmiştir. ABAD'ın mehzaz Yönerge m.4/1-a hakkında sergilediği ve GVKT döneminde de sürmesi beklenebilecek, yasanın yabancı unsurlu uyuşmazlıklara Roma I Tüzüğündeki bağlama kurallarını göz ardı ederek uygulanması şeklindeki yaklaşımını Türk hukuku bakımından kabul etmek için bir sebep-yürürlükteki düzenlemeler ışığında- bulunmamaktadır. KVKK, Avrupa Birliği hukukundaki GVKT'nin aksine, yer bakımından uygulama alanını belirtmemiştir. MÖHUK m.35/3'te konu hakkında özel bir bağlama kuralı getirilmiş olması da kişisel verilerin işlenmesini ilgilendiren uyuşmazlıklarda bağlama kurallarına başvurulacağını doğrulamaktadır.

Bu bakımdan, Türk hâkiminin önüne gelen yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığında kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirirken, MÖHUK'taki bağlama kurallarına başvuracaktır. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesinin sözleşmesel bir dayanağı yoksa kusur sorumluluğuna dayalı tazminat ve saldırının sona erdirilmesi talepleri bakımından haksız fiile ilişkin özel bağlama kuralı MÖHUK m.35/1 üçüncü fıkra atfıyla kıyasen uygulanacaktır. Söz konusu uygulama sırasında, MÖHUK m.35/3'te kişisel verilerin kitle iletişim araçlarıyla işlenmesi ya da işleme sonucunda zarar meydana gelmesi gibi koşullar aranmadığından bahisle geniş bir yorum yapılırsa, sözleşme dışı hallerin tamamında MÖHUK m.35/1 uygulanabilir. Buna karşın, yukarıda savunduğumuz görüş doğrultusunda MÖHUK m.35/1'in üçüncü fıkra atfıyla ancak birinci fıkradaki koşullar altında uygulanması gerektiği kabul edilirse, diğer kişilik hakkı ihlâli durumlarında olduğu gibi, verilerin fıkroda belirtilen araçlarla işlenmediği hallerde MÖHUK m.34'e başvurmak gerekecektir.

Günümüzde verinin çoğunlukla internet üzerinden işlendiği dikkate alındığında, kişisel verilerin ihlâliyle ilgili uyuşmazlıklarda MÖHUK m.35'in geniş bir uygulama alanı olacaktır. Verinin, ilgili kişinin bir işletmeyle işletmenin bulunduğu yerde girdiği ilişki sonucunda işlenmesi durumunda (kamera, muhasebe kayıtları, müşteri veritabanı vb. işletme kayıtları) ağırlık verilmesi gereken menfaatler MÖHUK m.35/1'in korumayı amaçladığından farklılaşabilir. Bu nedenle, verilerin kitle iletişim araçlarıyla değil, yerel veya fiziksel olarak işlendiği hallerde hâkimin MÖHUK m.34'ün uygulanması çoğu kez daha uygun düşecektir. MÖHUK m.34/3'te "daha sıkı ilişkili" hukukun uygulanmasına izin veren bir kaçış kuralının bulunması uygulamada istisnâ hallerde karşılaşılabilecek sorunları çözmeye yeterli gelecektir.

Öte yandan, TMK m.25/3'e göre, kişilik haklarının ihlâli nedeniyle elde edilen menfaatlerin iadesi vekâletsiz iş görme hükümlerine göre istenebilir. MÖHUK'ta bu konuda özel bir bağlama kuralı bulunmadığından, hâkimin MÖHUK m.35/1'deki kuralı kıyasen uygulayarak boşluk doldurması yerinde bir

çözüm olacaktır. Belirtilen kuralın kapsamına girmeyen hallerde de, hâkimin öğretide vekâletsiz iş görmeye uygulanması önerilen bağlama kurallarını dikkate alarak hukuk yaratması gerekecektir.

Kişisel verilerin bir sözleşmeyle bağlantılı olarak işlendiği durumlarda ise, sözleşmeye bir bütün olarak uygulanacak hukuk MÖHUK m.24-29 arasındaki bağlama kurallarına göre tespit edildiğinde, bu hukuk aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili uyumsuzluğu da idare edecektir. Bununla birlikte, başta zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen, özel hükümlerin dışında kalan sözleşmeler için MÖHUK m.24, hukuk seçimi yapılmadığında ya da geçersiz olduğunda, genellikle karakteristik edim borçlusu olan veri sorumlusu veya veri işleyen hukukunun uygulanmasını gerektirecektir. Bu durumun -özellikle MÖHUK m.26 kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri bakımından- doğurabileceği sakıncalar kanaatimizce iki yöntemle önlenabilir. Böyle bir durumda, bağlantı noktalarının ilgili kişinin mutad meskeninde yoğunlaşması halinde istisnaen MÖHUK m.24/4'teki daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması kuralı uygulanabilir. Alternatif olarak, milletlerarası özel hukukun amaçları dikkate alınarak, yine istisnaen, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin sözleşme hükümlerinin parçalama yoluyla MÖHUK m.35'e tabi kılınması imkânı somut uyumsuzluğun şartlarına göre değerlendirilebilir.

Son olarak, Türk hukukunun örneğin bankacılık ve finans alanında müşteri sırlarının ya da sağlık hizmetleri yönünden hasta mahremiyetinin korunması veya halk sağlığının korunması amacıyla sağlık bilgilerinin ya da kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla kişisel bilgilerin işlenmesi hakkında getirdiği kurallar, MÖHUK m.6 bağlamında *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları olarak değerlendirilebilir. Söz konusu kurallar, düzenleme amacı ve uygulama alanı dikkate alındığında, bağlama kuralının yabancı bir hukuku işaret ettiği uyumsuzluklarda da uygulanmalıdır. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ise, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun bir parçası olarak hâkim tarafından uygulanır. Öte yandan, sözleşmeye ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülke hukukunun benzer nitelikteki doğrudan uygulanan kurallarına da kuralların amaçları, nitelikleri, muhtevaları ve sonuçları nazara alınarak, etki tanınabilir (MÖHUK m.31).

KAYNAKÇA

- Akgül, Alper, “Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlallerine İlişkin Davalarda Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2024, C. 15, S. 58, s. 211-246.
- Arslan, İlyas, “Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2021, C. 79, S. 1, s. 135-191.
- AVKK, GVKT’nün yer bakımından kapsamına (Madde 3) ilişkin 3/2018 sayılı Rehber (*Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*), <https://edpb.europa.eu> adresi üzerinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Aydoğmuş Gisoldi, Ayşe Yasemin, Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2023.
- Baş Süzel, Ece/Yasan, Candan, “Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 2, s. 365-396.
- Başalp, Nilgün, Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2015, C. 21, S. 1, 77-106.
- Brkan, Maja, “Data Protection and Conflict-of-Laws: A Challenging Relationship”, European Data Protection Law Review, Y. 2016, C. 2, S. 3, s. 324-341.
- Chakarova, Kristina Yuliyanova, “General Data Protection Regulation: Challenges Posed by the Opening Clauses and Conflict of Laws Issues”, European Union Law Working Papers, Stanford - Vienna Transatlantic Technology Law Forum, 2019, S. 41.
- Çalışma Grubu, 8/2010 sayılı Görüş, <https://ec.europa.eu> adresi üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Çekin, Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2020.
- Çelik, F. Elif: Kişilik Hakkının Sınır Ötesi İhlalinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar, Ankara 2023.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2017.
- Çörtoğlu Koca, Sema, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri), Ankara 2016.
- Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2017.
- Doğan Kaya, Hacer Ülkü, Bankaların Para Transferlerinde Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Kişisel Verilerin Korunması, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi (14.11.2021).
- Elçin, Doğa, “İş Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011.

- Güngör, Gülin, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku ‘Düşünsel Temeller’”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2008, C. 57, S. 2, s. 115-132 (Düşünsel Temeller).
- Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021.
- Güngör, Gülin, “İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Hukukta Tüketicinin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1997, C. 46, S. 1- 4, s. 101-120 (İnternet Tüketici Akitleri).
- Huang, Jie (Jeanne), “Applicable Law to Transnational Personal Data: Trends and Dynamics”, German Law Journal, 2020, C. 21, s. 1283-1308.
- Kurum, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, Soru 2, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Kurum, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Kurum, Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Rehberi (2025), kvkk.gov.tr üzerinden 5.12.2025 tarihinde erişilmiştir.
- Kurum, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, kvkk.gov.tr üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2020.
- Lundstedt, Lydia, “International Jurisdiction over Cross-border Private Enforcement Actions under the GDPR”, Stockholm Faculty of Law Research Paper Series, 2018, S. 75.
- Melcher, Martina, “Substantive EU Regulations as Overriding Mandatory Rules?”, ELTE Law Journal, Y. 2020, S. 1, s. 37-50.
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt -1, İstanbul (2012).
- Önal, Ali, “Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 2151-2180.
- Özel, Sibel, “İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 2011, C. 24, S. 1-2, s. 609-618.
- Öztürk, Bahri/Altınok Çalışkan, Elif/Seyhan, Serkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Teorik ve Pratik Çalışma Kitabı, Ankara 2021.
- Stone, Peter, EU Private International Law, Cheltenham 2016.
- Symeonides, Symeon C., Codifying Choice of Law Around the World, Oxford 2014.
- Sarıöz Büyükalp, A. İpek, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m.27/f.3’ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 8, S. 2, s. 195-248.
- Saygı, Samet, “6698 Sayılı Kanun’un Sistematığında Yargısal Başvuru Yolları”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Y. 2020, C. 2, S. 2, s. 30-61.

- Svantenson, Dan Jerker B., “The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses”, Stanford Journal of International Law, Y. 2014, C. 50, S. 1, s. 53-102.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016.
- Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020.
- Tarman, Zeynep Derya, “Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması”, Public and Private International Law Bulletin, Y. 2019, C. 39, S. 1, s. 325-356.
- Tekin, Esra, Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk, Ankara 2021.
- Vrabec, Helena U./Nurullaev, Ruslan/Olmedo Cuevas, Michel/Szulewski, Paweł, “Data Localisation Measures and Their Impacts on Data Science”, Research Handbook in Data Science and Law, Ed., Vanessa Mak, Eric Tjong Tjin Tai, Anna Berlee, Cheltenham 2018, 322-355.
- Yüksel, Burcu, Uluslararası Elektronik Fon Transferine Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2018.

Elektronik Kaynaklar

- Convention 108 and Protocols, <https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108-and-protocol> adresinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Google Ads Help, Target ads to geographic locations, <https://support.google.com/google-ads/answer/1722043?hl=en> adresinden 13.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Kurum, Veri İhlal Bildirimleri, <https://www.kvkk.gov.tr/veri-ihlali-bildirimi/> adresi üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Kurum, Yurt Dışına Aktarım, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/2053/Yurtdisina-Aktarim> üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.
- Merriam-Webster, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/cookie>.
- OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (Mahremiyetin Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Aktarımı Rehber İlkeleri), 23.9.1980, www.oecd.org üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.

Kararlar

- ABAD 30.11.1976 tarih, C-21/76 sayılı karar.
- ABAD 7.3.1995 tarih, C-68/93 sayılı karar.
- ABAD 7.12.2010 tarih, C-144/09 sayılı karar.
- ABAD 25.10.2011 tarih, C-509/09 ve C-161/10 sayılı (birleştirilmiş) karar.
- ABAD, 13.5.2014 tarih, C-131/12 sayılı karar.

ABAD 1.10.2015 tarih, C-230/14 sayılı karar.

ABAD 28.7.2016 tarih, C-191/15 sayılı karar.

ABAD 17.11.2017 tarih, C-194/16 sayılı karar.

ABAD 15.6.2021 tarih, C-645/19 sayılı karar.

ABAD 21.12.2021 tarih, C-251/20 sayılı karar.

Anayasa Mahkemesi, 05.11.2024 tarihli ve E. 2023/158, K. 2024/187 sayılı kararı.

Kurul, 16.1.2020 tarihli ve 2020/41 sayılı karar, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6714/2020-41> adresinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.

Kurul, 3. 9.2020 tarih, 2020/667 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6878/2020-667> üzerinden 12.12.2021 tarihinde erişilmiştir.

Tribunal cantonal du Jura (Cour civile), 12.2.2011, CC 117/2010 sayılı karar.

Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyanın Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkı ve Hakkın Kaybına Yol Açan Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi^(*)

The Right to Limit Liability of the Carrier in Maritime Transport of Goods and Evaluation of the Types of Faults Leading to Loss of This Right

Av. Uğur İLKUTLU^(**)

Öz:

Deniz yoluyla eşya taşımada taşıyan, taşımak üzere teslim aldığı eşyanın teslimini gerçekleştirene kadar geçecek sürede ziyaı, hasarı veya geç teslim edilmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK), "Taşıyanın Sorumluluğu" başlıklı m.1178 ilâ m.1192 hükümleri arasında taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Hukukumuzda kişisel ve sınırsız sorumluluk esas olmakla birlikte, taşıma hukukunda eşyanın ziyaı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğu TTK m.1186 hükmü ile sınırlandırılmaktadır. Bununla birlikte, bu hak her durum ve şartta taşıyana tanınmış mutlak bir hak niteliğinde değildir. Dolayısıyla, taşıyanın kusurunun ağırlığının belli bir dereceyi aştığı durumlarda sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan kusur türleri TTK m.1187 hükmünde "kast" ve "pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmâl" şeklinde düzenlenmekte ve ikincisi doktrinde kısaca "pervasızca davranış kusuru" olarak anılmaktadır. Çalışmamız ile taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan bu kusur türleri arasında özellikle de hukuk sistemimizde pek de alışık olmadığımız "pervasızca davranış kusuru" olarak nitelendirilen kusur türünün hukukumuzdaki klasik kusur türleri arasındaki yeri ve niteliğinin doktrin ve yargı kararları çerçevesinde belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Deniz Yoluyla Eşya Taşıma, Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkı, Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkının Kaybı, Kast, Pervasızca Davranış, Pervasızca Davranış Kusuru.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 06.05.2025 - Makale Kabul Tarihi: 29.06.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk, Doktora Programı Öğrencisi, Ankara - Türkiye,

E-posta: ugurilkutlu91@gmail.com,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0945-6728>.

Abstract:

In maritime transport of goods, the carrier is responsible for any loss, damage, or delay in delivery of the cargo from the time it is received until it is delivered. The provisions of Articles 1178 to 1192 of the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102, titled "Carrier's Liability", regulate the carrier's responsibility. While unlimited personal liability is the general principle in our legal system, the carrier's liability for loss, damage, or delay in delivery is limited under Article 1186 of the TCC. However, this right is not absolute under all circumstances. If the carrier's fault exceeds a certain degree of severity, the right to limit liability may be lost. Within this scope, Article 1187 of the TCC categorizes the types of faults leading to loss of this right as "malicious" and "an act or omission committed recklessly with knowledge that such damage or delay would likely occur". The latter is commonly referred to in doctrine as "reckless misconduct". This study aims to determine the place and nature of the type of faults that leads to the loss of the carrier's right to limit liability, especially the type of fault that is not very familiar in our legal system, which is called "reckless misconduct", among the classical types of faults in our law, within the framework of doctrine and court decisions.

Keywords:

Maritime Transport of Goods, Right to Limit Liability, Loss of the Right to Limit Liability, Malicious, Reckless Conduct, Reckless Misconduct.

GİRİŞ

Deniz yoluyla eşya taşımada taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, TTK m.1178 ilâ m.1192 hükümleri arasında ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Ancak, belli menfaat dengelerini göz önüne alan kanun koyucu, TTK'da sorumluluğun sınırlandırılmasına dair hükümler getirmiştir. Bu kapsamda, eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğu TTK m.1186 hükmü çerçevesinde belirli bir miktar ile sınırlandırılmıştır.

Bununla birlikte, taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkı, mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Nitekim TTK m.1187 hükmü çerçevesinde, kusurun ağırlığının belirli bir dereceyi aştığı durumlarda taşıyanın ve onun adamlarının sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, zarara veya teslimde gecikmeye, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin ya da ihmalinin sebebiyet verdiği ispatlandığı takdirde taşıyanın ve adamlarının TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanması mümkün olmayacaktır (TTK m.1187/1-2). Ayrıca, TTK m.1191/2 uyarınca söz konusu hükümler, fiili taşıyan ve onun adamları hakkında da uygulanacaktır.

Bu kapsamda, TTK m.1187 hükmü göz önüne alındığında sorumluluğun sınırlandırılması hakkının kaybına sebep olan iki tür kusur bulunmaktadır. Bu kusurlardan birincisi, "kast", ikincisi ise, doktrinde kısaca "pervasızca davranış kusuru" olarak anılan "pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmal" olarak ifade edilmektedir. Pervasızca davranış kusurunun ise iki unsuru içerdiği kabul

edilmektedir. Bunlar, “*pervasızca bir davranış*” ve bu davranış sonucunda “*zara-
rın meydana gelmesi ihtimalinin bilincinde olma*” durumudur.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle deniz yoluyla eşya taşımada taşıya-
nın sorumluluğuna ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ile TTK kapsamında
taşıyanın sorumluluğunu oluşturan hâller genel olarak açıklanmıştır. İkinci bölümde,
sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler ile sorumluluk sınırları ince-
lenmiştir. Son olarak üçüncü bölümde, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına
ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelere değinildikten sonra, TTK m.1187 hük-
münde yer verilen ve sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan kusur
türleri doktrin görüşleri ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

I. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Deniz yoluyla eşya taşımada taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler,
TTK ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. Bu kapsamda, deniz yo-
luyla eşya taşımada taşıyanın sorumluluğuna dair düzenlemeler içeren ve yürür-
lükte olan üç farklı uluslararası sözleşme bulunmaktadır¹. Bunlar, “Konişmentoya
Müteallik Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki 25.08.1924 tarihli Brüksel
Sözleşmesi (Lahey Kuralları)”, “Konişmentoya Müteallik Bazı Kuralların Birleş-
tirilmesi Hakkındaki 25.08.1924 tarihli Brüksel Sözleşmesinin Değiştirilmesine
Dair 23.02.1968 tarihli Protokol (Lahey/Visby Kuralları)”³ ve “Birleşmiş Milletler
Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kuralları)”⁴ olarak ifade edilmekte-
dir. Bunların yanı sıra, “Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlere-

¹ Yazıcıoğlu, Emine, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku, 17. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 386.

² Bundan sonra “Lahey Kuralları” olarak anılacaktır. Bu sözleşme, 02.06.1931 tarihinde yürürlü-
ğe girmiş olmakla birlikte, Türkiye’de 14.02.1955 tarih ve 6469 sayılı Kanun ile onaylanmış ve
04.01.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Kara, Hacı, Deniz Ticareti Hukuku, Güncellenmiş ve
Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 14); [https://www.dehukam.org/](https://www.dehukam.org/uluslararasi-sozlesmeler/taf-olunan/)
uluslararasi-sozlesmeler/taf-olunan/ (Erişim Tarihi: 22.06.2025); ayrıca bkz. RG 22.02.1955
T. 8937 S.; sözleşmenin tam metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201412/v1412.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

³ Bundan sonra “Lahey/Visby Kuralları” olarak anılacaktır. 1968 yılında İsveç’in Visby isimli şehrin-
de toplanan konferansta, Visby Kuralları olarak anılan Protokol ile Lahey Kurallarında değişiklik
yapılmıştır. Bu değişiklikler hakkında bkz. Demir, İsmail, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, 2.
Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 375; Lahey/Visby Kuralları 23.06.1977 tarihinde yürürlü-
ğe girmiş ise de (Kara, s. 14; Kayıhan, Şaban, Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law), Gözden Ge-
çirilmiş 4. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2024, s. 189) Türkiye bu sözleşmeye katılmamıştır
(Kayıhan, s. 190); ayrıca, sözleşmenin tam metni için bkz. [https://treaties.un.org/doc/Publication/](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201412/v1412.pdf)
UNTS/Volume%201412/v1412.pdf (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

⁴ Bundan sonra “Hamburg Kuralları” olarak anılacaktır. 31.03.1978 tarihinde Hamburg’da kabul
edilen bu sözleşme, 01.11.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Türkiye, bu sözleşmeye taraf
bulunmamaktadır (Kara, s. 14; Kayıhan, s. 190); sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.admiraltylawguide.com/conven/hamburgrules1978.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2025).

rası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)⁵” olarak başka bir uluslararası sözleşme de bulunmaktadır⁶. Ancak, deniz yoluyla eşya taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan kuralları yeknesak hâle getirmek üzere hazırlanan bu sözleşme, henüz yürürlüğe girmemiştir⁷.

“Lahey Kuralları” Türkiye’de 04.01.1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, bu sözleşmenin temel kuralları, 1937 tarihli Kanun ile değişik 1897 tarihli Alman Ticaret Kanunu’ndan (HGB) iktibas yoluyla 29.06.1956 tarih ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na (eTTK) da alınmıştır⁸. Sözleşme kapsamında taşıyanın ticari kusuru ile geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden doğan sorumluluğu emredici şekilde düzenlenmektedir. Ancak, geminin sevk ve başkaca teknik yönetimine dair kusuru karşısında taşıyanın sorumsuzluğuna yer verilmiş ve konişmentoda yazılı bulunan beyandan dolayı sorumluluk kuralı ise terk edilmiştir⁹.

Lahey Kurallarında yer alan hükümlerin konişmentolu taşımalar ile sınırlı kalması ve zaman içinde gelişmelere uyum sağlayamaması gibi çeşitli eleştiriler¹⁰ nedeniyle bu kurallarda değişiklik yapılmasını gerekli kılmıştır¹¹. Böylece 23.06.1977 tarihinde, 1968 Visby Protokolü ile değişik “Lahey/Visby Kuralları” yürürlüğe girmiş olsa da Türkiye bu sözleşmeye katılmamıştır. Ancak, TTK’nın hazırlanması sürecinde söz konusu kurallar göz önüne alınmıştır¹².

1968 ve ardından 1979 Protokolleri ile Lahey/Visby Kurallarında bazı önemli değişiklikler yapılmış ise de Lahey Kurallarına taraf bulunan tüm devletler bu sözleşmeye katılmamıştır. Lahey/Visby Kurallarında özellikle sorumluluğun sı-

⁵ Bundan sonra “Rotterdam Kuralları” olarak anılacaktır. Bu sözleşme, Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunda 11.12.2008 tarihinde kabul edilmiş ve 23.09.2009 tarihinde imzaya açılmış ise de henüz yürürlüğe girmemiştir (Kara, s. 14); öte yandan, Rotterdam Kurallarının Türkçe ve İngilizce dillerinde tam metni için bkz. Süzel, Cüneyt/ Damar, Duygu, “Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)”, (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2010, C. 26, S. 2, s. 149-240), <https://www.jurix.com.tr/article/6674?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 28.01.2025); ayrıca bkz. <https://www.denizticaretodasi.org.tr/tr/sayfalar/rotterdam-kurallari> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).

⁶ Kara, s. 14, ayrıca bkz. 289, 290; Kayıhan, s. 189, 190.

⁷ Çiğler, Selim, “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, (AYBÜ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 9, S. 2, s. 219-232), s. 221, <https://www.jurix.com.tr/article/36823?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).

⁸ Akıncı, Sami, Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri, Sermet Matbaası, İstanbul 1968, s. 70; Okay, M. Sami, Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, Gözden Geçirilmiş ilaveli İkinci Bası, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971, s. 168; Yetiş Şamlı, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, (İÜHFM, Y. 2013, C. LXXI, S. 2, s. 479-496), s. 479 ve dn. 1, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97847> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).

⁹ Kayıhan, s. 189.

¹⁰ Eleştiriler için bkz. Akıncı, s. 62.

¹¹ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 387.

¹² Kayıhan, s. 190; Yetiş Şamlı, Sefere Elverişlilik, s. 479 ve dn. 2, 3.

nırlandırılmasına ilişkin hükümlerin ve sorumsuzluk hâllerinin sözleşme dışı sorumluluğun bulunduğu durumlarda da uygulanması, sınırlı sorumluluk ve sorumsuzluk hâllerine ilişkin düzenlemelerin taşıyanın bağımsız yardımcıları hakkında da uygulanabilmesi ile sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir¹³. Dolayısıyla, Lahey/Visby Kurallarında, taşıyan lehine sorumsuzluk hâlleri ve sorumluluk sebepleri düzenlenmektedir. Ancak, eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere yer verilmemiştir¹⁴.

“Hamburg Kuralları” ise 01.11.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Türkiye tarafından onaylanmamış ve TTK’dan önce hükümleri de iç hukuka alınmamıştır¹⁵. Hamburg Kuralları kapsamında yapılan düzenlemeler ile Lahey/Visby Kurallarının konişmentolu taşımalar ile sınırlı bulunan uygulama alanı genişletilmiştir. Buna göre, eşyanın teslim alındığı an ile teslim edildiği ana kadar geçen sürede eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan taşıyanın sorumluluğu emredici şekilde düzenlenmiş¹⁶, canlı hayvan taşımaları ve güverte yüküne ilişkin özel düzenleme yapılmış, mutlak ve muhtemel sorumsuzluk hâlleri kaldırılmıştır¹⁷.

Lahey/Visby Kuralları ile karşılaştırıldığında, Hamburg Kurallarında yapılan düzenlemeler ile taşıyanın sorumluluğu oldukça ağırlaştırılmıştır. Bununla beraber, teknik kusurdan sorumsuzluğa dair ilkenin terkedilmesiyle eleştiri konusu olmuş¹⁸ ve sözleşmeye beklenen katılım sağlanamamıştır¹⁹.

“Rotterdam Kuralları” ise, 23.09.2009 tarihinde Rotterdam’da kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) ile Milletlerarası Denizcilik Komitesinin (CMI) ortak çalışmaları sonucunda bu kurallar kabul edilmiştir. Ancak, sözleşmeye katılan ülke sayısı oldukça sınırlı kalmıştır²⁰.

Rotterdam Kuralları, kendisinden önceki Lahey, Lahey/Visby, Hamburg Kurallarının yerini almak üzere kabul edilmiş yeni kurallardan oluşmaktadır. Rotterdam Kuralları ile günümüz gelişen denizcilik endüstrisinin gerektirdiği ihtiyaçların en iyi şekilde sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, taraf menfaatleri gözetilmek suretiyle taşıyan ve taşıtan lehine bazı düzenlemeler

¹³ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 387 ve dn. 517.

¹⁴ Kara, s. 289.

¹⁵ Kayıhan, s. 190; Yetiş Şamlı, Sefere Elverişlilik, s. 479 ve dn. 4.

¹⁶ Murray, E. Daniel, “The Hamburg Rules: A Comparative Analysis”, (Lawyer of the Americas, Y. 1980, C. 12, S. 1, s. 59-92), s. 68, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/unmialr12&i=67> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).

¹⁷ Kara, s. 290; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 388.

¹⁸ Hamburg Kurallarına yönelik eleştiriler hakkında bkz. Ülgener, M. Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul 1991, s. 49; Yazıcıoğlu, Emine, Hamburg Kuralları’na göre Taşıyanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak, 1. Bası, İstanbul 2000, s. 7-12.

¹⁹ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 388.

²⁰ Kayıhan, s. 190.

getirilmiştir²¹. Türkiye, bu kurallara henüz taraf olmamakla birlikte, uluslararası ticaretin içinde yer alması nedeniyle gelecekte bu kurallardan etkileneceği ifade edilmektedir²². Öte yandan, daha önce de ifade edildiği üzere, Rotterdam Kuralları henüz yürürlüğe girmemiştir.

TTK'da ise "Taşıyanın Sorumluluğu" başlığı altında ve m.1178 ilâ m.1192 hükümleri arasında taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, taşıyanın sorumluluğuna yol açan hâller sadece burada belirtilenler ile sınırlı değildir. Bu başlık altında düzenlenen hükümlerin dışında da taşıyanın sorumlu olduğu hâller bulunmaktadır.

TTK'da taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümler düzenlenirken, "Lahey Kuralları", "Lahey/Visby Kuralları" ve "Hamburg Kuralları" kapsamında yer alan hükümlerden yararlanılmıştır²³. Ayrıca, eTTK'da benimsenen sorumluluk rejiminin büyük oranda TTK'da da korunduğu ifade edilmektedir. Bununla birlikte, TTK'da taşıyanın eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilmiş ve fiili taşıyan²⁴ kavramına dair ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır²⁵.

TTK'da taşıyanın, haklı bir sebep olmaksızın rotadan sapmadan (TTK m.1113, m.1220), geminin başlangıçta denize, yola ve yüke elverişli olmamasından (TTK m.1141), başka gemiye yükleme ve aktarmadan (TTK m.1150), eşyanın izinsiz güverteye yüklenmesinden (TTK m.1151), eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan (TTK m.1178) dolayı sorumluluğu düzenlenmektedir.

TTK'da düzenlenen ve taşıyanın sorumluluğuna yol açan bu hâller dışında gerçekleşen diğer tüm hâllerde, navlun sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) eser sözleşmesine dair m.470 ilâ m.486 hükümlerinin uygulanacağı, ancak, burada hüküm bulunmaması hâlinde TBK'nın m.112 vd. hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir²⁶.

²¹ Kara, s. 290, 291.

²² Pamuk, Nihal, Rotterdam Kuralları ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 2, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).

²³ Kara, s. 291; Kayıhan, s. 190, 191; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 389.

²⁴ Fiili taşıyan, asıl taşıma sözleşmesine taraf olmamakla birlikte, taşıma işleminde yer alan bir kişiyi ifade eder. Zira bir taşıma sözleşmesinin tarafını oluşturan taşıyanın, üstlendiği taşıma işinin ifasını kural olarak başkalarına devretmesine engel yoktur. İşte fiili taşıyan, taşıyan ile yaptığı sözleşme uyarınca taşıma işini üstlenen ve fiilen de taşıma işini gerçekleştiren kişidir (Kula Değirmenci, Nil, "Taşıyanın 'Fiili Taşıyanın Hata ve İhmallerinden' Doğan Sorumluluğu ile Yararlanabileceği Sorumsuzluk Şartı", (İÜHF, Y. 2015, C.LXXIII, S. 1, s. 389-420), s. 394), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230788> (Erişim Tarihi: 28.01.2025); Fiili taşıyan kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 41-49.

²⁵ Kayıhan, s. 191.

²⁶ Çağa, Tahir/Kender, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku II Navlun Sözleşmesi, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 132; Sözer, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I (Ders Kitabı) Giriş-Ge-

II. SORUMLULUĞU SINIRLANDIRMA HAKKI

A. Genel Olarak

Hukukumuzda kural olarak kişisel ve sınırsız sorumluluk esası geçerlidir. Bununla birlikte, belli menfaat dengelerini ve bazı koşulları göz önüne alan kanun koyucu, TTK'da sorumluluğun sınırlandırılmasına dair hükümler getirmiştir. Böylece belli şartlar dahilinde, TTK kapsamında taşıyan açısından sınırlı sorumluluk öngören hükümler düzenlenmiştir²⁷.

Eşyanın zıyaı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan dolayı taşıyanın sorumluluğu, TTK m.1186 hükmü çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Nitekim TTK m.1186 hükmünün kenar başlığı da “sorumluluğu sınırlandırma hakkı” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, TTK kapsamında taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkı düzenlenmektedir²⁸.

Böylelikle taşıyanların üstesinden gelemeyecekleri derecede tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalmalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak, taşıyanın, bu haktan her durumda ve koşulda yararlanabilmesi de mümkün değildir. Nitekim zararın gerçekleşmesine taşıyanın kasıtlı veya pervasızca bir davranışı sebep olmuşsa, taşıyan bu hakkını kullanamayacaktır²⁹.

Ayrıca, taşıyanın sorumluluktan kurtulması hâlleri ile sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin, eşyanın zıyaı, hasarı veya geç tesliminden dolayı taşıyan aleyhine, haksız fiile ya da diğer bir sebebe dayanılarak açılacak bütün davalarda uygulanacağı ifade edilmektedir (TTK m.1190/1). Hatta bu gibi bir davanın, taşıyanın adamlarından biri hakkında açılması durumunda, görevi veya yetkisi sınırları dahilinde hareket ettiğini ispatlaması şartıyla, onun da taşıyanın sorumluluktan kurtulması hâllerinden ve sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerden yararlanabileceği kabul edilmektedir (TTK m.1190/2). Bu kapsamda, taşıyan ile taşıyanın adamlarından talep edilebilecek tazminat miktarlarının toplamı, TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırını aşı-

mi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 466; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 390; navlun sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında daha fazla bilgi için bkz. Akıncı, s. 49-51.

²⁷ Sözer, s. 503.

²⁸ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 405; TTK m.1186 hükmünün karşılığını eTTK m.1114 hükmü oluşturmaktaydı. Burada “Tazminatın en yüksek haddi” başlığı altında, taşıyanın herhâlde sorumluluğu, beher koli veya parça başına en çok 1500 TL olarak öngörülmüş, ancak, daha sonra 1983 tarihindeki değişiklik ile miktar 100.000 TL olarak belirlenmiştir. O dönemde söz konusu düzenleme, belirlenen meblağın zamanın ekonomik şartları karşısında çok düşük kaldığı şeklinde eleştiri konusu olmuş ve bu sınırın enflasyondan olabildiğince az etkilenecek bir birimle belirlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir (Bkz. Ülgener, s. 70, dn. 60).

²⁹ Bozkurt, Tamer, Deniz Ticareti Hukuku, Yeniden Kaleme Alınmış 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 193; ayrıca bkz. TTK m.1187.

mayacaktır. Bununla birlikte, TTK m.1187 hükmünde düzenlenen ve taşıyan ile taşıyanın adamları bakımından sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan hâllerin saklı olduğu da belirtilmektedir (TTK m.1190/3).

Dolayısıyla, TTK m.1186 hükmü ile taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkı düzenlenmiş, TTK m.1187 hükmünde ise, taşıyan ile taşıyanın adamlarının sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair hükümler getirilmiştir. Bunun yanı sıra, TTK m.1190 hükmü ile sözleşme dışı istemler bakımından da bu hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bu kapsamda, deniz yoluyla eşya taşımada hem uluslararası sözleşmelerde³⁰ hem de ulusal düzenlemelerde³¹ taşıyanın, eşyanın zıyayı, hasarı veya geç teslim edilmesinden doğan zararlardan dolayı sorumluluğunun belirli bir miktar ile sınırlandırıldığı ve böylelikle sorumluluğa ilişkin bir üst sınır belirlemeye yönelik hükümler getirildiği görülmektedir³².

B. Sorumluluk Sınırları

1. Eşyanın Zıyayı veya Hasarı Durumunda Sorumluluğun Sınırı

Eşyanın zıyayı veya hasarı sonucunda ortaya çıkan zarardan taşıyanın sorumlu olması hâlinde, zarar miktarının tespit edilmesi önem arz eder. Nitekim, yasal sorumluluk sınırının üzerinde bulunan zararlardan taşıyanın sorumluluğu bulunmamaktadır³³.

TTK m.1186/1 hükmünde yer alan, “Eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle ...” düzenlemesine bakıldığında, taşıyanın sınırlı sorumluluğunun söz konusu olduğu zararın tespitinde, eşyanın zıyayı veya hasarı sonucunda gerçekleşen bütün zararların bu çerçevede değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklık bulunmamaktadır. Öte yandan, TTK m.1178/2 hükmünde ifade edilen, “Taşıyan, eşyanın zıyayı veya hasarından ya-

³⁰ Deniz yoluyla eşya taşıma hakkında Lahey, Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları ile taşıyanın belli hâllerde sorumluluğunun sınırlandırılabilmesi düzenlenmektedir (Kara, s. 312; daha fazla bilgi için bkz. Yetiş Şamlı, Kübra, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Taşımalarda Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 127-134, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi: 26.01.2025); öte yandan, eşyaların karayolu veya havayolu ile taşınması durumlarına dair uluslararası sözleşmelerde de sorumluluğun sınırlandırılması ilişkin hükümler bulunmaktadır (bkz. Uluğ Cicim, İlkur/Çelik, Elif Çağla, “Deniz Yolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Gecikme Zararlarından Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması”, (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 7, S. 2, s. 81-99), s. 92, dn. 66, <https://www.jurix.com.tr/article/11657?u=0&c=0> Erişim Tarihi: 05.02.2025).

³¹ Örneğin; HGB, The U.S. COGSA of 1936 ve TTK bunlardan bazılarıdır (Uluğ Cicim/Çelik, s. 92, dn. 67).

³² Uluğ Cicim/Çelik, s. 92.

³³ Kayıhan, s. 202; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 405.

hut geç tesliminden doğan zararlardan, ... sorumludur” düzenlemesi göz önüne alındığında, aksi yönde görüşler³⁴ bulunmakla birlikte eşyanın zıya veya hasarının yol açtığı tüm zararların bu kapsamda kabul edilmesi gerekmektedir³⁵. Buna göre, eşyanın zıya veya hasarı sonucunda meydana gelen zarar, zıya veya hasar hiç gerçekleşme idi yükülgilinin malvarlığının bulunması gereken durumu ile zıya veya hasarın gerçekleşmesi olasılığındaki durumu arasında ortaya çıkan fark olarak belirlenmektedir³⁶.

Ayrıca, eşyanın değerinin ya da değerinde oluşan azalmanın tespit edilmesinde, eşyanın hangi tarihteki değerinin esas alınacağı da önem arz etmektedir³⁷. Böylece taşıyan tarafından ödenmesi gereken tazminatın toplamı, eşyanın navlun sözleşmesine uygun olarak gemiden boşaltıldığı ya da boşaltılması gereken yerdeki ve tarihteki değeri esas alınarak hesaplanacaktır. Bunun yanı sıra, eşyanın değerinin belirlenmesinde, borsa fiyatı veya böyle bir fiyat yoksa, cari piyasa fiyatı ya da her ikisinin de yokluğu hâlinde aynı nitelikte ve kalitede eşyanın olağan değeri esas alınacaktır (TTK m.1186/2).

Eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin her türlü zıya veya hasar nedeniyle taşıyanın, herhâlde, hangi sınır daha yüksek ise o sınırın uygulanması kaydıyla, koli veya ünite başına 666,67 Özel Çekme Hakkına veya zıya ya da hasara uğrayan eşyanın gayri safi ağırlığının her bir kilogramı için iki Özel Çekme Hakkını karşılayan tutarı aşan zarar için sorumlu olmayacaktır. Meğerki, eşyanın cinsi ve değeri, yüklemekten önce yükleten tarafından bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olsun. Özel Çekme Hakkı, fiili ödeme günündeki ya da taraflarca kararlaştırılan diğer bir tarihteki, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından belirlenen değerine göre Türk lirasına çevrilmiştir (TTK m.1186/1).

Yükletenin TTK m.1186/1 hükmü uyarınca yaptığı bildirim, daha açık ifadeyle, yükleten tarafından eşyanın cinsi ve değeri hakkında yapılan bildirim denizde taşıma senedine yazılmışsa, bu kayıtların karine niteliğinde olduğu kabul edilir. Ancak, bu karinenin taşıyan bakımından bağlayıcılığı bulunmamaktadır (TTK m.1186/4). Böylece, denizde taşıma senedinde yazılı bulunan ve eşyanın cins ve değerini gösteren kayıtların esasen gerçeği yansıtmadığı, dolayısıyla, eşyanın değerinin aslında taşıma senedinin üzerinde yazılı bulunan değerden daha düşük olduğu taşıyan tarafından ispatlanabilecektir. Hatta taşıyanın bu karinenin aksini, içeriğinde yer alan eşya tanımına güvenerek konişmentoyu devralmış olan

³⁴ TTK m.1186/2 hükmü uyarınca, taşıyanın sorumluluğunun sınırını eşyanın piyasa değeri oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, taşıyanın eşyanın ticari değeri ile sınırlandırılmış bir sorumluluğunun bulunduğu ilişki aksi yönde görüş için bkz. Sözer, s. 506.

³⁵ Kayıhan, s. 202; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 406.

³⁶ Demir, s. 395; Kayıhan, s. 202; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 406.

³⁷ Bozkurt, s. 195; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 406.

gönderilene ve iyi niyetli olması şartıyla üçüncü kişilere karşı ispatlama hakkı da vardır³⁸. Zira TTK m.1239/3 hükmünün denizde taşıma senedine yazılmış olan ve eşyanın cins ve değerini belirten kayıtlar hakkında uygulanmayacağı hususu TTK m.1186/4 hükmünde belirtilmektedir.

Taraflarca TTK m.1186/1 hükmünde düzenlenen sınırlardan daha yüksek tutarlar kararlaştırılabilir. Ancak, tarafların kararlaştırdığı bu sınırın, birinci fıkrada düzenlenen sınırlardan hangisi yüksek ise, o sınırdan daha düşük olamayacağı kabul edilmektedir (TTK m.1186/8). Buna göre, TTK m.1186/1 hükmü ile eşyanın ziyayı veya hasarı durumunda taşıyanın tabi bulunduğu sorumluluğun sınırı belirtilmiştir. Bu sınırın belirlenmesinde, burada yer verilen iki yöntemle göre hesaplanacak miktardan fazla olanı dikkate alınacaktır³⁹. Diğer bir ifadeyle hangisi gönderilenin lehine bulunmakta ise, o sınırın uygulanacağı ifade edilmektedir⁴⁰. Dolayısıyla, TTK kapsamında taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin iki farklı yöntem bulunmaktadır. Bunlar, eşyanın piyasa değeri ile sınırlandırma ya da koli veya ünite başına sınırlandırma olarak belirtilmektedir⁴¹.

Sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin olarak koli veya ünite başına sınırlandırma, eşyanın cins ve değerinin, ancak, konişmentoda yazılı olmadığı durumlarda söz konusu olan bir yöntemdir. Böyle bir durumda taşıyan, eşyada ortaya çıkan zararın tamamından değil, yalnızca TTK m.1186/1 hükmünde düzenlenen sorumluluk sınırı çerçevesinde sorumlu tutulur. Sorumluluğun koli veya ünite başına sınırlandırılmasından başka bir de ona alternatif olarak kilogram başına sınırlı sorumluluk vardır. Burada esas alınan ise eşyanın gayri safi ağırlığıdır. Sorumluluğun sınırını da kilogram başına iki Özel Çekme Hakkı oluşturmaktadır. Böylece zararın miktarı daha yüksek dahi olsa taşıyan, TTK m.1186/1 hükmünde öngörülen miktarın üzerindeki kısmından sorumlu tutulamayacaktır⁴².

Koli ve ünite kavramları⁴³ ile ilgili TTK'da bir tanımlama yer almamaktadır. Bununla birlikte, koli, taşıma konusu bir eşyanın, kutu, sandık, çuval vb. herhangi bir kabın içerisinde taşınması olarak anlaşılmaktadır. Ünite ise, taşıma konusu bir eşyanın, herhangi bir kap içerisine konulmadığı hâllerde söz konusu olan, navlun

³⁸ Bozkurt, s. 195; Demir, s. 395.

³⁹ Demir, s. 394.

⁴⁰ Kayıhan, s. 203.

⁴¹ Kaner, İnci Deniz, Deniz Ticareti Hukuku I-II Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan-Navlun Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 211; Kayıhan, s. 203; Sözer, s. 504.

⁴² Bozkurt, s. 194; Kaner, s. 211-213.

⁴³ Bu kavramlar hakkında daha fazla bilgi için bkz. Erbaş Açıklık, Aslıhan, "Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması-Konteyner Klotu", (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 3, S. 1, s. 105-123), s. 108, <https://www.jurix.com.tr/article/4238?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 05.02.2025); ayrıca bkz. Sözer, s. 512-515.

sözleşmesi veya konişmento ya da başka bir denizde taşıma senedinde esas itibarıyla eşyanın miktarını belli etmek için kullanılan, ancak, onun da bulunmadığı hâllerde eşyanın cinsine göre miktarı belli etmek için alışlagelmiş olarak kullanılan ölçü şeklinde ifade edilmektedir⁴⁴. Örneğin; 400 metreküp kereste, 300 ton buğday veya arpa, 600 kilo kahve gibi.

Ünite kavramı⁴⁵, boşluk doldurucu nitelikte bir kavram olması karşısında, sadece dökme eşyalar bakımından değil, ayrıca koruma içerisine alınmadıkları sürece otomobil, otobüs, tır, makine gibi eşyalar açısından da geçerli olan bir kavramdır⁴⁶. Dolayısıyla, maden, kömür, tahıl gibi dökme eşyalarda ve sıvı eşyalarda ünite kavramının kullanıldığı görülmektedir. Katı veya sıvı dökme eşyanın dışında bulunan diğer eşyalar için ise, bu eşyalar bir kabin içerisinde korunarak taşınmadığı sürece ünite sayılmaktadır⁴⁷.

Bu itibarla ambalajlanmış her türlü eşyanın koli olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁸. Fakat böyle bir hâlde de konteynerlerin⁴⁹ durumu tartışmaya açılmaktadır. Zira eTTK döneminde bu husus tereddüt uyandırmış ve bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir⁵⁰. Nitekim ambalajlanmış olan bir eşyanın koli olarak değerlendirilmesi karşısında, aslında hacmen oldukça büyük olan ve taşıma işinde kullanılan konteynerlerin de koli kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu gündeme gelmiştir. Hâkim görüşe göre, konteynerin içerisinde yer alan ambalaj birimlerinin sayısı konişmentoda belirtilmiş ise, bu belirtilen birimlerin her biri koli olarak kabul edilecektir⁵¹. Aksi takdirde konteynerin bütün içeriği ile birlikte tek bir koli olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görü-

⁴⁴ Kayıhan, s. 203; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 407.

⁴⁵ “Birim” (bkz. aşağıda dn. 47) veya eTTK’daki kullanımla “Parça” olarak da ifade edilmektedir (Çağa/Kender, s. 168; İzveren, Adil/Franko, Nisim/Çalık, Adil, Deniz Ticaret Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1994, s. 250; Okay, s. 206).

⁴⁶ Erbaş Açıklık, s. 108; İzveren/Franko/Çalık, s. 250; Kayıhan, s. 203; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 407; aksi yönde bkz. Okay, s. 206, 207.

⁴⁷ Demir, s. 395; ayrıca, doktrinde, ünite kavramından navlunun hesabında göz önüne alınan birimin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. (Çağa/Kender, s. 170; Kaner, s. 212). Bunun yanı sıra uluslararası sözleşmeler çerçevesinde bakıldığında ünite kavramının yerine “shipping unit (yükleme birimi)” kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle TTK m.1886/1 hükmünde yer alan ünite kelimesinin, yükleme ünitesi olarak anlaşılması yönünde bkz. Kaner, s. 212.

⁴⁸ Kaner, s. 212.

⁴⁹ Konteyner, tekrar kullanılabilme ve bir araçtan diğerine aktarılabilme olanağı bulunan, farklı taşıma yöntemleri kullanılarak içinde eşya taşımaya elverişli, yeteri ölçüde büyük ve sağlam bir taşıma kabı veya ekipmanı olarak tanımlanmaktadır (Erbaş Açıklık, s. 112).

⁵⁰ Sözer, s. 514.

⁵¹ Böyle bir durumda, söz konusu hükümde düzenlenen sınırlamanın her biri için ayrı ayrı uygulanması gerekeceği yönünde bkz. Okay, s. 207; buna karşılık, içinde bulunan eşyayı, taşıma risklerine karşı esaslı şekilde koruması sebebiyle konteynerin koli sayılması gerektiğini savunan aksi yönde görüş için bkz. İzveren/Franko/Çalık, s. 250 ve dn. 277’de anılan yazarlar.

şün yansıması, TTK hükümlerinde de görülmektedir⁵². Böylece TTK m.1186/3 hükmünde getirilen düzenleme ile bu tartışmalı husus belli bir açıklığa kavuşmuştur⁵³.

Eşyanın topluca bir konteyner, palet ya da benzeri bir taşıma gerecine konulması durumunda, denizde taşıma senedine söz konusu taşıma gerecinin içeriği olarak yazılmış olan her koli veya ünite, ayrı bir koli veya ünite kabul edilir. Aksi durumda, böyle bir taşıma gereci, tek bir koli veya ünite sayılır. Taşıma gerecinin kendisinde ziya veya hasar gerçekleşirse, taşıyana ait olmadığı ya da onun tarafından sağlanmadığı sürece, taşıma gereci ayrı bir koli kabul edilir (TTK m.1186/3).

Eşyanın cinsi veya değeri yükleten tarafından kasten gerçeğe aykırı bildirilmişse, taşıyan, herhâlde, eşyanın uğradığı veya eşyaya ilişkin ziya veya hasar nedeniyle sorumlu olmayacaktır (TTK m.1186/5). Öte yandan, ispat yükünün taşıyanda olduğu kabul edilmektedir⁵⁴.

2. Eşyanın Geç Teslim Edilmesi Durumunda Sorumluluğun Sınırı

eTTK'da eşyanın geç teslimine ilişkin hükme yer verilmemiş, tazminata ilişkin düzenlemelerde (eTTK m.1112 vd.) ziya ve hasar ihtimalleri dikkate alınmıştır. TTK ise eşyanın geç teslim edilmesi ihtimalini de düzenlemiştir⁵⁵. Eşyanın geç teslim edilmesi hâlinde ortaya çıkan zarar, eşya süresinde teslim edilse idi yükü ilgilinin malvarlığının bulunacağı durum ile eşyanın geç teslim edilmesi durumunda malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farkı ifade etmektedir⁵⁶.

Deniz yoluyla eşya taşıma sözleşmelerinde, sözleşmenin ifası için belirli bir tarihin belirlenmesi mümkündür. Sözleşmede bir ifa tarihi belirlenmiş olmasına rağmen, taşıyan tarafından bu tarihte eşyanın teslim edilmemesi durumunda geç teslimin mevcut olduğunda şüphe yoktur. Ancak, deniz yoluyla eşya taşımanın kendine özgü bazı özellikleri karşısında önceden belirli bir taşıma süresinin kararlaştırılması durumu ile oldukça nadir karşılaşılmaktadır. Bununla birlikte, taraflarca sözleşmede belirli bir teslim süresinin kararlaştırılmadığı durumlarda dahi eşyanın teslim edileceği tarih taşıyanın takdirine bırakılmamaktadır⁵⁷. Zira sözleşmede açıkça kararlaştırılan bir süre yoksa, olayın özelliklerine göre tedbirli bir taşıyandan eşyanın tesliminin makul olarak istenebileceği süre içinde eşya-

⁵² Kaner, s. 212.

⁵³ Sözer, s. 514.

⁵⁴ Kayıhan, s. 204.

⁵⁵ Bozkurt, s. 196; Taşkın, Melda, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyanın Geç Teslimden Sorumluluğu", (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 15, S. 2, s. 681-707), s. 684, <https://www.jurix.com.tr/article/5636?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 05.02.2025).

⁵⁶ Uluğ Cicim/Çelik, s. 92; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 408.

⁵⁷ Taşkın, s. 686.

nın teslim edilmemesi hâlinde teslimde gecikme olduğu varsayılacaktır (TTK m.1178/4).

Geç teslimden bahsedebilmek için eşyanın geç de olsa mutlaka teslimi gerekmektedir. Nitekim teslimin hiç yapılmaması durumunda artık geç teslimden bahsetmek mümkün değildir. Bu hâlde eşyanın zıyaı söz konusu olmaktadır. Öte yandan, eşyanın teslim süresinin dolmasından itibaren aralıksız altmış gün içinde teslim edilmemesi durumunda, eşyanın zayi olmuş sayılabileceği hüküm altına alınmış olmakla (TTK m.1178/5), böyle bir hâlde eşyanın zıyaına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği ifade edilmektedir⁵⁸.

Taşıyanın, taşıma süresinin aşılmasından doğan sorumluluğunun geciken eşya için ödenecek navlunun iki buçuk katı ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu tutar da navlun sözleşmesine göre ödenecek toplam navlun miktarından fazla olamayacaktır (TTK m.1186/6). Bunun yanı sıra, belirtilen düzenleme emredici nitelikte değildir. Nitekim TTK m.1186/8 hükmü gereğince, eşyanın geç teslim edilmesi durumunda ortaya çıkan zararlara ilişkin olarak tarafların sözleşme ile söz konusu sınırların üzerinde bir tutar belirlemeleri mümkündür⁵⁹.

3. Eşyanın Zıyaı veya Hasarı ile Geç Teslim Durumlarının Birlikte Gerçekleşmesi Hâlinde Sorumluluğunun Sınırı

Bazı hâllerde, aynı olayda hem eşyanın zıyaı veya hasarı hem de geç teslim edilmesi zarara sebebiyet verebilmektedir⁶⁰. Böylece, TTK m.1186/1 ve m.1186/6 hükümlerinde öngörülen sorumluluk rejimlerinin birlikte uygulanması hâlinde, taşıyanın toplam sorumluluğunun, eşyanın tam zıyaından sorumluluğu durumunda TTK m.1186/1 hükmü gereğince tazminle yükümlü olacağı tutarı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır (TTK m.1186/7).

Bu kapsamda, söz konusu hüküm, geç teslim edilen bir eşyanın zıya veya hasar görmüş olması hâlinde uygulanabileceği gibi, eşya kısmen geç teslim edilmiş kısmen de zıya veya hasar görmüş şekilde teslim edilmiş olması hâlinde de uygulanabilmektedir⁶¹. Ancak, TTK m.1186/1 ve m.1186/6 hükümlerindeki sorumluluk sınırlarının bir arada uygulanabilmesi için hem gecikmenin hem de zıya veya hasarın sebep olduğu sorumluluk koşullarının aynı olaydan dolayı ortaya çıkması gerekmektedir⁶². Bir eşya geç teslim edilmesine rağmen zıya veya hasarın sebebi gecikmeden kaynaklanmamakta ise, sorumluluk sınırlarının beraber uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu hâlde, tazminat tutarının tam zıya duru-

⁵⁸ Taşkın, s. 687.

⁵⁹ Bozkurt, s. 196; Kayıhan, s. 204.

⁶⁰ Bozkurt, s. 196; Demir, s. 396.

⁶¹ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 409.

⁶² Kaner, s. 214.

munda ödenmesi gerekli olan miktar ile sınırlandırılması imkânı da olmayacaktır. Örneğin; geç teslim edilen bir eşyanın kötü istiften dolayı kullanılamayacak hâle gelmesi sonucunda zayı olması, aynı zamanda yolculuk süresinin uzaması sebebiyle geç teslim edilmesi durumunda, taşıyan tarafından tam zıya sebebiyle ödenmesi gereken miktarın ve geç teslimden dolayı gerçekleşen zararların navlun ile sınırlı sorumluluk kapsamında tazminini gerektirir⁶³.

III. SORUMLULUĞU SINIRLANDIRMA HAKKININ KAYBI

A. Genel Olarak

Sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin olarak öncelikle uluslararası sözleşmelere bakılması yararlı olacaktır. Bu kapsamda, Lahey Kurallarında, taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle taşıyanın kasten neden olduğu zararlardan bile sorumluluğunun sınırlı olduğu sonucu çıkmaktadır. İşte adalet duygusunu zedeleyen bu durum karşısında ulusal hukuk kurallarında bazı çözümler getirilmeye çalışılmıştır⁶⁴.

Bununla birlikte, Lahey/Visby Kuralları⁶⁵ ile Hamburg Kurallarında⁶⁶ sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁶⁷. Ayrıca, henüz yürürlüğe girmemiş de olsa Rotterdam Kurallarında⁶⁸ da sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin hüküm bulunmaktadır. Türkiye ise bu uluslararası sözleşmelerden sadece Lahey Kurallarına taraf olmuştur.

Taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkı, TTK kapsamında mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir⁶⁹. Kaldı ki eşyanın zıyaı, hasarı veya geç teslim edilmesi-ne sebep olan kusurun niteliği hiç dikkate alınmaksızın her durumda ve şartta taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılmasının haksız ve hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağında şüphe yoktur. Bu yüzden, özellikle de taşıyanın kusurunun ağırlığının belirli bir dereceyi aştığı durumlarda TTK m.1187 hükmü ile taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair bir düzenleme yapılmıştır⁷⁰.

Zarara veya teslimde gecikmeye, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlen-

⁶³ Kaner, s. 215.

⁶⁴ Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 168; Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluk, s. 135.

⁶⁵ Bkz. Lahey/Visby Kuralları m.4/5-(e).

⁶⁶ Bkz. Hamburg Kuralları m.8.

⁶⁷ Daha fazla bilgi için bkz. Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluk, s. 138-141.

⁶⁸ Bkz. Rotterdam Kuralları m.61.

⁶⁹ Bozkurt, s. 196; Kayıhan, s. 204.

⁷⁰ Demir, s. 396; Erbaş Açıklık, s. 114; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 409.

miş bir fiilin ya da ihmalinin sebebiyet verdiği ispatlandığı takdirde taşıyanın TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanması mümkün olmayacaktır (TTK m.1187/1).

Taşıyanın yanı sıra taşıyanın adamlarının kast veya pervasız davranışları zarara ya da teslimde gecikmeye sebep olmuşsa, bunlar da sorumluluğu sınırlandırma haklarını kaybederler⁷¹. Böylece, zarara veya teslimde gecikmeye, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin ya da ihmalinin sebebiyet verdiği ispatlandığı takdirde taşıyanın adamlarının da TTK m.1190/2 hükmüne dayanarak TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanması mümkün olmayacaktır (TTK m.1187/2). Diğer yandan, söz konusu hükümlerin TTK m.1191/2 uyarınca fiili taşıyan ve fiili taşıyanın adamları hakkında da uygulanacağı ifade edilmektedir⁷².

Öte yandan, eşyanın ambarda taşınmasına ilişkin açık anlaşmaya aykırı olarak güvertede taşınması, taşıyanın TTK m.1187 hükmü bağlamında bir fiili veya ihmali olarak kabul edilir (TTK m.1151/5). Diğer bir deyişle, bu durum taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan bir fiili veya ihmali olarak görülür. Geminin denize, yola ve yüke elverişli durumda olmadığı taşıyan tarafından bilinmesine karşın yolculuğa çıkarılması⁷³ ya da konişmentodan açıkça hak sahibi olmadığı anlaşılmasına rağmen eşyanın böyle bir kişiye teslim edilmesi gibi durumların sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açacağı kabul edilmektedir⁷⁴. Böylece taşıyan, kasten veya pervasızca bir davranış ile zarara sebep olduğunda, zararın tamamından sorumlu olmaktadır⁷⁵. Ancak, pervasızca bir davranış sonucunda eşyanın zıyayı, hasarı veya geç teslim edilmesine sebep olan olayın gerçekleşmesi ihtimalinin yüksek olduğunun da bilinmesi gerekir⁷⁶.

Taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına sebep olan bir kusurunun bulunduğu zarar gören tarafından ispatlanmalıdır⁷⁷. Diğer bir deyişle, taşıyanın kastı veya pervasızca bir davranış bulunduğunu zarar görenin ispatlaması gerekmektedir⁷⁸. Ancak, burada sadece pervasızca bir davranışın mevcut olduğunun veya zarara ya da teslimde gecikmeye sebep olan olayın gerçekleşmesi

⁷¹ Bozkurt, s. 197; Demir, s. 397; Kaner, s. 216.

⁷² Kayıhan, s. 205; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410.

⁷³ Demir, s. 397.

⁷⁴ Demir, s. 397; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410; Wood, B. Erskine, "Limitation of Liability: Gilmore and Black's Concept of Privity Based on 'Primitive Unseaworthiness'", (Willamette Law Journal, Y. 1969, C. 5, S. 3, s. 393-398), s. 394, 395. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/willr5&i=407> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).

⁷⁵ Demir, s. 396; Kaner, s. 216; Kayıhan, s. 204.

⁷⁶ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 409.

⁷⁷ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 411; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 175.

⁷⁸ Demir, s. 397; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 175.

ihtimalinin yüksek olmasının ispatlanması yeterli değildir, ayrıca, taşıyanın böyle bir bilince sahip olduğunun da ispatlanması gerekmektedir⁷⁹.

Ayrıca, TTK m.1187/1 hükmü lafzı yönünden değerlendirildiğinde, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına sebep olan kusur, taşıyanın şahsi kusurudur. Diğer bir ifadeyle, taşıyanın adamlarının kasıtlı veya pervasızca bir davranışı, esasında onlar bakımından sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına sebep olmakta ise de böyle bir durum taşıyan açısından sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açmaz. Taşıyanın adamlarının şahsi kusuru böyle bir sonucun doğmasına sebep olduğundan, taşıyan yine sorumluluk sınırlarından yararlanmaya devam eder⁸⁰.

Bu itibarla, Lahey/Visby Kuralları ve Hamburg Kurallarının ardından TTK kapsamında da taşıyanın adamlarının, fiili taşıyanın ve onun adamlarının kasıtlı veya pervasızca bir davranışı ile zarara sebep olmaları durumunda, taşıyan, sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybetmemektedir⁸¹. Ancak, Yargıtay, 12.07.2017 tarihli bir kararında⁸², “... somut olaydaki fiili taşıyanın, ağır bir kusurunun pervasızca bir davranışının bu zarara sebebiyet verdiği, davalı taşıyanın TTK m.1187’e göre sınırsız sorumlu olduğu ...” gerekçesine yer vermiştir. Buna göre, fiili taşıyanın şahsi kusuru bulunmasına rağmen, davalı taşıyanın da sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybettiğine dair bir değerlendirmede bulunmak suretiyle, doktrindeki görüşlerin aksi yönde aldığı bir kararı da bulunmaktadır⁸³. Bununla birlikte, doktrinde, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı için aranan taşıyanın şahsi kusurunun bulunması şartının, esasında düzenlemenin uygulama alanını denizyolu taşımacılığı alanında büyük ölçüde daralttığı yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir⁸⁴.

⁷⁹ Taşıyanda böyle bir bilincin bulunduğu ispatında ise kanaat veren bazı emare ve olayların ilk bakışta ispat açısından yeterli olabileceği ifade edilmektedir (Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 411).

⁸⁰ Demir, s. 397; Kaner, s. 216; Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410.

⁸¹ Damar, Duygu, Wilful Misconduct in International Transport Law, Springer, Berlin 2011, s. 143, <https://inter-droitetaffaires.com/wp-content/uploads/2020/02/droit-maritime-des-affaires.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2025); Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 174; bununla birlikte, taşıyan, kendi adamlarının fiillerinden yine sorumludur. Fakat onların kastının ya da nitelikli kusurunun bulunduğu durumlarda sorumluluğunun sınırsız olmayacağı öngörülmektedir (Yetiş Şamlı, Kübra, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2012, s. 151 ve dn. 102, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> Erişim Tarihi: 03.02.2025).

⁸² Yarg. 11. HD. 12.07.2017 T. 2016/3125 E. 2017/4094 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁸³ Değerlendirme için bkz. Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410, dn. 544.

⁸⁴ Bkz. Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 174, 175; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 151; buna göre, taşıyan eğer bir tüzel kişi ise, organlarını oluşturan kişi veya kişilerin kusuru tüzel kişinin yani taşıyanın kusuru sayılmaktadır (TMK m.50). Bunun yanı sıra taşıyanın işletmesinde, işletmenin yönetimine ilişkin bağımsız karar alma ve uygulama yetkisi olan kişilerin kusurunun da bu kapsamda taşıyanın kusuru sayılması gerekir. Taşıyanın işletmesi bakımından “beyni ve sinir sistemi” olarak nitelendirilebilecek, yönetim kademesinde yer alan bu kişilerin kastının ya da nitelikli kusurunun bulunması hâlinde, bunun taşıyanın kastı ya da nitelikli kusuru ile bir tutulması gerektiği ifade edilmektedir. İngiliz Hukukundan

Ancak, Yargıtay'ın daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarında, anılan kararın aksine ve doktrindeki görüşler ile uyumlu gerekçelere yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda, Yargıtay'ın 01.02.2022 tarihli bir kararında⁸⁵, "... TTK'nın 1187. maddesinin uygulanamayacağı, zira davalının kasten veya pervasızca hareketi ile böyle bir zarar meydana gelebileceği bilinciyle hareket ettiğinin kabul edilemeyeceği, olayda bir kasıt veya pervasızca hareketin olduğu kabul edilse bile, davalının taşıma işini ve dolayısıyla da karar alma yetkisini devrettiği fiili taşıyanın, kasten veya pervasızca davranışından sorumlu tutulamayacağı, ..." şeklindeki gerekçesi ile TTK m.1187 hükmünün uygulanabilmesi için taşıyanın şahsi kusurunun bulunması gerektiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur.

Aynı şekilde, Yargıtay'ın 17.07.2023 tarihli başka bir kararında⁸⁶, "... ayrıca taşıyanın kendi şahsi kasıt veya pervasızca hareketinin gecikmeye neden olmuş olması gerekli olmakla bu itibarla, taşıyanın adamlarının yahut fiili taşıyanın ya da onun acentesinin kasten veya pervasızca davranışlarının gecikmeye veya zarara sebebiyet vermesinin taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kaybetmesine neden olmayacağı, ..." ifade edilmektedir.

TTK m.1187 hükmünün gerekçesinde, "Milletlerarası taşıma sözleşmelerinin hemen hemen hepsinde bulunan bu hüküm, 1968 tarihli Brüksel-Visby Sözleşmesi'nin 4 üncü maddesinin beşinci fıkrasının (e) bendi ile 4bis maddesinin dördüncü fıkrasından alınmıştır" ifadesi yer almaktadır⁸⁷. Buna göre, Lahey/Visby Kuralları m.4/5(e) hükmü uyarınca sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına yol açan kusur, taşıyanın şahsi kusuru olmaktadır⁸⁸. Ayrıca, TTK m.1187 hükmünde geçen, "... kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin ..." ifadesi bir bütün olarak ele alındığında ve özellikle zarar veya gecikme ihtimaline ilişkin

gelen bir anlatımla bu kişiler, taşıyanın "alter ego" su olarak nitelendirilmektedir. "Alter ego" kavramı, taşıyanın işletmesinde görev yapan, işletmenin yönetimine ilişkin taşıyan adına karar alma ve uygulama yetkisini haiz kişi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, hukukumuzda taşıyanın "alter ego" su olarak kimlerin kabul edilebileceğine dair, TTK m.1343 hükmünde somut olarak bir düzenleme getirildiği, böylece TTK m.1187 açısından da taşıyanın "alter ego" sunun söz konusu düzenleme doğrultusunda belirlenmesine engel bir durumun bulunmadığı belirtilmektedir. Bu itibarla TTK m.1343 hükmünün, TTK m.1187 açısından da kıyasen uygulanacağı; zira Alman Hukukunda da TTK m.1343'e karşılık gelen HGB §487 d'nin, HGB §660 III (TTK m.1187) açısından kıyasen uygulanması gerektiğinin kabul edildiği yönünde değerlendirme için ayrıca bkz. Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 151-154.

⁸⁵ Yarg. 11. HD. 01.02.2022 T. 2020/1075 E. 2022/759 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁸⁶ Yarg. 11. HD. 17.07.2023 T. 2021/8990 E. 2023/4518 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 25.02.2025).

⁸⁷ Bkz. <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf> (Erişim Tarihi: 25.02.2025).

⁸⁸ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 410, dn. 543; nitekim hükmün, farklı bir yoruma olanak tanımayacak şekilde açıkça, taşıyanın şahsi kusuruna sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı sonucunu bağladığı yönünde bkz. Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluk, s. 138.

bilince sahip olma şartının aranması karşısında, kanaatimizce, taşıyanın TTK m.1187 hükmü uyarınca sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybetmesi, ancak, şahsi kusurunun bulunması hâlinde söz konusu olacaktır. Diğer bir deyişle, taşıyanın adamlarının, fiili taşıyanın ve onun adamlarının TTK m.1187 hükmünde düzenlenen kusurlarının ispatlanması durumunda dahi bu, taşıyanın TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanması hakkını engellemeyecektir. Dolayısıyla, fiili taşıyanın kusurundan taşıyanın da sınırsız sorumlu olacağı yönündeki Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.07.2017 tarihli kararının, TTK m.1187 hükmünün lafzı karşısında hatalı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay'ın daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarda isabetli olarak görüş değişikliğine gittiği de görülmektedir.

B. Sorumluluğu Sınırlandırma Hakkının Kaybına Yol Açan Kusur Türleri

Kusur, en genel anlamda, hukuk düzeninin kınadığı veya hoş görmediği davranış biçimi şeklinde tanımlanmaktadır⁸⁹. Diğer bir ifadeyle, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) ya da bu sonucu istememekle birlikte, hukuka aykırıktan kaçınmak üzere iradeyi yeteri kadar yormamak (ihmal) hâli kusuru ifade eder⁹⁰. Kusurdan söz edebilmek için öncelikle hukuka aykırı bir davranış gerekir. Kusurlu bir davranışın da zaten hukuka aykırı olmama ihtimali yoktur. Böylece kusur, benzer durum ve koşullar altındaki kişilerden beklenen ortalama davranış şekline ayrılan ve ona uymayan davranış olarak açıklanmaktadır⁹¹. Ayrıca, kusur, tazminat miktarının belirlenmesinde ve sorumluluğun sınırlandırılmasında da önemli bir yere sahiptir⁹².

Sorumluluk hukuku bakımından kusur, “*kast*” ve “*ihmal*” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım esas itibarıyla ceza hukukunda olduğu kadar büyük bir öneme sahip değildir. Zira sorumluluk hukukunda zarar veren ister kasıtlı ister ihmalî bir davranışla zarara sebep olsun kural olarak tazminle sorumludur⁹³.

Böylece kusur, kural olarak “*kast*” ve “*ihmal*” şeklinde ikiye ayrılmakta⁹⁴, ancak, kusur, dereceleri açısından bakıldığında ise “*ağır*” ve “*hafif*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Hafif kusur ile “*hafif ihmal*”, ağır kusur ile “*ağır ihmal*” ve “*kast*” anlaşılmaktadır⁹⁵.

⁸⁹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 643.

⁹⁰ Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), 29. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 90.

⁹¹ Eren, s. 643.

⁹² Eren, s. 645; zira tazminat miktarının belirlenmesinde kusurun ağırlığına bakılmaktadır (Akıncı, s. 295; Tekinay, Selâhattin Sulhi /Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 496).

⁹³ Eren, s. 648.

⁹⁴ Tekinay/Akman, Burcuoğlu/Altıp, s. 493.

⁹⁵ Kara, s. 319; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 495.

TTK m.1187 hükmünde ise, sorumluluğun sınırlandırılması hakkının kaybına sebep olan iki tür kusurdan söz edilmektedir. Bu kusurlardan birincisi, “*kast*”, ikincisi ise, “*pervasızca bir davranışla ve böyle bir ziya, hasar veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmâl*” olarak ifade edilmektedir⁹⁶. Doktrinde ikinci kusur türünü ifade etmek üzere, kısaca “*pervasızca davranış kusuru*” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁹⁷.

1. Kast

a. Tanımı ve Unsurları

Kastın tanımı, kanun koyucu tarafından doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Böylelikle kısaca kast, zarar verenin, hukuka aykırı sonucu bilerek istemesi olarak ifade edilmektedir⁹⁸. Kast hâlinde, zarar veren, hukuka aykırı sonuca yönelmiş irade ile hareket etmekte ve hukuken koruma altında olan bir değeri isteyerek ihlal etmektedir. Bu sebeple, zarar verenin kanunlarca yasaklanan bir şeyi yapması kasıtlı davranış olarak nitelendirilmektedir⁹⁹.

Kast, “*tasarlama*” ve “*isteme*” olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Tasarlama unsurunda, zarar veren tarafından hukuka aykırı sonucun öngörülmesi, bilinmesi, tasarlanması söz konusudur. İsteme unsurunda ise, zarar veren tarafından hukuka aykırı sonucun kabul edilmesi, istenmesi vardır. Buna göre, kast hâlinde zarar veren hem hukuka aykırı sonucu hem de fiili istemektedir¹⁰⁰.

b. Türleri

Kast, “*doğrudan kast*” ve “*dolaylı kast*”¹⁰¹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan kastın söz olduğu hâllerde zarar veren gerçekleşen sonucu doğrudan doğruya istemekte ve kabul etmektedir. Dolaylı kast hâlinde ise zarar veren gerçekleşen sonucu doğrudan doğruya istememekte, ancak, o sonucu göze almakta ve kabul etmektedir¹⁰².

⁹⁶ Yazıcıoğlu, Deniz Ticareti, s. 409.

⁹⁷ Bkz. Gençtürk, Muharrem, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi Uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 117-148), s. 123, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789347> (Erişim Tarihi: 07.02.2025); Kaşak, Esra, “Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının TTK m.886 Kapsamında Pervasızca ve Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinciyle Davranışı”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2021, C. 27, S. 2, s. 1487-1515) s. 1494, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1930298> (Erişim Tarihi: 07.02.2025); Uysal, Cüneyt, “Uluslararası Multimodal Eşya Taşımalarında Yükle İlgililerin Pervasızca Davranış Kusuru, (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 89-122) s. 106, <https://www.jurix.com.tr/article/8293?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 07.02.2025); biz de kullanım kolaylığı nedeniyle çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁹⁸ Akıntürk/Ateş, s. 90; Eren, s. 649; Kara, s. 319; Sözer, s. 305.

⁹⁹ Eren, s. 649.

¹⁰⁰ Eren, s. 649.

¹⁰¹ “*Dolaylı kast*” ifadesinin “*ihmali kast*” (Sözer, s. 305) veya “*olası/ihtimali kast*” (Kara, s. 319, dn. 336; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 493) şeklinde kullanıldığı da görülmektedir.

¹⁰² Eren, s. 649.

c. TTK m.1187 Hükümünün Uygulanması Bakımından Kast

Hukuk sistemimizde gerek haksız fiil sorumluluğunda gerek sözleşme sorumluluğunda borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurun derecesinin kural olarak önemi bulunmamaktadır. Ancak, TBK m.51/1 hükmü uyarınca tazminat miktarının belirlenmesinde hâkim tarafından kusurun ağırlığı dikkate alınmaktadır¹⁰³.

TTK m.1187 hükmünün gerekçesine bakıldığında, *“Milletlerarası taşıma sözleşmelerinin hemen hemen hepsinde bulunan bu hüküm, 1968 tarihli Brüksel-Visby Sözleşmesinin 4 üncü maddesinin beşinci fıkrasının (e) bendi ile 4bis maddesinin dördüncü fıkrasından alınmıştır. Anlatım, aynı kusur dereceleri için hüküm getiren Tasarının 855 inci maddesinin beşinci fıkrası ile 886 ncı, 887 inci maddeleri, 930 uncu maddesinin ikinci fıkrası ve 1267 nci maddeleri ile uyum içerisinde bulunmaktadır. Böylece, uygulamada bu kusur derecesinin yorumu bakımından yeknesaklık sağlanmıştır”* şeklindeki ifadeler ile kusur derecesinin yorumu bakımından belirtilen maddeler ile yeknesaklık sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, burada kusur derecesinin belirlenmesinde söz konusu maddelerin gerekçeleri ile bunlara kaynaklık eden uluslararası sözleşmelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Lahey Kuralları, 1986 tarihli değişiklik öncesi HGB ile eTTK hükümlerinde taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Böylece zarara kasten neden olsa bile taşıyanın sorumluluğu sınırlı olmaktadır¹⁰⁴. Ancak, TTK ile taşıyanın sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının mutlak olmadığı ve TTK m.1187 hükmünde öngörülen durumlarda taşıyanın meydana gelen zararlardan dolayı sınırsız olarak sorumlu olacağı düzenlenmektedir¹⁰⁵.

Bununla birlikte, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı, kusurun ağırlığının ancak, belli bir dereceye ulaşması durumunda söz konusu olur. TTK m.1187 kapsamında kusur oluşturan hâller *“kast”* ve *“pervasızca bir davranış”* olarak ifade edilmektedir. Buna göre, kusur iki aşamadan oluşmaktadır. Birincisi, kast derecesinde bir kusur iken, ikincisi, pervasızca davranış olarak ifade edilen kusur derecesidir¹⁰⁶.

Burada sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı açısından kast kavramı, herhangi bir özellik arz etmemektedir¹⁰⁷. Nitekim kast kavramına ilişkin uygulama ve doktrin bakımından da bir tereddüt bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bununla birlikte, TTK

¹⁰³ Kaşak, s. 1492.

¹⁰⁴ Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 144.

¹⁰⁵ Bozkurt, s. 196, 197; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 144.

¹⁰⁶ Kara s. 317.

¹⁰⁷ Uluğ Cicim/Çelik, s. 96; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 145.

¹⁰⁸ Gençtürk, s. 120.

m.1187 hükmünde yer verilen kast kavramı ile doğrudan kastın mı yoksa dolaylı kastın mı ifade edildiği hususunda açıklık yoktur. Ancak, hukukumuzda doğrudan kast ile dolaylı kast arasında hukuki sonuçları yönünden kural olarak bir fark da bulunmamaktadır¹⁰⁹. Bu itibarla, TTK m.1187 hükmünde yer alan kast kavramının hem doğrudan kastı hem de dolaylı kastı içerdiği kabul edilmektedir¹¹⁰.

2. Pervasızca Davranış Kusuru

a. Genel Olarak

TTK m.1187 hükmünün birinci ve ikinci fıkralarında, “... *pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği* ...” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Pervasızca davranış kusuru, hukukumuzda tamamıyla yabancı değildir¹¹¹. Taşıma hukuku alanında pervasızca davranış kavramının ifade ettiği kusur derecesine, ilk olarak 1955 tarihinde Lahey’de “12 Ekim 1929 Tarihinde Varşova’da İmzalanan Uluslararası Hava Taşınmalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeyi Değiştiren Protokol”¹¹² ile değiştirilen “Hava Yoluyla Uluslararası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Sözleşme (Varşova Sözleşmesi)”¹¹³’nin 25’inci maddesinde¹¹⁴ yer verildiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Türkiye’de anılan Protokol ile değiştirilen Varşova Sözleşmesine taraf bulunmaktadır¹¹⁶.

¹⁰⁹ Gençtürk, s. 121; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 493.

¹¹⁰ Sözer, s. 508; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 171; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 145.

¹¹¹ Gençtürk, s. 123; Kaşak, s. 1494.

¹¹² Protokolün tam metni için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/uluslararasi-antlasmalar/12-ekim-1929-tarihinde-varsova-da-imzalanan-uluslararasi-hava-tasinmalarina-iliskin-bazi-kurallar-in> (Erişim Tarihi: 10.02.2025); ayrıca bkz. RG 03.12.1977 T. 16128 S. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/16128.pdf> (Erişim Tarihi: 23.06.2025).

¹¹³ Bundan sonra “Varşova Sözleşmesi” olarak anılacaktır. Bu sözleşme, 12.10.1929 tarihinde Varşova’da yapılan toplantı sonunda 13.02.1933 tarihinde yürürlüğe girmiştir (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d04/c021/b013/mm_040210130544.pdf Erişim Tarihi: 25.06.2025; ayrıca bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Warsaw_Convention Erişim Tarihi: 25.06.2025); Ancak, Türkiye, 01.03.1977 tarihli ve 2073 sayılı “12 Ekim 1929 Tarihinde Varşova’da İmzalanan Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşmeye ve Bu Sözleşmeyi Değiştiren 28 Eylül 1955 Tarihli Lahey Protokolüne Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile Varşova Sözleşmesine taraf olmuştur (RG 13.03.1977 T. 15877 S.); Sözleşmenin tam metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/10/20101001-1-1.pdf> (Erişim Tarihi: 23.06.2025).

¹¹⁴ Bu madde ile zararın, taşıyıcının işçilerinin ya da temsilcilerinin “zararın doğması ihtimali olduğunu bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmali sonucunda meydana geldiği” durumlarda sorumluluğu sınırlandırma hakkından yararlanılamayacağı düzenlenmiştir (Kaşak, s. 1494).

¹¹⁵ Gençtürk, s. 123; Kaşak, s. 1494; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 144.

¹¹⁶ Bkz. Gençtürk, s. 123; Güner-Özbek, Meltem Deniz, “Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması, Havayoluyla Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve

Bununla birlikte, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK) m.126 hükmünde¹¹⁷ de pervasızca davranış kavramının ifade ettiği kusur derecesinin düzenlendiği kabul edilmektedir. Böylece “pervasızca bir davranış” kavramının kapsam ve unsurlarının belirlenmesi açısından, bu kavrama kaynaklık ettiği kabul edilen Varşova Sözleşmesi’nin 25’inci maddesine ilişkin öne sürülen görüşlerden yararlanılmasının yerinde olacağı ileri sürülmektedir¹¹⁸. Nitekim TTK m.1187 hükmünün değerlendirilmesinde de aynı durum geçerli olacaktır.

TTK’da taşıma hukuku bakımından m.1187 hükmünün yanı sıra 855, 886, 887, 930 ve 1267 hükümlerinde “*pervasızca bir davranış*” kavramına yer verilmiştir¹¹⁹. Belirtilen hükümlerden başka şirketler hukuku kapsamında TTK m.208 hükmünde de “*pervasızca hareket*” kavramı kullanılmıştır. Bu hükümde, sermayenin en az %90’ına sahip bulunan pay sahibinin, maddede sayılan¹²⁰ durumların gerçekleşmesi hâlinde azlığın paylarını, pay sahiplerinin iradesi bulunmaksızın satın almasına dair alım hakkı düzenlenmektedir. Bu alım hakkı “*squeeze-out*” olarak anılmaktadır. Söz konusu madde gerekçesinde¹²¹ de açıklandığı üzere “*squeeze-out*” hakkının amacını, bir kararın alınıp uygulanmasını çoğu kişisel sebeplerle karşı çıkan ortakların/pay sahiplerinin şirketi bunaltan ve engelleyen davranışlarına son verilmesi ve şirket içi barışın sağlanması oluşturmaktadır¹²². TTK m.208 kapsamında satın alma hakkının doğabilmesi için azlığın şirket çalışmasını

Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı”, (TBB Dergisi 2016 (123), s. 325-372), s. 330, <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1564> (Erişim Tarihi: 10.02.2025); Yavaş, Aksoy, “Kara Yolunda Yapılan Yük Taşımasında Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybına Sebebiyet Veren Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi”, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 13, S. 2, s. 200-238), s. 210, dn. 57, <https://www.jurix.com.tr/article/11847?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 11.02.2025); Kanun metni için ayrıca bkz. RG 13.03.1977 T. 15877 S.

¹¹⁷ TSHK m.126 hükmünde, “*Zararın, taşıyıcının veya adamlarının ... zararın doğması ihtimali ol-
duğuna bilerek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmâl sonucunda meydana geldiği ...*”
durumlarda sorumluluğu sınırlandırma hakkından yararlanılamayacağı düzenlenmiştir (bkz. RG
19.10.1983 T. 18196 S.).

¹¹⁸ Gençtürk, s. 123; aynı yönde, Kaşak, s. 1494.

¹¹⁹ Gençtürk, s. 141.

¹²⁰ Burada yapılan sayımın sınırlı olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, ayrıca, maddede sayılan dört farklı durumun da soyut ve belirsiz kavramlarla düzenlendiği yönünde bkz. Orak Çelikboya, Leyla, Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkının Koşulları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 111, 112, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 09.04.2025); değerlendirme için bkz. Karababa, Serdar, (Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından) Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze-out) ve Çıkarma Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 162.

¹²¹ Kanun tasarısının son hâlinde yer alan %90’lık sınır, madde gerekçesinde tasarının ilk hâlinde bulunan %95 olarak bırakılmıştır. Dolayısıyla, gerekçede değişiklik yapılmasının unutulduğu görülmektedir (bkz. Karababa, s. 163, dn. 485).

¹²² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar Zum Gesellschaftsrecht), Cilt I, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024, s. 585-587.

engellemesi, dürüstlük kuralına aykırı davranması, fark edilir sıkıntı yaratması veya pervasızca hareket etmesi şeklinde dört farklı davranış durumu¹²³ düzenlenmiştir¹²⁴.

b. Unsurları

TTK m.1187 hükmüne göre, pervasızca davranış kusurunun iki unsuru içerdiği görülmektedir. Bunlar, pervasızca bir davranış ve bu davranış sonucunda zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilincinde olmasıdır¹²⁵.

aa. Pervasızca Bir Davranış

“Pervasızca bir davranış¹²⁶”, Kara Avrupası hukuk sisteminde yer alan kusur türleri arasında bulunmayan bir kavramdır¹²⁷. Bu kavram, İngilizce metinlerde “*dikkatsizce*” anlamına gelen “*recklessly*” kelimesi ile ifade edilmektedir. Ancak, “*recklessly*” kelimesi her ne kadar “*dikkatsizce*” anlamına gelse de bunun aslında basit bir dikkatsizlik şeklinde de anlaşılmaması gerekir. Zira bu kelime, tehlikeli veya kötü sonuçları umursamayan ve hatta bu sonuçları göze alan bir davranış şeklini bünyesinde barındırmaktadır¹²⁸. Böylece bu davranış şekli, dikkatsiz ve tedbirsiz biçimde, delicesine ve cüretkârca davranma şeklinde meydana gelebilmektedir. Bu yüzden pervasızca davranış kusurundan bahsedilebilmesi için bu davranış şeklinin bazı özelliklere sahip olması beklenmektedir¹²⁹.

Öte yandan, “*pervasızca bir davranış*” kavramında, esasında Anglo-Amerikan hukuk sisteminde “*willful misconduct*” olarak ifade edilen kusur derecesinden esinlenildiği ifade edilmektedir¹³⁰. Bununla birlikte, pervasızca davranış kusuru, her ne kadar “*willful misconduct*” kavramından geliştirilmiş ise de onunla eş anlama sahip değildir. Çünkü “*willful misconduct*” kusurunda, zarar verenin zarar ihtimalinin bilincinde olması şart değildir, gereken özeni göstermemesi ne-

¹²³ Burada sayılan dört farklı davranış durumunu ifade etmek üzere doktrinde “*haklı sebep*” (Kara-baba, s. 161; Orak Çelikboya, s. 111) veya “*geçerli sebep*” (Tütüncü, Muharrem, Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-out)-TTK md.208, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 205) kavramları kullanılmaktadır.

¹²⁴ Bu hâllerin mevcut olması durumunda azlık payı, hâkim şirket tarafından satın alınabilecek ise de bu yönde bir zorunluluk doğmamaktadır (Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2025, s. 528).

¹²⁵ Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 146; TTK m.886 yönünden üç unsurdan yapılan benzer nitelikteki ayırım için bkz. Gençtürk, s. 124.

¹²⁶ “*Pervasızca hareket*” olarak da anılmaktadır (bkz. Uluğ Cicim/Çelik, s. 96); ayrıca bkz. TTK m.208.

¹²⁷ Uluğ Cicim/Çelik, s. 96; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 172; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 146.

¹²⁸ Murray, s. 68.

¹²⁹ Gençtürk, s. 124, 125.

¹³⁰ Uluğ Cicim/Çelik, s. 96; Uysal, s. 109; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 173, dn. 482; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 146.

deniyle bu bilince sahip olamaması da sorumlu tutulabilmesi için yeterli görülmektedir¹³¹. Diğer bir deyişle, “*willful misconduct*”, Anglo-Amerikan Hukuku’na özgü bir kusur çeşidi olmakla birlikte, kastla sınırlı değildir. Dolayısıyla, zarar verenin eyleminin “*willful misconduct*” olarak nitelendirilebilmesi için, zarar verenin, zarar verme kastı ile hareket etmesi şart değildir¹³².

“*Willful misconduct*”, kişinin bir eylemi bilerek gerçekleştirmesi ve bu eylemin sonucunda muhtemelen bir zararın ortaya çıkacağını bilmesi veya bunun olası sonuçlarını umursamadan, pervasızca bu eylemi gerçekleştirmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹³³. Ancak, taşıyanın yalnızca pervasızca bir davranışının bulunması, onun sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına sebep olmaz. Bu nedenledir ki kanunda “*recklessly*” kelimesinin karşılığı olarak ve daha hafif kusurları ifade etmek üzere “*dikkatsizce*” kelimesi değil, esas itibarıyla daha yoğun ve ağır kusurları ifade etmek üzere “*pervasızca*” kelimesi kullanılmaktadır¹³⁴.

Bir eylemin pervasız olarak nitelendirilebilmesi, taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini düşüncesizce ve sonuçlarına aldırmaksızın, yoğun ve ağır biçimde ihlal etmesine bağlıdır¹³⁵. Bir eylemin pervasızca bir davranış oluşturup oluşturmadığının ise her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede ise makul ve tedbirli taşıyandan beklenen özen derecesi dikkate alınmalıdır¹³⁶. Ayrıca, pervasızca davranış kusuru, taşıyanın aktif bir eylemi sonucunda gerçekleşebileceği gibi, kaçınma veya hareketsiz kalma gibi pasif bir davranış sonucunda da ortaya çıkabilir¹³⁷. Ancak, pervasızca davranış kusurunda, navlun sözleşmesinin önemli ölçüde ihlali söz konusudur¹³⁸.

bb. Zararın Meydana Gelmesi İhtimalinin Bilincinde Olma

Zarar verenin, zarardan sınırsız olarak sorumlu tutulabilmesi için, bu zararın muhtemelen gerçekleşeceğine dair bilince sahip olması gerekir¹³⁹. Dolayısıyla, pervasızca bir davranış sebebiyle zararın gerçekleşmesi muhtemel olmalıdır. Ayrıca, taşıyanın bu ihtimale rağmen endişe etmeksizin pervasızca davranışına başlaması veya bu davranışını sürdürmesi gerekir¹⁴⁰.

¹³¹ Gençtürk, s. 131.

¹³² Yavaş, s. 207; buna karşılık, “*willful misconduct*” kavramı, “*kasta eşdeğer kusur*” olarak da isimlendirilmektedir (bkz. Uysal, s. 109).

¹³³ Damar, s. 34 vd.; Uluğ Cicim, s. 96; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 146.

¹³⁴ Gençtürk, s. 125.

¹³⁵ Uluğ Cicim, s. 96; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 146.

¹³⁶ Gençtürk, s. 126; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 147.

¹³⁷ Gençtürk, s. 124; Kaşak, s. 1500.

¹³⁸ Uysal, s. 106.

¹³⁹ Erbaş Açikel, s. 114; Gençtürk, s. 128; Kaşak, s. 1500.

¹⁴⁰ Gençtürk, s. 127.

Bu yönde bir zararın gerçekleşmesi ihtimaline dair bilincin belirlenmesinde ise iki yöntemden yararlanılmaktadır¹⁴¹. İlk olarak, objektif yönetime göre belirlenme yapılırken aynı şartlar altında bulunan makul ve tedbirli bir taşıyanın böyle bir bilince sahip olup olmayacağına bakılır. İkinci olarak, subjektif yönetime göre belirlenme yapılırken de somut olayda zarar verenin böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimalini gerçekten bilip bilmediği araştırılır¹⁴². Doktrinde hâkim görüş, subjektif yöntemi esas almaktadır¹⁴³. Bu konuda yabancı ülke mahkemelerinin uygulamalarında farklılıklar olsa dahi esasında pek çoğu tarafından subjektif yöntemin esas alındığı görülmektedir¹⁴⁴. Nitekim İngiltere, Amerikan, İrlanda ve Yeni Zelanda Yüksek Mahkemelerinin kararları da zarar verenin, böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilince gerçekten sahip olması gerektiği yönündedir¹⁴⁵.

Ayrıca, doktrinde, uygulama açısından objektif yöntem ile subjektif yöntemin birbirinden tamamen ayrılmadığı da ifade edilmektedir. Öte yandan, havayolu taşımalarında gelişmiş bazı teknolojik imkânların mevcut olması ve bunların uygulama yaygınlığı sebebiyle somut olayda subjektif yönetime uygun davranılıp davranılmadığı ispat açısından bir zorluk oluşturmaz ise de havayolu taşıması dışında yer alan diğer taşıma türleri bakımından subjektif yöntemin uygulanması, somut olayda zarar ihtimalinin taşıyan tarafından fiilen bilindiğinin ispatını imkânsız duruma getirebilir. Bu sebeple, subjektif yöntem uygulansa dahi, ispat bakımından çok da aşırıya gidilmemesi ve bu yönde bir bilincin mevcut olduğuna işaret eden bazı belirti ve verilere dayalı olarak ispatın yapılabilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁶.

Ancak, subjektif yöntemin uygulanması gerektiğini ileri süren bir görüşe göre, konuyla ilgili düzenlemelerin lafzına bakıldığında zarar verenin böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilgiye gerçekten sahip olması gerektiği, bu konuda farazi bir bilgiye sahip olmanın yeterli olmayacağı ifade edilmektedir¹⁴⁷. Böylece zarar verenin, pervasızca davranmış sayılabilmesi için zarar ihtimalini gerçekten "*bilmesi*", bunun aksine, zarar ihtimalini "*bilmesi gerektiği*" şeklin-

¹⁴¹ Bu konunun, Uluslararası Sözleşmeler çerçevesinde açıklandığı çalışma için bkz. Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluk, s. 135-144.

¹⁴² Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 147.

¹⁴³ Gençtürk, s. 129, dn. 43'te anılan yazarlar; Kaşak, s. 1500; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 148.

¹⁴⁴ Bu konuda yabancı mahkeme kararı örnekleri için ayrıca bkz. Gençtürk, s. 129, dn. 44-50.

¹⁴⁵ Cheng, Bin, "Wilful Misconduct: From Warsaw to the Hague and From Brussels to Paris", (Annals of Air and Space Law, Y. 1977, C. 2, s. 55-102), s. 89-92, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.crasl/nairspl0002&i=65>, (Erişim Tarihi: 27.02.2025); Martin, Peter, "Intentional or Reckless Misconduct: From London to Bangkok and Back Again", (Annals of Air and Space Law, C. 8, s. 145-150), s. 149 <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.crasl/nairspl0008&i=163> (Erişim Tarihi: 27.02.2025); Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 148, dn. 96.

¹⁴⁶ Gençtürk, s. 130.

¹⁴⁷ Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 147.

de farazi bir yorum ile hareket edilmemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁸. Burada pervasızca davranıştan bahsedilebilmesi için zarar ihtimaline ilişkin bilincin zarar verende mevcut olmasının şart olduğu belirtilmekte ise de bu görüşün aksine pervasızca davranış unsurunun içinde ayrıca zarar ihtimaline ilişkin bilinç unsurunun yer almasının şart olmadığı da savunulmaktadır¹⁴⁹.

Bununla birlikte, zarar bilinci esasında pervasızca davranışın taşıyana dayatmış olduğu bir öngörü olup, pervasızca davranış şartlarının bulunduğu her durumda mutlaka zarar bilincinin de bulunduğu sonucuna varılamaz. Ancak, olayların kendine özgü akışı ve hayat deneyimleri göz önüne alınmak suretiyle kişinin pervasızca bir davranışında zarar bilincinin bulunduğu kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında¹⁵⁰, TTK m.855/5 hükmünde öngörülen zamanaşımı süresinin uygulanmasına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, "... Mahkemece, davacının, zararın davalının kastından veya pervasızca bir davranışından meydana geldiğini ileri sürmediği, bu nedenle zikredilen yasa hükmünün somut olaya uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmışsa da ... hasara yol açan maddi olgunun, davacının ileri sürdüğü şekilde gerçekleştiğini göstermektedir..." gerekçesi ile esasında "maddi vakıaların oluş şeklinin" göz önüne alınarak kişinin pervasızca bir davranışında zarar bilincine sahip olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir¹⁵¹. Böylece taşıyanın veya taşıyanın adamlarının unutma veya bilgisizlik nedeniyle yaptığı ya da yapmaktan kaçındığı bir davranış, pervasızca davranış kusuru olarak nitelendirilemeyecektir¹⁵². Ayrıca, zarar verenin bilincinde olduğu zarar ihtimali ile somut olarak gerçekleşen zararın aynı olması da şart değildir¹⁵³.

Kanaatimizce, deniz yoluyla yapılan taşımada her somut olayın gerektirdiği kendine özgü farklı sonuçlar ortaya çıkabilmekte ve bu sebeple pervasızca davranış kusuru oluşturan hâllerin belli bir standardını belirlemek mümkün olamamaktadır. Her somut olayda objektif yöntem benimsenerek makul ve tedbirli bir taşıyandan beklenen özen derecesinin esas alınması hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaya-acağı gibi, TTK m.1187 hükmünün lafzı ile de uyumlu olmayacaktır. Dolayısıyla, biz, zarar verenin böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilincinin belirlenmesinde subjektif yöntemin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁴⁸ Yavaş, s. 227; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 147.

¹⁴⁹ Bu görüşe göre, pervasızca davranışın kapsamında zarar ihtimaline ilişkin bilinç yer alıyor olsaydı, farklı bir unsur şeklinde ayrıca düzenlenmesine gerek olmazdı (bkz. Yavaş, s. 222, dn. 129).

¹⁵⁰ Yarg. 11. HD. 24.06.2019 T. 2018/3164 E. 2019/4721 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 25.02.2025); ayrıca bkz. Kaşak, s. 1501, dn. 93.

¹⁵¹ Kaşak, s. 1500, 1501.

¹⁵² Gençtürk, s. 128.

¹⁵³ Gençtürk, s. 131; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 148.

c. Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

TTK m.1187 hükmünün gerekçesinde, “... Anlatım, aynı kusur dereceleri için hüküm getiren Tasarının 855 inci maddesinin beşinci fıkrası ile 886 ncı, 887 inci maddeleri, 930 uncu maddesinin ikinci fıkrası ve 1267 nci maddeleri ile uyum içerisinde bulunmaktadır. Böylece, uygulamada bu kusur derecesinin yorumu bakımından yeknesaklık sağlanmıştır” şeklinde düzenleme getirilmiş olmakla, söz konusu maddeler ile bu maddelere ilişkin uygulama örneklerinin yine burada da göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

TTK m.1187 hükmünde, “... pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle ...” şeklinde açıklanan ve kısaca “pervasızca davranış kusuru” olarak anılan bu kusur derecesinin Türk hukuku bakımından mevcut kusur türlerinden hangisine dahil olduğu konusunda doktrinde birlik bulunmamaktadır.

Pervasızca davranış kusuruna ilişkin ilk çalışmalar da bu kavram, “dolaylı kast” veya “ağır ihmâl” kavramı ile açıklanmaya çalışılmıştır¹⁵⁴. Ancak, kast kavramının Anglo-Amerikan hukuk sisteminde tam bir karşılığının bulunmaması sebebiyle kavramın “bilinçli ihmâl” ile “dolaylı kast” arasında yorumlanmasına da yol açtığı görülmektedir. Bunun yanı sıra kavram, “kasta eşdeğer kusur” olarak da anılmaktadır¹⁵⁵.

TTK m.1187 hükmü dışında, taşıma sözleşmesine ilişkin düzenlemeler içeren m.855, 886, 887, 930 ve 1267 hükümlerinde de “kast ve pervasızca davranış kusuru” yer almaktadır¹⁵⁶. Bununla birlikte, m.1187 hükmünün madde gerekçesinde de söz konusu hükümlere atıf yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, kusur derecesinin yorumu bakımından bu hükümlerin gerekçeleri de yol gösterici olacaktır. Bu kapsamda TTK m.886 hükmünün gerekçesinde, “Pervasızca ve zararın muhtemelen gerçekleşebileceği bilinciyle hareket” kavramının kasta eşit bir kusur¹⁵⁷ olarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Türk/İsviçre hukuklarında ağır kusur vardır, ancak, bu kavramın hem sınırı hem de tanımı belirsizdir. Ağır kusur daha çok kusura yakın bir şekilde isimlendirilmekte ve kasta denk düşebilecek nitelikte bir kusur öngörülmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Damar, s. 53; Kaşak, s. 1502; Uysal, s. 110.

¹⁵⁵ Uysal, s. 110.

¹⁵⁶ Gençtürk, s. 141.

¹⁵⁷ “Kasta eşit kusur” derecesi kaynak “Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)” m.29/1 hükmünde ifade edilmektedir. Bu kavramın CMR’nin İngilizce metninde “kasıt” karşılığı “wilful misconduct” olarak belirtildikten sonra “or by such default on his part as, in accordance with the law of the court or tribunal seized of the case, is considered as equivalent to wilful misconduct” ifadesine yer verilmektedir. Buna göre, kasıt veya davaya bakan mahkemenin ya da hakemin hukukuna göre kasta eşit olarak değerlendirilebilecek bir kusurun bulunduğu kabul edilmektedir (TTK madde gerekçeleri için, <https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7eleri.pdf> Erişim Tarihi: 18.02.2025).

¹⁵⁸ Bkz. TTK madde gerekçesi.

Bununla beraber, esas itibariyle taşıma hukuku alanında yer alan ve taşıyanın sorumluluğunun sınırlandırılması hakkının kaybını düzenleyen hükümler ile bağlantılı olan pervasızca hareket ifadesine, bu alanın dışında TTK m.208 hükmünde de yer verilmiştir¹⁵⁹. Ancak, hükmün gerekçesinde pervasızca hareket oluşturan hâllere dair bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, TTK m.208 kapsamında bir davranışın pervasızca hareket olarak nitelendirilmesinde, öngörülebilir bir zarar tehlikesinin dahi görmezden gelinmesi ve kavramın “*dikkatsizlikten çok daha yoğun bir haksızlık*” içeriğine sahip olması gerektiği ifade edilmiş¹⁶⁰, diğer bir görüş ise, taşıyanın “*kasta yakın*” pervasızca tutum ve davranışlarının varlığının ispatını şart koşmuştur¹⁶¹. Bunun yanı sıra bir davranışın meydana getireceği zararı ve sonuçlarını, oluşturacağı izlenimi dikkate almaksızın hareket edilmesinin TTK m.208 bağlamında pervasızca hareket olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir¹⁶².

Ayrıca, doktrinde, TTK'daki diğer görünüm şekillerinden farklı olarak m.208 hükmünde yer alan pervasızca hareket ifadesinin özel bir kusur türünü ifade etmek üzere kullanılmadığı ileri sürülmektedir. Nitekim taşıma hukuku alanında sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin uyuşmazlıklarda, gerçekleşen zararda taşıyanın kusurunun ağırlığı belirlenirken taşıyanın davranışlarının pervasızca hareket oluşturup oluşturmadığı unsurları bakımından incelenerek bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Hâlbuki azlık pay sahiplerinin durumu TTK m.208 kapsamında değerlendirilirken bu yönde bir inceleme yapılması gerekmemektedir. Hatta satın alma hakkının kullanılabilmesi için azlığın yalnızca dürüstlük kuralına aykırı davranmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği, zira normun amacı ve düzenlemede sayılan örnekler göz önüne alındığında, satın alma hakkı sağlayan “*geçerli sebep*” kavramının temelinde Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralının bulunduğu ifade edilmektedir¹⁶³.

Taşıma hukuku açısından pervasızca davranış kusurunun ise esas itibariyle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yer alan “*willful misconduct*” kavramından geliştirildiği, öte yandan, pervasızca davranış kusurunun, “*willful misconduct*” kavramı ile aynı anlama gelmediği ifade edilmektedir. Nitekim, “*willful misconduct*” kusurunda zarar verenin zarar ihtimalinin bilincinde olması şart değildir, gerekli özeni göstermesi sebebiyle bu bilince sahip olamamış olması da sorumluluğuna gidilebilmesi için yeterli kabul edilmektedir¹⁶⁴. Ancak, pervasızca davranış kusurunun, “*willful misconduct*” kavramı ile aynı anlamda kullanıldığı eserler de bulunmaktadır¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Karababa, s. 161; Tütüncü, s. 212.

¹⁶⁰ Tütüncü, s. 214.

¹⁶¹ Karababa, s. 161.

¹⁶² Orak Çelikboya, s. 122.

¹⁶³ Tütüncü, s. 213-216.

¹⁶⁴ Gençtürk, s. 131.

¹⁶⁵ Uysal, s. 110.

Pervasızca davranış kusurunda, “isteme” unsuru yer almamakta, bunun yerine gereken özenin gösterilmemesi ile zararın meydana gelmesi ihtimaline ilişkin bilince sahip olma şartları aranmaktadır¹⁶⁶. Buna göre, pervasızca davranış “ağır ihmal”, kasta eşdeğer kusur kavramını ise “bilinçli ihmal” şeklinde nitelendiren bir görüş de vardır¹⁶⁷.

“Kasta eşdeğer kusur” kavramının tanımı ise şu şekilde yapılmaktadır: “Taşıyanın kendisinden beklenen asgari özeni ve dikkati gösterse yapmayacağı bir davranışın neticesinde hukuka aykırı bir sonucun meydana gelebileceğini öngördüğü ancak bu neticeyi istemediği bir kusurdur¹⁶⁸”. Böylece hukukumuzda kasta eşdeğer kusur kavramının karşılığını bilinçli ihmalin oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁶⁹. Zira hem kasta eşdeğer kusur hem de bilinçli ihmal durumunda hukuka aykırı sonuç öngörülmekte fakat istenmemektedir. Dolayısıyla, iki kusur türünde de hukuka aykırı sonuç özen ve dikkat eksikliği sebebiyle ortaya çıkmaktadır¹⁷⁰. Ancak, doktrinde bu görüşün aksine, kasta eşdeğer kusur kavramının bilinçli ihmal olarak değerlendirilemeyeceği de ileri sürülmektedir¹⁷¹. Buna göre, kasta eşdeğer kusur durumunda zarar ya da tehlike ihtimalinin objektif, yüksek ihtimal olması gerekir. Diğer bir deyişle, zarar ya da tehlikenin gerçekleşme ihtimali, gerçekleşmemesine kıyasla daha yüksek olmalıdır. Buna karşılık yüksek (galip) ihtimal olarak anılan bu unsurun bilinçli ihmal kapsamında yer almaması nedeniyle, kasta eşdeğer kusur kavramının bilinçli ihmal olarak değerlendirilmesine engel olmaktadır¹⁷².

Bilinçli ihmal durumunda zarar ihtimalinin düşük ya da yüksek olmasının bir önemi bulunmamakta, zarar ihtimalinin göze alınması, öngörülmesi yeterli kabul edilmektedir. Hâlbuki pervasızca davranış kusurunda, zararın gerçekleşme ihtimalinin yüksek (galip) ihtimal olması gerekir. Bu yüzden pervasızca davranış kusurunun, doğrudan “bilinçli ihmal” anlamına geldiğini söylemek pek mümkün görünmemekte ise de¹⁷³ birbirine çok yakın kavramlar oldukları ve bazı hallerde örtüşebileceği ifade edilmektedir¹⁷⁴. Nitekim bazı yazarlarca¹⁷⁵ pervasızca davranış kusurunun “bilinçli ihmal” olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Buna göre pervasızca davranış kusuru, kusur derecesi bakımından orta-hafif kusurun üzerinde yer almaktadır¹⁷⁶.

¹⁶⁶ Gençtürk, s. 132.

¹⁶⁷ Sözer, s. 306, 307; Yavaş, s. 225, 230.

¹⁶⁸ Yavaş, s. 229.

¹⁶⁹ Sözer, s. 303; Yavaş, s. 231.

¹⁷⁰ Yavaş, s. 230.

¹⁷¹ Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 173; Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluk, s. 37.

¹⁷² Gençtürk, s. 135; Yavaş, s. 230; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 172, 173.

¹⁷³ Gençtürk, s. 135; Kaşak, s. 1503.

¹⁷⁴ Gençtürk, s. 135.

¹⁷⁵ Bkz. Uysal, s. 118.

¹⁷⁶ Uysal, s. 118.

Öte yandan, pervasızca davranış kusuruna ilişkin olarak “*yeni bir bilinçli ağır ihmal*” nitelendirmesinin yapıldığı da görülmektedir. Bu görüşe göre, pervasızca davranış, esasında “*ağır ihmal*” özelliği taşımakta ve zararın meydana gelmesine ilişkin bilince sahip olma şartının da aranması sebebiyle, “*yeni bir bilinçli ağır ihmal*” nitelendirmesinin yapılmasının uygun olacağı ileri sürülmektedir. Bu kapsamda “*bilinçli ağır ihmal*”, “*basit bilinçli ağır ihmal*” ve “*pervasızca davranış kusuru*” olmak üzere iki alt başlıkta ele alınmaktadır. Böylece pervasızca davranış kusuru, dolaylı kast ağırlığına ulaşmayan, bilinçli ağır ihmalin yeni bir türü olarak ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Ancak, doktrinde, dolaylı kast ile pervasızca davranış kusurunun unsurları itibariyle yapılan karşılaştırması ve ayrıntılı değerlendirilmesi sonucunda pervasızca davranış kusurunu, “*dolaylı kast*” olarak nitelendiren bir görüş de bulunmaktadır¹⁷⁸. Bunun yanı sıra diğer bir görüş ise, pervasızca davranış kusurunun Kara Avrupası hukuk sistemlerinde yer alan kusur türlerinden herhangi birine uymadığı yönündedir¹⁷⁹.

Alman Hukukunda da pervasızca davranış kusuru olarak getirilen yeni kusur ölçütünün nasıl yorumlanacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Buna rağmen pervasızca davranış kusurunun kanunda yer almasıyla birlikte, genel eğilimin sınırsız sorumluluğun gerektirdiği şartların ağır ihmale kıyasla ağırlaştığı yönünde olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Dolayısıyla, ihmalin hangi ölçü dikkate alınarak takdir edileceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, TMK m.4 hükmü uyarınca hâkim tarafından bu boşluğun doldurulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁸¹.

TTK m.1187 hükmünde yer alan kast kavramının hem doğrudan kastı hem de dolaylı kastı içerdiğinin kabul edilmesi¹⁸² karşısında, “*pervasızca davranış kusuru*” olarak nitelendirilen durumun diğer bir kusur türü olan “*ihmal*” kapsamında incelenmesini gerektirmektedir¹⁸³. Bu yüzden öncelikle “*ihmal*”, “*ağır ihmal*”, “*hafif ihmal*”, “*bilinçli ihmal*” ve “*bilinçsiz ihmal*” kavramlarının tanımlarına bakılması yerinde olacaktır.

¹⁷⁷ Kaşak, s. 1503.

¹⁷⁸ Bkz. Damar, s. 288 vd.

¹⁷⁹ Daha fazla bilgi için bkz. Gençtürk, s. 132; Kaşak, s. 1496-1498.

¹⁸⁰ Alman Hukukundaki görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kaşak, s. 1498.

¹⁸¹ Benli, Erman, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 26, S. I, s. 300-316), s. 302, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1108344> (Erişim Tarihi: 18.02.2025).

¹⁸² Sözer, s. 508; Yazıcıoğlu, Hamburg Kuralları, s. 171; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 145.

¹⁸³ Sözer, s. 304; benzer şekilde bkz. Kaşak, s. 1502.

Bu kapsamda, hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, böyle bir sonuçla karşılaşmamak için şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesi “*ihmal*” olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁴. Aynı şartlar altındaki makul her insan tarafından alınması gereken en basit önlemin dahi alınmamış olması “*ağır ihmal*” oluşturmakta iken, sadece dikkatli kişiler tarafından gösterilebilecek nitelikte bir özenin gösterilmemiş olması ise “*hafif ihmal*” oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra, “*bilinçli ihmal*” durumunda zarar veren, hukuka aykırı bir sonucun gerçekleşebileceği ihtimalini öngörmesine karşın, bunun gerçekleşmeyeceği umuduyla zararlı sonucu önlemeye yönelik tedbirleri almaması söz konusudur. Görüleceği üzere, bilinçli ihmal, dolaylı kast ile benzerlik göstermekle beraber, esasında bunlar arasında önemli bir fark bulunur. Zira bilinçli ihmalde, zarar veren hukuka aykırı sonucu istememekte, hatta zararı önleyebileceğini umut etmektedir. Oysaki dolaylı kast durumunda, zarar veren hukuka aykırı sonucu dolaylı dahi olsa istemektedir. “*Bilinçsiz ihmal*” durumuna ise, zarar verenin gereken özeni göstermemesi sebep olmaktadır¹⁸⁵.

Doktrinde, kasıt ve ağır ihmal kusurlarını karşılayacak şekilde “*ağır kusur*”, hafif ihmal karşılığında ise “*hafif kusur*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir¹⁸⁶. Hatta doktrinde ve uygulamada yargı kararlarında “*ihmal*” kelimesi yerine “*kusur*” kelimesinin kullanıldığına da rastlanmaktadır. Hâlbuki kusur, “*kast*” ve “*ihmal*” olarak ikiye ayrılmaktadır. Dolayısıyla, kusurun hafif, orta veya ağır şeklinde bir derecelendirmeye tabi tutulmasının doğru bir yaklaşım olmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir¹⁸⁷.

Bununla birlikte, Yargıtay, bir kararında¹⁸⁸, “... *Ağır kusur kavramı tam kusurdan farklı olup, taşıyıcının akdi ifa ederken göstermesi gereken özen, dikkat*

¹⁸⁴ Benli, s. 301; Eren, s. 651; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 494.

¹⁸⁵ Eren, s. 655, 656.

¹⁸⁶ Benli, s. 301; Kara, s. 319; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 495.

¹⁸⁷ Benli, s. 302; Eren, s. 655, dn. 256.

¹⁸⁸ Aynı kararda, ayrıca, “... *Taşıyan malın ziyanına neden olan olay trafik kazasından kaynaklanmıştır. Kazada davalı taşıma şirketinin sürücüsünün %100 oranında tamamen kusurlu bulunduğu anlaşılmıştır. Kazanın taşıyıcının sürücüsünün kusuru ile meydana gelmiş olması, sürücüsünün tamamen kusurlu bulunması kanunun taşıyıcının tüm zararlardan sorumlu tutulmasını gerektiren ağır kusur hali olarak kabulü mümkün değildir. Somut olayda meydana gelen trafik kazası oluş şekli itibarıyla sürücüsünün kasti veya kaza ile sonuçlanması mutlak olan bir hareketinden doğmayıp, taksirli eyleminden kaynaklandığından taksirli eylemdeki tam kusurun ağır kusur olarak kabulü mümkün değildir*” gerekçelerine yer verilmektedir (bkz. Yarg. 11 HD. 14.01.2010 T. 2008/8520 E. 2010/291 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 21.02.2025). Burada, kasti veya kaza ile sonuçlanması “*mutlak olan*” bir hareketin, ağır kusur olarak nitelendirileceği ifade edilmekte ise de aynı durumun TTK m.1187 hükmü bakımından geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki, TTK m.1187 hükmünde, böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi “*ihhtimalinin*” bilinciyle işlenmiş bir fiil veya ihmal şartı arandığına göre, sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybı için zararın gerçekleşmesine “*kesin, mutlak*” gözle bakılabilecek yoğunlukta bir riskin bulunmasının şart olmadığı, zararın gerçekleşmesi “*ihhtimaline*” ilişkin bilince sahip olmanın yeterli kabul edilmesi gerektiğini değerlendirmekteyiz (Aynı yönde bkz. Gençtürk, s. 128; Yavaş, s. 227; Yetiş Şamlı, Geç Teslim, s. 147).

ve tedbir konularında kasıt derecesinde olmasa bile kasta yakın derecedeki sorumlusuz eylemlerini ifade etmektedir” şeklinde değerlendirmesi ile “ağır kusur” kavramına açıklık getirmektedir.

Yargıtay, pervasızca davranış kusuruna ilişkin bir kararında¹⁸⁹, “... yükün kaybolmasının ne surette olduğu hususunda davalı tarafın hiçbir açıklama getirememiş olması karşısında mahkemece davalı taşıyıcının kasta yakın ağır kusurlu kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamasına ...” şeklindeki gerekçesi ile pervasızca davranış kusurunu “kasta yakın ağır kusur” olarak değerlendirmiş olmakla, esasında ağır kusur teşkil eden her olayın sınırsız sorumluluğa yol açmayacağı izlenimi vermektedir¹⁹⁰.

Yargıtay’ın başka bir kararında¹⁹¹ ise “... davacının denizcilik sektöründe faaliyet gösterdiği, ... Satıcının ağır kusur sayılabilecek kasta yakın bir kusurunun bulunduğu ispatlanamadığından teslimdeki gecikme nedeniyle davalı kusurlu ve mütemerrit sayılsa da ağır kusurlu kabul edilemeyeceği ...” şeklindeki gerekçesinde, “ağır kusur” için “kasta yakın bir kusur” bulunması gerektiği ifade edilmektedir.

İlk olarak, konunun “ağır ihmal” ve “bilinçli ihmal” çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Ağır ihmal durumunda makul ve ortalama bir kişiden beklenen en basit bir tedbirin dahi alınmaması söz konusu iken¹⁹², bilinçli ihmalde zarar veren, zararlı sonucu istememekte, ancak, zararın gerçekleşmesi ihtimalini öngörmesine rağmen sonucu önleyebileceği düşüncesiyle hareket etmektedir. Burada bazı önleyici tedbirlerin alınması dahi sonucu değiştirmeye yetmemektedir¹⁹³. Dolayısıyla, bilinçli ihmal de zarar verenin aldığı tedbirler, sonucu değiştirmeye yetmese bile kusur derecesine bir etkisi olmamaktadır. Ağır ihmal de ise kusurun nitelendirmesinde en basit tedbirin dahi alınmamış olması gerekir. Ayrıca, bilinçli ihmal hâlinde zararın gerçekleşme ihtimali öngörülmekte, fakat adeta pervasızca ve fazlaca cesaretle hareket edilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, kanaatimizce, pervasızca davranış kusurunun “bilinçli ihmal” olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Öte yandan, pervasızca davranış kusurunun, dolaylı kast şeklinde değerlendirilmesi durumunda ise bu defa TTK m.1187 hükmünün uygulama alanı taşıyan lehine oldukça daraltılmış olacaktır. Bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı ve zararın ispatını daha da zorlaştıracığından düzenlemenin amacı ile bağdaşmayacağı düşüncesindeyiz.

¹⁸⁹ Yarg. 11. HD. 26.01.1999 T. 1998/5499 E. 1999/136 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 20.02.2025).

¹⁹⁰ Değerlendirmeler için bkz. Gençtürk, s. 133; Kaşak, s. 1499.

¹⁹¹ Yarg. 11. HD. 18.10.2022 T. 2021/1491 E. 2022/7141 K. sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-Erişim Tarihi: 21.02.2025).

¹⁹² Benli, s. 301.

¹⁹³ Benli, s. 302.

SONUÇ

Deniz yoluyla eşya taşımalarında taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler içeren birden çok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Bunlar Lahey Kuralları, Lahey/Visby Kuralları, Hamburg Kuralları ve henüz yürürlüğe girmemiş olan Rotterdam Kurallarından oluşmaktadır. Ancak, Türkiye, anılan uluslararası sözleşmelerden sadece Lahey Kurallarına taraf olmakla birlikte, Lahey/Visby Kuralları ve Hamburg Kuralları kapsamında yer alan hükümlerden TTK'da özellikle taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerde yararlanılmıştır.

Taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler içeren ve uluslararası sözleşmeler arasında yer alan Lahey Kuralları ve Lahey/Visby Kurallarında, taşıyanın sorumluluğu kapsamında yalnızca eşyanın zıyayı ve hasarından doğan sorumluluk hükümleri düzenlenmiştir. Ancak, bu alanda diğer uluslararası sözleşmelerden olan Hamburg Kurallarında ve ardından Rotterdam Kurallarında taşıyanın eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Böylece uluslararası düzenlemeler bakımından taşıyanın geç teslimden doğan sorumluluğuna ilk kez Hamburg Kuralları ile yer verilmiştir. eTTK'da ise taşıyanın, eşyanın geç tesliminden doğan sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Ancak, TTK m.1178 hükmü ile taşıyanın eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan sorumluluğu düzenlenmiştir.

TTK m.1178 ilâ m.1192 hükümleri arasında taşıyanın sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, taşıyanın sorumluluğuna yol açan hâller sadece burada belirtilenler ile sınırlı değildir. Bu başlık altında düzenlenen hükümlerin dışında da taşıyanın sorumluluğuna yol açan hâller bulunmaktadır. Nitekim taşıyanın eşyanın zıyayı, hasarı veya geç tesliminden doğan zararlardan (TTK m.1178) dolayı sorumluluğunun yanı sıra, haklı bir sebep olmaksızın rotadan sapmadan (TTK m.1113, m.1220), geminin başlangıçta denize, yola ve yüke elverişli olmamasından (TTK m.1141), başka gemiye yükleme ve aktarmadan (TTK m.1150), eşyanın izinsiz güverteye yüklenmesinden (TTK m.1151) dolayı sorumluluğu da bulunmaktadır.

Sorumluluğu sınırlandırma hakkına ilişkin olarak da Lahey Kuralları, Lahey/Visby Kuralları, Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kurallarında taşıyanın belli hâllerde sorumluluğunun sınırlandırılacağı düzenlenmektedir. eTTK'da taşıyanın sorumluluğunun belirli bir miktar ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, TTK m.1186 hükmü kapsamında da sorumluluğu sınırlandırma hakkına yer verilmektedir. Bu kapsamda, TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluğu sınırlandırma hakkından, taşıyanın yanı sıra taşıyanın adamlarının (TTK m.1190/2), fiili taşıyanın ve onun adamlarının da (TTK m.1191/2) yararlanması mümkündür.

Sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin olarak ise Lahey Kuralları, herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, Lahey/Visby Kuralları, Hamburg Kuralları ve Rotterdam Kurallarında sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ayrıca, eTTK'da, taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına dair herhangi bir hükme yer verilmediği görülmekte ise de TTK m.1187 hükmünde sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Buna göre, zarara veya teslimde gecikmeye, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin ya da ihmalinin sebebiyet verdiği ispatlandığı takdirde taşıyanın ve adamlarının TTK m.1186 hükmünde öngörülen sorumluluk sınırlarından yararlanması mümkün olmayacaktır (TTK m.1187/1-2). Ayrıca, sorumluluğun sınırlandırılması hakkında olduğu gibi, TTK m.1191/2 uyarınca söz konusu hükümler, fiili taşıyan ve onun adamları hakkında da uygulanacaktır.

Bu itibarla, TTK m.1187 hükmünde geçen “... *kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin* ...” ifadesi bir bütün olarak ele alındığında ve özellikle zarar veya gecikme ihtimaline ilişkin bilince sahip olma şartının aranması karşısında, kanaatimizce, taşıyanın TTK m.1187 hükmü uyarınca sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybetmesi, ancak, şahsi kusurunun bulunması hâlinde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, taşıyanın adamlarının, fiili taşıyanın ve onun adamlarının kasıtlı veya pervasızca bir davranış ile zarara sebep olmaları ve bu yöndeki kusurlarının ispatlanması durumunda dahi taşıyan, sorumluluğu sınırlandırma hakkını kaybetmemelidir. Nitekim Yargıtay’ın yeni tarihli kararlarında da sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybindan söz edebilmek için taşıyanın şahsi kusurunun bulunması gerektiği ifade edilmektedir.

Taşıyanın sorumluluğu sınırlandırma hakkının kaybına sebep olan kusurunun, yani kastının veya pervasızca bir davranışının bulunduğu ise zarar gören tarafından ispatlanması gerekmektedir. Ancak, burada sadece pervasızca bir davranışın mevcut olduğunun veya zarara ya da teslimde gecikmeye sebep olan olayın gerçekleşmesi ihtimalinin yüksek olmasının ispatlanması yeterli değildir, ayrıca, taşıyanın böyle bir bilince sahip olduğu da ispatlanmalıdır.

Bir eylemin pervasızca bir davranış oluşturup oluşturmadığının ise her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede ise makul ve tedbirli taşıyandan beklenen özen derecesi dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, zarar verenin zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilincinin belirlenmesinde makul ve tedbirli bir taşıyandan beklenen özen derecesinin esas alınması hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayacağı gibi, TTK m.1187 hükmünün lafzı ile de uyumlu olmayacaktır. Nitekim deniz yoluyla yapılan taşımada her somut olayın gerektirdiği kendine özgü farklı sonuçlar ortaya çıkabilmekte ve bu sebeple pervasızca davranış kusuru oluşturu-

ran hâllerin belli bir standardını belirlemek her zaman mümkün olamamaktadır. Bu sebeple, pervasızca bir davranışın mevcut olup olmadığının belirlenmesinde objektif yöntem benimsenerek makul ve tedbirli bir taşıyandan beklenen özen derecesinin dikkate alınması isabetli bir yaklaşım olmakla birlikte, zarar verenin böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilincinin belirlenmesinde, somut olayda zarar verenin böyle bir zararın gerçekleşmesi ihtimalini gerçekten bilip bilmediğinin araştırılmasını esas alan subjektif yöntemin benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca, TTK m.1187 hükmünde “... pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın veya gecikmenin meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle ...” şeklinde açıklanan ve kısaca “*pervasızca davranış kusuru*” olarak anılan bu kusur derecesinin Türk hukuku bakımından mevcut kusur türlerinden hangisine dahil olduğu konusunda doktrinde birlik bulunmamaktadır. Doktrinde ileri sürülen ve genellikle “*dolaylı kast*”, “*ağır ihmal*” ve “*bilinçli ihmal*” şeklindeki farklı görüşlerden başka, Yargıtay kararlarında “*kasta yakın ağır kusur*” veya “*kasta yakın bir kusur*” nitelendirmeleri ile pervasızca davranış kusurunun belirlenmesinde esasında “*ağır kusur*” dan da öte bir kusur prensibinin benimsendiği görülmektedir.

Pervasızca davranış kusuru, ilk olarak “*bilinçli ihmal*” ile “*ağır ihmal*” arasında değerlendirildiğinde, bilinçli ihmal durumunda zarar verenin aldığı tedbirler, sonucu değiştirmeye yetmese bile kusur derecesine bir etkisi olmamaktadır. Bilinçli ihmal durumunda zararın gerçekleşme ihtimali öngörülmekte, fakat adeta pervasızca ve fazlaca cesaretle hareket edilmektedir. Ağır ihmal de ise kusurun nitelendirmesinde en basit tedbirin dahi alınmamış olması gerekmektedir.

İkinci olarak konu, “*bilinçli ihmal*” ile “*dolaylı kast*” arasında değerlendirildiğinde, öncelikle belirtelim ki bilinçli ihmalden farklı olarak, dolaylı kast durumunda zarar veren hukuka aykırı sonucu dolaylı dahi olsa istemektedir. Oysaki pervasızca davranış kusurundan bahsedebilmek için zarar verende “*isteme*” unsurunu aranmamakta, hatta bunun aksine gerekli özenin gösterilmemesi ile zararın gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin bilince sahip olma şartı aranmaktadır. Üstelik zararın gerçekleşmesi “*ihtimaline*” ilişkin bir bilince sahip olmanın, dolaylı da olsa hukuka aykırı sonucun “*istendiği*” şeklinde anlaşılması gerekir. Bilinçli ihmal durumunda ise, zarar veren hukuka aykırı sonucu “*istememekte*”, hatta zararı önleyebileceğini umut ederek hareket etmektedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, kanaatimizce pervasızca davranış kusurunun “*bilinçli ihmal*” olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Kaldı ki pervasızca davranış kusurunun dolaylı kast şeklinde kabul edilmesi durumunda bu defa TTK m.1187 hükmünün uygulama alanı taşıyan lehine de oldukça daraltılmış olacaktır. Bu durum hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı ve zararın ispatını daha da zorlaştıracığından düzenlemenin amacı ile de bağdaşmayacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Sami, Deniz Hukuku Navlun Mukaveleleri, Sermet Matbaası, İstanbul 1968.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), 29. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2025.
- Benli, Erman, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2020, C. 26, S. I, s. 300-316), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1108344> (Erişim Tarihi: 18.02.2025).
- Bozkurt, Tamer, Deniz Ticareti Hukuku, Yeniden Kaleme Alınmış 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Cheng, Bin, “Wilful Misconduct: From Warsaw to the Hague and From Brussels to Paris”, (Annals of Air and Space Law, Y. 1977, C. 2, s. 55-102), <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.crasl/nairspl0002&i=65> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).
- Ciğer, Selim, “Rotterdam Kuralları ve Otonom Gemiler Üzerine Bazı Düşünceler”, (AYBÜ Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y. 2023, C. 9, S. 2, s. 219-232), <https://www.jurix.com.tr/article/36823?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).
- Çağa, Tahir/Kender, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku II Navlun Sözleşmesi, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Damar, Duygu, Wilful Misconduct in International Transport Law, Springer, Berlin 2011, <https://inter-droitetaffaires.com/wp-content/uploads/2020/02/droit-maritime-des-affaires.pdf> (Erişim Tarihi: 10.02.2025).
- Demir, İsmail, Deniz Ticareti Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- Erbaş Açıknel, Aslıhan, “Konteyner Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması-Konteyner Klozu”, (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 3, S. 1, s. 105-123), <https://www.jurix.com.tr/article/4238?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 05.02.2025).
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Gençtürk, Muharrem, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Taşıyıcının Sınırsız Sorumluluğunu Gerektiren Ağır Kusurları ve Türk Mahkemelerinin CMR’yi uygulaması Bakımından Muhtemel Etkisi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. XVI, S. 4, s. 117-148), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789347> (Erişim Tarihi: 07.02.2025).
- Güner-Özbek, Meltem Deniz, “Varşova ve Montreal Sözleşmelerinin Eş Zamanlı Uygulanması, Havayoluyla Yapılan Taşıma Sözleşmelerine Uygulanan Hükümler ve Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun İç Taşımalara İlişkin Hükümlerinin Acil Revizyon İhtiyacı”, (TBB Dergisi 2016 (123), s. 325-372), <https://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1564> (Erişim Tarihi: 10.02.2025).

- İzveren, Adil/Franko, Nisim/Çalık, Adil, Deniz Ticaret Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1994.
- Kaner, İnci Deniz, Deniz Ticareti Hukuku I-II Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan-Navlun Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Kara, Hacı, Deniz Ticareti Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Karababa, Serdar, (Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukuku Açısından) Anonim Ortaklıkta Satın Alma (Squeeze-out) ve Çıkarma Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Kaşak, Esra, “Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının TTK m.886 Kapsamında Pervasızca ve Zararın Muhtemelen Meydana Geleceği Bilinciyle Davranışı”, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2021, C. 27, S. 2, s. 1487-1515), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1930298> (Erişim Tarihi: 07.02.2025).
- Kayıhan, Şaban, Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law), Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2024.
- Kula Değirmenci, Nil, “Taşıyanın ‘Fiili Taşıyanın Hata ve İhmallerinden’ Doğan Sorumluluğu ile Yararlanabileceği Sorumsuzluk Şartı”, (İÜHFİM, Y. 2015, C.LXXIII, S. 1, s. 389-420), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/230788> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).
- Martin, Peter, “Intentional or Reckless Misconduct: From London to Bangkok and Back Again”, (Annals of Air and Space Law, C. 8, s. 145-150), <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.crasl/nairsp10008&i=163> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).
- Murray, E. Daniel, “The Hamburg Rules: A Comparative Analysis”, (Lawyer of the Americas, Y. 1980, C. 12, S. 1, s. 59-92), <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/unmialr12&i=67> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).
- Okay, M. Sami, Deniz Ticareti Hukuku II-Navlun Mukaveleleri, Denizde Yolcu Taşıma ve Deniz Ödücü Mukaveleleri, Gözden Geçirilmiş ilaveli İkinci Bası, Kutulmuş Matbaası, İstanbul 1971.
- Orak Çelikboya, Leyla, Türk Ticaret Kanunu Madde 208 Uyarınca Anonim Şirketlerde Satın Alma Hakkının Koşulları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 09.04.2025).
- Pamuk, Nihal, Rotterdam Kuralları ve Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).
- Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi (Kommentar Zum Gesellschaftsrecht), Cilt I, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Sözer, Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I (Ders Kitabı) Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.

- Süzel, Cüneyt/ Damar, Duygu, “Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları)”, (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2010, C. 26, S. 2, s. 149-240), <https://www.jurix.com.tr/article/6674?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).
- Taşkın, Melda, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyanın Geç Teslimden Sorumluluğu”, (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2016, C. 15, S. 2, s. 681-707), <https://www.jurix.com.tr/article/5636?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 05.02.2025).
- Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Alttop, Atillâ, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tütüncü, Muharrem, Hakim Şirketin Azınlığın Paylarını Satın Alma Hakkı (Squeeze-out)-TTK md.208, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Uluğ Cicim, İlknur/Çelik, Elif Çağla, “Deniz Yolu ile Eşya Taşımacılığında Taşıyanın Gecikme Zararlarından Sorumluluğu ve Sorumluluğun Sınırlandırılması”, (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 7, S. 2, s. 81-99), <https://www.jurix.com.tr/article/11657?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 05.02.2025).
- Uysal, Cüneyt, “Uluslararası Multimodal Eşya Taşımalarında Yükle İlgililerin Pervasızca Davranış Kusuru”, (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 89-122) <https://www.jurix.com.tr/article/8293?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 07.02.2025).
- Ülgener, M. Fehmi, Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri, Der Yayınları, İstanbul 1991.
- Wood, B. Erskine, “Limitation of Liability: Gilmore and Black’s Concept of Privity Based on ‘Primitive Unseaworthiness’”, (Willamette Law Journal, Y. 1969, C. 5, S. 3, s. 393-398), <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/willr5&i=407> (Erişim Tarihi: 27.02.2025).
- Yavaş, Aksoy, “Kara Yolunda Yapılan Yük Taşımada Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybına Sebepiyet Veren Kusur Türlerinin Değerlendirilmesi”, (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 13, S. 2, s. 200-238), <https://www.jurix.com.tr/article/11847?u=0&c=0> (Erişim Tarihi: 11.02.2025).
- Yazıcıoğlu, Emine, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku, 17. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022 (Deniz Ticareti).
- Yazıcıoğlu, Emine, Hamburg Kuralları’na göre Taşıyanın Sorumluluğu-Lahey/Visby Kuralları ile Karşılaştırmalı Olarak, 1. Bası, İstanbul 2000, (Hamburg Kuralları).
- Yetiş Şamlı, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, (İÜHFH, Y. 2013, C. LXXI, S. 2, s. 479-496), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97847> (Erişim Tarihi: 28.01.2025) (Sefere Elverişlilik).
- Yetiş Şamlı, Kübra, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Taşımalarda Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 26.01.2025) (Sınırlı Sorumluluk).

Yetiş Şamlı, Kübra, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Taşıyanın Zıya, Hasar ve Geç Teslimden Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2012, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp> (Erişim Tarihi: 03.02.2025) (Geç Teslim).

Elektronik Kaynaklar

<https://www.denizticaretodasi.org.tr/tr/sayfalar/rotterdam-kurallari> (Erişim Tarihi: 28.01.2025).

<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7leri.pdf> (Erişim Tarihi: 25.02.2025).

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/uluslararasi-antlasmalar/12-ekim-1929-tarihinde-varsova-da-imzalanen-uluslararasi-hava-tasinmalarina-iliskin-bazi-kurallar> (Erişim Tarihi: 10.02.2025).

<https://www.dehukam.org/uluslararasi-sozlesmeler/taraf-olunan/> (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201412/v1412.pdf> (Erişim Tarihi: 22.06.2025).

<http://www.admiraltylawguide.com/conven/hamburgrules1978.html> (Erişim Tarihi: 23.06.2025).

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM__d04/c021/b013/mm__040210130544.pdf (Erişim Tarihi: 25.06.2025).

https://en.wikipedia.org/wiki/Warsaw_Convention (Erişim Tarihi: 25.06.2025).

Yargıtay Kararları

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Kamu Hukuku

Mücbir Sebep Bağlamında İdarenin Depremden Kaynaklanan Sorumluluğunun Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of the Administration's Liability Arising from an Earthquake in the Context of Force Majeure

Dr. Öğr. Üyesi Çolpan MÜCAHİT KÜÇÜK^(**)

"Deprem olasılıksal olarak öngörülebilir. Deprem engellenemez ancak tedbirler alınarak can kaybı engellenebilir."^(***)

Öz:

Doğal afetler, uluslararası hukuk literatüründe genellikle "beşeri müdahale içermeyen felaketler" olarak tanımlanmakta ve diğer afet türlerinden ayrılmaktadır. Bu ayrımın temelinde yatan kritik fark, önleme stratejilerinin niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Teknolojik kökenli afetlerde önleme, riskin kaynağının ortadan kaldırılmasını hedeflerken; doğal afetlerde temel amaç, afetin yıkıcı etkilerinin minimize edilmesi ve toplumların dirençliliğinin artırılmasıdır. Bunun için önlemek tazmin etmek ve iyileştirmekten daha iyidir anlayışı yerleşmiştir. Bu noktada idarelere önleyici tedbir almanın yanında alınan tedbirlere rağmen oluşacak afetler esnasında müdahale zorunluluğu öngörülmüştür. Bundan sonra ise idarelerin afet sonrası bu afetin izlerini yok etme noktasında yükümlülüğü başlamakta ve en nihayet bu görevler esnasında kusurlu ve kusursuz sorumluluğu tartışılmaktadır. Gerçekten de zaman içinde idarenin sorumluluğu kavramı büyük bir evrim geçirmiştir. Yine zarar kavramı zamanla genişlemiş ve özellikle sorumluluğun tespit edilemediği doğal afetler, terör olayları gibi durumlarda tazminat talepleri artmıştır. Tazminat anlayışı, sadece kusura bağlı olmaktan çıkarak tam onarım ilkesine yönelmiştir. Maddi ve manevi zararların yanı sıra estetik zararlar ve fırsat kaybı da tazmin edilebilir zararlar kapsamına girmiştir. Tıp gibi alanlarda rastlantısallık giderek daha az kabul görmeye başlamıştır.

Bu gelişmeler ışığında, sorumluluk rejimlerinde de değişim olmuştur. Yasal tazminat rejimleri ve içtihatlar, sorumluluk alanını genişletmiş, devletin kusursuz sorumluluğu tehlikeli faaliyetler ve kamu görevlilerinin zararları gibi alanlarda pekişmiştir. Ayrıca bu gelişmeler klasik mücbir sebep doktrininin de etkilemiş ve en önemli mücbir sebep dayanağı olan doğal afetler konusunda idarelerin yükümlülükleri gündeme gelmeye başlamıştır. Çalışmada doğal afetler kapsamında

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 30.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 03.07.2025.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,
E-posta: colpan.mucahitkucuk@hbv.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7140-3451>.

^(***) Levent Mazılıgüney, "Deprem Nedeniyle Hukuki Sorumluluklar-Sorunlar-Öneriler, <https://denizli.imo.org.tr/Eklenti/8638,seminersunumpdf.pdf?0>. Doğal afetler, Birleşmiş Milletler tarafından "etkilenen topluluğun yerel tepki kapasitesinin baş edemeyeceği ve bir bölgenin ekonomik kalkınmasını etkileyen doğal risklerin neden olduğu olaylar zincirinin sonuçları" olarak tanımlanmaktadır. (<https://tihek.gov.tr/anayasa-mahkemesi-kararlari-isiginda-dogal-afet-donemlerinde-insan-haklari-calistayi-duzenleniyor->).

yalnızca depreme ilişkin yükümlülükler gözetilerek kapsamı sınırlandırılmıştır. Deprem, Danıştay kararlarında uzun yıllar tipik bir mücbir sebep hali olarak kabul edilmekle birlikte, zamanla sadece mücbir sebebin varlığı, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yeterli görülmemeye başlanmıştır. Bu tür durumlarda ayrıca meydana gelen zarar ile idari faaliyet arasındaki illiyet bağının kesilip kesilmediği hususunun da somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Çalışmada incelenen kararlarda görüleceği üzere, konuya ilişkin ilk gelişmeler depremin doğası gereği mücbir sebep sayıldığı, ancak zarar ile idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının her somut olayda ayrı ayrı incelenmesi gerektiği biçimindedir. Ancak zamanla söz konusu kararların içeriğinin de değişmeye başladığı görülmüştür. Zira teknik ve bilimsel çalışmalar ışığında fay hatları ve olası risklerin belirlenebilir durumdadır. Ayrıca önleyici tedbirler ve yapısal değişiklikler ile zararların en aza indirilebileceği de tartışmasız bir gerçek haline gelmiştir. Bu noktada çalışmada deprem nedeniyle oluşan zararın öngörülebilir bir risk olduğu ve bu haliyle mücbir sebep sayılmaması gerektiğine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Deprem, Mücbir Sebep, İdarenin Sorumluluğu.

Abstract:

In international legal literature, natural disasters are generally defined as "catastrophes without human intervention" and are thus distinguished from other types of disasters. The fundamental difference underlying this distinction lies in the nature of prevention strategies. In technologically induced disasters, prevention aims at eliminating the source of the risk, whereas in natural disasters, the primary objective is to minimize the destructive effects of the disaster and to increase the resilience of societies. Consequently, the principle that "prevention is better than compensation and recovery" has become widely accepted.

At this point, public authorities are expected not only to take preventive measures but also to intervene during disasters despite the measures taken. Following the disaster, the administration's obligation to eliminate the traces of the disaster begins. Ultimately, during the fulfillment of these duties, the concepts of fault-based and strict liability (liability without fault) come under discussion. Indeed, the concept of administrative liability has evolved significantly over time. Similarly, the concept of "damage" has expanded, and in cases where liability cannot be clearly attributed—such as natural disasters and terrorist acts—compensation claims have increased. The approach to compensation has shifted away from being solely fault-based and moved toward the principle of full reparation. Alongside material and moral damages, aesthetic damages and loss of opportunity have also come to be considered compensable.

In fields such as medicine, randomness is increasingly less tolerated. In light of these developments, responsibility regimes have also undergone change. Legal compensation systems and judicial precedents have expanded the scope of liability, and the state's strict liability has been reinforced in areas such as hazardous activities and damages caused by public officials. Moreover, these developments have also influenced the classical force majeure doctrine. Natural disasters, which traditionally constituted the most prominent basis for force majeure, have now become grounds for examining the responsibilities of administrative authorities.

This study narrows its focus to responsibilities related specifically to earthquakes within the broader scope of natural disasters. While earthquakes were long considered a typical case of force majeure in the decisions of the Council of State (Danıştay), over time, the mere existence of force majeure has come to be seen as insufficient to fully absolve the administration from liability. In such cases, it has been emphasized that the causal link between the damage and the administrative activity must also be evaluated according to the specifics of the case. As seen in the decisions examined in this study, the initial developments accepted earthquakes as force majeure by their nature, but also stressed the need to assess the causal relationship in each individual case.

Over time, however, the content of these decisions has begun to change. Technical and scientific studies have made it possible to identify fault lines and potential risks. It has also become an indisputable fact that preventive measures and structural changes can significantly reduce damages. At this point, the study includes evaluations suggesting that damage caused by earthquakes constitutes a foreseeable risk and therefore should no longer be regarded as a force majeure.

Keywords:

Earthquake, Force Majeure, Liability of the Administration.

I. İDARENİN SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA DEPREME İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Tabi Afet Olarak Deprem ve Türkiye'nin Konumu

Birleşmiş Milletler afet kavramının tanımını¹, “insanlar için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplara neden olan, normal yaşamı durdurarak veya kesintiye uğratarak toplumları etkileyen ve yerel imkânlarla baş edilemeyen her türlü doğal, teknolojik veya insan kaynaklı tüm olaylardır” şeklinde yapmıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre doğal afet, “İnsan eliyle önlenemeyen sel, fırtına, deprem, dolu vb. felaketlerin her biri” olarak ifade edilmiştir². Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından hazırlanan Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğünde “Doğa kaynaklı afet (*natural disaster*)”; “Deprem, sel, heyelan, çığ, kuraklık, fırtına, dolu, hortum, göktaş düşmesi vb. gibi oluşumu engellenemeyen jeolojik, meteorolojik, hidrolojik, klimatolojik, biyolojik ve kaynağı dünya dışında olan tehlikelerden kaynaklanan doğa olaylarının sonuçları³” olarak tanımlanmıştır. Doğal afetler biyolojik (*salgın hastalıklar*), hidrolojik (*sel*), jeolojik (*yanardağ patlaması*), jeofiziksel (*deprem*), meteorolojik (*aşırı yağış*) ve oşinografik (*tsunami*) şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bunlara insan kaynaklı afetler, savaş, terörizm de eklenebilir. Görüldüğü üzere deprem, pek çok afet olayından biridir. “Depremler, yer içinde birikmiş gerilme enerjisinin aniden boşalmasıdır. Yer içindeki enerji birikiminin nedeni dünyayı saran levhaların hareketleridir.” Depremin yeryüzüne çeşitli etkileri bulunmaktadır: Heyelanlar, kopmalar, çökmeler, toprak ve çamur akmaları, yangınlar, tsunami vb. Bu anlamda bilindiği üzere depremler yeni afetlere de yol açabilmektedir⁴.

Deprem, ne zaman nerede gerçekleşebileceği önceden kesin olarak bilinmeyen ve önlenmesi mümkün olmayan bir doğa olayıdır. Önlenemeyen bir doğa olayı olan deprem yer kabuğundaki kırılmalar nedeniyle ani bir şekilde ortaya çıkan tit-

¹ Literatürde afet kavramıyla ilişkili birçok tanıma rastlanmakta olup kavram köken itibarıyla Arapçadan Türkçeye geçen bir sözcüktür ve yıkım, bela ve büyük felaket anlamında kullanılmaktadır. Afet, bir yerde yaşayanların tümü veya bir bölümü için kayıplara yol açan, süregelen hayatı ve toplumsal faaliyetleri durduran veya kesilmesine sebep olan, bu durumdan etkilenen bireylerin veya toplumun üstesinden gelme kapasitesinin yetersiz kaldığı doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olayları anlatan kavramdır. İster doğa kaynaklı olsun isterse insan kaynaklı olsun meydana gelen her olay afet olarak nitelendirilmez. Afet olarak bir nitelendirilme yapılması için ortaya çıkan olayın sonucunda insanların etkilenmesi, maddi veya manevi zarar görmesi gerekir. Afet, insanlar için toplumsal, ekonomik, kültürel ve doğal çevrede kayıplara yol açan, gündelik hayatın akışını kesintiye uğratarak toplumları etkileyen, maruz kalan topluluğun kendi kaynak ve imkânlarının üzerinde baş edemeyeceği etkiye sahip olan, kriz yönetimi gerektiren doğa veya insan kaynaklı olaylar sürecinin sonucudur. (İsmail Başaran/Duygu Akyüz, “Afet Yönetiminde Bir Sivil Toplum Kuruluşu: Türk Kızılay”, (Journal of Civilization Studies Volume 7, Issue 1), s. 77).

² <https://sozluk.gov.tr/>.

³ <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>.

⁴ Tüba Karahisar, “Olası Bir Depremde Koordinasyonun Sağlanması ve Sosyal Medyanın Rolü”, Beykoz Akademi Dergisi, (Y. 2016; (4) 2), s. 47-48.

reşimlerin dalgalar halinde yayılarak geçtikleri ortamları sarsmasıdır⁵. Yeryüzünde her yıl yaklaşık 500.000 deprem meydana gelmekte ve bunlardan sadece beşte biri hissedilmekte, yaklaşık 100'ü hasara yol açmaktadır. Ülkemiz, coğrafi yapısı itibarıyla yıkıcı etkileri olan ve büyük magnitudlü depremler üretebilen fay hatları üzerinde olup, Alp-Himalaya deprem kuşağı üzerinde yer almaktadır⁶.

Resmî belgelerde ifade edildiği üzere yurdumuzun %92'si deprem bölgeleri içerisinde yer almakta, (Deprem Bölgeleri Haritası)⁷ nüfusumuzun %95'i deprem bölgelerinde yaşamakta, ayrıca büyük sanayi merkezlerinin %98'i ve barajların %93'ü yine deprem bölgelerinde bulunmaktadır. Görüldüğü üzere neredeyse yurdumuzun tamamı deprem tehdidi altında bulunmaktadır⁸.

Coğrafi olarak Dünyadaki aktif deprem kuşaklarından birisi üzerinde yer alan ülkemiz bu yüzyılın son çeyreğinde gerçekleşen Gölcük, Düzce, Bingöl, Van, Elâzığ, İzmir ve asrın felaketi olarak tanımlanan 6 Şubat 2023 tarihinde saat 04.17'de merkezi Kahramanmaraş ili Pazarcık ilçesinde (7.7 büyüklüğünde) ve aynı gün saat 13.24'te aynı ilin Elbistan ilçesinde (7.6 büyüklüğünde) gerçekleşmiş ve devamında birçok artçı depremlerin yaşandığı⁹ mal ve can kaybına maruz kalmıştır¹⁰.

⁵ Coşkun İşçi "Deprem Nedir ve Nasıl Korunuruz?", Journal of Yasar University, (Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 3/9, Haziran 2008), s. 959.

⁶ Merşaa Aral/ Gökhan Tunç, "Türkiye'de Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgilerinin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler", Afet ve Risk Dergisi, (Y. 4, S. 1), s. 22.

⁷ Türkiye Deprem Tehlike Haritası yenilenerek, 18 Mart 2018 tarihli RG'de yayınlanmış, 1 Ocak 2019 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. <https://www.afad.gov.tr/turkiye-deprem-tehlike-haritasi>.

⁸ Adil Bucaktepe: "Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (Cilt: 17-18, Sayı: 26, 27, 28, 29, Yıl: 2012-2013), s. 94.

⁹ 6 Şubat 2023 Pazarcık (Mw: 7.7) ve Elbistan (Mw: 7.6) depremleri başta Kahramanmaraş olmak üzere Hatay, Adıyaman, Malatya, Gaziantep, Diyarbakır, Şanlıurfa, Kilis, Osmaniye, Adana ve Elazığ'da çok şiddetli hissedilmiş ve bu 11 ilde olağanüstü hâl ilan edilmiştir. Depremden dolayı 50.783 kişi hayatını kaybederken, 115.353 kişi yaralanmıştır. Depremden etkilenen 11 ilin toplam nüfusu, 2022 yılı için 14.013.196 kişi olarak kaydedilmiştir. Depremden etkilenen nüfus, ülke demografisinin yüzde 16,4'üne tekabül etmektedir. (Deprem ve Sivil Toplum Çalıştay Raporu, Malatya 2023, sh. 13). Son yüzyılda yaşananlar afetler arasında en büyük can ve mal kaybına yol açan afetler arasında ilk sıralarda yer alan söz konusu depremler sonucunda 120 bin km²'lik bir alan ve 14 milyon kişi etkilenmiş, 53.537 kişi hayatını kaybetmiş, 107.204 kişi yaralanmıştır. 2023 Şubat ayı depremleri, alan itibarıyla dünyadaki 133 ülkenin yüz ölçümünden daha büyük bir alanı, etkilenen nüfus bakımından ise 157 ülkenin nüfusundan daha fazla insanı etkilemiştir. Depremlerden etkilenen 11 ilde yapılan hasar tespit çalışmalarına göre 22 Ocak 2024 tarihi itibarıyla 2.258.622 binadan; 39.361'inin yıkılmış, 21.191'inin acil yıkılacak, 202.571'inin ağır hasarlı, 43.344'inin orta hasarlı ve 1.952.155'inin ise az hasarlı veya hasarsız olduğu tespit edilmiştir. Yıkılan veya ağır hasar gören binaların arasında mesken olarak kullanılanların dışında kamu kurumlarının hizmet binaları, tarihi ve kültürel yapılar, okullar, hastaneler, ticari işletmeler gibi yapılar da bulunmaktadır. (Cumhurbaşkanlığı Strateji Ofisi tarafından hazırlanan Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Yeniden İmar ve Gelişme Raporu, Ankara 2024, s. 6).

¹⁰ Ülkemizde yaşanan büyük depremler hakkında bkn. (10/66, 67, 68, 69, 70) Esas Numaralı Meclis Araştırması Komisyonu Raporu Türkiye Büyük Millet Meclisi (10/66, 67, 68, 69, 70) Esas Numaralı 23.12.1999 Meclis Araştırması Komisyonu Sayı: A.01.1.GEÇ.10/66,67,68,69,70-

Geçmişten günümüze yaşanan depremler istatistiksel açıdan değerlendirildiğinde; Türkiye’de ortalama olarak beş yılda bir geniş çapta can ve mal kaybına neden olan büyük bir depremin yaşandığı görülmektedir. Bu depremler nedeniyle yılda ortalama olarak yaklaşık 1.000 kişinin hayatını kaybettiği ve 2.100 kişinin de yaralandığı; yine ortalama 7 binden fazla binanın depremler nedeniyle yıkıldığı ya da ağır derecede hasar gördüğü raporlanmıştır¹¹.

Bu sebeple Türkiye gibi deprem kuşağında yer alan ülkelerde deprem doğal afet özelliğinin yanında hukukun da konusu olmuştur. Üstelik her yeni deprem mevcut hukuk kurallarının yeniden değerlendirilmesine ve ihtiyaç halinde mevzuatın değiştirilmesiyle sonuçlanmaktadır. Bu bakımdan deprem hukuku güncelliğini koruyan, gelişim gösteren multidisipliner bir hukuk dalıdır. Dolayısıyla deprem birçok hukuk dalını ilgilendirir. Kaldı ki deprem bir doğa olayı olması nedeniyle hukuku aşan bir noktada konumlanmaktadır. Bu husus uluslararası kuruluşların düzenlemelerine ve yargı kararlarına da yansımaktadır.

Deprem konusu hukukun tüm disiplinleri ile yakından ilgilidir¹². Bu nedenle deprem, devletin kamu hizmeti sunma yükümlülüğü ve organizasyonu noktasında idare hukuku, temel hak ve özgürlükler açısından anayasa hukuku¹³, zararların gideril-

93chrome-extension://efaidnbmnmbpcjpcglclefindmkaj/https://www.spo.org.tr/resimler/ekler/1f6c0e570cb386_ek.pdf; Melike Çolakoğlu, İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2023, s. 26-30.

¹¹ Türkiye’de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri *Disaster Management and Natural Disaster Statistics in Turkey* Kitapçığı, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018, s. 43.

¹² Bkn. *Deprem ve Hukuk*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2020; Alper Yılmaz *Yargı Kararları Bağlamında Deprem ve Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2025.

¹³ Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvuruda; başvuru, yakınlarının 9 Kasım 2011’de Van ilinde meydana gelen depremde otel enkazında kalarak vefat ettiğini ve hukuk yollarına başvurmalarına rağmen sonuç alamadıklarını belirterek, yaşam hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlâl edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, yapmış olduğu inceleme neticesinde, ilk olarak ülkemizdeki yasal düzenlemelerde, bir afetin meydana gelmesinden sonra yapılacak kurtarma, yaralıları tedavi, barınma, ölüleri gömme, yangınları söndürme, yıkıntıları temizleme ve felaketzedeleri işe gibi hususlarda uygulanmak üzere görev ve görevlileri tayin etme ve toplanma yerlerini tespit eden bir programın valiliklerce düzenleneceği, bu programların uygulanmasının valiliklerce kurulacak kurtarma ve yardım komitelerince sağlanacağını belirlenmiştir. Müteakiben deprem afetinin gerçekleşmesi sonrasında tehlikeli durumu ve binaların gördüğü hasar bakımından yıktırılması ve boşaltılması gerekenler hakkında, o il ve ilçenin en büyük mülki amirine durumun rapor edilmesi ve bu makamlarca bu tür binaların derhal boşaltılmasının sağlanmasının gerektiği, lüzumu halinde yapılarda meydana gelen hasarı tespit etmek üzere Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nın talebi üzerine diğer bakanlık, kurum ve kuruluşlar, mahalli idareler, üniversiteler ve meslek odaları, konusunda deneyimli yeteri kadar inşaat mühendisi ve/veya mimarını hasar tespit çalışmalarında derhal görevlendirmekle yükümlü olduğunun kurala bağlandığının tespit edildiğini belirtmiştir. İlk tespitin ardından; heyelan, kaya düşmesi ve deprem gibi afetlerde, tehlikenin devamı veya tekrarı ihtimali üzerine boşaltılan binaların tehlikeye karşı kesin tedbir alınıncaya kadar işgaline veya hasara uğrayanların tamarine izin verilmeyeceği, tedbir alınamayacağına karar verildiği takdirde tehlikeli mahal içindeki binaların, yukarıdaki esaslar dâhilinde yıktırılması gerektiği, yine bu düzenlemelerde bunun bir yükümlülük olarak belirlendiğini ifade etmiştir. Ayrıca, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının yaşandığı durumlarda Anayasa’nın

mesi konusunda tazminat ve sigorta hukuku, çalışma ve işgücü açısından iş ve sosyal güvenlik hukuku, uygulanacak yaptırımlar bakımından ceza hukuku¹⁴ başta olmak üzere farklı hukuk dallarına konu karşılaştırmalı hukuk zaviyesinden ele alınmalıdır.

Anayasa ve uluslararası hukuk¹⁵ anlamında pozitif yükümlülük, devletlerin yargı yetkisi dahilinde bulunan bireyleri koruma yükümlülüğü olarak ifade edilmekte olup deprem ve doğal afetler dolayısıyla devletin bu anlamda bir yükümlülüğü söz konusudur.

B. Deprem Riski Taşıyan Bölgelerdeki Yapılaşmanın Temel Sorunları ve İlgili Mevzuat¹⁶

1. Temel Sorunlar

Depreme ilişkin temel sorunlar, çok katmanlı ve birbirini besleyen yapısal eksikliklerden kaynaklanmaktadır. Hatalı imar planları ile başlayan süreç, süreç içerisinde de imara aykırı yapılaşmayla devam etmekte ve bu aykırılıkların imar aflarıyla meşrulaştırılmasıyla daha da derinleşmektedir. Ruhsata aykırı tadilatlar, zemin etütlerindeki hatalar ve yanlış tasarım ilkeleri, yapıların temelinden itibaren riskli hale gelmesine neden olurken; zorunlu olmasına rağmen yeterince dikkate alınmayan olasılıksal deprem haritaları da projelendirmede ciddi eksikliklere yol açmaktadır. Projelendirme sürecindeki hatalar, sahadaki imalatlarda çalışan işçi, kalfa ve mühendislerin hatalı uygulamalarıyla birleşince, yapıların güvenliği

17. maddesinin, devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak, yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçeveyin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurularak cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklediğini ve bu yükümlülüğün, kamusal olup olmadığına bakılmaksızın, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet açısından geçerli olduğunu vurgulamıştır. Tüm bu gerekçelerle, Yüksek Mahkeme; depremde ölenin yakınları tarafından yapılan bireysel başvuruya ilişkin olarak, “yaşam hakkının usuli boyutunun ihlâl edildiği ve manevi tazminat ödenmesi” gerektiği yönünde ihlal kararı vermiştir. (AYM, 06.01.1999, E. 1999/68, K. 1999/1, *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar (2012-2013)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, s. 112-138).

¹⁴ Bkn. Berrin Akbulut “*Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. 31, S. 2, 2023), ss. 569-628; Turan Ateş *Deprem Hukuku*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2023.

¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde öngörülen pozitif yükümlülükler, insan haklarının etkin bir şekilde devamını sağlamak, temel hakların üçüncü kişilere ihlalini engellemek ve haklardan etkin şekilde faydalanmak için devletlerin alması gereken önlemlere ilişkindir (Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, İnsan Hakları El Kitapları No: 7, Avrupa Konseyi, 2007, s. 14).

¹⁶ 6 Şubat 2023 tarihli Deprem Sonrası Yürürlüğe Giren Önemli Mevzuat için bkn. *Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Yeniden İmar ve Gelişme Raporu*, s. 126 vd. Ülkemizin afet mevzuatı ve afetlerle ilişkili kurumlar için bkn. Halil Doğan, “*Afetlerde Kurum ve Kuruluşlar*”, Özüçelik DN, editör. Afetlerde Acil Tıp Hizmetleri. 1. Baskı. Ankara: Türkiye Klinikleri; 2019. sh. 83-88; *Türkiye’de Afet Mevzuatı ve Afetlerle İlişkili Kurumlar*, chrome-extension://efaidnbmninnnigpcapbjcclefindmkaj/https://www.ktu.edu.tr/dosyalar/afettibbi_0f8f8.pdf; Azimli Çilingir Gülcan, *Türkiye’de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019 (Söz konusu bu çalışma aynı başlıkla Adalet Yayınevinden Ankara 2023 tarihinde yayınlanmıştır).

büyük ölçüde zedelenmektedir. Kullanılan beton, demir gibi malzemelerin kalitesiz olması da bu riski artırmaktadır. Yapı denetim sisteminin yetersizliği, idari denetimlerin zayıflığı ve laboratuvar sonuçlarının hatalı ya da yanıltıcı olması, kontrol mekanizmalarının etkisizliğini göstermektedir. Ülkede gereğinden fazla mühendislik fakültesinin bulunması, müteahhitlik için herhangi bir yetkinlik aranmaması ve mesleki eğitimin yetersizliğiyle birlikte meslek etiğinin eksikliği, nitelikli insan kaynağı sorununun altını çizmektedir. Ayrıca, hile, aldatma ve benzeri davranışların yaygınlığı ile caydırıcı yasal hükümlerin yokluğu, bu sistemsel sorunların sürmesine ve yeni risklerin oluşmasına neden olmaktadır.

2. Yapı Yaparken Uyulması Gereken Mevzuat

İdarenin depreme ilişkin yükümlülükleri, deprem ve afet olasılıklarını gözetken zemin etüdünün yapılarak imara uygun yerleşim alanlarının planlanması, yapıların mevzuat gereği deprem dayanıklılığının sağlanması, kaçak yapılaşmanın ve imar mevzuatına aykırılıkların tespit edilerek gerekli denetimlerin yapılması, uygun olmayan yapıların inşaatlarının durdurulup yıkılması ve cezai yaptırımların uygulanması gibi önlemleri içermektedir. Ayrıca, deprem sonrası acil müdahale planlarının hazırlanması, arama-kurtarma ve tedavi süreçlerinin hızlı bir şekilde başlatılması, temel ihtiyaçların sağlanması da bu yükümlülüklerin içindedir. Nitekim Danıştay bir kararında¹⁷, “Bilindiği gibi, ülkemiz, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaşan ülkelerin başında gelmektedir. Afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araştırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ülke içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak Devletin görev, yetki ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır. Deprem olgusunun, doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi, hatta ortadan kaldırılması mümkündür. Başka bir anlatımla, depremin nerede, ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemezlikle birlik-

¹⁷ Dan. 10. D. E. 2005/9126, K. 2007/3069, T. 28.05.2007, Corpus İçtihat Prog.

te, depremin yaratacağı olumsuz sonuçların öngörülebilir olduğu ve oluşacak zararların en aza indirilmesi için önceden önlem alınabileceği açıktır.” biçiminde hüküm kurmuştur. Ülkemizde bu yükümlülükleri düzenleyen afet yönetimi ve yapı güvenliğiyle ilgili mevzuat oldukça geniş kapsamlıdır. Bunlar arasında 15.05.1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun, 03.05.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu (imar affı dahil), 03.07.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu, 29.06.2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, 29.05.2009 tarihli ve 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 09.05.2012 tarihli ve 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu, 29.02.2000 tarihli ve 4539 sayılı Doğal Afet Bölgelerinde Afetten Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümüne ve Bazı İşlemlerin Kolaylaştırılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ve 15.03.2023 tarihli ve 7441 sayılı Afet Yeniden İmar Fonunun Kurulması Hakkında Kanun yer almaktadır. Bu kanunlar, afetlere karşı alınacak tedbirler, yapı denetimi, sigorta uygulamaları ve yeniden imar süreçleri gibi geniş bir yelpazede düzenlemeler sunmaktadır. Üstelik bahse konu kanunların açıklanması için de pek çok alt düzenleme yapılmıştır¹⁸.

C. Deprem Riski Taşıyan Bölgelerdeki Yapıların Yıkılması veya Kullanılamaz Hale Gelmesi Dolayısıyla Zarar Görmesi Durumunda Sorumlu Tutulacaklar¹⁹

Deprem riski taşıyan bölgelerdeki yapıların yıkılması veya kullanılamaz hale gelmesi durumunda sorumlu tutulacak kişiler arasında; inşaatın statik projesini

¹⁸ Konuya ilişkin Yönetmelikler: **1.** Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, **2.** Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği, **3.** Belediyelerin İmar Yönetmelikleri, **4.** Belediyelerin Zabıta Yönetmelikleri, **5.** Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği, **6.** Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik, **7.** Özellik Arz Eden Binaların Tasarım Gözetimi ve Kontrolü Hizmetlerine Dair Yönetmelik, **8.** Yapı Malzemeleri ve Zemin Laboratuvarları Uygulama Yönetmeliği, **9.** Kıyı Yapıları, Demiryolları Hava Meydanları Altyapı İnşaatları, Deprem Teknik Yönetmeliği olarak sıralanabilir. Diğer Kıyı ve Liman Yapıları, Demiryolları, Hava Meydanları İnşaatlarına İlişkin Deprem Teknik Esasları, **2.** Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği Kapsamında Yapılacak Tasarım Gözetimi ve Kontrolü Hizmetlerine Dair Tebliğ, **3.** Zemin ve Temel Etüdü Uygulama Esasları ve Rapor Formatına Dair Tebliğ, **4.** Yapı Sağlığı İzleme Sistemi Uygulama Yönergesi, **5.** Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği Kapsamında Yapılacak Binalarla İlgili Uygulama Esaslarına Dair Tebliğ, **6.** Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği Kapsamında Yapılacak Tasarım Gözetimi ve Kontrolü Hizmetlerine Dair Tebliğ.

¹⁹ Deprem sonucu zarar gören binalarda, idarenin sorumluluğu olduğu gibi, müteahhit, yapı denetimsi ve diğer özel kişilerin de özel hukuk sorumluluğu söz konusu olabilir. Zarar görenin hangi tarafa başvurmasının daha uygun olacağı, pratikte önemli bir meseledir çünkü idarenin sorumluluğu idari yargıda, özel kişilerin sorumluluğu ise adli yargıda dava konusu yapılmaktadır. Her iki yargı yoluna eş zamanlı başvurmak, zarar gören için daha etkin bir çözüm olabilir. Ancak özel kişilerin mal varlıklarını kaçırmış veya yurt dışına çıkmış olmaları, tazminatın tahsilini zorlaştırabilir; bu yüzden ihtiyati tedbir kararı alınması önemlidir. İdari yargıda, idarenin hizmet kusuru durumunda, idare zararın tamamından sorumlu tutulmalı, ancak idare ile özel kişiler arasında kusur oranı paylaşılmamalıdır. Sorumluluk müteselsil olmalı, zarar gören idareden tam tazminat talep edebilmelidir, ardından idare özel kişilere rücu edebilir. İdarenin sorumluluğu kamu hizmetinin eksik işlemlerinden, özel kişilerin sorumluluğu ise ayıplı mal veya sözleşme ihlallerinden

çizen mühendisler, projeyi onaylayan mühendisler, zemin etüdünü yapan kişiler, etüt raporunu hazırlayan kişiler, yapının ruhsatını veren idare personeli, imar değişikliği kararlarını alarak kat yüksekliklerini değiştiren belediye meclis üyeleri ve onaylayan belediye başkanı, malzeme problemi yaşanan beton ve demiri temin eden firma yetkilileri, beton numunesini alıp testini yapan laboratuvar ve demir sertifikasını veren kuruluş, betonarme inşaatında çalışan işçiler, müteahhit, şantiye şefi, saha mühendisleri, yapı denetim görevlileri, yapı denetim görevlilerini denetlemekle görevli bakanlık yetkilileri, ve sonradan yapı dayanımını etkileyen yapısal değişiklikleri yapan kişiler yer almaktadır²⁰.

D. Deprem Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu

İdari etkinlikler (*işlem ve eylemler*) nedeniyle kişilerin uğradıkları ister maddi isterse manevi nitelik taşısın zararların ilgili idare(ler)²¹ tarafından tazmini olarak tanımlanan idarenin sorumluluğu²² kurumu, idarenin, her türlü eylemi ve işlemi dolayısıyla meydana gelen zararlardan mali (*akçalı*) anlamda sorumluluğudur²³.

kaynaklanmaktadır. İdari ve adli yargıdaki kararların bağlayıcı etkisi bulunmadığı için, farklı yargı yolları zararın tam tazmin edilmesini zorlaştırabilir. Danıştay'ın müşterek sorumluluk anlayışı, zararın etkin şekilde tazminini engellemiştir. Bu nedenle, mevcut yargı süreçlerinin karmaşıklığı göz önünde bulundurularak, yeni bir özel kanun veya mevcut Afet Kanunu'nda değişiklik yapılması, mağdurların zararlarının daha hızlı ve doğrudan karşılanması açısından uygun olacaktır. (Ulusoy, Ali D., "Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu", <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu,38818>).

²⁰ Mazılgüney, <https://denizli.imo.org.tr/Eklenti/8638,seminersunumpdf.pdf?0>.

²¹ "Kusur yönünden, davalı belediyenin hukuki sorumluluğunun yanında, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nın gerek (varsa) planlamaya, gerek deprem afetinden korunmaya dönük görevleri; yapının müteahhidi ile yapı ve yapıya ilişkin projeler nedeniyle fenni mesuliyet üstlenen kişilerin taşıdığı hukuki sorumluluklar, bu idare ve kişiler yönünden, üstlendikleri görevler ve yapılaşma sürecindeki katkıları yönünden İdare Mahkemesince bir inceleme ve irdeleme yapılmadan, hukuki sorumluluğun dolayısıyla hizmet kusurunun tümünün davalı belediyeye ait olduğu yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmemiştir" (Dan. 6. D., 15.01.2009, E. 2007/5698, K. 2009/299, Lexpera İçtihat Prog.).

²² Sorumluluk, genel olarak kişilerin davranışlarının uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutma, işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme olarak tanımlanmaktadır. Modern hukuk bağlamında hukuki sorumluluk ise, toplum içerisinde yaşayan tüm bireylerin, hukuk düzenine aykırı fiilleri nedeniyle bu davranışlarının sonuçlarına katlanmaları, hukuk düzeninin ihlali niteliği taşıyan davranışlarından ötürü hukuki bir yaptırıma maruz bırakılmaları anlamını taşımaktadır. Bkn. Ender Ethem Atay *Hukuk Başlangıcı*, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 481-500; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 10. B., Ankara 2024, s. 824-910; Ender Ethem Atay, "İdarenin Sorumluluğu" in Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, ss. 1061-1098; Ender Ethem Atay, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2024, sh. 340-392; Ender Ethem Atay, Hasan, *Odabaşı, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 29; Ramazan Çağlayan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2007, s. 6.

²³ İdare, üstlendiği işlev nedeniyle idari işlem ve eylemleriyle toplum yaşamının bütününde faaliyetlerini yürütmekle yükümlüdür. O nedenle idare, kamu gücünün her günkü görünüşü olarak nitelendirilmektedir (bkz. İbrahim Berberoğlu, "Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler", *Danıştay Dergisi*, (Yıl: 40, Sayı: 124, 2010), s. 11).

Yargı kararları ve öğretide idarenin sorumluluğuna ilişkin açıklamaların özetine aşağıdaki gibi yapılabilir: Kamu hizmetinin yürütülmesi sürecinde “*bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların tazmini gerektiği ilkesi*” idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu başta Anayasa’nın 40/2., 125. ve 129/5. maddeleri ile 657 sayılı DMK’nun 13. maddesindeki hükümlerden kaynaklanmaktadır²⁴. Bu anayasal ve yasal düzenlemelere göre, idareler kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür²⁵. Kamu idareleri yasalarla kendilerine verilen kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmek, işleyişini sürekli denetlemek ve gerektiğinde karar ve/veya önlem almak zorundadır. İdarenin kamu hizmetinin geç işlemesi, kötü işlemesi²⁶ veya hiç işlememesi gibi davranışları hizmet kusurunu oluşturur ve idarenin bu tür hizmet

²⁴ Devletin ve devletin otoritesini temsil eden yöneticilerin sorumsuzluğu ilkesinden 19. yüzyılın ikinci yarısından sonra hukuk devleti ve sosyal devlet ilkelerinin kabulü ile vazgeçilerek idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Ülkemizde idarenin sorumluluğu ilkesi anayasal bir ilke olarak ilk kez 1961 Anayasası’nın 114. maddesinde “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” şeklinde ifade edilmiştir (bkz, Şenel. Sarsıkoğlu, “*İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (65 (4) 2016), s. 2390.). Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin eylem ve işlemlerinden ötürü oluşan zararların tazmini hukuk devleti ilkesinin bir yansımasıdır. Ancak kamu gücünün bu tazmin sorumluluğunun kaynağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. İdarenin sorumsuzluğu ilkesinden sorumluluğu ilkesine Fransa’da yargısal içtihatlarla geçiş yapılırken Amerika Birleşik devletleri, İngiltere, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde yasama organı etkin olmuştur (Murat Şaşı, *Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesi*, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2019, s. 119, 121).

²⁵ İdari sorumluluk, “hukukla devletin sınırlanması” aracıdır ve *Blanco Kararı*’ndan bu yana “kendi kurallarına sahip” olsa da, yine de cezai sorumluluğun aksine bir medeni sorumluluktur. Bu nedenle, analiz, medeni sorumluluğun işlevlerinden hareketle yapılabilir. İşlev, “bir şeyin ne işe yaradığı” sorusunu belirlemeye yardımcı olur. Sorumluluk hukukunda, bu, yasama organının, sorumlu taraflara bir tazminat yükümlülüğü getirdiğinde, hangi “amaçları” ve “görüşleri” takip ettiğine ilişkin soruya işaret eder. Hem idare hukuku hem de medeni hukukta, sorumluluğun üç ana işlevi üzerine bugün genel bir fikir birliği oluşmuştur: zararın tazmini, failin cezalandırılması ve caydırıcı önlemler yoluyla önleme. Bu işlevler, farklı yazarlar ve dönemler tarafından çeşitli sınıflamalara tabi tutulmuştur. Özel hukukta, bir “tazminat işlevi” ile mağdurlara yönelik zararın telafi edilmesi sağlanırken, bir de “normatif” veya “proflaktik” işlev ayrımı yapılmıştır; bu işlev, fail açısından “önleme ve cezalandırma” hedeflerine odaklanır. Bu sınıflama, idari hukukta da yankı bulmuştur ve burada, idari sorumluluğun iki büyük işlevine odaklanılarak yapılacak bir ayırmada, “tazminat işlevi” (çoğunlukla idari hukukta yalnızca tazminat olarak kalır) ve “normatif işlev” (bu işlev, önleyici ve cezalandırıcı işlevleri kapsar) ayrımı yapılmaktadır (Hasquenoph, I. (2020). L’évolution des fonctions de la responsabilité administrative en matière environnementale. *Revue du droit public*, Juillet (4), 943-964. <https://droit.cairn.info/revue-revue-du-droit-public-2020-4-page-943?lang=fr>).

²⁶ “...bina inşaatının bitmesinden sonra, davacının bir daire satın alarak yerleştikleri binanın, davalı idarenin, inşaat aşamasında yerine getirmesi gereken, denetim ve yaptırım uygulama görevini de içeren hizmetini kusurlu olarak işletmesi sonucu ağır hasara uğradığı anlaşılmıştır. Bu durumda, davalı idare, deprem sonucu ağır hasar gören yapının inşası aşamasında yürütmesi gereken faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmemesi suretiyle ortaya çıkan hizmet kusuru nedeniyle oluşan zararı tazminle sorumlu bulunduğundan...” (Dan. İDDK, 08.12.2012, E. 2008/106, K. 2012/1433, akt. Süheyla Suzan Gökalp/Melike Çolakoğlu, “Afet Yönetimi; Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (C. 29, S. 1, 2025), s. 151).

kusuru sayılan davranışlarından doğan zararları tazmin sorumluluğu bulunur. Bir başka söyleyişle idare yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel (*objektif*) nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk söz konusu ise, bu durum idarenin hizmet kusurunu oluşturur ve bu sorumluluk sebebi hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halleri ile tanımlanır²⁷. Bu hallerin birinin gerçekleşmesiyle idarenin tazmin yükümlülüğü doğar²⁸. Salt kusur hali hariç idare personelinin, kusuru da idarenin hizmet kusuru kapsamındadır. İdare hukukunda kusura dayalı yani hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu esastır. Bir zarar söz konusu olduğunda öncelikle idarenin hizmet kusurunun varlığı araştırılır ve bu kusur yoksa ancak o zaman kusursuz (*objektif*) sorumluluk ilkesine dayanılabilir. Aynı anda hem kusur hem de kusursuz sorumluluğa dayanılarak idarenin sorumlu tutulması mümkün değildir.

İdarenin sorumluluğu anlamında kusur kavramı, özel hukuktaki kişilerde aranan sübjektif nitelikte bir kusur²⁹ olmayıp; tam aksine kişilerin (*idarenin ajanlarının/personelinin*) tamamen dışında kalan, idari etkinliklerin kuruluş ve işleyişi ile ilgili anonim, objektif nitelikte bir kusurdur. İdare, kamu hizmetlerini idare edilenlere mevzuatın usul ve esaslarına uymak suretiyle ihtiyaçlarını gidermeye yönelik etkin, verimli, sürekli, istikrarlı ve hukuka uygun bir şekilde sunmakla yükümlüdür. İdare, kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde,

²⁷ “İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. İdarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır.” (Dan. 10. D., 09.03.2023, 2019/7956 E., 2023/1107 K., Lebib Yalçın İçtihat Prog.).

²⁸ “İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır. Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerinden ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem veya eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir. İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağının incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.” (Dan. 15. D., E. 2013/4490, K. 2016/3979, T. 30.05.2016, Corpus İçtihat Prog.).

²⁹ İnsanın iradesine bağlı olarak zihin ve ruh halinin dışa vurulmasıyla ortaya çıkan bir davranış modeli olan kusur kasıt ve ihmâl halinde söz konusudur. Bkn. Hâbib Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, TAAD, (Yıl: 7, Sayı: 28, Ekim 2016), ss. 273-286.

idare edilenlere karşı sorumlu olur ve idare edilenlerin bu sebepten kaynaklanan maruz kaldıkları zararları tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır³⁰.

İdarenin etkinliği ve örgütlenmesi, başından itibaren iyi bir şekilde planlanıp, kararlaştırılarak uygulamaya konulmazsa yani etkinlikler gereği gibi ifa edilmez veya hiç yürütülmez ise, idarenin objektif (*nesnel*) nitelikte, genel standartlara göre hatalı, eksik ve yetersiz davranması sebebine binaen kusurluluğu kabul edilir.

Özetle ifade etmek gerekirse, idare hukukuna özgü, özel bir kavram niteliğindeki hizmet kusurundan dolayı idarenin sorumluluğunda; hizmetin kuruluşu ya da işleyişinde ortaya çıkan nesnel bozukluk, idarenin personeli ve hizmetin işleyişi üzerindeki denetim ve gözetim görevini yerine getirmemesi, kamu hizmetinin planlamasında, kurulmasında veya yürütümündeki nesnel nitelikteki eksik bir durum ve buna bağlı hasarın, zararın varlığı aranır. Hizmet kusuru bağımsız nitelikte ve asli bir sorumluluktur ve idari bir etkinlikten zarar gören kişinin tazmin için başvuracağı ilk sorumluluk halidir.

İdarenin sorumluluğunun belirlenmesi açısından kamu kurumlarının doğal afetle ilgili olarak hangi yetkiye sahip oldukları, sorumluluklarının niteliği ve derecesi ilgili bütün yargı içtihatlarında vurgulanmakta olup söz konusu kararlarda; depremde bir yapının hasara uğramasının pek çok etkene bağlı olduğu belirtilmiş- tir³¹. Söz konusu etkenler arasında; yapının bulunduğu zeminin jeolojik durumu,

³⁰ “İdare, yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken, gerekli teşkilatı kurmak, bu teşkilatın aynı, şahsi ve mali imkân ve araçlarını hizmete hazır tutmak, hizmetin ifası sırasında hizmetin zamanında ve gereği gibi işlemesine devamlı olarak nezaret etmek ve hizmetin işleyişini kontrol etmekle sorumludur. Gerek hizmetin aynı, şahsi ve mali imkân ve araçlarının temin ve ifasındaki kusur, gerekse temin edilen bu araçlarla ifa olunan hizmetin geçilmesi, gereği gibi veya hiç işlememesi; idareye, zarar gören kimselerin bu sebeplerle doğan zararlarını tazmin sorumluluğunu yükler.” (Dan. İDDK, 03.11.2014, E. 2012/1657, K. 2014/3421, Lexpera İçtihat Prog.). Benzer mahiyeteki bir kararında Danıştay hizmet kusurunu; “idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir kamu hizmetinin kuruluşunda, teşkilatın yapısında, personelde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatların verilmemesi gözetim ve denetiminin yapılmaması, hizmete yönelik araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç hareket edilmesi veya hiç faaliyette bulunulmaması sonucu oluşan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, özensizlik, eksiklik, sakatlık halleri” (Dan. 10. D., 21.03.2016, E. 2013/5175, K. 2016/1543 Legalbank İçtihat Prog.) şeklinde tanımlamıştır. Diğer bir kararında ise; “Kamu hizmeti eksik veya kötü yürütülmekteyse veya bu faaliyet beklenen hizmet gerekleriyle bağdaştırmayacak nitelikteyse idarenin hizmeti kusurlu yürüttüğünün kabulü zorunludur. Kişilerin can ve mal güvenliğini korumakla görevli olan İdare, üstlendiği kamu hizmetini gereği gibi yerine getirmek, hizmetin işleyişi ve yerine getirilişi sırasında gerekli teşkilatı kurmak, her türlü araç ve olanağı hizmete hazır bulundurmak ve yine doğması olası bazı olayların önlenmesi ve anında bertaraf edilmesi için gerekli önlemleri almak zorundadır” (Dan. 10. D., 10.04.1996, E. 1995/53, K. 1996/1913, Lexpera İçtihat Prog.) demıştır.

³¹ Konuya ilişkin Fransız doktrininin de benzer bir yaklaşıma sahip olduğu söylenebilecektir. Nitekim Fransa’da da her olayın özgün koşullarına göre değişik yaklaşımlar benimseneceği ifade edilmiş ve olayın niteliği, mağdurların davranışları, riskin öngörülebilirliği gibi faktörlerin bu değerlendirme de önem taşıyacağı ifade edilmiştir. Buna göre genel ilke, idarenin önleyici tedbirleri eksik veya yetersiz kaldıysa ve bu ihmal bir basit kusur (*faute simple*) teşkil ediyorsa, bu durumun sorum-

yapının inşa esnasındaki denetimi, yapının fiziksel ve mimari tasarımı, meydana gelen depremin odak derinliği ve ne kadar sürdüğü, şiddeti tespit edilmektedir. Yapının ve insanların depremden korunması ile toplumun bilinçlenmesi ve kamu kurumlarının üzerlerine düşen görevleri yerine getirmeleri arasındaki ilişki çok net biçimde ifade edilmiştir.

Danıştay, depremde kısmen hasar gören bir bina ile ilgili olarak mühürleme işlemi yapılmadan kullanmaya göz yumulması ve daha sonra yıkımından bir zararın meydana gelmesi olayında idarenin sorumluluğunun kabulü yönünde karar verilmiştir. Davaya konu olan bina Marmara bölgesinde meydana gelen depremde zarar görmüş, ancak zarar gören binanın, depremden sonra mühürlenerek nüfus ve eşyadan tahliye edilmesi gerekirken iskana devam edilmiş ve 2007 yılında bina kendiliğinden çökmüş, evsiz kalan ve zarara uğrayan mesken sahipleri dava açmışlardır. Yerel mahkeme, zararın gerçekleştiği yerin davalı idarenin sorumluluk alanında kaldığına, gerekli gözetim ve denetim görevini yerine getirmeyen idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan zarardan sorumlu olduğuna ve davacılar davalı idarece belli bir miktarda tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bu kararın davacıların ve davalı idarenin aleyhine olan kısımları karşılıklı olarak temyiz edilmiş, Danıştay, davalı belediye başkanlığının ruhsatlı yapının çökmesinde hukuken sorumlu olduğu kanaatine vararak yerel mahkemenin kararını onamış, kararında da belirtildiği üzere, kısmen de olsa hasar gören bir bina ile ilgili olarak belediyenin mühürleme işlemi yaparak o binanın kullanımına engel olması ve binayı boşaltması gerekirken, iskana devam etmesi ve binanın bir anda yıkılması idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğunun işletilmesini gerektirmektedir. Çünkü, idare her ne kadar depremde yıkılmasa da zarar görmüş ve konut olarak kullanılmaya devam edilen hasarlı binaları bir an önce tahliye etmek ve gerekirse yıktırmakla görevlidir. İdare, aksi halde, örnek karardaki gibi, meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlüdür³².

Danıştay'ın bu hususta verdiği kararlarda; yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı

luluğa yol açabileceği şeklindedir. İstisnai olarak bazı durumlarda daha ağır kusurlar aranabilir. Her halükarda, nedensellik bağı ve gerçek ve belirli zarar ispatlanmalıdır. Bu noktada en temel ayırım şu şekilde ifade edilebilir: a) Risklerin önlenmesi konusundaki görevler çoğunlukla kolluk faaliyeti kapsamına girer (idari güvenlik, kamu düzeni sağlama vs.). b) Bu görevler bazen özel uzman hizmetleri (örneğin sismoloji enstitüleri) tarafından desteklenir. c) Ayrıca imar planlaması gibi dolaylı faaliyetler de risklerin önlenmesine katkı sağlayabilir. Büyük doğal veya teknolojik bir riskin gerçekleşmesi nedeniyle oluşan zararlar, eğer kolluk makamlarının ihmalden kaynaklanıyorsa, idare basit kusur esasına göre sorumlu tutulabilir (Franck Moderne, "Responsabilité de l'État et des communes en cas de réalisation de risques naturels et technologiques majeurs. In: Droit et Ville, tome 21, 1986. XXe anniversaire de l'I.E.J.U.C. - Colloque sur les risques naturels et technologiques majeurs: aspects juridiques. 14-15 octobre 1985, Toulouse - Deuxième partie, 166-168.

³² Azimli Çilingir, s. 187.

kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi hususu özellikle aranmaktadır. Yüksek Mahkeme ayrıca, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilân edilip edilmediğini, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarının ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediğini, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığını irdelemekte ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını araştırmaktadır³³.

Öğreti gibi Anayasa Mahkemesi de depremlerin neden olduğu olumsuz etkilerinin asgari düzeye indirilmesi anlamında idare(ler)nin yükümlülüklerin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Nitekim yaşam (*hayat*) (*Anayasa, mad.17*) ve mülkiyet hakları (*Anayasa, mad.35*) gibi temel hak ve özgürlüklerle olan bağlantısı dolayısıyla devletin bu temel hak ve özgürlükleri koruma ve güvence altına alma yükümlülüğü ülkemizin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar anlamında uluslararası düzeyde, anayasal ve yasal düzenlemeler dolayısıyla da ulusal düzeyde söz konusudur. 2011 yılında yaşanan Van depremi sonrasında yapılan bireysel başvuruda Yüksek Mahkeme yaşam hakkı bakımından pozitif bir yükümlülüğü bulunan devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten koruması gerekliliğinin altını çizmiş ve bu yükümlülüğün, kamusal nitelik taşıyan veya taşımasının, yaşam hakkının tehlikeye sokulabileceği her türlü etkinlik anlamında geçerli olduğu belirtilmiştir. Devlet, sorumluluğu-

³³ Dan. 11. D., 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248, Sinerji İçtihat Prog. Kararda, "Bir idari işlem veya bir idari sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden veya hareketsiz kalmasından, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz mallarının veya tesislerinin yönetiminden dolayı oluşan zararları idari eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemi de sonuç olarak idari eylem kavramı içerisinde düşünmek gerekmektedir. Deprem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bu davada, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce yapıldığı ve verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilan edilip edilmediği, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarını, ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerekmektedir. ... Deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin "olumsuz eyleminin" bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağını kestiğini kabule olanak bulunmamaktadır." denilmiştir.

nu gerektirebilecek durumlarda can kaybının gerçekleştiğinde, sahip olduğu tüm imkânları kullanmalıdır. Yine, yaşama hakkını korumak amacıyla tesis edilen yasal ve idari kurallar ve önlemlerin gereği gibi uygulanması ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal uygulamaları gerçekleştirmesi şarttır. Bu yükümlülük Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının bir sonucudur³⁴.

Netice itibarıyla deprem dolayısıyla idarenin sorumluluğu planlama, kolluk ve kamu hizmeti etkinliklerine ilişkindir. Özellikle deprem gerçekleşmeden önce imar planları ile planlama etkinlikleri ve yapıların depreme dayanıklı inşaatını sağlama görevi çerçevesinde kolluk etkinlikleri söz konusu iken; deprem gerçekleştikten sonra sağlanacak arama kurtarma, enkaz kaldırma, depremzedelerin

³⁴ AYM, Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17.09.2013, §51,52, <https://kararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/752>. Yüksek Mahkeme devletin sağlıklı ve dengeli çevrenin oluşturulması bakımından pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu, yapı kayıt belgesi verilen yapıların can ve mal güvenliğini temin eden belirli bir standartta yapılıp yapılmadığına yönelik denetim yükümlülüğü getiren herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, buna karşılık itiraz konusu kuralla yapının depreme dayanıklılığı konusunda sorumluluğun yapı malikine bırakıldığı, bu durumun devletin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürüldüğü başvuru üzerine; yapı kayıt belgesi, yapı sahibinin beyanı üzerine idare tarafından herhangi bir denetim yapılmadan düzenlendiğinden yapı kayıt belgesiyle kayıt altına alınan yapıların mevcut imar mevzuatına uygunluğuna ilişkin bir tespit yapılmamaktadır. Diğer bir ifadeyle imar mevzuatına aykırı yapılara da yapı kayıt belgesinin verilmesi mümkündür. İdare yapı kayıt belgesi verdiği anda yapının depreme dayanıklılığı yönünden denetim yapamasa bile yaşam hakkının korunması ödevinin devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün bir gereği olan denetim sorumluluğu bütünüyle ortadan kalkmayacaktır. İdarenin bu yükümlülüğü, yapı kayıt belgesinin düzenlenmesinden sonraki dönemde de devam etmektedir. Anılan yükümlülüğün ihlali sebebiyle cana ve vücut bütünlüğüne yönelik meydana gelebilecek zararların karşılanması Anayasa'nın 17. maddesiyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinin bir gereğidir. Kuralda ise imar mevzuatına aykırı yapılan yapının depreme dayanıklılığı hususunun malikin sorumluluğunda olduğu ifade edilerek yapı denetim görevinin ifa edilmemesinden doğan zararlarından devletin sorumlu olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kural uyarınca, yapı kayıt belgesi olan yapılarda bulunanların yaşamının veya vücut bütünlüğünün olası bir depremde zarar görmesi durumunda bu zararlardan idare sorumlu tutulamayacaktır. Bu bağlamda söz konusu zararların tazmini talebiyle ilgililer tarafından idare aleyhine açılacak tam yargı davasında zararların giderilmesine yönelik lehe karar alma ihtimali de ortadan kalkacaktır. Yapı kayıt belgesi verilen yapıların insan yaşamı yönünden tehlike arz edip etmediğinin ve depreme dayanıklılığının denetlenmesi yükümlülüğünün idarece ifa edilmemesinden doğan sorumluluklardan idarenin kurtarılması, idarenin anayasal yükümlülüklerinin kanunla ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Oysa idarenin anayasal yükümlülüklerinin ve bu yükümlülüklerle bağlantılı mali sorumluluklarının kanunlarla ortadan kaldırılması mümkün değildir. Sonuç olarak kuralla imar mevzuatına aykırı yapının depreme dayanıklılığının malikin sorumluluğunda olduğu belirtilerek idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğünün devam ettiği bir konuda idare aleyhine tazminata hükmedilmesinin önlenmesinin Anayasa'nın 40. maddesiyle güvence altına alınan etkili başvuru hakkının gerekleriyle uyumlu olmadığı değerlendirilmiştir. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile bağlantılı olarak 40. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/yapi-kayit-belgesiyle-kayit-altina-alinan-yapinin-depreme-dayanakligi-hususunun-malikin-sorumlulugunda-olmasini-ongoren-kuralin-anayasa-ya-aykiri-oldugu/>).

barınmaları, tedavileri, iagesi gibi konularda ise kamu hizmeti etkinlikleri yerine getirilmektedir³⁵.

Deprem kaynaklı tam yargı davalarında, idarenin sorumluluğunun belirlenmesine yönelik yargısal yaklaşım zamanla önemli bir dönüşüm geçirmiştir. Mahkemeler, bu tür davalarda yalnızca idarenin genel yükümlülüklerini değil, aynı zamanda somut olayın teknik ve hukuki özelliklerini de dikkate alarak kusur oranlarını ayrıntılı biçimde incelemektedir. Bilirkişi raporları temelinde yapılan değerlendirmelerde, yapı denetim firmaları, müteahhitler ve ilgili özel kişi veya kuruluşlarla birlikte belediyeler, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ile AFAD gibi kamu kurumlarının kusur oranları tek tek belirlenmekte ve her bir aktör, tespit edilen sorumluluğu oranında tazminatla yükümlü tutulmaktadır. Bu süreçte, idari kurumların özellikle yapı denetimi, ruhsatlandırma, imar planlaması ve afet sonrası müdahale konularındaki ihmalleri, hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmekte ve davalı sıfatıyla yargılamaya dâhil edilmektedir. Danıştay'ın zaman içinde geliştirdiği içtihatlar, deprem kaynaklı zararların tazmini konusunda önemli bir paradigma değişikliğine işaret etmektedir. Gölcük Depremi sonrasında benimsenen müteselsil sorumluluk ilkesi, Van/Erciş Depremi sonrasında terk edilerek yerini müşterek sorumluluk esasına bırakmıştır. Bu yeni yaklaşım çerçevesinde, her idare yalnızca kendi kusur oranı kadar sorumlu tutulmakta ve toplam zarar, tarafların kusur oranları doğrultusunda paylaştırılmaktadır. Uygulamada, belediyelerin sorumluluğu çoğu zaman %20 ila %30 aralığında belirlenirken, bakanlıklar ve AFAD gibi kurumlar daha düşük oranlarda kusurlu sayılmaktadır. Örneğin Van Depremi'ne ilişkin bir davada, Büyükşehir Belediyesi %28, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı %2.5, AFAD ise %2.5 oranında kusurlu bulunmuştur. Ayrıca mahkemeler, aynı zarar nedeniyle birden fazla ödeme yapılmasını önlemek amacıyla, sigorta tazminatları ve özel hukuk yollarından elde edilen ödemeleri idari davalarda mahsup etmekte, böylece çifte tazminat riskini bertaraf etmektedir. Bu yaklaşım, hem adaletin sağlanmasına hem de kamu kaynaklarının etkin kullanımına hizmet etmektedir³⁶.

E. Deprem Dolayısıyla Sorumluluk ve Eksikliklere Yasama Organının Bakış Açısı: TBMM 1999 Depremi Komisyon Raporu

Felaketler, insanın doğa üzerindeki müdahalesinin arttığı bir dünyada, yalnızca doğal olaylar olarak değil, aynı zamanda insan sorumluluğunun önemli bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Geleneksel hukuk sistemleri, felaketlere dair sorum-

³⁵ Şerife Yıldız Akgül, "Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu", TBB Dergisi (Y. 2023, S. 167), s. 138.

³⁶ "Deprem Nedeniyle Oluşan Zararların İdari Yargıda Tazmini", <https://or.av.tr/deprem-nedeniyle-olusan-zararlarin-idari-yargida-tazmini/>.

luluğu genellikle yalnızca doğanın etkileriyle sınırlandırmakta, fakat bu yaklaşım modern toplumda yetersiz kalmaktadır. İnsan doğa üzerinde giderek daha fazla kontrol sağladıkça, felaketlerin hukuki sonuçları da insan sorumluluğu ile ilişkilendirilmekte, bu da mühendislik, inşaat ve çevre yönetimi gibi alanlarda sorumlulukların arttığını göstermektedir. Felaketlerin hukuki süreçleri, sorumluluk ve suçluluk arasındaki net ayrımların bulunmaması nedeniyle oldukça karmaşıktır. Bu süreçlerde, felaketin sonuçlarına dair tazminat talepleri genellikle sorumluluğun kimin üzerinde olduğu sorusunu gündeme getirmekte ve bu sorumluluğun yerine getirilmesi çoğu zaman finansal zorluklar yaratmaktadır. Bu sebeple Devletin, felaketler karşısındaki rolü giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Modern hukuk, bu tür felaketlerde toplumsal dayanışma anlayışını öne çıkararak, yalnızca bireysel sorumlulukları değil, aynı zamanda kolektif sorumlulukları da gündeme getirmektedir. Devletin bu süreçteki sorumluluğu, mağdurlara tazminat sağlama ve felaketlerin etkilerini azaltma açısından büyük bir önem taşır. Ayrıca, felaketlerin psikolojik ve toplumsal etkileri de göz ardı edilmemelidir. Felaketlerin ardından yaşanan travmalar, toplumsal yapılar üzerinde kalıcı izler bırakabilir ve bu durum hukuki süreçleri etkileyebilir. Bu bağlamda, felaketlerin sorumluluğunun yalnızca hukuki değil, aynı zamanda toplumsal ve psikolojik bir olgu olduğu söylenebilir. Felaketlerin daha etkili bir şekilde yönetilebilmesi için, hukuk sistemlerinin yeniden yapılandırılması ve devletin sorumluluğunun daha etkin bir şekilde tanınması gerekmektedir³⁷. Bu gelişmelerin arasında kanun koyucunun pozisyonu ve algısı daha büyük önem taşımaya başlamıştır. Zira bu algı mevzuatı ve mevzuat ise toplumu şekillendirecek etkiye sahiptir. Bu noktada deprem riskinin araştırılarak, deprem yönetiminde alınması gereken önlemlerin belirlenmesi amacıyla Temmuz 2010'da kurulan Meclis Araştırması Komisyonu raporunda,

“ • Toplum hayatını etkileyecek nitelikteki afetlerin meydana geldiği durumlarda, yetkinin/gücün kamu yöneticilerine ait olmasına rağmen, bu yöneticiler, söz konusu durumları yeterince kavrayarak, doğru kararlar verememişlerdir.

• ... uygulamada gecikmeler yaşanmıştır, zira büyük deprem riski taşıyan bölgeler olarak sınıflandırılan bu illerdeki yetkililerin, bu tür bir afet karşısında alınacak tedbirleri ya da depremin yaşanması durumunda her birinin görev ve yetkilerini belirleyen herhangi bir planları bulunmaktaydı veyahut da böyle bir senaryoyu öngörmemişlerdir. Oysa söz konusu yetkililerin, bölgenin kritik durumunu ve daha kötü olasılıkları göz önünde bulundurarak hazırlanmaları ve etkili şekilde müdahale ede-

³⁷ Marc Alain Descamps, *Catastrophe et responsabilité. Revue française de sociologie*, (1972), 13(3), 376-384.

bilmeleri [gerekirdi] (...). Kuşkusuz, kriz hücrelerinde yer alan kamu yöneticileri, çalışmalarını iyi niyet ve fedakârlıkla sürdürmüşlerdir. Bununla birlikte, bu yöneticilerin doğal afet için hazırlıklı olmadıkları, acil müdahale planı ve programlarının bulunmadığı ve bu tür bir plan ve programları olsa bile, afet korkusuyla meydana gelen şok nedeniyle bunları uygulayamadıkları tespit edilmiştir.

- Kurtarma operasyonları sırasında etkili ve yeterli şekilde hareket etmeyen bir diğer organ, Sivil Savunma Genel Müdürlüğü'dür (...) Çok sınırlı sayıda (...), yaklaşık 110 kişiden oluşan sivil kurtarma ekipleri, 17 Ağustos tarihinde yıkılan 13.600 bina arasında kelimenin tam anlamıyla kaybolmuşlardır. Böylelikle, yıkıntıların arasından çıkarılabilecek olan çok sayıda insan çıkarılamamış ve hayatını kaybetmiştir. Şayet, kurtarma operasyonları sırasında, sivil kurtarma ekipleri, eğitim almamış olan tecrübesiz gönüllüleri yönlendirmek ve takip etmek amacıyla orada bulunsalardı, hemşerilerimizin [büyük bir kısmının] bugün hala hayatta olacağı kesindi.

- İllerde ve bölgelerde imar planını düzenleyenler belediyelerdir. Ademi merkezîyetçilik adına belediyelere devredilen bu önemli yetkiler (...) siyasi amaçlar doğrultusunda kullanılmıştır (...) Yerel yöneticiler ve belediyeler, kendilerine verilen yasal yetkileri kötüye kullanmışlar ve şehirlerini beton yığına dönmüştür[müşlerdir]³⁸." ifadelerine yer verilmiştir.

Esasen doğal afetler, genellikle insanın kontrolü dışında gelişen ve ciddi can ve mal kaybına yol açma riski barındıran olaylardır. Risk, "olası bir tehlike, daha veya daha az tahmin edilebilir, bir durum veya etkinlikle özdeşleşmiş", insan faaliyetlerinden ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. Ancak riskin kendisi evrimleşir, algısı değişir ve onun kapsama alanının genişletilmesi talebi daha güçlü hale gelir. Bunun bir sonucu olarak, sorumluluğun uygulama alanı genişler. Risk algısının evrimi, hukuki anlamda da önemli değişikliklere yol açmıştır. Sorumluluk anlayışı günümüzde, fiziksel, estetik ve manevi zararların da tazmin edilmesi gerektiğini kabul eden bir ve mağdurların sadece tazminat değil, zararın tam olarak giderilmesini talep ettiği bir sürece evrilmeye başlamıştır. Nitekim, toplumda büyük felaketler karşısında devletin sorumluluğuna olan beklenti artmış, bunun sonucunda halkın, riskler karşısında devlete başvurma eğilimi güçlenmiştir³⁹. Zira deprem gibi afetler bir yandan yaşam hakkı, bir yandan mülkiyet hakkı ile ilinti-

³⁸ Mazılgüney, <https://denizli.imo.org.tr/Eklenti/8638,seminersunumpdf.pdf?0>.

³⁹ Fransa'da 3 Şubat 2005 tarihinde Fransız Danıştay'ı tarafından kabul edilen "Sorumluluk ve Riskin Sosyalleşmesi" başlıklı rapor: 216-222 (https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise-_contenus/etudes-annuelles/ea2005-responsabilite-et-socialisation-du-risque).

İdare ve nihayet bu hakların ihlal edilmesi tazmini gerektirmektedir. Yaşam hakkı ve bireylerin güvenliği, anayasal güvence altındaki temel haklardandır. İdare, bu hakkı korumak için afet öncesinde risk analizleri yapmalı, uygun önleyici tedbirler almalı; afet sırasında hızlı ve etkili müdahalelerde bulunmalı; afet sonrasında ise iyileştirme ve rehabilitasyon faaliyetleriyle normal yaşama dönüşü desteklemelidir. Bu süreçlerde insan haklarına saygılı ve kamu yararını gözetken bir yaklaşım benimsemek idarenin sorumluluğudur. Mülkiyet hakkı da afetlerden doğrudan etkilenebilir. Bu nedenle idare, yapılaşma, arazi kullanımı ve risk azaltma politikalarıyla mülkiyet haklarını korumalı; afet sonrası zarar gören taşınmazlar için tespit, onarım ve yeniden inşa desteği sağlamalıdır. Tazminat hakkı ise, afetzedelerin zararlarının adil, şeffaf ve hızlı biçimde giderilmesini amaçlar. İdare, maddi ve manevi zararların tazmini için etkili mekanizmalar kurmalı ve uygulamalıdır. Tüm bu sorumluluklar, yasal düzenlemeler ve yargı kararlarıyla güvence altına alınmış olup, idarenin hesap verebilirliğini sağlar. Afet yönetiminde bu üç hakkın birlikte korunması, toplumsal dayanıklılığı artırmada kritik öneme sahiptir⁴⁰. Ancak tarihsel bağlamda depremin mücbir sebep kabul edilmesiyle idarelerin sorumluluğuna gidilememiş olmasına karşın yakın tarihlerden itibaren bu anlayışta değişiklikler ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu husus ele alınacaktır.

II. DANIŞTAY KARARLARI BAĞLAMINDA MÜCBİR SEBEP VE İDARELERİN DEPREM SORUMLULUĞU

A. Mücbir Sebep Kavramının Tanımı ve Mevzuattaki Yeri

Gerek mevzuattan gerek sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerin, irade dışı ortaya çıkan, öngörülemez ve/veya engellenemeyen olağandışı haller nedeniyle tümüyle veya geçici süreyle yerine getirilememesi mümkündür. Bir yükümlülüğün tarafların kusuru, ihmali ya da kötü niyeti/kastı bulunmaksızın; yerine getirilememesi halinde mücbir sebebin varlığından söz edilebilecektir. Esasen mevzuatta mücbir sebep kavramı tanımlanmamıştır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "İfa imkânsızlığı" başlığı altında düzenlenen⁴¹ 136'ncı madde-

⁴⁰ Haluk, Saruhan. (2023). *İdari hukuk açısından depremde idarenin sorumluluğu*. Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi (ASOS Journal), 11(147), 183, 184.

⁴¹ "Öngörü eksikliği (öngörülmezlik) teorisi (théorie de l'imprévision), on dokuzuncu yüz yılın son çeyreğinden bu yana özel hukukun revaçta konularından biri olmuştur. Söz konusu teori, ahde vefa (pacta sunt servanda) prensibine sıkı sıkıya bağlı kalındığında ortaya çıkan zalim sonuçları bertaraf etmek veya yumuşatmak adına koşullar değiştiği takdirde (clausula rebus sic stantibus) ilkesine dayanır. Mücbir sebep (force majeure) mertebesinde olmayan ancak umulmayan hâl (cas fortuit) sayılan durumlarda, diğer bazı şartlar da gerçekleşmişse, aşırı ifa güçlüğü (hardship) adı altında, hâkimin sözleşmeye müdahalesi, hatta onu değişen koşullara göre düzeltmesi, yani uyarlaması anlam kazanır." (Özlem Tüzüner / Kerem Öz, "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2015, S. 3), s. 423).

sinde “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.” ifadesine yer verilmiştir. Görüleceği üzere bahse konu hüküm taraf iradeleri dışında edimlerin yerine getirilememesinin sonuçlarını düzenlemekle ancak mücbir sebep tanımına yer vermemektedir. Bu sebeple mücbir sebep kavramının tanımı, esasları ve sınırları doktrin ve yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Nitekim doktrinde TBK açısından mücbir sebep, “*borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, kaçınılmaz ve mutlak şekilde neden olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay*”⁴² olarak tanımlanmıştır. Bahse konu dış etkenler ise ekonomik kriz, bir silahlı çatışma⁴³, ambargo, ihracat yasağı ya da herhangi bir beklenmedik tedarik engeli gibi ekonomik, politik ve sosyal olaylar⁴⁴, deprem, sel, fırtına gibi doğal olaylardan kaynaklanabilecektir⁴⁵.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde bir olayın mücbir sebep biçiminde değerlendirilebilmesi için öngörülemez⁴⁶ veya öngörülse dahi engellenemeyecek

⁴² Arzu, Oğuz, “COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, (Haziran 2020 C: 15, S: 166), s. 1276.

⁴³ Ülkemizin doğusunda gerçekleşen terör saldırıları (uzun süreli etki doğurmadığı/sokağa çıkma yasağına yol açmadığı sürece) mücbir sebep sayılmamıştır (Örn. Yar. 22. HD, 14.10.2014, E. 2013/19372, K. 2014/27624, Lebib Yalkın İctihat Prog.).

⁴⁴ Hannes Rösler, “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemez Koşullar”, (Çev. Tülay Aydın Ünver), Journal of Istanbul University Law Faculty, (2010, C: 66, S: 1), s. 353.

⁴⁵ Yargıtay bahse konu doğa olaylarının mücbir sebep sayılabilmesi için öngörülemez ve engellenemez olması gerektiğini ve zarar doğuracak belli bir ağırlığa ulaşması gerektiğini değerlendirmektedir. Nitekim bir kararında “davaya konu edilen sel olayının doğuracağı hasarın, alınacak önlemlerle engellenebileceği ve kaçınılmazlık vasfı taşımadığı gözetildiğinde, mücbir sebep olarak değerlendirilemeyecek ol(duğu)”na karar vermiştir (Yar. 17. HD. 04.02.2019, E. 2018/6045, K. 2019/805, Corpus İctihat Prog.). Yine Yar. 4. HD, 15.10.1975 E. 1974/10329, K. sayılı kararında “her zaman esebilecek normal şiddette bir fırtına ile bir ağacın devrilebilmesi olanağı bir mücbir sebep sayılamaz.” biçiminde isabetli bir karar vermiştir (Sinerji İctihat Prog.).

⁴⁶ Yar. 11. HD. 03.12.1979, E. 1979/5533, K. 1979/5488 sayılı kararında, “Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için aynı zamanda o olayın borçluya ait işletmenin dışında cereyan etmiş olması gerekir. Bu bakımdan Yargıtayın kökleşmiş içtihatlarına göre borçluya ait iş yerindeki mevzu grev mücbir sebep sayılmamaktadır. Çünkü grev işçilere tanınmış bir yasal haktır. Ancak yasal olmayan iş bırakmalar diğer şartları da haiz bulunduğu takdirde mücbir sebep olabilir. Bu bakımdan mahkemece grevin niteliği araştırılmalı, ayrıca grev kararını ne kadar bir süre önce alınmış olduğu soruşturularak davalı işletmenin önceden grev kararını bilmesine rağmen dava konusu gül gibi

bir olayın vuku bulması⁴⁷, tarafların anlaşarak ilgili olayı mücbir sebep kapsamı dışında bırakmamış olması⁴⁸, işbu olaydan doğan zararın önlenmesi için objektif düzeyde gerekli tüm tedbirlerin alınmış olması⁴⁹, söz konusu olay sebebiyle borcun ifa edilemeyişi illiyet bağı bulunması⁵⁰, bahse konu olayın, hukuki ilişkinin taraflarınca denetlenebilir ve kaçınılabılır olmaması⁵¹ ve tarafların kusurundan

çabuk bozulacak bir malın taşıma işinin yüklenmemesi gerektiği üzerinde durulmaksızın davanın reddi cihetine gidilmesi isabetsiz ve davacıların temyiz itirazı yerindedir.” biçiminde karar vermiştir (Corpus İçtihat Prog.).

⁴⁷ Yar. 13. HD, 18.01.2010, E. 2009/8727, K. 2010/101 sayılı kararında “Mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkan olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder.” denilmiştir (Sinerji İçtihat Prog.).

⁴⁸ Yargıtay bir kararında taraflar arasında akdedilen sözleşmenin ilgili maddesinde sınır kapılarının kapanmasının mücbir sebepler arasında sayıldığı gerekçesiyle bozma kararına uyan mahkeme kararının onanmasına karar vermiştir (Yar. 11. Hukuk Dairesi 31.01.2022, E. 2021/1518, K. 2022/4258, Lebib Yalkın İçtihat Prog.).

⁴⁹ Esasen gerekli tedbirler alınmış olsaydı dahi bahse konu zararın meydana gelmesinin önlenemeyeceğinin ispat edilmesi veya bilinen teknik, hukuki ve fiili bilgiler dahilinde herhangi bir tedbirin alınmayacak olması hallerinde de mücbir sebebin varlığı kabul edilmelidir.

⁵⁰ Yar. 10. HD, 17.10.1989, E. 1989/4854, K. 1989/7248, sayılı kararında “Davacı, acil hastalığından kaynaklanan mücbir sebep nedeniyle, süresinde başvurmadığını ileri sürerek, borçlanma isteminin geçerli olduğunun kabulüne ve Kurumun borçlanma isteminin reddine dair kararının kaldırılmasına ve bu konudaki sataşmanın önlenmesine, kaşar verilmesini istemekte, davalı Kurum ise, bu iddianın haksız ve dayanaktan yoksun olduğunu savunmaktadır. Davacı, mücbir sebebin kanıtı olarak, özel aile polikliniği dahiliye mütehasssından aldığı ve 15.5.1987-26.10.1987 tarihleri arasında hipertansiyon+mide ülseri tedavisi gördüğüne ilişkin bir yazıyı ibraz etmiş ve mahkeme, bunu yeterli görerek mücbir sebebin varlığını kabul edip, istek doğrultusunda hüküm kurmuştur. 3201 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde öngörülen 2 yıllık başvuru süresinin elverişli bir süre olduğu açıktır. Her ne kadar, bu sürenin sona erdiği 22.5.1987 tarihinden bir hafta önce, 15.5.1987 tarihi ile başvuru günü olan 26.10.1987 tarihleri arasında davacının hipertansiyon+peptik ulcus tedavisi gördüğüne dair bir belge ibraz edilmiş ise de, bu belge, resmi rapor niteliğinde olmadığı gibi, ayrıca tasdiksizdir ve davacının hastalığının, tedavi gördüğü tarihler arasında, borçlanma başvurusu formunu bizzat doldurmaya ve Sosyal Sigortalar Kurumuna vermeye veya bu işi yapmak üzere notere giderek veya noteri meskenine davet ederek bir vekâletname düzenlettirip vekil tayin etmeye engel olacak nitelik ve ağırlıkta olduğuna ilişkin bir kayıt içermemektedir. Mahkemece, davacının söz konusu belgenin şekil ve içeriğinin elverişsizliği göz önünde tutulmadan ve bu konuda yeterli araştırma ve inceleme yapılmadan, anılan belgenin mücbir sebebin kanıtı olarak kabulüyle, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir.” şeklinde karar vermiştir. Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararında ise illiyet bağı şu şekilde ifade edilmiştir: “İllyet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illiyeti yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir (Tandoğan Haluk, Mesuliyet, s. 74).” (HGK, 20/03/2013, E. 2012/21-1121, K. 2013/386, Lebib Yalkın İçtihat Prog.).

⁵¹ Yar. 11. HD. E. 1976/5406, K. 1976/5406, sayılı kararında “Davanın mesnedi olan mücbir sebebi düzenleyen Borçlar Kanununun 117. maddesine göre, mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için önceden tahmin edilememiş bulunması, borçluya kabili isnat olmaması ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını imkânsız bir hale getirmesi gerekir. ... Tacir olan davacının T.T.K. nun 20/2. maddesi gereğince (müdebbir bir tacir) olarak taahhü-

kaynaklanmaması⁵², ya da bu ve olayın ülke genelinde benzer hukuki ilişkileri etkilemesi⁵³ gibi hususlar aranmaktadır. Sel, deprem, yangın gibi doğal, teknolojik veya insan kaynaklı olayların mücbir sebep olarak değerlendirilebilmesi için; ilgili kamu kuruluşları tarafından “etkili afet” kararı alınması, toplumun tamamı veya belli kesimleri için fiziksel, ekonomik ve sosyal kayıplar doğurması, normal hayatı ve insan faaliyetlerini durdurması veya kesintiye uğratması beklenmektedir. Örneğin Çorlu’da 2012 yılında meydana gelen sel felaketi mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Zira söz konusu selde kamu otoritelerince etkili afet kararı alınmış; sel, Tekirdağ ve Kırklareli illerinde ve ilçelerinde etkili olmuş, Çerkezköy’de 374, Çorlu’da 176, Saray’da 477 gayrimenkul bu durumdan hasar görmüştür. Yine Elazığ ve Malatya depremlerinde Maliye Bakanlığı’nca vergi ödemeleri kapsamında mücbir sebep kararı alınmıştır. 1999 Marmara depreminde acil durum ve afet bölgesi ilanı yapılmış ve mücbir sebep talepleri kabul görmüştür. 2011 tarihli Van depremi yıkıcı ve artçı pek çok depremin yaşanması nedeniyle mücbir sebep olarak kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “*Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır* (Eren, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2017, s. 582). *Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır. Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi mücbir sebebin bir takım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir.*” biçiminde mücbir sebep kavramı-

dünün ifası için taahhüde girmeden önce gerekli tedbirleri alması ve bu cümleden olarak gerekli malzemeyi temin imkânlarını önceden sağlamış olması lazımdır. Kaldı ki zamanımızda sık sık yapılmakta olan para ayarlamaları, önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyette değildir. Mücbir sebebin en mühim unsuru olan ifanın imkânsız hale gelmiş bulunması da olayda düşünülemez. Çünkü davacı daha fazla bir para vermek suretiyle iddiasına göre edasını ifa etmiş bulunmaktadır.” biçiminde karar verilmiştir (Sinerji İçtihat Prog.).

⁵² Yar. 12. HD, 22.6.2010, E. 2010/3802, K. 2010/16372 sayılı kararında “... *şikâyetçinin dayandığı bu özrün niteliğinin bir mücbir sebep olarak kabulü gerekir. Bu tespit karşısında da şikâyetçiyi, kendi kusuruna dayanmayan bir mani sebebiyle itiraz edememiş kabul etmek gerekir.*” şeklinde hüküm kurmuştur (Sinerji İçtihat Prog.).

⁵³ Yar. 23. HD, 11.2.2016, E. 2015/7538, K. 2016/719 sayılı kararda kuş gribi salgınına tarafların tacir olmaları, her iki tarafı tacir olan sözleşmede mücbir sebep hallerinin belirtilmiş olması ve olayların etkisinin sınırlı olması sebebiyle mücbir sebep olarak görmemiştir (Sinerji İçtihat Prog.).

na yaklaşımını ifade etmiştir. Bu durumda bir olayın öngörülemeyen ve öngörülsede dahi önlenemeyecek, tümüyle sözleşme dışındaki olaylardan kaynaklanması ve benzer hukuki ilişkileri de etkileyen, edimin ifasını imkânsız kılan durumlar açısından mücbir sebepten söz edilebilecektir⁵⁴.

İdare hukukunda mücbir sebep, önceden öngörülemeyen, engellenemeyen ve idarenin iradesi dışında gelişen olayları ifade etmektedir⁵⁵. Danıştay içtihatlarına göre, sezilemezlik, karşı konulamazlık, kusursuzluk ve gerçeklik mücbir sebebin ayırt edici unsurlarıdır⁵⁶.

İdarenin sorumluluğu, sözleşmeye dayalı ve sözleşme dışı olmak üzere iki ana başlıkta incelenmektedir. Sözleşmeye dayalı sorumluluk özel hukuk kurallarına tabi iken, sözleşme dışı sorumluluk ise kusura dayanan ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılır. Özellikle kamu hizmetinin ifasında meydana gelen zararların tazmini noktasında idarenin sorumluluğu çağdaş hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu sorumluluk, mücbir sebep durumlarında ortadan kalkabilmektedir⁵⁷.

⁵⁴ Mücbir sebep kavramı, meydana gelen olayın önceden öngörülememesi ve sonuçlarının olağan akış içerisinde makul şekilde tahmin edilememesi esasına dayanır. Hayatın normal seyrinde beklenilebilecek tesadüfi olayların ötesine geçen ve olağanüstü bir niteliğe sahip olan durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilir; bu nedenle, örneğin askere alma gibi rutin bir işlem bu kapsamda kabul edilmez. Mücbir sebebin bir diğer unsuru önlenemezlik; bu kapsamda, olayın idarenin mevcut imkânlarıyla veya başka herhangi bir müdahale aracıyla önlenmesinin, etkilerinin azaltılmasının ya da tamamen ortadan kaldırılmasının mümkün olmaması gerekir. Ayrıca, dışsalılık ilkesi gereği, mücbir sebep oluşturan olayların idarenin faaliyet alanı dışından kaynaklanması beklenir. Bu unsur, mücbir sebebi faaliyetin içinden doğan ve zararlar doğrudan ilişkili kazalardan ya da beklenmeyen hallerden ayırır. Söz konusu ayırımı pratik önemi, zarara yol açan olayın idarenin içsel faaliyetinden mi yoksa harici bir etkenden mi kaynaklandığını belirlemede ortaya çıkar; zira içsellik söz konusu olduğunda, mücbir sebep iddiayla birlikte dahi idarenin sorumluluğu ortadan kalkmayabilir. Buna karşılık, dışsalılık taşıyan mücbir sebep durumlarında, olay ile zarar arasında illiyet bağının kesilmesi nedeniyle, idarenin hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluğu söz konusu olmaz (Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık 10. Baskı, Ankara 2024, s. 606, 607).

⁵⁵ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınları, Ankara 2017, s. 384.

⁵⁶ Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (C. 14, S. 1, 2010), s. 274.

⁵⁷ Bu noktada mücbir sebeple karıştırılan bir kavram olarak beklenmeyen hâle değinmek gerekmektedir. Zorlayıcı sebep ile beklenmeyen haller birbirinden farklı kavramlardır. Beklenmeyen hallerde, zarar doğuran olay her ne kadar kişisel bir kusura dayanmasa da, olayın idarenin faaliyet alanı içinde meydana gelmesi nedeniyle idare objektif olarak sorumlu tutulur. Buna karşılık, zorlayıcı sebepler idarenin kontrolü dışındaki olaylardan kaynaklandığı için, sorumluluk tamamen ortadan kalkar; çünkü idarenin bu tür olayları önlemesi veya sonuçlarını bertaraf etmesi maddi ya da hukuki açıdan mümkün değildir. Beklenmeyen haller ise daha çok mekanik arızalar veya nedenleri kesin olarak belirlenemeyen teknik aksaklıklar şeklinde ortaya çıkar. Örneğin, uçuş sırasında motor karbüratörüne kuş girmesi, iskelede demirli bir hücumbotun bilinmeyen bir sebeple infilak etmesi, elektrik kontağından çıkan yangınlar veya devriye görevindeki bir polis aracının lastiğinin patlaması bu duruma örnek teşkil eder. Beklenmeyen bir halin varlığı, idare ile zarar verici olay arasındaki ilişkiyi tamamen ortadan kaldırmaz; bu sebeple, idare kusursuz sorumluluk prensibi gereği sorumlu kalmaya devam eder. Ancak, kusura dayalı bir sorumluluk söz konusu

Mücbir sebep halleri arasında deprem, sel, aşırı yağış, toprak kayması gibi tabiat olayları sayılmaktadır. Bu gibi olaylar, idarenin hiçbir etkisinin olmadığı, öngörülemez ve önlenemez nitelikte sayılması veya idarenin gereken her türlü tedbiri almasına karşın zararın olduğu kabul edilirse meydana gelen zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kesildiği kabul edilebilecektir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmaz⁵⁸. Ancak modern idare hukukunda yalnızca mücbir sebebin varlığı değil, bu zararın önlenabilir olup olmadığı da dikkate alınmaktadır.

olduğunda, beklenmeyen hal idarenin kusur sorumluluğunu bertaraf eder; dolayısıyla idarenin sadece kusura dayanan sorumluluğu ortadan kalkarken, kusursuz sorumluluğu sürer (Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, C. II, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2024, s. 370).

⁵⁸ Konuya ilişkin Fransız Danıştay'ının da klasik olarak, mücbir sebebin tanınması ve kamu aktörlerinin dolayısıyla sorumluluktan muaf tutulması için doğal afetin öngörülemez ve karşı konulamaz bir nitelik taşıması gerektiği biçiminde hareket ettiği anlaşılmaktadır. Ancak Danıştay'ın ardışık kararları, doğal afetlerin sistematik olarak "mücbir sebep" kapsamına girmedikleri fikrini güçlendirmektedir. Bu durumu özellikle, Val d'Isère belediyesinin temyiz talebi üzerine verilen 17 Mart 1986 tarihli Danıştay kararı (CE, 14 Mart 1986, Val d'Isère Belediyesi / Mme BOSVY ve diğerleri) ortaya koymaktadır. Hatırlanacağı üzere, 1971 kışında Val-d'Isère'de bir çığ, UCPA tesisine çarpmış ve otuz sekiz kişinin ölümüne yol açmıştır.

Danıştay ayrıca, yüksek şiddette bir fırtınanın etkisi altındaki Port-Louis Belediyesi'ne ilişkin olarak verilen bir kararda, olayların mücbir sebep olarak nitelendirilmesinin hukuki açıdan hatalı olduğu sonucuna varmıştır. Oysa olayda, saatte 111 km'ye ulaşan rüzgârlar ve ani yön değişimleri olmuş, üstelik bu durum yüksek gelgit sırasında meydana gelmiştir; yine de Danıştay bu olayın mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir (CE, 26 Temmuz 2006, n°272622). Bir binayı kısmen yıkan bir çığla ilgili olarak ise, bir bölge idare mahkemesi (idari istinaf mahkemesi) şöyle hükmetmiştir: "Uzmanlara göre, olayın büyüklüğünde bir çığın tekrarlanma süresi 30 ila 40 yıl arasında değişse de ve daha önce bölgede alışılmadık yoğunlukta kar yağışları meydana gelmiş olsa da, bu çığ olayının tam anlamıyla öngörülemez kabul edilemeyeceği ve dolayısıyla belediyenin tüm sorumluluktan kurtulamayacağı" (CAA Lyon, 15 Haziran 2004, n°02LY01876).

Gerçekten de, oldukça pragmatik bir şekilde, hâkim olayın gerçekleştiği bölgedeki geçmiş olayları inceleyerek felaketin öngörülemezliğini değerlendirir. Örneğin, Grenoble İdare Mahkemesi, 2 Haziran 1994 tarihli kararında, 1987 Temmuz'unda Haute-Savoie'deki Grand-Bornand bölgesinde yaşanan taşkınla, uzman raporuna dayanarak 200 yıllık bir dönüş süresi olan yağışlar ve 170 yıllık dönüş süresi olan taşkınların öngörülemez olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, böyle bir olayın, "en azından yüzyılda bir gerçekleşen" bir ritme sahip olması durumunda öngörülemez addedileceğini vurgulamıştır. Benzer şekilde, Nantes İdare İstinaf Mahkemesi, 2011 Ekim ayında Brest şehrinde 12 saat içinde 105,1 mm yağmur düşmesi olayında, bu yağışların yüzyıllık bir periyodikliği aştığını ve doğaüstü nitelikte olduğunu belirterek, ilk derece mahkemesinin mücbir sebep kararı vermesini onamıştır (CAA Nantes, 8 Şubat 2019, n° 17NT01730). Buna karşılık, Danıştay, benzer büyüklükte olayların daha önce kaydedilmiş olması durumunda sorumluluktan muafiyeti reddetmiştir. Örneğin, geçtiğimiz yüzyılda "birkaç kez" kaydedilmiş yoğun yağışların neden olduğu bir taşkınla ilgili olarak mücbir sebep durumu kabul edilmemiştir (CE, 3 Mayıs 2006, Bayındırlık Bakanı, n°261956). Aynı şekilde, 96 mm/saat yağış miktarıyla yüzyıllık bir yoğunluk gösteren ancak 24 saatlik yağış açısından yalnızca dokuz yıllık dönüş süresine sahip olan bir yağmur olayı da mücbir sebep sayılmamıştır (CAA Bordeaux, 19 Haziran 2003, Martinique Departmanı, n°99BX02338). Aynı yaklaşım, 2010 Şubat'ında Meuse bölgesinde meydana gelen bir fırtına için de benimsenmiş; çünkü bölgede on bir yıl önce benzer şiddette ve olağanüstü bir fırtına daha yaşanmıştı (TA Nancy, 15 Mayıs 2012, n°1001192). Aynı şekilde, son yedi yılda yedi tanesi doğal afet olarak kaydedilmiş on bir sel yaşanmış bir belediyede, "önemli, yoğun ve olağanüstü sürede" gerçekleşmiş yağışlar dahi öngörülemez kabul edilmemiştir (TA Melun, 7 Ocak 2010, n°0602842). (Me Corneloup/Jean-Yves Delecheneau, "Jurisprudence et responsabilités du maire en matière de risques majeurs", <https://www.mementodumaire.net/responsabilites-du-maire-2/r6-jurisprudence-et-responsabilites-du-maire-en-matiere-de-risques-majeurs/>).

Zarara sebep olan olay mücbir sebep olsa dahi, idarenin bu zararı azaltmak ya da önlemek yönünde alması gereken tedbirlerde kusurlu bulunması durumunda, idarenin sorumluluğu devam etmektedir⁵⁹. Bu aşamada depremin mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususuna değinmek gerekmektedir.

B. Depremın İdarenin Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Sebep Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler

Deprem nedeniyle meydana gelen zararların tazminine yönelik açılan davalarda, idari eylem ve işlemin zararın artmasına sebebiyet verdiği hallerde, zararın artan, büyüyen kısmında idarenin hizmet kusuru bulunması halinde mücbir sebep nedeniyle idarenin sorumluluğu sona ermemektedir. Deprem hattında mevzuata uygun hareket etmeyerek, imar ve yapılaşma izni veren ve fay hattında yapılaşmaya göz yuman idare, hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁶⁰.

Anayasa'da Cumhuriyetin değişmez temel ilkelerinden olan demokratik, sosyal hukuk devletinin bir gereği ve sonucu olarak yine anayasa öngördüğü düzenlemeleri ile idareyi, kusur şartına tabi kılmaksızın eylem ve işlemlerinden doğan zararlardan sorumlu tutmuştur. Özel hukukta olduğu gibi idarenin hem kusur hem de kusursuz sorumluluğunun söz konusu edilebilmesi için idari etkinlikleri ile zarar arasında illiyet rabatası (*nedensellik bağı*)⁶¹ bulunması şartı aranır.

⁵⁹ DİDDK, 17.1.1997, E. 1995/752, K. 1997/57 sayılı kararında, "Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi olarak görev yapan davacının 13.3.1992 günü ... ilinde meydana gelen deprem nedeni ile oturmakta olduğu Devlet Güvenlik Mahkemesi lojman binasının tamamen yıkıldığı, tüm ev eşyalarının ve özel arabasının enkaz altında kaldığı gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat istemi ile bu davayı açtığı; idare mahkemesince, hasar gören binaların durumunu incelemek üzere Yapı İşleri Genel Müdürlüğünün 16.3.1992 günlü 1975 sayılı yazıları ile kurulan bilirkişi kurulunca mahallinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen teknik raporda, binanın tamamen yıkılarak boş olan ve garaj olarak kullanılan zemin kata yığıldığı, bina kalıntılarındaki yapılan incelemede 1. derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın 14.6.1984 tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... ilinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu anlaşılmaması ..., mahkemenin, maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddine ilişkin temyize konu kararının usul ve hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır" denilmiştir (Corpus İçtihat Prog.).

⁶⁰ Esra Deniz, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mücbir Sebep*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul 2022, s. 77.

⁶¹ "İdarenin tazmin sorumluluğu olup olmadığının yürütülen kamu hizmetiyle olay arasında nedensellik bağı araştırılarak saptanması gerekmektedir. 6200 sayılı Yasaya göre taşkın sular ve sellere karşı koruyucu tesisler meydana getirmek akarsularda ıslahat yapmakla görevli davalı idarenin, olanaklar ölçüsünde gerekli ve yeterli önlemler almak suretiyle üstlendiği hizmeti yürüttüğünün belirlenmesi halinde meydana gelen, hizmetle nedensellik bağı olmayan taşkın olaylarında idarenin tazminle sorumlu tutulması düşünülemez. Ancak taşkın olayıyla taşkınları önleme akarsuları ıslah biçiminde yürütülen kamu hizmeti arasında nedensellik bağının varlığı, hizmetin kusurlu işletildiğinin belirlenmesi veya kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanmasını gerektiren koşulların saptanması halinde idarenin tazminle sorumlu tutulacağı da açıktır. Olayda, uyumsuzluk konusu taşınmazların 4373 sayılı Yasa uyarınca belirlenen saha içinde kalıp kalmadığının saptanması,

Zarar ile idari davranış arasındaki illiyet bağı idarenin işlem ve eylemleri dışında bir sebeple ortadan kalktığı veya zayıfladığı mücbir sebep (*force majeure*), beklenmeyen haller, zarara uğrayan kişinin veya üçüncü kişinin davranışı hallerinde idarenin tazmin yükümlülüğünden tamamen ya da kısmen kurtulması mümkündür⁶².

Bilindiği gibi, doğa olayı olarak nitelendirilen depremleri öngörmek ve önlemek mümkün olmamakla birlikte, depremlerin ölçülebilen toplumsal ve ekonomik kayıplarını doğru stratejilerle azaltmak mümkündür. “Depremi önlemek mümkün değildir. Ancak yargı kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere dep-

taşkın olayının aşırı yağış sonucu meydana gelen doğal afet niteliğinde olup olmadığının araştırılarak yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla İdare Mahkemesince yukarıda belirtilen hususlar araştırılmaksızın verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.” (Dan. 10. D., 17.01.2001, E. 1998/1533, K. 2001/77, Legalbank İçtihat Prog.). “Arama ve kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesini etkileyecek şekilde haberleşme ve ulaşım hizmetlerinde aksaklıkların olması ve depremin, etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasarın kamu hizmetlerinin deprem sonrası yürütülen arama ve kurtarma faaliyetleri sırasında bu hizmetin gereği gibi işletilememesi nedeniyle doğan zararlardan; ancak, zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı bulunduğunun saptanması, bir başka ifadeyle, davacının yakınlarının arama ve kurtarma faaliyetlerinin gereği gibi işletilememesi sonucunda vefat ettiğinin tespit edilmesi halinde, idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilebilir” (Dan. 11. D., 19.12.2005, E. 2003/2072, K. 2005/5960, Gökalp./Çolakoğlu, s. 149).

“... zararın davalıların kusurlu eylemlerinden kaynaklandığı anlaşıyorsa da binanın bulunduğu yerin deprem bölgesi olması ve zemin yapısındaki olumsuzluklar nedeniyle, bina deprem yönetmeliğine ve inşaat tekniklerine tam olarak uygun yapılmış olsaydı bile, meydana gelen depremin büyüklüğü karşısında az da olsa zarar göreceği yüksek bir ihtimaldir. O halde mahkemece bu husus da ayrıca incelenmeli, gerekirse bilirkişiden bu yönde yeniden görüş sorulmalı ve bunların sonucuna göre Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun oranda bir indirim yapılmalıdır. Yerel mahkemece bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması da bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 4. HD, E. 2005/300, K. 2005/13747, Corpus İçtihat Prog.).

⁶² Konuya ilişkin Fransız uygulaması da bu yöndedir. Zira kamu hukukunda kusursuz sorumluluk, kamu idarelerinin faaliyetlerinden zarar gören mağdurların yalnızca zarar ile kamu yapısı veya faaliyeti arasında bir nedensellik bağı kurarak tazminat talebinde bulunmalarını mümkün kılar. Örneğin Melun İdare Mahkemesi'nin 21 Mart 2024 tarihli kararında bu ilke somut olarak uygulanmıştır. Olayda, 9 Haziran 2018'de Barbizon kasabasında şiddetli yağışlar sonucu bir vatandaşın mülkündeki destek duvarı çökmüş ve bu olay mağdurun yaralanmasına yol açmıştır. Mağdurun yakınları, belediyeye ve ilgili şirketlere karşı dava açarak, su tahliye altyapısının yetersizliği ve bakım eksikliği nedeniyle sorumluluğun doğduğunu iddia etmişlerdir. Ancak idari sorumluluğun doğması için yalnızca altyapının mevcudiyeti değil, aynı zamanda bu yapı ile zarar arasında doğrudan bir bağın bulunması gerekir. Davacılar, rögarların yetersizliği ve bakım eksikliği gibi unsurları ileri sürmüşse de, mahkeme, destek duvarının tamamen özel mülkiyet sınırları içinde yer aldığını ve çökmesinin kamu yapısının işleyişinden kaynaklandığına dair bir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla nedensellik bağı ispat edilemediği için dava reddedilmiştir. Oysa idare hukukunda geçmişte Malpasset Barajı felaketi (Ville de Fréjus kararı) ve Menton'daki toprak kayması olaylarında (CAA Marseille, 2020) kamu yapısının varlığı veya işleyişinden kaynaklı anormal ve özel zararlar için idarelerin kusursuz sorumluluğu kabul edilmişti. Buna göre, kamu yapısının tehlikeli niteliği veya işleyişinin zarar üzerindeki etkisi yeterli şekilde kanıtlandığında sorumluluk doğabilir. Ancak Barbizon davasında bu şartlar gerçekleşmediğinden, belediyenin veya diğer idarelerin kusursuz sorumluluğunun olmadığına karar verilmiştir (<https://www.jac.cerdacc.uha.fr/les-responsabilites-administratives-envisageables-en-cas-de-pluies-torrentielles-m-c-aslan-a-n-karaman-a-yaoua/>).

remin neden olduğu zararların, bu zararları önlemeye yönelik yetkilerin idarece etkili bir şekilde kullanılması halinde, neredeyse tamamen önlenmesi mümkündür⁶³. Depremleri sadece can ve mal kaybından ibaret görmek, toplumsal neden ve sonuçları ihmal etmektir. Zira, depremlerin gerçekleştiği coğrafyada ekonomik, toplumsal, sosyal, psikolojik yıkıcı etkiler bırakarak doğal afet halini alması toplumsal bir süreç üzerinden gerçekleşmektedir. Depremin öngörülemez ve önlenemez bir doğa olayı niteliği taşıması gerçeği ile depremin öngörülebilir ve önlenebilir sonuçlarından kaynaklanan hukuki sorumluluk birbirinden ayrılmalıdır. Devletin asli görevi olan can ve mal güvenliğini sağlama yükümlülüğü, her türlü muhtemel zararların önlenmesine ilişkin tedbirlerin alınması ve gerçekleşen zararların giderilmesi sorumluluğunu da beraberinde getirir. Bu noktada devlet, toplum, doğa, çevre arasındaki ilişkilerin belirgin bir görünümünün ortaya çıktığı depremlerde sadece can ve mal kaybının değil, doğa ve kültür varlıklarının da depreme karşı korunması öncelikli konulardandır.

Deprem, uzun bir süre mücbir sebep olarak kabul edilmiş, mukayeseli hukukta olduğu gibi Türk Hukuk doktrininde ve yargı kararlarında⁶⁴ da mücbir sebep bahsi açıklanırken, uzun yıllar boyunca ve günümüzde de özel hukukta olduğu gibi idare hukuku alanındaki pek çok eserde deprem bir mücbir sebeplere ilişkin örneklerden biri olarak gösterilmekte ve kabul edilmektedir⁶⁵. İdare hukuku anlamında mücbir sebep, idarenin etkinlikleri dışında gerçekleşen, “öngörülemeyen” ve “önlenemeyen” nitelikteki doğal (*sel, kasırga, yıldırım düşmesi, toprak kayması, çığ, gibi doğal afetler*), savaş, darbe gibi sosyal veya hukuki olayları tanımlamak için kullanılmaktadır.

⁶³ Yıldız Akgül, s. 172. 1985 yılında Meksika’da yaşanan ve büyük hasara yol açan depremden 14 yıl sonra gerçekleşen 7,4 şiddetli depremde neredeyse yok sayılacak hasarların ortaya çıkması depreme karşı alınan önlemlerin etkinliğini gösterme açısından önemlidir. (Meltem Kutlu, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, (C. 32, S. 4, Aralık 1994), s. 16).

⁶⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen E. 1995/752, K. 1997/57, T. 17.01.1997 kararda, davacı, 13 Mart 1992 tarihinde Sivas ilinde meydana gelen deprem nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesi lojmanının tamamen yıkılması sonucu maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Sivas İdare Mahkemesi davacı lehine maddi manevi tazminata hükmetmiştir. Mahkeme, deprem bölgesinde yer alan ve teknik inceleme yapılmadan satın alınan lojmanın, idarenin hizmet kusuru nedeniyle zarar verdiğini belirlemiş ve bu zararların idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır. Davalı idare, bu kararı temyiz etmiştir. Temyizen dosyayı inceleyen Danıştay Onuncu Dairesi, depremi mücbir sebep olarak kabul etmiş ve idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durum olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, Sivas İdare Mahkemesi kararında direnmiş ve İDDK, ısrar kararının onanmasına karar vermiştir (Corpus İçtihat Prog.).

⁶⁵ Dan. 11D, 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962, sayılı kararında “... depremin; idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte dahi olsa önlenemez olması nedeniyle mücbir sebep olarak değerlendirilmesi zorunludur. Depremin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan da söz edilmesi mümkün değildir” denilmiştir (DD, sy. 112, s. 341).

Bununla birlikte mukayeseli hukukta olduğu gibi ülkemizde de doktrin ve yargı kararlarında⁶⁶ mücbir sebep olarak nitelendirilen içerisinde depremin de yer aldığı doğal afetlerin geleneksel anlayış uyarınca idarenin sorumluluğunu kaldıran hâl olduğu kabulü etkisinin sürdürmekle birlikte günümüzde teknoloji ve bilimsel alandaki gelişmeler diğer doğal afetlerle birlikte belirli şartların varlığına bağlı olarak depremin öngörülemezlik niteliği taşıdığı anlayışının terk edilmesi-ne sebebiyet vermiştir⁶⁷. Artık deprem ve doğal afetlerin yol açtığı zararlardan

⁶⁶ Örneğin “*Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti faaliyeti dışında gerçekleşen ve öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilmiş, mücbir sebebin idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Öte yandan, idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin doğrudan yerine getirilmesi sırasında idare tarafından beklenilmeyen durumlardan kaynaklanan zararların ise, zararın idarenin doğrudan faaliyetinden kaynaklandığının saptanması, başka bir ifade ile zarar ile idarenin eylemi arasında illiyet bağının tespit edilmesi halinde idarenin kusura dayalı sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda, depremin; idarenin doğrudan yürüttüğü bir kamu hizmeti faaliyetinden kaynaklanmaması, öngörülememesi ve/veya öngörülebilir nitelikte dahi olsa önlenemez olması nedeniyle mücbir sebep olarak değerlendirilmesi zorunludur. Depremin oluşmasında idareye bir kusur yüklenemeyeceğinden idarenin kusura dayalı sorumluluğundan da söz edilmesi mümkün değildir.*” (Dan. 11. D., 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962, Lexpera İçtihat Prog.). Aynı Daire, 2007 yılında verdiği bir kararında deprem kuşağında yer alan bölgelerde idarenin yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili hareketsizliğini olumsuz eylem olarak nitelendirmiş ve depremin zarar ile idari davranış arasındaki illiyet bağını kesmediğini ve idarenin sorumlu olduğunu kabul etmiştir. (Halit Eyüp Özdemir, “*Türk Hukukunda İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğu*”, Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı 24-25 Mayıs 2021, İstanbul 2021, s. 10). Dikkat çekici bir nitelikte bu Dairenin ilk karar tarihi döneminde bir başka daire depremin yaratacağı olumsuz sonuçların öngörülebilir nitelik taşıdığını ve bu oluşacak zararların önlenmesi için önceden tedbir alınabileceğine karar vermiştir (Dan. 10. D., 28.05.2007, E. 2005/9126, K. 2007/3069, Sinerji İçtihat Prog.).

⁶⁷ Modern devlet anlayışına geçmeden önceki dönemlerde tabii afetlerin önlenmesine ilişkin yeterli bilgi ve imkan mevcut olmadığından Devlet tarafından gerçekleştirilen bir müdahale ya da sorumluluk alınması söz konusu değildir. Elbette önlemek belirli bir bilgi düzeyine sahip olmayı gerektirir ve o dönemde bu bilgi mevcut değildi. Günümüzde anlaşıldığı şekliyle risk önleme kavramı, doğal riskler ve teknolojik riskler dâhil olmak üzere tüm risk türlerini kapsar. Ancak geçmişte, özellikle doğal riskler öngörülemez ve önlenemez olarak kabul edilmekteydi. Elbette, geçmişteki deneyimler ve olay hafızası (örneğin bir sel felaketinin tekrarlanabileceği bilgisi) gelecekte benzer olayların olabileceği konusunda bir fikir verebilirdi. Ancak, belirli bir zaman aralığında (on yılda bir, kırk yılda bir vb.) meydana gelen olaylar bile olsa, bu risklerin önlenmesine yönelik herhangi bir araç mevcut değildi. Ayrıca, o dönemin teknik imkânsızlıkları nedeniyle, halkı etkin ve doğru bir şekilde bilgilendirme olanağı da bulunmuyordu. Bir felaket meydana geldiğinde, bu tür olaylar ilahi güçlere atfediliyordu. Teknolojik bilgi ve tahmin yöntemlerinin gelişmesiyle birlikte, idari otoriteler öngörü sistemleri veya erken uyarı mekanizmaları kurmaya yönelmişlerdir. Örneğin, taşkın haber verme hizmetleri bu bağlamda geliştirilmiştir. Fransa gibi bir ülkede, bu tür görevlerin devlete verilmesi neredeyse doğal bir gelişim olmuştur. Öncelikle, Fransa’da devlet müdahaleciliği geleneği çok köklüdür; bu gelenek Eski Rejim dönemine kadar uzanır ve Devrim sonrasında da ortadan kalkmamış, tam tersine pekişmiştir.

İkincisi, teknik bilginin ilerlemesi, devlet müdahalesinin Avrupa genelinde arttığı bir döneme denk gelmiştir ve bu da “refah devleti” anlayışının yükselişiyle örtüşmüştür. Bu anlayış devlete geniş bir görev alanı tanımıştır.

Üçüncüsü ise tamamen akılcı bir gerekçedir: Normların ülke genelinde birleştirilmesi ve uyumlaştırılması ihtiyacı. Risklerin önlenmesi gibi bir konuda, normların ülkenin her yerinde aynı olması büyük önem taşır. Farklı bölgelerin risk önleme standartlarını kendi başlarına belirlemesi, farklı

illiyet bağının bulunmadığından bahisle sorumlu tutulamayacağı anlayışının terk edilmesi gerektiği noktasına varılmıştır⁶⁸. Bir başka söyleyişle doğal afetler özellikle de depremler, çok uzun yıllar idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerden biri olarak kabul edilmiş, ancak idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen ve idarenin hiçbir şekilde önleyemeyeceği, beklenmedik, dıştan gelen ve geçici olaylar olarak nitelendirilen doğa kaynaklı afet algısı, 1999 yılında yaşanan Marmara depremiyle beraber değişmeye başlamıştır. Özellikle deprem kuşağında yer alan, devamlı depremlere maruz kalan bir bölgede yaşanacak deprem ya da aşırı yağış alan bir bölgede oluşacak sel felaketi mücbir sebep olarak nitelendirilemez. Depremi gerçekleşmesinin önlenmesi mümkün olmasa da zararlı sonuçlarının önlenilmesinin mümkün olduğu fikrinin gelişmesiyle beraber, yargı kararlarında, artık depremi mücbir sebep olarak kabul etmeme eğilimi görülmeye başlanmıştır⁶⁹. Depremi meydana gelmiş olması idarenin otomatik olarak sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmamakta; aksine, afet öncesi risklerin öngörülebilirliği, bilimsel verilere dayalı olarak alınması gereken önlemler, afet anında müdahale kapasitesi ve afet sonrasında yürütülmesi gereken kamu hizmetleri gibi faktörler çerçevesinde idarenin sorumluluğu değerlendirilmektedir.

kriterlere göre hareket etmesi düşünülemez. Özellikle doğal ya da teknolojik risklerin önlenmesinde bu tür bir uyum zorunludur. Devletin rolü, riskin doğası gereği de meşrulaşmaktadır. Çoğu zaman riskler yalnızca bir belediyeyi değil, birkaç belediyeyi hatta birden fazla idareyi etkiler. En tipik örnek sel felaketleridir; sel sularının, idarî sınırları tanımadığı bilinir. Bir nehrin havzası çok sayıda belediyeyi kapsayabilir. Bu bağlamda, olayın tüm yönlerini dikkate alacak ve gerekli önlemleri etkili biçimde uygulayabilecek tek otorite devlettir. Ayrıca, bazı risk türlerinde (özellikle nükleer risk gibi) riskin gerçekleşmesi halinde etkiler ulusal sınırları dahi aşabilir. Bu nedenle, örneğin nükleer santraller gibi tesislerin (idari bakımdan “temel nükleer tesisler” veya INB olarak sınıflandırılır) varlığı ve işleyişi için Fransa’da 2006 yılında özel bir yasa çıkarılmıştır. Öte yandan, bazı riskler “büyük risk” (risque majeur) olarak nitelendirilmektedir.

Fransa Çevre Kanunu’nun VI. Başlığı, “belirli büyük doğal riskler nedeniyle tehdit altında olan nüfusların korunmasına yönelik önlemler” başlığını taşımaktadır. Bir bakanlık genelgesine göre: “Büyük risk, doğal bir afet ile zarar görebilecek insanların kesişmesi sonucu ortaya çıkar.” (Jean-Marie Pontier, ‘Les collectivités territoriales et la prévention des risques, Extrait du Bulletin juridique des collectivités locales 2014 n° 11’: Revue générale du droit *on line*, 2015, numéro 22086), (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22086).

⁶⁸ Doktrinde bu husus şu şekilde örneklendirilmiştir: “Normalde deprem, sorumluluğu ortadan kaldıran mücbir sebep hallerinden biridir. Ama sorumluluğu ortadan kaldırması için idarenin her şeyi kuralına göre yapmış olsa bile depremin verdiği zararın önlenemez olması gerekir. Oysa aynı yerdeki yıkılan binaların hemen yanında yıkılmadan sağlam kalan binalar da bulunduğu ve bu şiddetteki depremlere dayanaklı bina yapımı teknik olarak mümkün olduğundan, bu deprem için mücbir sebepten dolayı sorumluluk ortadan kalkmaz. Deprem nedeniyle idarenin yani devlet kurumlarının mali sorumluluğunu, deprem sonrası arama ve kurtarma faaliyetlerinin aksaması ve gecikmesi nedeniyle ortaya çıkan ölümler ve yaralanmalar nedeniyle idarenin mali sorumluluğu ve bina ve yapıların yıkılması veya zarar görmesi nedeniyle idarenin mali sorumluluğu şeklinde iki kategoriye ayırmak gerekir.” (Ali D. Ulusoy, “Depremden dolayı devlet kurumlarının mali sorumluluğu”, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumluluğu,38818>).

⁶⁹ Azimli Çilingir, s. 193-194.

Tazminat hukukunun temelini oluşturan zarar, kusur ve nedensellik bağı unsurları, deprem vakalarında idari sorumluluğun tespitinde belirleyici hale gelmiştir. Danıştay kararları, idarenin ancak hizmet kusuru çerçevesinde sorumlu tutulabileceğini, kusursuz sorumluluğa bu bağlamda gidilmediğini açıkça ortaya koymaktadır. Mahkemeler, zararın varlığını yalnızca genel kanaatlerle değil, somut belge ve raporlarla ortaya koyma yükümlülüğü aramakta; zararlar idari işlem veya eylem arasındaki illiyet bağı her somut olayda ayrı ayrı incelemektedir. Nitekim cenaze ve defin giderlerine ilişkin Bölge İdare Mahkemesince verilen bir kararda⁷⁰, yalnızca belgelendirilen ve zorunlu olarak yapılması gereken harcamalar dikkate alınmış; örfi veya alışılmış giderler ise tazminata konu edilmemiştir. Bu yaklaşım, depremler gibi doğal afetlerde dahi idarenin sorumluluğunun mutlak bir biçimde ortadan kalkmadığını; aksine, kamu hizmetlerinin etkin, özenli ve zamanında sunulup sunulmadığına göre dinamik bir şekilde değerlendirildiğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak, idarelerin hukuki sorumluluğu, yalnızca afetin varlığıyla değil, bu afete karşı alınan önlemlerin yeterliliği ve kamu hizmetlerinin gereklerine uygun biçimde yerine getirilip getirilmediğiyle doğrudan ilişkilidir.

Nitekim depremin bir mücbir sebep olup olmadığı sorusuna net bir şekilde “evet” ya da “hayır” biçiminde bir yanıt verilememektedir. Bu durumda somut olay gereği bir olayın her zaman her yerde mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün olmayabilecektir. Bu anlamda depremlerin sık sık olduğu bir yerde deprem ya da aşırı yağış alan bir bölgede yaşanacak sel felaketi mücbir sebep sayılabilecektir. Mücbir sebep uygulaması kapsam itibarıyla günümüzde giderek daralmıştır. “İdarenin güçlülüğü ile sorumluluğu doğru orantılıdır. Bir başka ifadeyle idare gücü oranında sorumludur. Günümüzde genellikle idarenin elinde her türlü maddi güç, teknolojik imkân, uzman eleman, istatistiki veriler, bilgiler vs. bulunmaktadır. Bu anlamda bir olayın “öngörülememe” ihtimali oldukça azalmıştır⁷¹”.

Gelinen noktada artık idarenin davranışıyla deprem neticesinde ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı ortadan kaldırıldığı kesin bir kabul değildir⁷². Bu anlamda olmak üzere idarenin imar mevzuatından⁷³ kaynaklanan görev ve yetkilerini yerine getirmemesi halinde idarenin hizmet kusurundan söz konusu olabilmekte ve bu kapsamda Danıştay kararlarında da depremin mücbir sebep olduğu

⁷⁰ Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 1. HD. E. 2019/720, K. 2020/142, T. 31.1.2020 (Kazancı Mevzuat Prog.).

⁷¹ Bucaktepe, s. 104.

⁷² Hatta idârenin davranışı, mücbir sebep niteliğindeki olayın sonucunda meydana gelen zararın artmasına sebep olmuş ise, idârenin bu ağırlaşan neticelerden dolayı kısmî sorumluluğu da kabul edilmiştir (Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, 304.

⁷³ 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21., 32. ve 39. maddeleri.

kabülüyle birlikte, her somut olayda depremin meydana geldiği yer, zaman ve şartlara göre idarenin sorumluluğuna etkisi de ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Öte yandan Depremlerin yol açtığı zararların hukuki sorumluluğu konusunda idarenin kusurlu davranışı temel belirleyici unsurdur. Bu durum, idari sorumluluğun doğması için idarenin aktif bir eylemde bulunmasının şart olmadığını, aynı zamanda gerekli önlemleri almama şeklindeki pasif tutumunun da sorumluluk doğurabileceğini göstermektedir. Hukuk doktrininde “olumsuz eylem” olarak nitelendirilen bu durum, Danıştay içtihatlarında da kabul görmüştür. Nitekim bir kararında Danıştay⁷⁴ “... davalı idarenin cami ve minaresinin yapımı ve hizmete alınması konusunda yasal bir görevinin olup olmadığı, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı ruhsatı ve ekleri ile yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, yapının imar açısından denetlenmesi konusunda hangi idarenin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. Olaya bu açıdan bakınca yukarıda yapılan belirleme sonucu olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olmakla öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin “olumsuz eylem” olarak kabulü gerekmektedir.” biçiminde karar verilmiştir.

Bazı Danıştay kararlarında tabiat olayları öngörülemeyen ve önlenemeyen bir hâldir. Ancak mücbir sebepten farklı olarak idari faaliyetin içinde gerçekleşme ve idarenin kusurlu sorumluluğunu kaldırıp koşulları varsa idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilir. Dolayısıyla idarenin sorumluluğunda mücbir sebep mutlak anlamda hem kusurlu hem de kusursuz sorumluluğu kaldırmakta iken beklenmeyen hal kusurlu sorumluluğu kaldırır. İdarenin kusursuz sorumluluğu üzerinde mutlak şekilde etki göstermez ve bu durumda kusurun varlığı tazminatın hesaplanmasında önem arz eder. İdari faaliyetin dışında gerçekleştiği için beklenmeyen hal olarak nitelenemeyecek doğal afetleri beklenmeyen hal olarak nitelemedeki temel hareket noktasının idarenin sorumlu tutulması arayışıdır⁷⁵.

Bu kapsamda olmak üzere deprem dolayısıyla zarar gören kişilerin ya da üçüncü kişilerin davranışları ve eylemlerinin zararın ortaya çıkması veya zararın artmasına yol açmış olması halinde, idarenin sorumluluğu her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek suretiyle bahse konu sorumluluk azaltılabilir veya tamamen ortadan kalkabilir. Örneğin, ülkemizde sıklıkla rastlanıldığı üzere ilgili idarenin gerekli tüm kararları ve önlemleri özenle ve zamanında alması ve de-

⁷⁴ Dan. 11 D. E. 2006/5120, K. 2008/5262, T. 13.05.2008, Corpus İçtihat Prog.

⁷⁵ Bkn. Yıldız Akgül, s. 143-145.

netimleri yapmasına rağmen, binada idarenin bilgisi ve onayı olmaksızın tadilat (değişiklik ve ilaveler, örneğin sıklıkla karşılaşılan binanın kolonlarının kesilmesi) yapan kişinin, söz konusu tadilat yapılan kısımların depremde zarar görmesi durumunda; kişi kendi eylemi sonucunda zararın meydana gelmesine yol açtığı için idarenin sorumluluğu ortadan kalkabilir veya azalabilir.

Mücbir sebebin varlığı için olayın, sonuçları önceden öngörülemeyen, hiçbir insan gücü tarafından zararlı sonuçları engellenemeyen, kaçınılması ve karşı konulması mümkün olmayan, sorumluluğu araştırılan (zarar sebep olan) hukuk süjesinin işletmesi veya faaliyet alanı dışında gerçekleşen (harici) bir olay olması gerekir. Depremde haricilik unsuru ile birlikte öngörüleme söz konusu olsa da sonuçları öngörülemez⁷⁶.

İdarenin sorumlu tutulabilmesi için zarara yol açan işlem veya eylemin idare tarafından yapılmış olması gerektiğine göre, zarar gören kişilerin eyleminden, üçüncü kişilerin eyleminden, zorlayıcı sebeplerden (mücbir sebepler) ileri gelen zararların idareye ödettilerilemeyeceği, dolayısıyla bu gibi durumlarda idarenin hukuki sorumluluğunun bulunmadığı yine idari yargı kararlarında kabul edilmiş bir idare hukuku ilkesidir. Zorlayıcı sebep (mücbir sebep), kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylar olarak tanımlanmaktadır. Gerek yargısal kararlar gerekse öğretide kabul edilen bu tanımlamaya göre zorlayıcı sebep kavramını oluşturan temel unsur, “dışsalığın” yanı sıra “önlenebilir” ve “öngörülemez” olmasıdır.

Deprem, “önlenebilir” ve “öngörülemez” olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığı yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru göz önünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğu söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur... deprem sonucunda

⁷⁶ Mehmet Altunkaya, “Deprem Zararlarında Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluk”, Medenî Hukukçular Derneği Deprem Zararlarından Doğan Hukukî Sorumluluk Rehberi 2023, sh. 6 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.medenihukukcular.com/images/Deprem_Hukuk_Rehberi.pdf.

oluşan bireysel zararlardan dolayı davalı idareleri kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminle sorumlu tutmaya da hukuken olanak bulunmamaktadır. Zira, bireysel olmayan o bölgede yaşayan için genel nitelikte olan deprem gibi doğal afetlerden doğan zararlar ilgili mevzuatı çerçevesinde devletçe ödenmektedir⁷⁷.

Mücbir sebebin söz konusu olduğu durumlarda, idari davranış ile zarar arasında nedensellik (*illiyet*) bağı bulunmadığından doktrin ve yargı içtihatlarında, kural olarak, bu sebebin idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldırdığı kabul edilmekte, ancak bu kabul, mutlak olma özelliğini günümüzde yitirmiştir. Zira mücbir sebebin varlığının bahse konu edildiği her olayda detaylı bir teknik, hukuki ve maddi inceleme yapılmalı ve buna göre olayın mücbir sebebin mevcudiyetine buna göre karar verilmesi daha yerinde olacak bir yöntemdir. Şöyle ki, günümüzde idarenin sahip olduğu arşivleri, istatistiki bilgiler, raporlar, araçlar, iletişim imkânları ve uzman personel mücbir sebebin öngörülemezlik unsurunun kapsamını her geçen gün biraz daha daraltmaktadır. İdarenin elindeki araçlar ve imkânlar ve personeli özel hukuk kişilerine oranla özellikle doğal afetlerin ortaya çıkarılabileceği zararları azaltmada çok daha üstün nitelikli olduğu kabul edilmelidir. Zira günümüzde ulaşılan teknolojik ve bilimsel veriler ve imkânlar dikkate alındığında doğal afetlerin öngörülmesi ve sonuçlarına karşı önlemler alınması geçmişe nazaran çok daha mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla da bu tür olaylarda idarenin sorumluluğunun kapsamının daha geniş şekilde belirlenmesi gerekmektedir⁷⁸.

Yargı uygulamasında, dava açma süresinin belirlenmesinde zararın fiilen meydana geldiği tarih değil, zarar ve sorumlu idarelerin öğrenildiği tarih esas alınmaktadır. Danıştay kararlarında, sürenin yalnızca depremin gerçekleştiği tarih ile sınırlı olmadığı, zararın ve idarenin sorumluluğunun makul bir şekilde öğrenildiği tarihten itibaren başlatılabileceği yönünde içtihat gelişmiştir. Nitekim bir Danıştay kararında⁷⁹, ceza yargılamasına konu olan olayda, davacıların idarenin sorumluluğunu ancak bilirkişi raporuyla öğrendikleri ve başvurularını bu öğrenme tarihine göre yaptıkları tespit edilerek, süresi içinde yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın süre aşımı gerekçesiyle reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen beş yıllık azami süreye riayet edilmesi koşuluyla, başvuru ve dava açma süresinin geniş bir şekilde yorumlandığı, böylelikle mağdurların hak arama özgürlüğünün korunduğu görülmektedir. Bu yaklaşım, doğal afet kaynaklı zararların dinamik ve karmaşık niteliği göz önünde bulundurularak, idarenin olası kusurunun zaman içinde ortaya çıkabileceği gerçeğini dikkate alan hakkaniyet temelli bir yorum biçimini yansıtmaktadır.

⁷⁷ Dan. İDDK, 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108, Sinerji İçtihat Prog.

⁷⁸ Özdemir, s. 6.

⁷⁹ Dan. 6. D., E. 2021/568, K. 2021/2729, T. 02.03.202, Corpus İçtihat Prog.

C. Depremın Mücbir Sebep Sayılması Anlayışının Günümüzdeki Ulaştığı Nokta

Günümüzün mevcut teknolojik ve bilimsel gelişmeleri ve imkânları depremin mücbir sebebin şartlarından birini oluşturan öngörülemezlik özelliği taşıdığı kabulünü sonlandırmış, gelinen noktada depremin önlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, depremin vuku bulacağı coğrafi alan, şiddeti ve büyüklüğü bilimsel ölçütlerle gerçekçi bir şekilde bilinebilmekte, ilaveten deprem bölgelerinde inşa edilen binaların da bilimsel gereklilik olarak öngörülen depremlere dayanıklılığı sağlanabilmekte ve mevzuat bakımından buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu noktada idarenin imar mevzuatı ve diğer ilgili mevzuat uyarınca⁸⁰ yapıların depreme dayanıklılığını sağlamak için yapılaşma koşullarını düzenleme, bunlara ilişkin ruhsatlandırma yapma ve denetleme görev ve yetkisi de bulunmaktadır⁸¹.

Dolayısıyla depremin dışsallık ve önlenemezlik unsurları kesinlik arz etmekle birlikte öngörülemezlik unsuru bakımından bir mutlaklıktan artık günümüz şartlarında söz edilemez.

Deprem kuşağında bulunan ve daha önce deprem meydana gelmiş bir bölgede, tekrar deprem meydana gelmesi bilimsel açıdan da ihtimal dahilinde bulunmasından dolayı artık bu bölgede depremin gerçekleşmesinin öngörülemez nitelikte olduğu ileri sürülemez. Dolayısıyla, depremin meydana gelme ihtimalinin yüksek olduğu, bilimsel verilerin buna işaret ettiği, alanın uzmanlarınca uyarılarda bulunduğu durumlarda ilgili bölgelerde depremin mücbir sebep sayılma vasfı ortadan kalkacak olup, bu bölgelerde idarenin gerekli karar ve tedbir almayarak yükümlülüklerini ihlâl etmesi, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak veya azaltmayacaktır.

Bilhassa deprem kuşağındaki bölgeler için depremin mücbir sebep olarak kabul edilmemesi gerektiği doktrinde ve yargı kararlarında⁸² da dile getirilmekte-

⁸⁰ 15.05.1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun; İlk kez 1940 yılında yürürlüğe giren Deprem Yönetmeliği, bilimsel ve teknolojik gelişmeler, değişen ihtiyaçlar, mevcut binaların yetersizliği ve yaşanan tecrübeler ışığında dokuz kez yenilenmiş, 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği (RG, 18.03.2018, S. 30364 Mükerrer), yeni ve mevcut binaların deprem etkisi altında tasarımı, yapımı, değerlendirilmesi ve güçlendirilmesi için gerekli kuralları ve asgari koşulları belirlemiştir.

⁸¹ Özdemir, s. 6-7. Nitekim Danıştay 14. Dairesi, 2011 yılında Van'da meydana gelen depremlerde konutu ağır hasar gören ve sonrasında yıkılan davacının maddi ve manevi tazminat istemi haklı bulmuş ve bu kararda tazminat istemine konu yapının bulunduğu bölgenin çok riskli deprem kuşağında kaldığının önceden bilindiğine ve burada olacak depremin olası sonuçlarının öngörülebilmesine olanak sağlayacak düzeyde bilgi ve belgeler bulunduğuna göre, depremden doğabilecek zararların önlenmesi, en aza indirilmesi için gerekli yasal tedbirleri almayan, denetim ve kontrol görevlerini yerine getirmeyen, böylece zararın artmasına sebep olan idarenin bu tutum ve davranışının hizmet kusuru sayılabilecek bir idari eylem olduğuna hükmetmiştir (Dan. 14. D., 16.01.2019, E. 2017/456, K. 2019/113. Aynı yönde bu Dairenin 20.6.2018, E. 2018/1914, K. 2018/4775 kararı da mevcuttur, bkn. Sinerji İçtihat Prog).

⁸² İdari yargı yerleri başlangıçta depremi, doktrinle paralellik gösteren bir tarzda mücbir sebep olarak kabul etmiş, idarenin deprem dolayısıyla sorumlu tutulamayacağına hükmederken, müteakiben verdiği kararlarında ise depremden doğan zararların karşılanmasında idarenin sorumluluğunu

dir. Bu durum ise idarenin öngörebileceği veya öngörülmesi gereken depremler sonucunda ortaya çıkan zararların tazmini yükümlülüğünden artık mücbir sebep gerekçesine dayanmak suretiyle sorumlu tutulmaması anlayışı ve uygulamasının sona erdiğinin kabulünü gerektirir. Bu gibi durumlarda idarenin imar mevzuatı uyarınca gerekli tedbirleri almaması ve/veya denetimleri yapmaması halinde ortaya çıkan zarardan sorumluluğu da gerekir.

“Deprem, “önlenemez” ve “öngörülemez” olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığının yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru göz önünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğundan söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur⁸³”.

Bu kapsamda idarenin, deprem dolayısıyla oluşan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce kanuni idare ilkesi uyarınca yetki ve sorumlulukları kapsamında yer alan yetki ve yükümlülüklerini yerine getirmemesi, ihlal etmesi şarttır. Bu gibi durumlar idare hukuku anlamında kuşkusuz hizmet kusurunu oluşturacaktır. Dolayısıyla örnek kabilinden idarenin yerleşim yerlerinin deprem ve doğal afet bölgelerini göz önünde bulundurmamak suretiyle uygun alanları belirlemesi, planlanması, bu bölgelerin depreme dayanıklı bir şekilde yapılaşmanın sağlanması gerekir.

İdarenin deprem öncesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu faaliyetler söz konusudur. Ülkemizin deprem kuşağında yer aldığı bilimsel bir gerçek olduğu göz önüne alındığında deprem riski olan bölgelerde deprem riskini azaltma hatta ortadan kaldırma mümkündür. Bu anlamda idarenin deprem öncesinde deprem riskinin azaltılması ya da ortadan kaldırılması için yapması gereken faaliyetleri geç yapması, kötü yapması veya hiç yapmaması halinde idarenin hizmet kusuru ve dolayısıyla da idarenin sorumluluğunu doğurur⁸⁴. Örneğin fay hattı

yasal çerçevede ve maddi olayın verileri ile özellikleri açılarından tartışmakta ve idarenin sorumluluğunu buna göre belirlemektedir. Bkn. Özdemir, s. 7 vd.

⁸³ Dan. İDDK, 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108, Sinerji İçtihat Prog.

⁸⁴ “Deprem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bu davada, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce yapıldığı ve verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi, afete uğramış ve uğrayabilecek böl-

üzerinde veya depreme dayanaklı olmayan yerlerde, imar uygulaması yapılarak yerleşime açılması halinde idare sorumlu olur⁸⁵.

“Deprem nedeniyle idarenin sorumluluğuna ilişkin açılan bir davada, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, imar planları ve inşaat ruhsatlarının hangi idarelerce yapıldığı ve verildiği, yapıların imar açısından denetlenmesi, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilan edilip edilmediği, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarını, ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı kısacası idarenin üzerine düşen bütün görevleri yerine getirip getirmediği ayrı ayrı tespit edilmelidir. Depremi mücbir sebep olarak kabul edip, illiyet bağının kesilmesi sebebiyle idarenin sorumluluğunun ortadan kalktığını söylemek de doğru olmaz⁸⁶”.

geler ile yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgelerinin tespit ve ilân edilip edilmediği, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini, projelendirme esaslarını, ülkenin deprem haritalarını hazırlamak konusunda idarelerin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususları ayrı ayrı irdelenmeli ve idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı belirlenmeli ve bunun sonucuna göre; idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığı ortaya konulmalıdır. ... Mücbir sebep, sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olayı ifade eder. Bu sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararlar idari faaliyet arasındaki illiyet bağını kesen dış bir etken olarak doğal, toplumsal veya hukuki bir olaydan kaynaklanabilir. Sezilemezlik, karşı konulamazlık, kusursuzluk ve gerçeklik halleri mücbir sebebin ayırt edici öğelerini oluşturmaktadır. Deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin ‘olumsuz eyleminin’ bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağını kestiğini kabule olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, Mahkemece uğranıldığı ileri sürülen zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi sonucu bir karar verilmesi gerekirken depremin mücbir sebep kabul edilerek zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağının ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.” (Dan. 11. D., 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248, Sinerji İçtihat Prog.).

⁸⁵ Fransız hukukunda bahse konu tabii afetlere ilişkin bilgi edinme hakkından da söz edilmiştir. Nitekim Çevre Kanunu’nun L. 125-2 maddesine göre, “*Vatandaşlar, ülkenin belirli bölgelerinde maruz kaldıkları başlıca riskler ve kendilerini ilgilendiren koruma tedbirleri hakkında bilgi edinme hakkına sahiptir.*” Bu bilgilerin terimleri ve içeriği, Çevre Kanunu’nun R. 125-9 ve sonraki maddelerinde, bu kanunun “*büyük riskler hakkında bilgi edinme hakkı*” başlıklı bölümünde tanımlanmıştır. Ayrıca, Çevre Kanunu’nun L. 125-5 maddesi, belirli risk bölgelerinde bulunan gayrimenkullerin alıcılarına veya kiracılarına bilgi verilmesini öngörmektedir. Bu hüküm, bu amaçla valilikçe sağlanan bilgilere dayanarak, doğal ve teknolojik risklere ilişkin bir beyanın oluşturulmasını öngörmektedir (Jérôme Blanchetière, “Catastrophes naturelles et dommages de construction: Prévention, responsabilités et assurance”, <https://www.village-justice.com/articles/catastrophes-naturelles-dommages-construction-prevention-responsabilites,31382.html>).

⁸⁶ Ağâh Kürşat Karauz “*Depremden Doğan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu*”, Medenî Hukukçular Derneği Deprem Zararlarından Doğan Hukukî Sorumluluk Rehberi 2023, sh. 52 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefndmkaj/https://www.medenihukukcular.com/images/Deprem_Hukuk_Rehberi.pdf.

İkinci olarak kaçak yapılaşma, İmar Kanunu'na aykırılıkların belirlenmesi, yapı denetimlerinin usul ve mevzuatta belirlenen şekle uygun bir şekilde yapılması zorunludur. Tespit edilen mevzuata aykırı yapıların inşaatı devam ediyor ise inşaatın derhal durdurulması ve mümkün olan en kısa sürede yıkılması ve ilgililere gerekli cezai yaptırımların uygulanmasından hiçbir gerekçe ile kaçınılmaması şarttır.

Afetlerden ve dolayısıyla da depremden kaynaklanan idarenin sorumluluğu; idarenin deprem meydana gelmeden önceki, deprem öncesi görevlerini kapsayan “risk yönetimi aşamasındaki sorumluluğu”⁸⁷ ve idarenin deprem meydana geldikten sonraki, yani deprem sırası ve sonrasındaki görevlerini içine alan “kriz yönetimi aşamasındaki sorumluluğu” olmak üzere iki boyutu olan bir sorumluluk halidir.⁸⁸

Afet yönetimi; afetlerin meydana gelmesinin engellenmesi, meydana gelmesi halinde ise mevcut zararların en aza indirilmesi, afet sonrası oluşan durumlara çabuk ve etkili şekilde müdahale edilmesi, afetzedeler için daha güvenli ortam oluşturulması ve toplumun her kesiminin katılmasıyla birlikte verilen mücadeledir. Afet yönetiminde uygulanagelen aşamalar; afete anında müdahale, kurtarma, afet sonrasında ise iyileştirmedir. Ancak yaşanan afetler bu uygulamaların yetersizliğini göz önüne sermiş ve yalnızca afetten sonra değil, afetten önce de hazırlıklı olunması gerektiği anlaşılmıştır. Bu çerçevede ortaya çıkan modern afet yönetimi; geleneksel afet yönetiminin yanında teknolojik ilerlemelerle, verilerin analizini, koordinasyon ve iletişimden de faydalanılmasını içermektedir.⁸⁹ Afet yönetimi kapsamında idarenin meydana gelebilecek doğal afetler öncesinde kişilerin en az zararla kurtulabilmesi için gerekli teknik, yasal ve idari tüm önlemleri alma sorumluluğu mevzuatta ve yargı kararlarında net bir şekilde ortaya konulmuştur. Yine idarenin afet sürecinde haberleşme ve ulaşım imkânlarının tekrar sağlama, boşaltma ve tahliye, kişilerin hasarlı konutlardan uzaklaştırılması işlemlerini yürütmesi, geçici barınma alanlarını oluşturmak, kişilerin yiyecek,

⁸⁷ Danıştay “... Yapının deprem nedeniyle ağır hasar görerek yıkıldığı ve enkaz altında davacının eş ve iki çocuğunun kalarak vefat ettiği, davalı belediyece ara kararına verilen yanıtta davacının kiracı olarak oturmakta olduğu konutun bulunduğu binaya ilişkin işlem dosyasına rastlanılmadığının belirtildiğinin görüldüğü, binanın ruhsat almaksızın kaçak olarak yapıldığı, anılan idarece gerek yapının inşası aşamasında, gerek daha sonraki aşamalarda yapıya ilişkin olarak herhangi bir tespit ve denetim yapılmadığı, yıkılan binanın kaçak olarak inşa edilirken, hatalı malzeme ve işçilik kullanılması sonucu deprem sonrasında yıkıldığı kanaatine varıldığı, yasaların vermiş olduğu denetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeyen davalı belediyenin zararın meydana gelmesinde %100 oranında kusurlu olduğu” gerekçeleriyle davalı belediyece bozma istemiyle yapılan temyiz talebi yerinde görülerek ilk derece mahkemesi kararının onanmasına ve temyiz isteminin reddine karar vermiştir (Akt. Azimli Çilingir s. 167-168).

⁸⁸ Azimli Çilingir s. 167 vd.

⁸⁹ Gökalp/Çolakoğlu Kaplan, s. 117.

içecek, giyecek ihtiyaçlarını temin etmek, güvenlik tedbirlerini almak, zaman kaybetmeden hasar tespit çalışmalarını başlatmak, afet sonrasında meydana gelebilecek yangın, bulaşıcı hastalık, patlama gibi ikinci nitelikteki doğal afetleri önlemek görevleri bulunmaktadır. Kısacası idare, öncelikle doğal afeti önlemeli, sonrasında ise arama, kurtarma ve iyileştirme işlemlerini yerine getirmelidir⁹⁰.

Deprem sonrasında acil müdahale için, acil durum müdahale planının önceden oluşturulması, eksikliklerin varlığı halinde ivedilikle tamamlanması, etkili ve hızlı müdahale sürecinin ilgili birimler arasında koordinasyonun sağlanmak suretiyle yönetilmesi, acil durum müdahale planına uygun şekilde davranılması da gerekir. Keza deprem sonrası arama - kurtarma çalışmalarına en etkili ve süratli bir şekilde başlanması ve yaralı depremzedelerin tedavi süreçlerinin en hızlı şekilde yapılması bir başka gerekliliktir. Aynı şekilde depremzedelerin, barınma, beslenme vb. temel ihtiyaçların eksiksiz ve en hızlı şekilde sağlanması, can ve mal güvenliğinin sağlanması, depremden etkilenen kişilere hayatlarını normal bir şekilde idame ettirebilmek için gerekli maddi ve manevi desteğin sağlanması da öncelikli gereklilikler arasındadır⁹¹.

İdarenin bu ve benzeri her somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilecek yükümlülüklerini ihlâl etmesi, savsaması halinde idarenin kusuru söz konusu olacak ve idarenin tazmin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Günümüzde idarenin sorumluluğu kusur sorumluluğu bağlamında değerlendirilmektedir. Ancak pek çok modern ülkede sorumluluğun sigortalar vasıtasıyla dağıtılması yöntemine gidildiği anlaşılmaktadır. Söz konusu sigorta sistemlerinde hem devlet hem de özel sektörden faydalanılmakta ve zarar kapsamı sigortanın içeriğine göre karşılanmaktadır⁹². Ülkemiz açısından da benzer biçimde sigorta sisteminin gelişimi teşvik edilebilecektir. Zira sigorta şirketleri olası afet riskleri konusunda dikkatli davranarak büyük risk taşıyan yapıları sigortalamayacaktır. Bu ise bir yandan bireysel algı noktasında bilinçlenme etkisi doğurabilecek bir yandan da yapı sahibi ve müteahhitler tarafından daha titiz çalışılmasına vesile olabilecektir.

⁹⁰ Gökalp/Çolakoğlu Kaplan, s. 144.

⁹¹ Bkn. *Afet Yönetiminde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara 2014; E. Ayşe Erkan, *Afet Yönetiminde Risk Azaltma ve Türkiye’de Yaşanan Sorunlar*, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi, Ankara 2010; Abdullah Yılmaz, “Türkiye’de Afetlerde Karşılaşılan Sorunlar”, *Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 1 2012, ss. 61-81.

⁹² <https://www.svv.ch/fr/le-systeme-dengagements-conditionnels-en-cas-de-seisme-une-fausse-bonne-idee>.

SONUÇ

Türkiye jeolojik yapısı itibariyle deprem kuşağında yer alır ve ülkenin neredeyse tamamı aktif fay hattı üzerinde olduğu için geçmişte oldukça yıkıcı depremler yaşamış ve kuvvetle muhtemeldir ki gelecekte de şiddetli depremlere maruz kalacağı bilimsel verilerle sık sık dile getirilmektedir. Dolayısıyla yerleşim mahallerinin depreme karşı dayanıklı en elverişli yerlerden seçilmesi, inşa edilecek binaların yapım öncesi, yapım süreci ve sonrasında denetiminin hassasiyetle ve ciddiyetle yapılması, acil ve etkili müdahale planı vb. konularda idarenin her türlü karar ve önlemleri alması hukuki anlamda bir zorunluluktur. İdarenin karar ve önlem alma, deprem sonrasında süratli ve etkili müdahaleyi gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi durumlarda söz konusu alanlardaki kamu hizmetlerinin yürütülmesinde eksiklik söz konusu olacağından idarenin sorumluluğu doğacaktır.

Deprem kuşağında yer alan bir bölgede, deprem riski göz önünde bulundurularak, yerleşim alanlarının belirlenmesi, bu alanlarda yapılaşmaya ilişkin önlemlerin alınması, uygulanması; imar ve inşaatların yeterince denetlemesi, ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıların engellenmesi ve inşası tamamlanmış olanların yıktırılması; ülke çapında depreme dayanıklı çağdaş bir yapılaşmanın hukuken ve fiilen sağlanması devletin ve ilgili idari birimlerin yükümlülükleri ve sorumlulukları altındadır⁹³. Bu kapsamda yukarıda belirtilen yasal yükümlülük ve yetkilerin kullanılmaması veya yeterince yerine getirilmemesi durumunda, deprem nedenellik bağını kesen bir mücbir sebep olarak kabul edilemez⁹⁴.

Deprem kuşağında yer alan bir bölgede yürütülen faaliyetlerde idarenin depreme karşı hazırlıklı olması gerekir. İdarenin bu konuda gerekli çalışmaları ve denetimleri yapmayarak mücbir sebep bahanesine dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Ancak, bu ifadelerden idarenin, deprem bölgesinde yaşanan deprem olayı sonrası, meydana gelecek her türlü zararı karşılayacağı gibi bir anlamın da çıkarılması çok doğru bir yaklaşım olmaz. İdare, zararlar- dan teknik ve mali gücüyle sınırlı bir şekilde sorumlu olduğundan, sahip olduğu imkânlar çerçevesinde sorumlu olduğu zararları karşılayacaktır. İdarenin mevzuatın gereklerini yerine getirmek kaydıyla sorumluluktan kurtulması da mümkün olabilir. Mesela, deprem bölgelerinde binaların nasıl yapılacağı bir yönetmelikle belirlenmiş, yönetmeliğin uygulanmasından belediye ve mülki idare amirleri sorumludur. Kendi sorumluluk bölgelerinde yapılan binalarda, yönetmelikte

⁹³ Deprem dolayısıyla idarenin sorumluluğunun, genellikle imar hukukundan kaynaklanan planlama ve denetleme yetkilerini gereği gibi kullanmamasından kaynaklanmaktadır.

⁹⁴ Çelik Ahmet Çelik, "Devletin Depremlerden Dolayı Sorumluluk ve Yükümlülükleri", 24 Şubat 2023, <https://legal.com.tr/blog/genel/devletin-depremlerden-dolayi-sorumluluk-ve-yukumlulukleri/>.

öngörülen denetimleri eksiksiz yaptıkları takdirde anılan makamlar, olası depremlerde meydana gelebilecek zararlardan sorumlu tutulmayacaklardır. Bunun aksini düşünmek mümkün değildir. Zira idarenin görev, yetki ve sorumlulukları mevzuatta belirlenmiştir. İdare, ancak mevzuatta verilen görev ve yetkileri kullanabilir. İdarenin, mevzuatın gereklerini yerine getirdiği takdirde herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Deprem ve benzeri doğal afetler dolayısıyla zararların oluşmaması veya en az zararlarla bu tür süreçlerin atlatılması her şeyden önce kaliteli binalar inşa edilmesi, altyapı çalışmalarını mümkün olan en üst seviyeden gerçekleştirmesi ve meydana gelen deprem veya doğal afet sonrası daha koordineli bir şekilde acil yardım hizmetleri sunabilmesine bağlı olduğu, devletin ve ilgili idarelerin bu anlamda yasal düzenlemeleri biri biriyle uyumlu bir tarzda yapması, önlemler almada hassas davranması ve ihlal halinde gerekenleri icra etmesi bir zorunluluktur.

Deprem felaketinin idarenin sorumluluğu konusunda mücbir sebep olup olamayacağı hususunda öğretideki anlayışa koşut bir biçimde zaman zaman somut olayın niteliğine bağlı olarak farklı yaklaşımları söz konusu edilse de Danıştay kararlarında da mücbir sebep uygulamasının kapsamı zamanla daraltılmış ve hatta bazen de artık depremde idarenin sorumluluğu için mücbir sebep olarak nitelendirilemeyeceğine yönündeki içtihat netleşmiştir. Varılan bu noktanın başlıca sebebi (*gerekçesi*) olarak idarenin gücü (*imkânları ve araçları*) oranında sorumlu olması ilkesinin içtihatlarla yansıdığı ve gelişen teknoloji ve idarenin yükselen standardının mücbir sebep olarak kabul edilen olayların bir olayın “öngörülemezlik” ihtimalini azaltması gösterilmektedir⁹⁵. Danıştay bu anlamdaki kararlarında uyuşmazlık konusu olaylara hizmet kusuru anlayışı ve uygulamasından hareket etmektedir. Bir başka deyişle Yüksek Mahkeme teknolojinin gelişmesi, idarenin elindeki imkânların artmasını mücbir sebebin öngörülemezlik unsurunu ortadan kaldırdığına hükmetmektedir. Dolayısıyla bu durumda olayın mücbir sebep gibi nitelendirilmesini güçleştirdiği yönünde Danıştay içtihadı oluşturmuş ve geliştirmektedir. Bu durumda yani olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesi

⁹⁵ “Afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilân etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak Devletin görev, yetki ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır. Deprem olgusunun, doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi, hatta ortadan kaldırılması mümkündür. Başka bir anlatımla, depremin nerede, ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemezlikle birlikte, depremin yaratacağı olumsuz sonuçların öngörülebilir olduğu ve oluşacak zararların en aza indirilmesi için önceden önlem alınabileceği açıktır” (Dan. 10. D., 28.05.2007, E. 2005/9126, K. 2007/3069, Sinerji İçtihat Prog.).

zorlaştığında, idare beklenilmeyen hal ya da hizmet kusuru⁹⁶ nedenleri ile sorumlu tutulmaktadır. Netice itibarıyla idare teknik ve bilimsel alandaki gelişmelerden yararlanabilmesi ve bu duruma ayak uydurabilmesiyle ve mali imkânlarının güçlendiği, arttığı oranda mücbir sebep sayılabilecek olayları öngörebilmekte ve alacağı kararlarla ve getireceği tedbirlerle doğacak zararı azaltabilecektir. Bu da deprem sonucu idarenin sorumluluğunda mücbir sebep dolayısıyla sorumsuzluğuna ilişkin anlayışı zamanla zayıflatmış ve hatta bazı durumlarda da ortadan kaldırılması sonucu Danıştayın içtihatlarına da yansımıştır.

Deprem kuşağında yer alan ülkemizde doğal afetler ve deprem konularındaki mevzuat yeterli ölçüde olmakla birlikte bütünlük arz etmekten ötedir ve fakat pek çok ülkeden daha ileri bir seviyededir. Konuya ilişkin mevzuat ve düzenlemelerin tamamın gözden geçirilip ayıklama ve sadeleştirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır. Bu anlamda konuya ilişkin mevzuatın düzenlemeleri ve uygulama sürecinde yetkilerin net çizilmemesinden kaynaklanan bir koordinasyonsuzluk söz konusudur. Yine bahsi geçen mevzuat özellikle deprem sonrası aşamaya ilişkindir ve uygulama sürecinde idarenin yetkili personeli üzerinde yeterince denetim yapmamakta, rüşvet, görevi kötüye kullanma, kişisel çıkar gibi hukuki ve insani anlamda tasvibi mümkün olmayan olaylara sessiz kalınmakta, işlem ve eylemleri ile suç niteliği taşıyan davranışlara ilişkin soruşturma izni verilmemekte, suç duyurusunda bulunulmamaktadır. “Diğer bir deyişle Türkiye’de personel aleyhine dava açılabilmesi, yetkili ve sorumlu kişilerden hesap sorulabilmesi, doğal afetler sonrasında ders alınabilmesine, beklenenden daha çok zarar görülmesine sebep olmaktadır. Bunun yanı sıra, idarenin sorumluluğu değerlendirilirken, hizmet kusuru kavramı içerisinde özellikle kamu hizmetini yürüten idarenin sorumlu personelinin de kusurlu davranması sonucunda, kişisel kusur kavramı hizmet kusuru kavramından ayrı tutulmamaktadır. Ayrıca bu personelin cezai sorumluluğu nedeniyle gerekli yargılama da çoğu zaman maalesef yapılmamaktadır”⁹⁷.

⁹⁶ “Türkiye gibi birinci derecede deprem bölgesinde bulunan ve sık sık depremlerin olduğu ve gelecekte de olacağı bilinen bir ülkede, depreme dayanıklı, deprem koşullarına uygun bir bina olmadığı, deprem nedeniyle sadece bu hizmet kusurunun ağırlaştığı, dolayısıyla davalı idarenin meydana gelen zararı hizmet kusurunun bulunması nedeniyle tazmin etmesi gerekir” (Dan. 6. D., 19.03.2004, E. 2004/359, K. 2004/1691, Sinerji İçtihat Prog.).

“... 17.08.1999 tarihinde meydana gelen depremde oturdukları ev yıkılan, yakınlarını kaybeden davacılar, 1 inci derece deprem bölgesi olan yerin zeminin özelliklerine uygun yapılaşma şartları belirlenmeden imara açıldığını ve yıkılan eve yeterli araştırma ve inceleme yapılmaksızın inşaat ve iskan ruhsatı verildiğini, davalı idarelerin imara açılan yörede hiçbir önlem almayıp, hareketsiz kaldıklarını, üzerlerine düşen denetim görevlerini yerine getirmediğini, idarelerin üstlendikleri hizmeti kusurlu işlettiklerini, uğradıkları zararın mücbir sebep olan depremden değil, idarelerin hizmet kusurundan kaynaklandığını öne sürerek, maddi ve manevi zararlarının tazminini istemektedirler” (Dan. 6. D., 30.12.2006, E. 2006/931, K. 2006/6661, benzer yönde; Dan. 6. D., 12.04.2004, E. 2004/1477, K. 2004/2115 bkn Sinerji İçtihat Prog.).

⁹⁷ Gökalp/Çolakoğlu Kaplan, s. 153.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yü-kümlülükler, İnsan Hakları El Kitapları No: 7, Avrupa Konseyi, 2007.
- Akbulut Berrin, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler”, SÜHFD, C. 31, S. 2, 2023, ss. 569-628.
- Akyılmaz, Bahtiyar/ Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayıncılık 10. Baskı, Ankara 2024.
- Altunkaya Mehmet: “Deprem Zararlarında Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluk”, Medenî Hukukçular Derneği Deprem Zararlarından Doğan Hukukî Sorumluluk Rehberi 2023, sh. 6 [chrome-extension://efaidnbmnnnnbpcajpcglclefindmkaj/https://www.medenihukukcular.com/images/Deprem_Hukuk_Rehberi.pdf](https://www.medenihukukcular.com/images/Deprem_Hukuk_Rehberi.pdf)
- Aral Merça/Tunç Gökhan, “Türkiye’de Deprem Performansına Dayalı Bina Kimlik Bilgileri-nin Oluşturulmasına Yönelik Çalışma ve Öneriler”, Afet ve Risk Dergisi, 4 (1), ss. 20-41.
- Atay Ender Ethem, Hukuk Başlangıcı, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.
- Atay Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 10. B., Ankara 2024.
- Atay Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2024.
- Atay Ender Ethem, Odabaşı Hasan, Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumlulu-ğu ve Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- Atay Ender Ethem: “İdarenin Sorumluluğu” in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, ss. 1061-1098.
- Ateş Turan, Deprem Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2023.
- Azimli Çilingir Gülcan, Türkiye’de Afet Yönetimi ve İdarenin Sorumluluğu, Yayınlan-mamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019.
- Başaran İsmail, Akyüz Duygu, “Afet Yönetiminde Bir Sivil Toplum Kuruluşu: Türk Kızı-lay”, Journal of Civilization Studies Volume 7, Issue 1, ss. 76-91.
- Berberoğlu İbrahim, “Genel Hatlarıyla Devletin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin İlkeler”, Danıştay Dergisi, Yıl: 40, Sayı: 124, 2010, ss. 11-16.
- Bireysel Başvuru Seçme Kararlar (2012-2013), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015.
- Bucaktepe Adil, “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17-18, Sayı: 26, 27, 28, 29, Yıl: 2012-2013, ss. 93-122.
- Corneloup Me/ Delecheneau Jean-Yves, “Jurisprudence et responsabilités du maire en matière de risques majeurs”, <https://www.mementodumaire.net/responsabilites-du-maire-2/r6-jurisprudence-et-responsabilites-du-maire-en-matiere-de-risques-majeurs/>.
- Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2024.
- Çağlayan, Ramazan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Asil Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2007.

- Çelik Ahmet Çelik, “Devletin Depremlerden Dolayı Sorumluluk ve Yükümlülükleri”, 24 Şubat 2023, <https://legal.com.tr/blog/genel/devletin-depremlerden-dolayi-sorumluluk-ve-yukumlulukleri/>.
- Çolakoglu Melike, İdari Yargı Kararları Kapsamında Deprem Nedeniyle İdarenin Kusur Sorumluluğu, Adalet yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2023.
- Deniz Esra, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mücbir Sebep, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği Anabilim Dalı, İstanbul 2022.
- Deprem ve Hukuk, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2020.
- “Deprem Nedeniyle Oluşan Zararların İdari Yargıda Tazmini”, <https://or.av.tr/deprem-nedeniyle-olusan-zararlarin-idari-yargida-tazmini/>.
- Descamps, Marc Alain, *Catastrophe et responsabilité. Revue française de sociologie*, (1972), 13(3), 376-391.
- Doğan Halil, “Afetlerde Kurum ve Kuruluşlar”, Özüçelik DN, editör. Afetlerde Acil Tıp Hizmetleri. 1. Baskı. Ankara: Türkiye Klinikleri; 2019. sh. 83-88; Türkiye’de Afet Mevzuatı ve Afetlerle İlişkili Kurumlar, chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcg-lclefindmkaj/https://www.ktu.edu.tr/dosyalar/afettibbi_0f8f8.pdf.
- Erkan E. Ayşe, Afet Yönetiminde Risk Azaltma ve Türkiye’de Yaşanan Sorunlar, Ankara 2010, Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanlık Tezi.
- Evren Çınar Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2010, ss. 263-297.
- Gökalep Süheyla Suzan/ Çolakoglu Melike, “Afet Yönetimi; Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 1, 2025, ss. 111-157.
- Gözler, Kemal; Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin yayınevi, Güncelleştirilmiş 25. Baskı, Bursa 2023.
- Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut; İdare Hukuku, Cilt I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ankara 2019.
- Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Hasquenoph, Isabelle, L'évolution des fonctions de la responsabilité administrative en matière environnementale. *Revue du droit public*, (2020), Juillet (4), 943-964.
- İşçi Coşkun, “Deprem Nedir ve Nasıl Korunuruz?”, Journal of Yasar University, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 3/9 (Haziran 2008), ss. 959-983.
- Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Yeniden İmar ve Gelişme Raporu, Cumhurbaşkanlığı Strateji Ofisi, Ankara 2024.
- Kalabalık Halil, İdare Hukuku Dersleri, C. II, Seçkin Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2024.
- Karahisar Tüba, “Olası Bir Depremde Koordinasyonun Sağlanması ve Sosyal Medyanın Rolü”, Beykoz Akademi Dergisi, 2016; 4(2), ss. 43-64.

- Karauz Ağâh Kürşat: “Depremden Doğan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, Medenî Hukukçular Derneği Deprem Zararlarından Doğan Hukukî Sorumluluk Rehberi 2023, sh. 52 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.medenihukukcular.com/images/Deprem_Hukuk_Rehberi.pdf.
- Kutlu Meltem, “Deprem ve İdarenin Sorumluluğu”, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, S. 4, Aralık 1994.
- Mazılıgüney Levent, “Deprem Nedeniyle Hukuki Sorumluluklar-Sorunlar-Öneriler”, <https://denizli.imo.org.tr/Eklenti/8638,seminersunumpdf.pdf?0>.
- Moderne Franck, “Responsabilité de l’État et des communes en cas de réalisation de risques naturels et technologiques majeurs. In: Droit et Ville, tome 21, 1986. XXe anniversaire de l’I.E.J.U.C. - Colloque sur les risques naturels et technologiques majeurs: aspects juridiques. 14-15 octobre 1985, Toulouse - Deuxième partie. ss. 155-202.
- Oğuz Arzu, “COVID 19, Mücbir Sebep ve Sözleşmelere Etkisi”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 15, S: 166 (Haziran 2020, ss. 1275-1285).
- Oğuz Habip, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, TAAD, Yıl: 7, Sayı: 28, Ekim 2016, ss. 273-286.
- Özdemir Halit Eyüp: “Türk Hukukunda İdarenin Deprem Dolayısıyla Sorumluluğu”, Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı 24-25 Mayıs 2021, İstanbul 2021, ss. 1-12.
- Pontier Jean-Marie, ‘Les collectivités territoriales et la prévention des risques, Extrait du Bulletin juridique des collectivités locales 2014 n° 11’: Revue générale du droit on line, 2015, numéro 22086), (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=22086).
- Rösler, Hannes, “Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemez Koşullar”, (Çev. Tülay Aydın Ünver), Journal of Istanbul University Law Faculty, C: 66, S: 1, (2010), ss. 353-364.
- Sarsıkoğlu Şenel, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, ss. 2389-2422.
- Saruhan, Haluk, “İdarî hukuk açısından depremde idarenin sorumluluğu”, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi (ASOS Journal), (2023), 11(147), 175-198.
- Şaşı Murat, Mülkiyet Hakkı İhlallerinde İdarenin Hukuki Sorumluluğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Işığında, Yetkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2019.
- Türkiye’de Afet Yönetimi ve Doğa Kaynaklı Afet İstatistikleri Disaster Management and Natural Disaster Statistics in Turkey Kitapçığı, Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, 2018.
- Tüzüner Özlem/ Öz Kerem, “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2015 S. 3, ss. 423-470.
- Ulusoy, Ali D., “Depremden Dolayı Devlet Kurumlarının Mali Sorumluluğu”, <https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/depremden-dolayi-devlet-kurumlarinin-mali-sorumlulugu,38818>.

Yıldız Akgül Şerife: “Depremden Kaynaklanan Manevi Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, TBB Dergisi 2023 (167), ss. 133-176.

Yılmaz Abdullah, “Türkiye’de Afetlerde Karşılaşılan Sorunlar”, Manas Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 1, S. 1 2012, ss. 61-81.

Yılmaz Alper, Yargı Kararları Bağlamında Deprem ve Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2025.

https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise_contenus/etudes-annuelles/ea2005-responsabilite-et-socialisation-du-risque.

Ücretsiz Sağlık Hizmetlerinde Sağlık Uygulama Tebliği'nin Rolü: Mevcut Durum, Sorunlar ve Potansiyel Çözümler^(*)

The Role of the Health Implementation Communique in the Provision of Free Healthcare Services: Current Status, Challenges, and Possible Solutions

Dr. Öğr. Üyesi Gülcan AZİMLİ ÇİLİNGİR^(**)

Öz:

İdarenin sağlık hizmetlerine yönelik sorumluluğu, hukuki, idari ve etik boyutlarıyla geniş bir alanı kapsar. Kamu hizmeti olarak sunulan sağlık hizmetlerinde, hizmetin kesintisiz, etkili ve hukuka uygun bir şekilde sunulması esastır. Ancak, hizmet sırasında yaşanan aksaklıklar veya zararlar, idarenin sorumluluğunu gündeme getirebilir. Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), Türkiye'deki sağlık hizmetlerinin sunumu ve finansmanında belirleyici bir rehberdir. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından yayımlanan bu tebliğ, sağlık hizmetlerinin kapsamını, geri ödeme koşullarını ve sağlık hizmet sunucularının uyması gereken kuralları düzenler. SUT, vatandaşların eşit ve hakkaniyetli bir şekilde sağlık hizmetlerine erişimini sağlamayı hedeflerken, idarenin bu süreçteki sorumluluğunu da netleştirir. SUT kapsamında sunulan sağlık hizmetlerinde, idarenin sorumluluğu çeşitli durumlarda ortaya çıkabilir. Bu durumlar, sağlık hizmetlerinin SUT standartlarına uygun şekilde sunulmaması, sağlık çalışanlarının yanlış teşhis veya tedavi uygulamaları veya SGK'nın SUT'a uygun olmayan geri ödeme uygulamaları ile vatandaşların mağduriyetine yol açan prosedür hataları olarak karşımıza çıkmaktadır. SUT'un sağlık hizmetlerinin sunumunda idarenin hukuki ve mali yükümlülüklerini açıkça düzenlemesi, vatandaşların sağlık haklarının korunması açısından önem taşır. Bu çalışmada, idarenin sağlık hizmetlerindeki sorumluluğu SUT çerçevesinde değerlendirilerek, Sağlık Uygulama Tebliği kapsamındaki ücretsiz sağlık hizmetleri ile uygulamada karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri ele alınarak bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Hukuk, Sağlık Hukuku, SUT, Sorumluluk, İdare.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 10.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 20.06.2025.

^(**) Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Van - Türkiye,
E-posta: gulcanazimli@gmail.com,
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3618-2104>.

Abstract:

The administration's responsibility in healthcare services covers a broad area with legal, administrative, and ethical dimensions. In public health services, it is essential that the service is provided continuously, effectively, and in accordance with the law. However, disruptions or damages during the provision of services may bring the administration's liability into question. The Health Implementation Communiqué (SUT) is a decisive guide in the provision and financing of healthcare services in Turkey. This communiqué, published by the Social Security Institution (SGK), regulates the scope of healthcare services, reimbursement conditions, and the rules that healthcare providers must comply with. While the SUT aims to ensure citizens' equal and fair access to healthcare services, it also clarifies the administration's responsibility in this process. The administration's responsibility may arise in various situations within the scope of services provided under the SUT. These situations include the failure to provide healthcare services in accordance with SUT standards, healthcare workers' incorrect diagnoses or treatment applications, or errors in procedures leading to citizens' grievances due to SGK's non-compliance with SUT in reimbursement practices. The clear regulation of the administration's legal and financial obligations in the provision of healthcare services under the SUT is crucial for the protection of citizens' healthcare rights. This study will evaluate the administration's responsibility in healthcare services within the framework of the SUT, addressing the free healthcare services under the Health Implementation Communiqué and the issues encountered in practice, along with proposed solutions.

Keywords:

Law, Health Law, SUT, Responsibility, Administration.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi, sağlığı insan onuruna yaraşır bir yaşamın temel unsurlarından biri olarak tanımlayarak evrensel bir insan hakkı statüsüne kavuşturmuştur. Bu maddeye göre; herkesin, kendisi ve ailesi için sağlıklı ve kaliteli bir yaşam sürdürebilmesi adına gerekli yaşam koşullarına sahip olma hakkı vardır. Bu hak; yeterli beslenme, barınma, giyim, tıbbi hizmetler ve temel sosyal destekleri kapsamakta, ayrıca işsizlik, hastalık, engellilik, dulluk, yaşlılık veya bireyin kontrolü dışında gelişen diğer durumlarda sosyal güvence sağlanmasını da içermektedir.

Bu bağlamda, Türkiye'de sağlık hakkının somutlaştırılması ve bireylerin sağlık hizmetlerine erişiminin düzenlenmesi açısından büyük önem taşıyan temel düzenlemelerden biri Sağlık Uygulama Tebliği, yani, (SUT)'tur. SUT, sağlık hizmetlerinin finansmanı, tedavi yöntemleri ve maliyetlerini belirleyerek bu hizmetlerin hem erişilebilirliğini hem de sürdürülebilirliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak, sağlık hizmetlerinin sunumu yalnızca düzenleyici çerçeve ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda bu hizmetlerin ifası sırasında oluşabilecek zararlardan doğan sorumlulukların da hukuken değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu idaresinin, herhangi bir eylem veya işleminden kaynaklanabilecek zararlar nedeniyle hukuki ve mali sorumluluğu bulunduğu, 1982 Anayasası başta olmak üzere çeşitli yasal düzenlemelerde açıkça belirtilmiştir. Özellikle kamu görevlilerinin, kamu sağlık tesisleri tarafından sunulan tıbbi müdahale, tedavi, bakım veya

diğer sağlık hizmetleri sırasında meydana gelen zararlardan şahsen sorumlu tutulup tutulamayacağı; Anayasa'nın 40., 125. ve 129. maddeleri ile Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi birlikte değerlendirilerek ortaya konulabilir.

1982 Anayasası'nın 125. maddesine göre, idare, eylem ve işlemleri nedeniyle oluşan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu hüküm, idarenin sorumluluğuna anayasal bir temel oluşturmakta ve kamu idaresinin mali yükümlülüklerini tanımlamaktadır. Anayasa'nın 40. maddesi ise, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri neticesinde kişilerin uğradığı zararların devlet tarafından karşılanması ve sonrasında bu zararın, kusuru bulunan kamu görevlisine rücu edilmesini öngörmektedir.

Bu çalışmada öncelikle sağlık hakkı kavramı teorik temelleriyle ele alınacak, ardından Türkiye'de sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi ve sunumu bağlamında Sağlık Uygulama Tebliği'nin işlevi değerlendirilecektir. Son bölümde ise, kamu hizmeti niteliği taşıyan sağlık hizmetlerinin ifası sırasında, özellikle SUT kapsamında ortaya çıkan zararların kamu idaresi tarafından hangi usul ve şartlarda karşılanması gerektiği incelenecek ve bu durum uluslararası hukukla karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

I. SAĞLIK HAKKI VE TANIMI

DSÖ, sağlığı yalnızca hastalık veya engelliliğin olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali olarak tanımlar¹. Bu anlayış, Türk Hukuku'nda ve uluslararası belgelerde de benimsenmiş olup, sağlık hakkı insanın doğasında var olan temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Sağlık hakkı, Anayasamızdaki sınıflandırma göz önüne alındığında ikinci kuşak haklar kategorisinde yer almaktadır. Bilindiği üzere, ikinci kuşak haklar devletin sosyal sorumluluklarını ifade etmektedir. Sağlık hakkının da içerisinde olduğu, ikinci kuşak hakların çoğunluğu devlete bir hizmet sunma yükümlülüğü getirmektedir. Dolayısıyla devlet, kişinin sağlıklı olmasını ve sağlıklı kalmasını sağlamak için adımlar atmalıdır. Kişilerin sağlıklarını kaybettikten sonra bile adil, eşit ve erişilebilir sağlık hizmetlerine ve sağlık bakımına ulaşmalarını sağlamalıdır². Devlet, sağlık hakkının bir gereği olarak, bireyin sağlığını tehdit eden faktörleri ortadan kaldırmalı veya etkilerini en aza indirmelidir.

Anayasa'nın 5. maddesi, devletin esas amaç ve görevlerini; bağımsızlık, bütünlük, cumhuriyet ve demokrasinin korunması, birey ve toplumun refahının sağlanması, hak ve özgürlükleri kısıtlayan engellerin kaldırılması ve bireyin gelişi-

¹ World Health Organization: Constitution of the World Health Organization. World Health Organization, 1946, <https://www.who.int/about/governance/constitution>.

² Mahmut Kabakçı, "Sağlık Uygulama Tebliğinde Sağlık Hakkı", (Çalışma ve Toplum, Y. 2022, C. 3, S. 74, s. 1769-1795), s. 1781.

mi için gerekli koşulların oluşturulması olarak belirlemiştir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, devlet tarafından yürütülen sağlık hizmetlerinin kamu yararını gözettiği söylenebilir. Toplumsal yaşamı düzenleyen tüm kurallar dikkate alındığında, sağlık hizmetleri bireyin ve toplumun iyiliğini hedefleyen kamusal bir sorumluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet, kamusal hizmetleri üretmek ve yürütmekle yükümlüdür, bu süreçte de sorumluluk üstlenmektedir³.

Kamusal hizmetler geniş bir alanı kapsar⁴. Onar, devlet veya kamu tüzel kişileri tarafından genel ihtiyaçları karşılamak için sunulan sürekli ve düzenli faaliyetler olarak kamu hizmetini tanımlar⁵. Karahanoğulları ise, devletin siyasal alandan bağımsız olarak üstlendiği ve kamusal alana dahil edilen faaliyetler olarak ifade eder⁶. Bu çerçevede, kamu hizmetinin temel unsurlarını barındırması nedeniyle sağlık hizmetlerinin de bir kamu hizmeti olduğu sonucuna varılabilir. Sağlık hizmetleri, devlet tarafından sunulan kamusal hizmetlerden biri olup, idarenin bu alandaki görev ve yükümlülükleri de giderek artmakta ve ağırlaşmaktadır. Dolayısıyla, devletin sağlık hizmetlerini sunma sorumluluğu, bu görevlerin kapsamı ve niteliğiyle orantılı ve bağlantılıdır. Anayasa Mahkemesi, sağlık hizmetlerini toplumsal yaşamın temel gereksinimlerinden biri olarak değerlendirerek, bu hizmetlerin düzenli ve sürekli olmasının gerektiğine karar vermektedir. AYM, kamu hizmetlerini, devlet ve kamu tüzel kişileri veya bunların denetimindeki kuruluşlar tarafından yürütülen faaliyetler olarak tanımlar⁷. Ayrıca Mahkeme, kararlarında kamu kurumları tarafından gerçekleştirilen bu faaliyetleri, toplumun ihtiyaçlarına cevap vermek ve kamusal menfaatinin gözetmek amacıyla devamlı ve nizamlı bir şekilde yürütülen işler olarak kabul etmektedir⁸.

Danıştay 10. Dairesi, idarenin kamu hizmetlerini düzenli yürütmek için gerekli örgütlenmeyi sağlaması gerektiğini vurgulamış, hizmetin yetersiz işlemesi sonucu oluşan zararlar için idarenin hizmet kusuru nedeniyle tazmin yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir⁹.

³ Kızılyel, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Yüksek lisans tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006, s. 19.

⁴ Gözde Dağlı, "Danıştay Kararları Işığında Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları", (Danıştay Dergisi, Y. 2022, S. 154, s. 123-196), s. 124.

⁵ Sıddık, Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. Baskı, İstanbul 1966, Hak Kitabevi, s. 13.

⁶ Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 65.

⁷ Çiğdem Sever, "Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözülme ve Anayasa'nın 128. maddesinin I. Fıkrası", (Ankara Barosu Dergisi, Y. 2024, S. 3, s. 247-268), s. 256.

⁸ AYM, E. 114, K. 8, T. 22.11.2007; AYM, E. 10, K. 63, T. 21.2.2008; AYM, E. 2, K. 13, 13.1.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁹ DİDDGK, E. 1657, K. 3421, T. 3.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

II. SAĞLIK UYGULAMA TEBLİĞİ (SUT) VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sut'un Hukuki Niteliği, Amacı ve Kapsamı

Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), Türkiye'de sosyal güvenlik sisteminin temel uygulama araçlarından biridir. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından çıkarılan bu düzenleme, sağlık hizmetlerinin sunumu ve finansmanı açısından belirleyici kuralları içermektedir. Bu bağlamda, SUT'un idare hukuku ve özellikle teknik idare hukuku açısından hukuki niteliğinin belirlenmesi önem arz eder. Sağlık Uygulama Tebliği, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na dayalı olarak çıkarılan ikincil bir mevzuat niteliğindedir. Bu yönüyle SUT, doğrudan kanunla öngörülen bir düzenleyici idari işlemdir. SUT, SGK tarafından hazırlanmakta ve Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmektedir. Her ne kadar "tebliğ" adını taşısa da, içerdiği hükümler açısından genel, soyut, düzenleyici ve ileriye dönük kuralları barındırdığından, klasik anlamda bir tebliğden ziyade bağlayıcı bir düzenleyici işlem niteliği taşır.

Teknik idare hukuku, klasik idare hukukunun ötesinde, kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin karmaşık, uzmanlık gerektiren teknik düzenlemeleri konu edinir. SUT da bu bağlamda değerlendirildiğinde:

- Sağlık hizmet sunucularının hangi sağlık hizmetlerini, hangi kuralları çerçevesinde sunacağını belirler,
- Geri ödeme kapsamındaki ilaç ve tıbbi malzemeleri listeler,
- Hizmet başına ödeme esaslarını ve istisnaları tanımlar.

Bu düzenlemeler, tıbbi, mali ve hukuki uzmanlığın bir arada gerektiği bir alanı işaret eder. Bu sebeple, SUT'un hazırlanması ve uygulanması sürecinde sadece hukukçular değil; sağlık ekonomistleri, doktorlar ve kamu maliyesi uzmanları da rol oynamaktadır. Dolayısıyla SUT, teknik idare hukuku kapsamında değerlendirildiğinde multidisipliner bir düzenleyici işlem niteliğindedir.

Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), ülkemizde sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi ve sunulması açısından büyük önem taşımaktadır. Sağlık hizmetlerinin finansmanı, tedavi yöntemleri ve sağlık harcamalarının kontrol altına alınması bu tebliğ ile yürütülür. SUT, hem sağlık hizmeti sunucularını hem de yararlanıcılarını ilgilendiren detaylı hükümler içerir. Bu bağlamda, tedavi giderlerinin karşılanması, ilaç ve tıbbi malzeme ödemeleri gibi kritik konular düzenlenmiştir. Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), sosyal güvenlik sistemine tabi kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanma esaslarını düzenleyen bir idari düzenleme aracıdır. SUT, temel olarak Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından çıkarılan ve kamu sağlık harcamalarının finansmanına yönelik kuralları belirleyen bir tebliğ olarak

karşımıza çıkmaktadır. İdarenin düzenleme yetkisi, 1982 Anayasası'ndan kaynaklanmaktadır¹⁰. Bu yetki çerçevesinde idare, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve yönetmeliklerin yanı sıra farklı adlar altında da düzenleyici işlemler yapabilmektedir. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla, kanunun sınırlarını aşmamak ve ona uygun olmak kaydıyla, idare belirli kurallar koyabilir. Bu bağlamda, idarenin düzenleyici işlemleri; genel, soyut, sürekli ve kişiye özgü olmayan nitelikte olup, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla yapılan hukuki düzenlemeler olarak tanımlanır¹¹.

Anayasa, idarenin düzenleyici işlemlerinin bir kısmını açıkça belirtmiştir. İdarenin düzenleyici işlemleri, Anayasada sayılanlarla sınırlı değildir¹². 1982 Anayasası'nda açıkça yer almasa bile, idare farklı isimler altında düzenleyici işlemler gerçekleştirebilecektir. Hangi isimle yapılsa yapılsın, idarenin gerçekleştirdiği bu düzenleyici işlemlerin tamamı idari işlem niteliğinde olduğundan, idari yargı denetimi kapsamındadır. SUT; talimat, genelge, yönerge, sirküler, tebliğ, genel emir, duyuru, ilan ve karar gibi farklı adlarla anılan idarenin adsız düzenleyici işlemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarenin genel düzenleyici işlem yapma yetkisine dair anayasal temel, Anayasa'nın 124. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, idareye belirli sınırlar içinde düzenleyici işlem yapma imkânı tanımaktadır. Buna göre idare, kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla ve kanunlara aykırı olmamak şartıyla genel ve soyut nitelikte kurallar koyabilmektedir. Anayasa md.124, idarenin çıkaracağı yönetmeliklerin amacını ve sınırını çizerek, yürütmenin düzenleme yetkisinin tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğunu ortaya koyar¹³.

Anayasa'nın 124. maddesine ek olarak, 1982 Anayasası'nda idarenin düzenleyici işlemlerine dair başka hükümler de mevcuttu. Örneğin, yürürlükten kaldırılmış olan 115. madde, Bakanlar Kurulu'nun kanunların uygulanmasını göstermek üzere tüzük çıkarabileceğini öngörüyordu. 2017 yılındaki Anayasa değişiklikleriyle parlamenter sistemden cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilirken, yürütmenin düzenleyici işlemler rejiminde de değişiklikler yapılmıştır. Başbakanlık makamının kaldırılmasıyla Anayasa md.124'te yapılan uyum değişiklikleri neticesinde, artık cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri

¹⁰ Harun Yılmaz, "Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği", (TBB Dergisi, Y. 2014, S. 110, s. 219-240), s. 235.

¹¹ F. Ebru Gündüz, "Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 11, S. 1, s. 753-776), s. 771.

¹² Muhammed Göçgün, "2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası 1982 Anayasası'nda Yetki ve Görev Olarak Yürütme", (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 12, S. 1, s. 91-129), s. 121.

¹³ Yılmaz, s. 236.

yönetmelik çıkarma yetkisini haizdir. Ayrıca, Cumhurbaşkanına belli konularda doğrudan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yeni tür düzenleyici işlemler (örneğin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri) dahi Anayasa'nın çizdiği sınırlar dışına çıkamaz; yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereği, Anayasa'da açıkça öngörülen istisnalar haricinde, yürütmenin düzenleme yetkisi genel kural olarak sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı niteliktedir¹⁴.

SUT, bağlayıcı bir düzenleyici idari işlemdir. Anayasa'nın 124. maddesi gereğince idare; görev alanlarına ilişkin kanun ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine uygun olarak yönetmelik ve bunların uygulanmasını sağlamak üzere tebliğ gibi alt düzenlemeler yapabilirler. Tebliğler, normlar hiyerarşisi içinde kanun ve yönetmeliklerin uygulamasını düzenleyen ve detaylandıran bağlayıcı hukuk kuralları arasında yer alır. SUT, dayanağını 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile bu kanuna doğrultusunda çıkarılan Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu kararlarından alır. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisi açısından yasal bir dayanağa sahiptir ve hukuki olarak bağlayıcı ve uygulanması zorunlu bir metindir. SUT, Türkiye'de sağlık hizmetlerinin finansmanı, standardizasyonu ve denetimi açısından kritik bir rol üstlenmektedir. Hukuki açıdan değerlendirildiğinde, SUT bağlayıcı bir düzenleyici işlem olup, idare hukuku ve teknik idare hukuku çerçevesinde normatif ve işlevsel bir araç olarak kabul edilmelidir. Özellikle sağlık hizmetlerinin kamu finansmanına konu olduğu bir sistemde, SUT gibi düzenlemeler hem hukuki denetim hem de kamu hizmeti sunumu açısından merkezi bir öneme sahiptir.

SUT, idari işlemler arasında yer aldığı için idari yargı denetimine tabidir¹⁵. Danıştay ve idare mahkemeleri, SUT'un hukuka uygunluğunu denetleyebilir. Eğer SUT'un herhangi bir maddesi, yasal dayanağı olmayan veya hukuka aykırı bir düzenleme getirmektedirse, yargı yoluyla iptal edilebilir. Ayrıca, SUT kapsamında sunulan sağlık hizmetleriyle ilgili olarak hak kaybı yaşayan bireyler veya sağlık hizmeti sunucuları, idari dava yoluna başvurarak haklarını arayabilirler. Sonuç olarak, SUT idari düzenleyici işlem niteliğinde olan, SGK tarafından çıkarılan ve sağlık hizmetlerinin finansman esaslarını belirleyen bağlayıcı bir hukuki metindir. Hukuka aykırılık durumunda idari yargı denetimine tabi olup, bireyler ve sağlık hizmet sunucuları için hukuki etkileri olan bir düzenlemedir. SUT hükümleri, özel kişilerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyebilir. Örneğin,

¹⁴ Sümeyra Özgen, "İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı, Anayasa Mahkemesi Tarafından Belirlenen Ölçütler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ", (Danıştay Dergisi, Y. 2022, S. 154, s. 197-253), s. 200; K. Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 50.

¹⁵ Ragıp, Sarıca, "Türkiye'de İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti", İstanbul, 1943, s. 317; Gündüz, s. 754.

bir ilacın veya tedavinin SUT kapsamı dışına alınması, hastalar açısından mağduriyet yaratabilir. Bu gibi durumlarda, SUT hükümlerinin idari yargı denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim Danıştay kararlarında SUT'un idari işlem niteliğinde olduğu ve hukuka aykırılığının denetlenebileceği açıkça ifade edilmiştir¹⁶. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanan sağlık yardımlarına ilişkin usul ve esasları belirleyen Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), kapsamındaki kişilerin sağlıklı kalma, hastalık durumunda sağlıklarını yeniden kazanma ve iş kazası, meslek hastalığı, hastalık veya analık gibi durumlarda tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinden faydalanmalarını sağlamayı amaçlayan bir düzenlemedir. Ayrıca, iş göremezlik hallerinin önlenmesi veya azaltılması, sağlık hizmetleri, yol, gündelik ve refakatçi giderlerinin karşılanması ile bu hizmetlere ilişkin Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nca belirlenen ve Kurum tarafından ödenecek bedellerin duyurulmasını kapsamaktadır. Bu amaç, Tebliğ'in 1. maddesinde düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuatlar kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanan kişileri kapsayan SUT, 5502 ve 5510 sayılı Kanun ile Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği doğrultusunda hazırlanmıştır. Bireylerin sağlık hizmetlerine erişiminden bu hizmetlerin sunumuna kadar geniş bir alanı kapsayan sağlık hukukunun konuları arasında; sağlık hizmetlerinin standartlara uygun bir şekilde sunulması, bireylerin sağlık hakkının korunması ve tıbbi hataların önlenmesi gibi temel konular yer almaktadır¹⁷. SUT, bu amaçla sağlık hukukunun uygulanabilirliğini sağlama yolunda bir kılavuz görevi görür.

B. Sut Kapsamında İlave Ücret Alınmayacak Sağlık Hizmetleriyle İlgili Yasal Çerçeve ve Yargı Kararları

1. Sut Kapsamında İlave Ücret Alınmayacak Sağlık Hizmetleriyle İlgili Yasal Çerçeve

Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), Türkiye'de sağlık hizmetlerinin finansmanı ve uygulanmasına dair kuralları belirleyen bir düzenlemedir. Bu tebliğ, hangi sağlık hizmetlerinden ilave ücret alınmayacağını da net bir şekilde tanımlar. SUT'a göre, aşağıdaki hizmetler için hastalardan ilave ücret talep edilemez:

- **Acil durumlarda sunulan sağlık hizmetleri:** Acil servislerde verilen ve SUT eki EK-2/B Listesi'nde yer alan 520.021 kod numaralı "Yeşil alan muayenesi" hariç olmak üzere, acil haller nedeniyle sunulan sağlık hizmetleri.
- **Yoğun bakım hizmetleri:** Yoğun bakım ünitelerinde verilen tüm sağlık hizmetleri.

¹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 2015/1234 E., 2016/5678 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷ Kabakçı, s. 1780.

- **Yanık tedavisi hizmetleri:** Yanık ünitesi veya merkezlerinde uygulanan tedaviler.
- **Kanser tedavileri:** Radyoterapi, kemoterapi ve radyoizotop tedavileri gibi kanserle ilgili tedavi süreçleri.
- **Yenidoğan sağlık hizmetleri:** Yeni doğan bebeklere yönelik sunulan tüm sağlık hizmetleri.
- **Organ, doku ve kök hücre nakilleri:** Bu tür nakil işlemleri ve ilgili tedaviler.
- **Doğumsal anomaliler için yapılan cerrahi işlemler:** Doğuştan gelen anomalilerin düzeltilmesine yönelik cerrahi müdahaleler.
- **Hemodiyaliz tedavileri:** Böbrek yetmezliği gibi durumlarda uygulanan diyaliz işlemleri.
- **Kardiyovasküler cerrahi işlemler:** Kalp ve damar cerrahisi ile ilgili operasyonlar (istisnai sağlık hizmetlerinde belirtilen işlemler hariç).
- **İşitsel implant işlemleri:** SUT eki EK-2/B ve EK-2/C Listesi'nde belirtilen işitsel implant uygulamaları.
- **Pandemi süresince pandemi olgularının tanı ve tedavileri:** Pandemi dönemlerinde ilgili hastalıkların tanı ve tedavi süreçleri. Acil durumlar, hastanın hayati tehlikesinin bulunduğu, acil tıbbi müdahale gerektiren durumları kapsar. SUT'a göre, acil servislere başvuran hastalardan herhangi bir ilave ücret talep edilmesi yasaktır. Bu kural, kamu ve özel hastanelerde eşit şekilde uygulanmaktadır. Acil durum kapsamına giren başlıca haller şunlardır:
 - Trafik kazaları
 - Kalp krizi, felç gibi ani gelişen hayati tehlike oluşturan hastalıklar
 - Solunum yetmezliği
 - Yoğun kanama, yanık veya şok durumları

Bu gibi durumlarda hastaneye başvuran hastalar, ilave ücret ödmeden tedavi edilmek zorundadır. Kanser tedavisinde, kanser hastalarının tedavi süreci uzun, masraflı ve yoğun bir bakım gerektirebilir. SUT kapsamında, kanser tanısı alan hastaların kemoterapi, radyoterapi ve diğer onkolojik tedavi hizmetleri, ilave ücret alınmaksızın sunulmak zorundadır. Şu hizmetler kapsamında ücretsizdir:

- Kemoterapi ve radyoterapi
- Kanser ameliyatları
- Kanser tedavisinde kullanılan ilaç ve tıbbi cihazlar

Kanser hastalarının mali yüklenme altına girmesinin önlenmesi amacıyla bu düzenleme, hastaların tedaviye erişimini kolaylaştırmayı hedeflemektedir.

Kardiyovasküler cerrahi uygulamalarında, kardiyovasküler cerrahi uygulamaları, kalp ve damar hastalıklarının tedavisinde hayati öneme sahip işlemlerdir. SUT düzenlemeleri kapsamında, kalp ameliyatları ve diğer kritik kardiyovasküler cerrahi işlemler için hastalardan ilave ücret alınmaması zorunludur. Ücretsiz sunulan başlıca hizmetler şunlardır:

- Açık kalp ameliyatları (bypass, kapak değişimi vb.)
- Anjiyografi ve stent uygulamaları
- Kalp yetmezliği tedavisine yönelik cerrahi işlemler
- Büyük damar cerrahisi işlemleri

Bu düzenleme, kalp hastalarının ekonomik engellerle karşılaşmadan gerekli tedaviyi alabilmelerini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Yoğun bakım hizmetlerinde ise, yoğun bakım üniteleri, kritik hastaların takip ve tedavi edildiği, hayati önem taşıyan birimlerdir. SUT'a göre, yoğun bakım hizmetlerinden yararlanan hastalardan ilave ücret talep edilmesi yasaktır. Bu kapsamdaki ücretsiz hizmetler şunlardır:

- Yoğun bakım yatak hizmetleri
- Solunum desteği
- Monitörizasyon ve ileri düzey tıbbi gözetim
- Enfeksiyon kontrol ve tedavi hizmetleri

Bu düzenleme, hastaların hayatını kurtarmaya yönelik olan yoğun bakım hizmetlerinden maddi engeller olmaksızın yararlanmalarını sağlamaktadır. Bu hizmetler, hastaların maddi yükünü hafifletmek amacıyla ilave ücrete tabi tutulmamaktadır. Ancak; bazı durumlarda ve belirli sağlık hizmeti sunucularında istisnalar olabileceğini unutmamak gerekir. Özellikle öğretim üyesi tarafından verilen bazı hizmetlerde ilave ücret alınabileceği belirtilmiştir. SUT'a göre, kurum ile sözleşmeli vakıf üniversiteleri, ikinci ve üçüncü basamak özel sağlık hizmeti sunucuları, belirlenen üst sınırı aşmamak şartıyla hastalardan ek ücret talep edebilir. Bu kapsamda, özel hastaneler ve vakıf üniversite hastaneleri ile tıp merkezleri, SGK tarafından karşılanan sağlık hizmeti bedelinin en fazla yüzde 200'ü (iki katı) oranında hastalardan veya yakınlarından fark ücreti alabilmektedir. Ancak, SUT bu uygulamaya bazı istisnalar getirmiştir¹⁸. Tebliğin 1.9.2 numaralı maddesinde ilave ücret alınmayacak kişiler, 1.9.3 numaralı maddesinde ise ilave ücret alınmayacak sağlık hizmetleri açıkça belirtilmiştir. Bu doğrultuda, ilgili sağlık hizmet sunucuları, SUT'ta belirlenen bazı sağlık hizmetleri için hastalardan fark ücreti talep edemez.

¹⁸ Kabakçı, s. 1777; Sever, Kanser Tedavisi, s. 120.

SUT ve sağlık hukuku arasındaki ilişki, düzenleyici ve yürütücü mekanizmaların birbiriyle uyumunu gerektirir. Sağlık hukuku, SUT'un içeriğini ve uygulama şeklini belirleyen hukuki çerçeveyi sağlar. Örneğin, hastaların hakları, sağlık hizmeti sunucularının sorumlulukları ve sağlık hizmetlerinin kalitesi, bu iki alandaki düzenlemelerle güvence altına alınır. SUT, sağlık hizmetlerinin hukuki standartlara uygun olarak düzenlenmesi ve denetlenmesi görevini üstlenir. SUT'un uygulanmasında çeşitli zorluklar yaşanabilir. Bunların başında, sağlık hizmeti sunucularının tebliğe uyum sağlamada karşılaştıkları bürokratik engeller gelir. Ayrıca, tıbbi malzeme ve ilaç ödemelerinde yaşanan gecikmeler, sağlık kurumlarının finansal yükünü artırabilir. Sağlık hukukunun yaptırım gücünün etkinliği, bu sorunların çözümünde önemli bir rol oynar. Sağlık hizmetlerini kaliteli ve eşit bir biçimde sunulması, sağlık hukuku ve SUT'un birlikte işleyişine bağlıdır.

Sağlık hizmetlerine erişim, sosyal devlet anlayışının en önemli unsurlarından biridir. Bu kapsamda, SGK tarafından belirlenen SUT, sunulan sağlık hizmetlerinin çerçevesini belirlemekte ve vatandaşların hangi durumlarda ilave ücret ödemeden tedavi görebileceğini açıklamaktadır. Özellikle acil durumlar, kanser tedavisi, kardiyovasküler cerrahi uygulamaları ve yoğun bakım gibi hayati önem taşıyan sağlık hizmetleri için ilave ücret alınmaması, hastaların mali yüklenmelerinin azaltılması amacıyla sağlanır.

2. SUT Kapsamında Örnek Yargı Kararları

a. Genel Olarak

1982 Anayasası madde 125/son, idarenin sorumluluğunu anayasal temele dayandıran temel kural olup, genel olarak idarenin mali sorumluluğunu düzenlemektedir. Anayasa madde 40/2 ise, resmi görevlilerce gerçekleştirilen hukuka aykırı işlem ve eylemler nedeniyle zarar gören kişilerin, uğradıkları zararların kanun çerçevesinde devlet tarafından tazmin edileceğini hükme bağlamaktadır. Devletin, zararı tazmin etmesinin ardından, kusurlu kamu görevlisine rücu etme ve ödediği miktarı tahsil etme imkanı vardır. Bu rücu hakkının temel dayanağı, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir¹⁹. Anayasa'daki bu açık hüküm doğrultusunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesinde de idarenin rücu hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir²⁰. Anayasa'nın bu bağlamda öngördüğü hüküm çerçevesinde, rücu hakkı idare açısından bir yetki niteliğindedir. Bu düzenleme, kamu görevlisinin görevi nedeniyle işlediği kusurdan doğan tazminat yükünün tamamen devletin üzerinde kalmasını

¹⁹ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 923.

²⁰ Mustafa Avcı, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu", (Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 107-140), s. 135.

önlemeyi amaçlamaktadır. Anayasa ve ilgili kanunlarla kabul edilen mali sorumluluk sistemine göre, kamu görevlisi durumundaki doktorlar veya diğer sağlık personeli, yalnızca kişisel kusurlarından, yani hizmet dışı işledikleri kusurlardan dolayı mali sorumluluk taşır; bu gibi durumlarda idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz²¹.

Salt kişisel kusur, görevle ilgisi olmayan bireysel kusur veya kişisel sorumluluk gerektiren fiil olarak da ifade edilebilir. Kamu kurumları dışında veya görev kapsamı dışındaki eylemler, somut duruma göre kişisel kusur sayılabilir. Bu durumda, doktorlar ve sağlık çalışanları idari bir davranış içinde değilse veya kamu görevlisi statüsünde bulunmuyorsa, doğan zarardan tamamen kendileri sorumlu olur. Sağlık hizmetlerinde yalnızca personelin sorumluluğu değil aynı zamanda organizasyon sorumluluğu dediğimiz bir sorumluluk türü de karşımıza çıkmaktadır. Sağlık hizmetlerinde organizasyon kusuru, idarenin hizmet sunumu sırasında gerekli düzenlemeleri yapmaması ya da eksik yapmasından kaynaklanan sorunlar olarak tanımlanabilir. Organizasyon kusuru, idarenin hem doğrudan hem de dolaylı sorumluluğuna yol açabilir. Organizasyon kusuru, yalnızca tıbbi müdahalelerden değil, sağlık hizmetinin planlanması, yürütülmesi ve denetim süreçlerinden kaynaklanan aksaklıkları içerir²². Örneğin; eksik veya yetersiz personel istihdamı, gerekli tıbbi cihaz ve malzemelerin temin edilmemesi, hizmet içi eğitim eksiklikleri, hasta güvenliğini tehdit eden koşulların varlığı. Bu tür durumlarda sorumluluk, doğrudan idarenin organizasyon yapısından kaynaklandığı için idarenin mali sorumluluğu doğar. Danıştay kararlarında, hastanelerin sadece tıbbi müdahalelerin yapıldığı yerler olmadığı, aynı zamanda hastaların barınma, beslenme, güvenlik ve hijyen gibi ihtiyaçlarının karşılandığı kompleks tesisler olduğu vurgulanmıştır. Hastane yönetiminin, bu hizmetlerin aksamasından dolayı meydana gelebilecek zararlar için organizasyon kusuru nedeniyle sorumlu olduğu belirtilmiştir²³.

Örneğin, bir hastanın yataklı tedavi sırasında yangın veya deprem gibi tehditlere karşı korunmaması durumunda, organizasyon kusuru açıkça ortaya çıkar. Danıştay, bu tür durumlarda ispat yükünün idareye ait olduğunu ve idarenin sorumluluktan kurtulması için gerekli özeni gösterdiğini kanıtlaması gerektiğini belirtmektedir²⁴. Sağlık hizmetlerinde organizasyon kusuru genellikle kusur

²¹ Fatih Birtek, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu", (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 2, S. 3-4, s. 81-128), s. 92.

²² Atila Erkal, "Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu", SHD, Y. 2021, C. 9, S. 2, s. 235-271), s. 238.

²³ D. 10. D., E. 5069. K. 2347, T. 03.06.2024; Aynı yönde: D. 10. D., E. 4884, K. 5987, K. 2360, T. 27.05.2024; D. 10. D., E. 2056. K. 1589, T. 25.04.2024 vb. kararlar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası>.

²⁴ D. 10. D., E. 6278. K. 55, T. 06.02.2024, Danıştay Bilgi Bankası.

sorumluluğu kapsamında değerlendirilir. Ancak, bazı durumlarda kusursuz sorumluluk halleri de gündeme gelebilir. Örneğin, yüksek riskli tıbbi cihazların kullanımından kaynaklanan zararlar veya organizasyonel eksikliklerin neden olduğu sistemik hatalar, idarenin kusursuz sorumluluğunu doğurabilir. Hastane yönetimi, tıbbi teşhis ve tedavi hizmetleri dışında aşağıdaki yan yükümlülükleri de yerine getirmek zorundadır: Hasta haklarının korunması, aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü, hasta verilerinin güvenliği, sağlık çalışanlarının mesleki sorumluluklarının gözetimi. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, hastane yönetimi ve dolayısıyla idare, organizasyon kusuru nedeniyle hukuki sorumluluk altında kalır²⁵.

Organizasyon sorumluluğu, sağlık hizmetlerinin kurulması, düzenlenmesi ve teşkilatlanması süreçlerinde; bünyesinde görev yapan personelin niteliği, denetimi ve işbirliği; hizmet için tahsis edilen tesisler, araç ve gereçlerin yeterliliği, uygunluğu ve sorumlu kişiler tarafından kullanımı; sağlık personelinin hizmet sunumunda gerekli özeni göstermemesi, gerekli önlemleri almaması veya geç alması gibi durumlarda ortaya çıkabilecek aksaklık, eksiklik, bozukluk ve uygunsuzluk hallerinde söz konusu olmaktadır²⁶. Başka bir ifadeyle, idarenin ve sağlık personelinin, sağlık hizmetleri kapsamında olmak kaydıyla, tıbbi müdahale dışında kalan tüm faaliyetleri, sağlık hizmetlerinin kuruluşu ve işleyişi (organizasyon) çerçevesinde değerlendirilmektedir. Hastanede gerçekleştirilen tüm tıbbi müdahalelerden birinci derecede sorumlu olan mercii hastane yönetimidir²⁷. Ancak hastane yönetimi, yalnızca hastanın teşhis ve tedavisinden değil, aynı zamanda bir dizi ek yükümlülüğten de sorumludur. Bu kapsamda, hastanın bakımının sağlanması, aydınlatılması ve bilgilendirilmesi, sadakat ve özen yükümlülüğüne riayet edilmesi, tıbbi kayıtların tutulması, gizliliğin korunması ve hasta verilerinin güvenliğinin sağlanması gibi unsurlar yan yükümlülükler olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, belirli hizmetlerin dışarıdan temin edilmesi, hastane yönetiminin söz konusu hizmetlerdeki standart ihlallerinden doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Danıştay, hastane yönetiminin organizasyon sorumluluğunu, sağlık hizmetleriyle doğrudan ilişkili tüm faaliyetlerin eksiksiz yerine getirilmesi gerektiği şeklinde çerçevelemiştir. Özellikle yatılı hastaların yangın, deprem, silahlı saldırı gibi tehditlere karşı güvenliğini sağlamak, hastane yönetiminin temel sorumlu-

²⁵ İzzet Taşçı, "Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Tazmin Sorumluluğu", (Türk İdare Dergisi, Y. 2022, S. 494, s. 337-364), s. 344.

²⁶ Miraç Çelik, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kusursuz Sorumluluğu", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Ed.: Burak Öztürk vd., Ankara 2020, Atılım Üniversitesi Yayınları, s. 305-332, s. 328.

²⁷ Hasan Can, "Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Organizasyon Sorumluluğu", (TBB Dergisi, Y. 2022, S. 161, s. 183-224), s. 186.

lukları arasındadır²⁸. Bu çerçevede, eğer bir organizasyon kusuru tespit edilirse, hastanenin kusurlu olduğu yönünde bir karine kabul edilir. Dolayısıyla, bu durumda ispat yükü, hekim ve hastane üzerinde bulunmaktadır.

Sağlık hukukunda temel ilke kusur sorumluluğu olup, kusursuz sorumluluk her durumda uygulanamaz²⁹. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluk genellikle organizasyon sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde gündeme gelmektedir³⁰. Danıştay, tıbbi müdahalelere ilişkin hizmet sorumluluğunda genellikle kusur sorumluluğunu esas alma eğilimindedir. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun 3. maddesi, Özel Hastaneler Kanunu'nun 33. maddesi ve Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kararname'nin 2. maddesi kapsamında; Sağlık Bakanlığı, sağlık hizmetlerinin planlanması, koordinasyonu, işletilmesi ve denetlenmesinden sorumludur. Bu yetkiler, ilgili kanun ve kararnamelerle düzenlenmiştir. Sağlık hizmetlerinin planlanması, koordinasyonu, işletilmesi ve denetimi büyük ölçüde Sağlık Bakanlığı'nın yetki ve sorumluluğundadır.

b. SUT'a İlişkin Örnek Yargı Kararlarının Analizi

Özel hastanelerin haksız ilave ücret talep etmeleri durumunda, hastalar çeşitli hukuki yollara başvurarak haklarını arayabilirler. Bu kararlar, hastaların haklarını koruma ve özel hastanelerin mevzuata uygun hareket etmelerini sağlama açısından önemlidir. Bu konuda emsal teşkil eden bazı kararlara değinilecek olursa;

*Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı (2017/636 E., 2018/1762 K.)*³¹ sayılı kararında; bir hasta acil servisten giriş yaparak ameliyat olmuş ve sonrasında hastaneden (hastadan) yüksek miktarda ilave ücret talep edilmiştir. Hasta, bu ücretin mevzuata aykırı olduğunu belirterek iadesini talep etmiştir. Yargıtay, hastanın acil durum nedeniyle hastaneye başvurduğunu ve alınan ilave ücretin haksız olduğunu belirterek, ücretin iadesine karar vermiştir. Kararın analizini yapacak olursak; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), hastanın acil sağlık hizmeti kapsamında ameliyat olduğunu tespit etmiş ve bu nedenle hastaneden alınan ücretin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Bu karar kapsamında, hastanın acil durum nedeniyle başvurmuş olması, onun özel sağlık hizmetlerinden ücretli yararlandığı anlamına gelmez. İlave ücretin haksız olduğu ve iade edilmesi gerektiği sonucuna varan YHGK, acil sağlık hizmetleri kapsamında alınan ücretin hukuka

²⁸ D. 10. D., E. 6927 K. 2397, T. 04.06.2024. <http://www.danistay.gov.tr/Danistay Bilgi Bankası>.

²⁹ Çelik, s. 315.

³⁰ Abdullah Hızal/Serkan Çınarlı, "Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı", (İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 143-184), s. 147.

³¹ www.lib.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 01.02.2025.

aykırı olduğuna hükmederek, hastanın ödediği ücretin iadesine karar vermiştir. Bu karar, hasta haklarını güçlendiren ve özel hastanelerin acil hastalardan ücret talep etmesini engelleyen önemli bir içtihat niteliği taşımaktadır.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, SGK tarafından özel hastaneye uygulanan cezai şartın, hastalardan fazla ilave ücret alındığı gerekçesiyle uygulanmasının, her hastanın ödemesinin tek tek değerlendirilmeden yapılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, cezai şartın iptaline hükmetmiştir³². Danıştay 15. Dairesi ise, bir kararında özel ve vakıf üniversitelerine bağlı hastanelerin vatandaşlardan alabileceği ilave ücretin tavan oranını %90'dan %200'e çıkaran Bakanlar Kurulu kararının yürütmesinin durdurulması istemini oy çokluğuyla reddetmiştir. Mahkeme, düzenlemenin hukuka aykırılık taşımadığını ve telafisi güç zararların doğmayacağını belirterek yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir. Ancak, bir üye karşı oy kullanarak, ilave ücretin %200'e yükseltilmesinin somut ve hukuken kabul edilebilir bir nedeni olmadığını savunmuştur³³. Danıştay 15. Dairesi'nin 2018/3372 Esas numaralı kararında, 4 Şubat 2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Sağlık Uygulama Tebliği'nde yapılan değişiklikler incelenmiştir. Davada, özel hastanelerin ilave ücret uygulamalarının hasta mağduriyetine neden olduğu ve şeffaflığın azaldığı iddia edilmiştir. Mahkeme, düzenlemelerin hasta hakları ve şeffaflık açısından değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁴.

Bu ve bunun gibi karar örnekleri, özel hastanelerin ilave ücret uygulamalarının hukuki çerçevesini belirlemekte ve hastaların haklarını koruma amacı taşımaktadır. Ayrıca, özel hastanelerin mevzuata aykırı olarak ilave ücret talep etmeleri durumunda, hastaların hukuki yollara başvurarak haklarını arayabileceğini göstermektedir. İdarenin sorumluluğu açısından durum değerlendirmesi yapmak gerekirse; idarenin siyasi veya cezai sorumluluğu bulunmamakta, yalnızca mali sorumluluğu, bir diğer ifadeyle malvarlığı sorumluluğu söz konusu olmaktadır³⁵. Mali sorumluluğun temel amacı, meydana gelen zararın, bu zarara sebebiyet veren idarenin tüzel kişiliği tarafından karşılanmasıdır. Bu çerçevede, idarenin mali bütçesinden belirli bir ekonomik değerın zarar gören kişiye ödenmesi suretiyle, zararın tazmini sağlanır. Bu nedenle, zarar görenin alacağı maddi tazminat, doğrudan gerçekleşen zararın miktarı ile orantılıdır. İdari yargı mercileri de tazminat miktarını, hesaplanan gerçek zarar üzerinden belirler. Eğer zarara yol açan du-

³² Y. 3. H.D., 16.12.20121 tarih, E. 2021/2365, K. 20121/13085; Aynı yönde; Y. 3. H.D., 14.10.2021, E. 2021/4820, K. 2021/10109, www.lib.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 26.05.2025.

³³ D. 15. D., E. 2013/2912, K. 2015/7200, <http://www.danistay.gov.tr/Danistay/Bilgi/Bankasi>.

³⁴ D. 15. H.D., E. 2018/3372, K. 2021/3352, <http://www.danistay.gov.tr/Danistay/Bilgi/Bankasi>.

³⁵ Avci, s. 131.

rum, idarenin kusurundan kaynaklanıyorsa ya da idare, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği için zararı önleyememişse, kusurlu veya kusursuz sorumluluk esaslarına göre mali sorumluluk söz konusu olacaktır³⁶.

Bu kapsamda, hastaneler, yalnızca tıbbi müdahalelerin gerçekleştirildiği yerler değil, aynı zamanda hastaların bakım ihtiyaçlarını karşılayan ve çağın gerekliliklerine uygun şekilde bütüncül bir hizmet sunan tesislerdir³⁷. Bu bağlamda, hastanelerin özen ve sadakat borcu kapsamında, yalnızca tıbbi hizmetler sunmakla kalmayıp, hastaların beslenme, barınma, güvenlik, bulaşıcı hastalıklardan korunma ve acil durumlarda tahliye edilme gibi konularda da kapsamlı bir hizmet sağlaması gerekmektedir. Anayasa'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde yer alan 56. maddesi, "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddede, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi, hem Devletin hem de vatandaşların ortak sorumluluğundadır. Devlet, bireylerin beden ve ruh sağlığını güvence altına almak, insan ve madde kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak ve işbirliğini teşvik etmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet sunumunu düzenlemekle yükümlüdür. Bu görevini yerine getirirken, kamu ve özel sektördeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanabilir ve bunları denetleyebilir. Ayrıca, sağlık hizmetlerinin geniş çapta erişilebilir olmasını sağlamak amacıyla, kanunla genel sağlık sigortası kurulması öngörülebilir. Anayasa'nın 17. maddesi yaşam hakkına ilişkin hüküm ve 56. maddesinde ise sağlık hakkına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Yine sosyal hakların sınırı noktasında asıl tartışma konusu olan, devletin sosyal ve ekonomik alanlardaki görevlerini, öncelikleri ve mali kaynaklarının yeterliliği çerçevesinde bunları yerine getireceğini düzenleyen Anayasa'nın 65. maddesi de burada zikredilebilir³⁸. Bu düzenleme ile idarenin sorumluluğunun mali kaynaklarının elverdiği ölçüde belirlenebileceği vurgulanarak, yükümlülüklerin kapsamına bir sınır çizilmiştir. Madde metninde yer alan "öncelikleri gözeterek" ibaresindeki "öncelik" hiç şüphesiz ki yaşam hakkına ilişkindir. Yaşam hakkının söz konusu olduğu durumlarda yalnızca bir sosyal hakla karşı karşıya bulunmamaktayız. Hayati risk içeren durumlarda konunun hem Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında hem de Avrupa İnsan

³⁶ Gülcan, Azimli Çilingir, Türkiye'de afet yönetimi ve idarenin sorumluluğu, 1. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2023., s. 153.

³⁷ Can, s. 187.

³⁸ Ersöz, Kürşat, "Anayasa Mahkemesi'nin İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Bireysel Başvuruya Konu Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 457-478, s. 462; Sever, Kanser Tedavisi, s. 114.

Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında kısmen de olsa bu konuya da değine-
rek olayları ele aldığı görülmektedir³⁹.

AİHM, *Asiye Genç v. Türkiye* kararında, Asiye Genç'in 2005'de Gümüşhane'de sezaryen doğumla erken doğan bebeğinin, yoğun bakım ünitele-
rinde yer olmaması gerekçesiyle Gümüşhane ve Trabzon'daki hastanelerce kabul
edilmemesi sonucu, hastaneler arasında transfer edilmesi esnasında ambulansın
içinde hayatını kaybetmesini ve ölümüne dair yeterli bir soruşturma yürütülme-
mesini yaşam hakkı ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁰.

Yine, AİHM, *Aydoğdu/Türkiye*⁴¹ vb. davalarda sağlık hakkının ihlaline bağlı
olarak meydana gelen ölümleri yaşam hakkının ihlal edilmesi çerçevesinde ele
almaktadır. AİHM'ye göre, devletin sağlık hakkı kapsamındaki yükümlülükleri,
öncelikli olarak ihtiyacı olan bireyler için kamu veya özel tüm hastaneleri, hasta-
ların yaşamlarını korumak adına gerekli önlemleri almaya zorlayan düzenlemeler
yapmayı içermektedir. Ayrıca, devletin lüzum halinde sağlık durumuna uygun
bakımı temin etmek amacıyla yeterince personeli, teçhizatı ve diğer donanımlara
sahip bir sağlık kuruluşunda uygun tedaviye erişimi temin etmesi gerekmektedir⁴².

AİHM, sağlık hakkının ihlali nedeniyle meydana gelen ölümleri devletin
yaşam hakkı ihlaline yol açtığı gerekçesiyle mahkûm etmektedir. Asiye Genç
davası, devletin sağlık hizmetlerindeki eksikliklerden dolayı doğrudan sorumlu
tutulduğu bir içtihat olarak öne çıkmaktadır. Aydoğdu/Türkiye vb. davalar, sağlık
hizmetlerinin yaşam hakkını ihlal edecek şekilde eksik sunulmasının, devletin
pozitif yükümlülüklerine aykırı olduğunu göstermektedir. Devlet, kamu ve özel
hastaneleri kapsayacak şekilde acil sağlık hizmetlerine erişimi garanti etmeli, sağ-
lık sistemini yeterli seviyeye çıkarmalı ve ihmal durumunda etkili bir soruşturma
yürütmelidir. Bu kararlar, sağlık hizmetlerinin insan hakları bağlamında değeren-
dirildiğini ve sağlık hizmetlerine erişim eksikliğinin yaşam hakkı ihlaline neden
olabileceğini açıkça göstermektedir.

Sağlık hizmetinin idarece gereği gibi sunulmaması, geç veya eksik verilmesi
ya da hiç sunulmaması nedeniyle bireylerin zarar görmesi durumunda, idarenin

³⁹ Yirdem ve diğerleri/Türkiye, B. No: 72781/12, 4/9/2018, §46; Tülay Yıldız/Türkiye, B. No: 61772/12, 11/12/2018, §55, <https://hudoc.echr.coe.int/>, Erişim Tarihi: 05.02.2025).

⁴⁰ Aynı yönde bkz: Salih Akkuş, B. No: 2012/1017, 18/9/2013, §29; Sadık Koçak ve diğerleri, B. No: 2013/841, 23/1/2014, §94; Nail Artuç, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, §§34, 35; Zeki Kartal, B. No: 2013/2803, 21/1/2016, §78, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.02.2025).

⁴¹ Aydoğdu/Türkiye, B. No: 40448/06, 30/10/2016, <https://hudoc.echr.coe.int/>, (Erişim Tarihi: 01.02.2025).

⁴² Dikran M. Zenginkuzucu, "COVID-19 Pandemisi, Devlet ve Yaşam Hakkı", (İktisadi ve İdari Sos-
yal Bilimler Araştırma Dergisi (İESBAD), Y. 2021, C. 1, S. 2, s. 55-60, s. 56.

mali sorumluluğu gündeme gelmektedir. İdarenin sağlık hizmeti nedeniyle sorumluluğu çoğunlukla hizmet kusuru ilkesine dayandırılır. Ancak, bazı durumlarda, idarenin kusuru olmasa bile risk ilkesi veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi gereği zarar gören bireylere tazminat ödeme yükümlülüğü doğabilir. Aşı komplikasyonları, zorunlu sağlık tedbirleri nedeniyle ortaya çıkan zararlar, kamu hastanelerindeki tıbbi cihazların beklenmeyen arızaları sonucu hastaların zarar görmesi gibi durumlarda idarenin kusursuz sorumluluğu doğabilir. İdare, sağlık hizmetlerinin organizasyonundan da sorumludur. Eğer organizasyon eksikliği nedeniyle bir zarar doğarsa, idare bundan doğrudan sorumlu tutulabilir.

İdarenin sağlık hizmeti dolayısıyla sorumluluğu kapsamında, Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), Türkiye’de sağlık hizmetlerinin düzenlenmesinde kritik bir rol oynar ve bu bağlamda idarenin sorumluluğunu doğrudan etkileyen bir mevzuattır. SUT, hem sağlık hizmeti sunucularını hem de hizmet alıcılarını kapsayan hükümleriyle sağlık hizmetlerinin eşit, etkin ve hukuki standartlara uygun şekilde sunulmasını amaçlar. İdarenin sorumlulukları SUT ile çeşitli boyutlarda şekillenir. SUT’un en temel işlevlerinden biri, sağlık hizmetlerinin finansmanını düzenlemektir. Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanan sağlık hizmetlerinin usul ve esasları, Tebliğ ile belirlenir. İdare, SUT kapsamında yapılan düzenlemelerle bireylerin tedavi giderlerini karşılama, sağlık hizmetlerine erişimi sağlama ve bu süreçte ortaya çıkabilecek zararları tazmin etme yükümlülüğünü üstlenir.

1982 Anayasası’nın 125. maddesi bağlamında, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararları tazmin etmesi gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır. SUT hükümlerine uyulmaması durumunda ortaya çıkan hizmet kusurları ya da yanlış uygulamalar nedeniyle zarar gören bireyler, idareye karşı tazminat davası açma hakkına sahiptir. Ancak bu süreçte devlet, zarar gören bireye ödeme yaptıktan sonra ilgili kamu görevlisine rücu ederek mali yükü dağıtma hakkını kullanabilir (Anayasa md.40). SUT, idarenin sağlık hizmetlerini erişilebilir kılma yükümlülüğünün de bir aracıdır. Örneğin, Tebliğ kapsamında belirlenen istisnai durumlar (acil durumlar, kanser tedavisi, yoğun bakım gibi hizmetlerden ilave ücret alınmaması) bireylerin sağlık hizmetlerinden ekonomik ve sosyal engellere takılmadan faydalanmasını sağlamayı hedefler. Bu, Anayasa’nın 56. maddesiyle uyumlu bir şekilde, devletin sosyal hukuk devleti olma ilkesi doğrultusunda hareket ettiğini gösterir. SUT’un düzenleyici işlevi, idarenin sağlık hizmetlerini belirli bir standartta sunma zorunluluğunu beraberinde getirir. Tebliğ, sağlık hizmetlerinin kalitesini artırmayı hedeflerken, sağlık personelinin ve kurumlarının yükümlülüklerini de net bir şekilde belirler. İdare, SUT hükümleri doğrultusunda düzenli denetimler yapmak ve sağlık hizmetlerinin uygun şekilde yürütülmesini sağlamakla yükümlüdür. İhlal durumunda hukuki sorumluluk idareye aittir.

1982 Anayasası'na göre, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken yaptıkları kusurlar nedeniyle doğan zararlardan, idare asıl ve birinci derecede sorumlu tutulmaktadır. Bu ilke, hem kamu sağlık kuruluşlarında tedavi gören bireyleri hem de sağlık hizmetini sunan kamu görevlilerini koruyucu bir işlev görmektedir. Kamuya ait sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler veya sunulan diğer sağlık hizmetleri sonucunda zarar gören kişiler, doğrudan idare aleyhine dava açabilir; genel kural olarak kamu görevlisi şahsen sorumlu tutulamaz. Ancak idare, yürütülen faaliyet sonucunda zarara uğrayan kişiye tazminat ödemek zorunda kalırsa, bu zararı doğuran sağlık çalışanına rücu edebilir. Sağlık çalışanları, hastaya uygulanacak tüm işlemler öncesinde, hastayı yeterli ve özenli bir şekilde bilgilendirmekle yükümlüdür. Olasılığı düşük dahi olsa meydana gelebilecek komplikasyonlar, hasta ve hasta yakınlarına açıklanmalıdır. Nitekim, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/23372, K. 2019/12469 ve T. 12.12.2019⁴³ tarihli kararında; hastanın komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesinin aydınlatma yükümlülüğünün bir parçası olduğu vurgulanmıştır. Kararda, Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak enjeksiyon sonrası ortaya çıkan sinir hasarının tıbben bilinen bir komplikasyon olduğu, enjeksiyon tekniğine uygun yapılsa bile öngörülemeyen ve önlenemeyen sonuçlara yol açabileceği belirtilmiştir. Uygulamada herhangi bir tıbbi ihmâl veya hata tespit edilmediğinden, enjeksiyonu gerçekleştiren sağlık personeli ve talimat veren hekim kusur atfedilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Davacı, mahkemeye sunulan rapora itiraz ederek, hastanın rızası konusunun değerlendirilmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme ise, rapor doğrultusunda, enjeksiyonun neden olduğu hasarın önceden öngörülebilecek bir komplikasyon olmaması nedeniyle sağlık personelinin hastayı bu konuda bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda, “aydınlatılmış onam” yükümlülüğünün ihlâl edilmediği ve buna bağlı olarak herhangi bir zararın söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, mahkeme kararına yönelik yapılan incelemede, ortaya çıkan hasarın komplikasyon niteliğinde olmasının, hastanın aydınlatılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı vurgulanmıştır. Zira, hastanın olası komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi, aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu çerçevede, mahkemenin, davacının enjeksiyon işlemi öncesinde olası sonuçlar ve komplikasyonlar hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediğini, ayrıca davacının bu işleme rıza gösterdiğini kanıtlayan “aydınlatılmış onam” belgesinin düzenlenip düzenlenmediğini araştırması gerektiği belirtilmiştir. Aydınlatılmış onamın alındığını ispat yükümlülüğünün davalı tarafa ait olduğu göz önünde bulundurularak, Eksik inceleme ve hatalı gerekçeyle davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş, bu nedenle kararın bozulması gerektiğine hükmedilmiştir.

⁴³ www.lib.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 02.02.2025).

Bu karar, aydınlatılmış onamın sağlık hukukundaki kritik rolünü vurgulayan önemli bir içtihat niteliğindedir. Ayrıca, tıbbi müdahalelerde hasta hakları ile hekimin sorumluluğu arasındaki dengeyi sağlamaya yönelik bir örnek teşkil etmektedir. Özellikle, aydınlatılmış onamın sadece bir prosedür olmadığı, bununla birlikte hukuki anlamda zorunluluk olduğunun altını çizmektedir.

III. SUT'UN ULUSLARARASI HUKUKLA KARŞILAŞTIRILMASI

Sağlık sistemlerinin düzenlenmesi, bireylerin temel hak ve özgürlükleriyle doğrudan bağlantılıdır. Türkiye’de sağlık hizmetlerinin sunumu ve finansmanı, Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) kapsamında düzenlenmektedir. Bu tebliğ, sosyal güvenlik sistemi üzerinden sağlık hizmetlerine erişimin hukuksal alt yapısını düzenlemekte ve finansman mekanizmalarını açıklamaktadır. Ancak, sağlık hizmetlerinin düzenlenmesi ve finansmanının ulusal boyutla sınırlı olmadığı, Dünya Sağlık Örgütü’nün (WHO) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’nin (OHCHR) raporlarında da belirtildiği üzere, sağlık hakkının uluslararası bir insan hakkı olduğu ve devletlerin bu hakka erişimi güvence altına alma yükümlülüğü bulunduğu unutulmamalıdır⁴⁴. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin yirmi beşinci maddesinin ikinci fıkrasına göre; *“herkes, kendisi ve ailesi için sağlığını ve refahını temin edecek uygun bir yaşam standardına dahil olmak üzere yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler ve ilgili yerlerde sağlık hakkına sahip olacaktır. Kişiyi, işsizlik, hastalık, sakatlık, dul bir duruma gelmesi, yaşlanması veya iradesi dışında diğer geçim kaynaklarından mahrumiyet arasında istikrarlı bir güvence sağlanacaktır”*⁴⁵. Bu durumda sağlık hakkı ise Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ICESCR)’nin 12. maddesinde temel bir insan hakkı olarak belirtilmiştir⁴⁶. Sözleşmeye göre, taraf devletler herkesin fiziksel ve zihinsel sağlığa en yüksek standartlarda ulaşmasını sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, Avrupa Sosyal Şartı ve Dünya Sağlık Örgütü Anayasası gibi uluslararası belgeler de sağlık hizmetlerine erişimi temel bir hak olarak kabul etmektedir⁴⁷.

⁴⁴ OHCHR & World Health Organization (WHO), (2008), The right to health: Fact sheet no. 31, United Nations, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>; World Health Organization (2010), Health systems financing: The path to universal coverage, World Health Report 2010. <https://www.who.int/publications/i/item/9789241564021>.

⁴⁵ Birleşmiş Milletler, (1948), İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

⁴⁶ Birleşmiş Milletler, (1966), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

⁴⁷ İsmail Yazıcıoğlu, “Sağlık Hizmetlerinin Finansmanında Devletin Mali Yükümlülüğünün Anayasal Çerçevesi”, (SÜHFD, Y. 2024, C. 32, S. 3, s. 1571-1609), s. 1573; Sertaç Şahin Atabay, “Sağlık Hakkı ve Unsurları”, (Türkiye Biyoetik Dergisi, Y. 2022, S. 9, s. 105-11), s. 106.

Türkiye'nin sağlık politikaları, Anayasa'nın 56. maddesi ile uyumlu bir şekilde "herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını" güvence altına almaktadır. SUT, bu anayasal çerçeve doğrultusunda sağlık hizmetlerinin finansmanını düzenlerken bireylerin sağlık hakkını doğrudan etkileyen bir mevzuat niteliği taşımaktadır⁴⁸. Uluslararası hukuk, sağlık hakkının korunması için devletlere üç temel yükümlülük getirmektedir. İlki, devletin bireylerin sağlık hakkına müdahale etmemesi, diğeri, devletin, bireylerin sağlık hakkını üçüncü tarafların ihlallerine karşı koruması ve sonuncusu ise, devletin, sağlık hizmetlerini sağlamak için gerekli altyapıyı ve politikaları oluşturmaya zorunluluğudur. SUT'un bu yükümlülüklerle ne derece uyumlu olduğu tartışılabilir. Örneğin, bazı sağlık hizmetlerinin geri ödeme kapsamından çıkarılması ya da kısmi ödeme gereklilikleri, özellikle dezavantajlı grupların sağlık hakkına erişimlerini sınırlayabilir. Uluslararası insan hakları hukuku, yaşam hakkını devletlerin hiçbir koşulda askıya alamayacağı veya sınırlayamayacağı temel haklar arasında değerlendirmektedir⁴⁹.

Uluslararası hukukta sağlık hizmetlerinin dört temel prensip doğrultusunda sunulması öngörülmüştür. Bu bağlamda ilk prensip olarak fiziksel ve ekonomik olarak erişilebilir olması; ikincisi, hizmetlerin kültürel ve etik normlara uygun olmasıdır. Üçüncü prensip, sağlık hizmetlerinin bilimsel ve tıbbi açıdan kaliteli olması ve son olarak ayrımcılık yapılmaksızın herkesin sağlık hizmetlerine erişebilmesi. SUT'un kapsamı bu prensipler doğrultusunda değerlendirildiğinde, özellikle ekonomik erişilebilirlik konusunda bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Tebliğ, sosyal güvenlik sistemine kayıtlı olan vatandaşlara çeşitli sağlık hizmetlerini ücretsiz veya düşük maliyetle sunmayı amaçlasa da, bazı tedavilerin yüksek maliyetli olması ya da özel sağlık hizmetlerinden yararlanma zorunluluğu bu ilkeyi zayıflatmaktadır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 12. maddesi ile uyumlu olarak, devletlerin sağlık hizmetlerinde ayrımcılığı önlemesi beklenmektedir. Ancak, SUT kapsamında sağlanan hizmetlerin yerel yönetimler veya özel sektör tarafından farklı kalitede sunulması, eşitlik ilkesine zarar verebilir. Örneğin, kırsal bölgelerde yaşayan bireylerin hizmetlere erişiminde yaşanan zorluklar, uluslararası standartlarla bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Sağlık hizmetlerinin finansmanı konusu ise, uluslararası hukuk açısından "devletin sağlığa erişimi teminat altına alma yükümlülüğü" nün önemli bir parçasıdır. SUT, Türkiye'de Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından sunulan geri ödeme mekanizmalarını düzenler. Bu düzenlemeler, Avrupa ülkelerindeki ulusal sağlık sistemleriyle karşılaştırıldığında daha katı kısıtlamalar içerebilir. Uluslararası hu-

⁴⁸ Kabakçı, s. 1773.

⁴⁹ Zenginkuzucu, s. 58.

kuk, devletlerin “asgari düzeyde sağlık hizmetlerini” hiçbir ayırım gözetmeksizin tüm bireylere ücretsiz sağlaması gerektiğini vurgular. Ancak, SUT kapsamındaki bazı sağlık hizmetlerinin özel koşullara tabi olması veya sadece belirli ölçütleri karşılayan bireylere sunulması, bu yükümlülüğe aykırı bir durum oluşturabilir. Özellikle kronik hastalıklara sahip bireylerin tedaviye erişiminde yaşanan mali zorluklar, uluslararası standartlarla çelişmektedir.

Türkiye, uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf bir devlet olarak, sağlık hizmetlerinin herkes için erişilebilir olmasını sağlamakla yükümlüdür. Ancak, SUT’un belirli tedavileri geri ödeme kapsamı dışında bırakması veya hizmetlere erişimi sosyal güvenlik üyeliğiyle sınırlandırması, uluslararası hukuktaki “evrensellik” ilkesine aykırı olabilmektedir. Sağlık hizmetlerinin düzenlenmesinde bazı ülkelerin uygulamaları, Türkiye’deki SUT ile kıyaslanabilir. İngiltere; Ulusal Sağlık Sistemi (NHS), sağlık hizmetlerini vergilerle finanse ederek herkes için ücretsiz erişim sağlar. Almanya; sağlık sigortası sistemi kapsamındaki bireylerin sağlık hizmetlerine erişimi daha geniştir, ancak özel sigorta seçenekleriyle farklı bir yapı sunar. Kanada ise; kamu finansmanı ile ücretsiz sağlık hizmeti sağlarken, özel hizmetlere sınırlı bir alan bırakır⁵⁰.

Bu sistemler, SUT ile kıyaslandığında daha kapsamlı bir sağlık erişimi sunmakta ve bireyler üzerindeki finansal yükü hafifletmektedir. Sağlık Uygulama Tebliği, Türkiye’nin sağlık hizmetlerinin finansmanında ve düzenlenmesinde önemli bir rol oynasa da, uluslararası hukukun öngördüğü standartlara tam olarak uyum sağladığını söylemek zordur. Özellikle dezavantajlı grupların sağlık hizmetlerine erişimindeki kısıtlamalar, ekonomik erişilebilirlik ve eşitlik ilkeleriyle çelişmektedir. Türkiye’nin uluslararası hukuk normlarına tam uyum sağlaması için, sağlık hizmetlerine ayrılan bütçenin artırılması, SUT kapsamının genişletilerek tüm bireylerin eşit şekilde hizmet almasının sağlanması, sağlık teknolojileri ve yeni tedavilere erişimin artırılması gerekmektedir. Bu reformlar, Türkiye’nin sağlık hakkı alanında uluslararası standartlara uyumunu güçlendirecek ve bireylerin sağlık hizmetlerine daha eşit şartlarda erişimini sağlayacaktır.

SONUÇ

Sağlık Uygulama Tebliği ve sağlık hukuku, Türkiye’deki sağlık hizmetlerinin düzenli ve etkin bir şekilde yürütülmesi için birbirini tamamlayan iki önemli alandır. SUT, sağlık hizmetlerinin finansmanı ve düzenlenmesi için kapsamlı bir çerçeve sağlarken, sağlık hukuku, bu hizmetlerin hukuki standartlara uygun ol-

⁵⁰ Erdal Eke/Merve Kişi, “Geçmişten Günümüze İngiltere Sağlık Politikaları: Ulusal Sağlık Sistemi Odaklı Güncel Bir Perspektif. OPUS International Journal of Society Researches, Y. 2019, C. 11, S. 18, s. 2687-2707), s. 2700.

masını ve bireylerin sağlık haklarının korunmasını garanti eder. Bu iki alanın etkin bir şekilde yönetilmesi, sağlık hizmetlerinin kalitesini ve sürdürülebilirliğini doğrudan etkiler. İdarenin sağlık hizmetlerindeki organizasyon el sorumluluğunu yerine getirebilmesi için etkin denetim mekanizmaları kurulmalıdır. Bu, özellikle SUT hükümlerinin uygulanmasında yaşanan aksaklıkların önlenmesinde kritik bir rol oynar. Sağlık çalışanlarının görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesi, idarenin organizasyon sorumluluğu açısından önemlidir. Düzenli eğitimler, organizasyon el hataların azaltılmasına katkıda bulunur. SUT'un uygulanmasında yaşanan mali zorlukların önlenmesi için bütçe planlamasının etkin bir şekilde yapılması gerekir. Bu, sağlık hizmetlerinin kesintisiz ve kaliteli bir şekilde sunulmasını sağlar. Sağlık hizmetlerinde organizasyon kusurundan kaynaklanan davalarda hukuki süreçlerin daha hızlı ve etkili işlemesi için yasal düzenlemeler yapılabilir.

İlave ücretin usulsüz bir şekilde alındığını düşünen hasta ya da hasta yakınlarının hastaneden veya sağlık kuruluşundan öncelikle, özellikle "ilave ücret" adı altında alınan ücretin detaylarının açıkça belirtilmesini talep etmesi ve tüm ödeme detaylarını içeren bir fatura isteyerek, ilk olarak hastane yönetimine durumu açıklayarak itiraz etmesi gerekir. Çoğu durumda, şikâyetin bu yolla çözülmesi ve anlaşmaya varılması mümkün olabilmektedir. Sonrasında, yani ücretin iade edilmemesi söz konusu olursa SGK İl Müdürlüklerine veya merkezlerine şahsen başvurarak durumu bildirmek ya da SGK'nın web sitesi üzerinden çevrimiçi şikâyet ve başvuru yapabilmek mümkündür. Fatura, ödeme hesap belgeleri, varsa doktor raporu ve diğer sağlık belgelerini her başvuru için elde bulundurmak gereklidir. Eğer fazla alınan ilave ücretin bu yollardan iade edilmesi sağlanamazsa, Tüketici Hakem Heyetine başvuru yöntemi denenebilir. İlave ücret miktarına göre, Tüketici Hakem Heyeti veya Tüketici Mahkemesi yetkili olacaktır. 2025 yılı itibarıyla, Türkiye'de Tüketici Hakem Heyetlerine yapılacak başvurularda geçerli olan parasal sınır, KDV dahil 149.000 Türk Lirası olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda 1 Ocak 2025 tarihinden itibaren, değeri 149.000 TL'nin altında olan tüketici uyuşmazlıklarında, tüketiciler İl veya İlçe Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru yapabilirler. Eğer bu adımlar sonuç vermezse, sosyal medya veya medya platformlarını kullanarak sorunun gündeme taşınması da söz konusu olabilir. Kamuyu oluşturmak, birçok durumda çözüm sürecini hızlandırabilir.

Anayasal ve uluslararası belgelerde devletin sağlık hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülükleri; sağlık hizmetlerine erişilebilirlik, kabul edilebilirlik, uygunluk ve kalite ilkeleri doğrultusunda hizmet sunumunu güvence altına alma yükümlülüğünü kapsamaktadır. Ancak SUT düzenlemeleri çoğu zaman bu ilkeleri ikincil planda tutmakta, maliyet-etkinlik ve bütçe denetimi öncelikli hedef haline gelmektedir. Örneğin, hastaların ihtiyaç duyduğu ilaçların veya tedavilerin

yalnızca belirli klinik şartlara bağlanarak sınırlanması, bireysel ihtiyaçların göz ardı edilmesine neden olabilmektedir. SUT düzenlemeleri, sağlık hizmetlerine erişimde eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkeleriyle zaman zaman çelişebilmektedir. Bazı hasta gruplarının, örneğin kronik hastalıklarla yaşayan bireylerin veya engelli bireylerin, daha sık sağlık hizmetine ihtiyaç duyması ve buna rağmen SUT kapsamındaki kısıtlamalar nedeniyle ilave ücret veya tedavi dışı kalma riskiyle karşı karşıya olması bu çelişkinin bir yansımasıdır. Bu durum, devletin sağlık hakkını sadece biçimsel olarak değil, fiilen yerine getirme yükümlülüğünü ihlal edebilir.

Bu bağlamda, SUT düzenlemelerinin, Anayasa'nın 56. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (md.25) ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (md.12) gibi sağlık hakkını güvence altına alan metinlerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. SUT kapsamındaki sınırlamaların ve güncellemelerin hukuki etki analizine tabi tutulması, özellikle kamuoyu ve hasta derneklerinin görüşlerinin sistematik biçimde alınması şeffaflığı artıracaktır. SUT kapsamında ücretsiz olması gereken hizmetler için özel hastaneler tarafından talep edilen haksız ilave ücretler, devletin düzenleyici ve denetleyici pozitif yükümlülüklerini ihlal etmektedir. Bu bağlamda, ilave ücret uygulamasının şeffaflık esasına göre yeniden yapılandırılması ve hastaların başvuru mekanizmalarının güçlendirilmesi önerilmektedir. Danıştay ve Yargıtay kararlarında, özellikle SUT 'un bireysel haklar üzerindeki etkilerine dair gerekçeli değerlendirmelerin artırılması ve bu kararların sağlık politikalarının şekillendirilmesinde rehber alınması gerekmektedir. İlave ücretler, Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) ile sınırlandırılmıştır. Tebliğe aykırı bir şekilde alınan ücretler yasal değildir. Acil durumlar, kanser tedavisi, yoğun bakım, kardiyovasküler cerrahi ve diğer "ilave ücret alınamayacak tedaviler" kapsamında herhangi bir ücret alınması tamamen yasaktır. Sağlık Uygulama Tebliği, vatandaşların hayati önem taşıyan sağlık hizmetlerine erişimini korumak amacıyla belirli istisnai durumlarda ilave ücret alınmasını yasaklamıştır. Acil durumlar, kanser tedavisi, kardiyovasküler cerrahi uygulamaları ve yoğun bakım hizmetleri bu kapsama dahil edilerek, hastaların mali yüklenme altına girmeden tedavi olabilmesi sağlanmıştır. Bu düzenlemeler, sosyal devlet anlayışının bir gereği olup, bireylerin temel sağlık hakkını güvence altına almaktadır.

Daha önce ilave ücret alınan vakalarda, hastalar hastane yönetimine başvurarak ya da mahkeme kanalıyla ödedikleri ücretleri geri alabilmişlerdir. Bu nedenle yasal yolları takip etmek önemlidir. Sağlık Uygulama Tebliği (SUT), Türkiye'de sosyal güvenlik kapsamında sunulan sağlık hizmetlerini düzenleyen ve finansman mekanizmalarını belirleyen bir mevzuattır. Uluslararası hukuk açısından ise sağlık hakkı, hasta hakları, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetlerine erişim gibi konular birçok uluslararası sözleşme ve kuruluş tarafından düzenlenmektedir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi madde 12, sağlık hakkını temel bir insan hakkı olarak tanımlamaktadır. Bu kapsamda devletler, bireylerin erişilebilir ve kaliteli sağlık hizmetlerine ulaşmasını sağlamakla yükümlüdür. Dünya Sağlık Örgütü, evrensel sağlık hizmetlerinin, herkes için ulaşılabilir ve ücretsiz olması gerektiğini savunmakta, Avrupa Sosyal Şartı, sağlık hakkını sosyal güvenlik ve insan hakları kapsamında ele almakta ve Avrupa Birliği Hasta Hakları Beyannamesi ise, sağlık hizmetlerine eşit erişimi garanti altına almaktadır. Türkiye'nin sağlık sistemi, SUT kapsamında geniş bir sağlık hizmetleri yelpazesine sahip olsa da, fark ücretleri ve bazı özel hizmetlerin kapsam dışı bırakılması, tam anlamıyla uluslararası standartlara uyumu zorlaştırmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ve Avrupa Sosyal Şartı, sağlık hizmetlerinin daha geniş kapsamlı ve ücretsiz sunulmasını önerirken, Türkiye'de bazı tedaviler için hasta katkı payı uygulaması mevcuttur.

KAYNAKÇA

- Avcı, Mustafa, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mali Sorumluluğu”, (Ankara Barosu Dergisi, Y. 2012, C. 1, s. 107-140.
- Atabay, Sertaç Şahin, “Sağlık Hakkı ve Unsurları”, Türkiye Biyoetik Dergisi, Y. 2022, S. 9, s. 105-11.
- Azimli Çilingir, Gülcan, Türkiye’de afet yönetimi ve idarenin sorumluluğu, 1. B. Ankara, Adalet Yayınevi, 2023.
- Birtek, Fatih, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 2, S. 3-4, s. 81-128.
- Can, Hasan, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Organizasyon Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Y. 2022, S. 161, s. 183-224.
- Çelik, Miraç, İdarenin sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kusursuz sorumluluğu. Ed. B. Öztürk vd., Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Ankara, Atılım Üniversitesi Yayınları, s. 305-332.
- Dağlı, Gözde, “Danıştay Kararları Işığında Sağlık Kamu Hizmetinden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları”, Danıştay Dergisi, Y. 2022, S. 154, s. 123-196.
- Eke, Erdal/Kişi, Merve, “Geçmişten Günümüze İngiltere Sağlık Politikaları: Ulusal Sağlık Sistemi Odaklı Güncel Bir Perspektif. OPUS International Journal of Society Researches, Y. 2019, C. 11, S. 18, s. 2687-2707.
- Erkal, Atıla, “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Dergisi, Y. 2021, C. 9, S. 2, s. 235-271.
- Ersöz, Kürşat, “Anayasa Mahkemesi’nin İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Bireysel Başvuruya Konu Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 12, S. 2, s. 457-478.
- Göçgün, Muhammed, “2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası 1982 Anayasası’nda Yetki ve Görev Olarak Yürütme”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 12, S. 1, s. 91-129.
- Gündüz, Ebru F., “Yürütmenin Düzenleyici İşlemleri ve Yargısal Denetimleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C. 11, S. 1, s. 753-776.
- Hakeri, Hakan, Tıp hukuku (2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Hızal, Abdullah/Çınarlı, Serkan, “Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 2, S. 1, s. 143-184.
- Kabakçı, Mahmut, “Sağlık Uygulama Tebliği’nde Sağlık Hakkı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2022, C. 3, S. 74, s. 1769-1795.

- Karahanoğulları, Onur, Kamu Hizmeti Kavram ve Hukuksal Rejim, 3. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Kızılyel, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Yüksek lisans tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2006.
- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. B., Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.
- Özgen, Sümeyra, “İdarenin Düzenleme Yetkisi ve Sınırı, Anayasa Mahkemesi Tarafından Belirlenen Ölçütler ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri “, Danıştay Dergisi, Y. 2022, S. 154, s. 197- 253.
- Öztürk, Burak K., Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- Sarıca, Ragıp, Türkiye’de İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti, 1. B., İstanbul, 1943.
- Sever, Çiğdem, “Kanser ve Ölümcül Hastalıkların Tedavi ve İlaç Masraflarına İlişkin Düzenlemeler”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı, ARCS Dijital Ofset Matbaacılık, Ankara 2019. (Kanser Tedavi).
- Sever, Çiğdem, “Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Ölçütte Çözüm ve Anayasa’nın 128. maddesinin I. Fıkrası”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2024, S. 3, s. 247-268.
- Taşçı, İzzet, “Sağlık Hizmetlerinin Sunumunda İdarenin Tazmin Sorumluluğu”, Türk İdare Dergisi, Y. 2022, S. 494, s. 337-364.
- Yazıcıoğlu, İsmail, “Sağlık Hizmetlerinin Finansmanında Devletin Mali Yükümlülüğünün Anayasal Çerçevesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2024, C. 32, S. 3, s. 1571-1609.
- Yılmaz, Harun, “Türk Hukukunda Düzenleme Yetkisinin Tarihsel Gelişimi ve Niteliği”, TBB Dergisi, Y. 2014, S. 110, s. 219-240.
- Zenginkuzucu, M. Dikran, “COVID-19 Pandemisi, Devlet ve Yaşam Hakkı, İktisadi ve İdari Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (İESBAD), Y. 2021, C. 1, S. 2, s. 55-60.

Elektronik Kaynaklar

<https://lib.kazanci.com.tr/>.

<https://danistay.gov.tr/>.

<https://hudoc.echr.coe.int/>.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31.pdf>.

<https://www.who.int/publications/i/item/9789241564021>.

Dünyada ve Türkiye'deki Gelişmeler Ekseninde Döngüsel Ekonomiye Geçişte En Önemli Aktör Olan İdarenin Anahtar Rolü^(*)

The Key Role of the Administration as the Most Important Actor in the Transition to Circular Economy in the Context of Developments in the World and in Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut CEYLAN^(**)

Öz:

Döngüsel ekonomi, sürdürülebilir bir gelecek inşa etmek amacıyla insanlık açısından önemli bir kavram olarak son yıllarda ön plana çıkmıştır. Bu model, geri dönüşüm ve yeniden kullanım süreçlerini destekleyen, atık üretimini azaltarak ekosistemin korunması ve iklim değişikliği ile mücadeleyi önceleyen önemli bir araçtır. Bu önemi sebebiyle Avrupa, Amerika, Asya, Afrika ve dünyanın geri kalan birçok yerinde döngüsel ekonomiye geçiş için birtakım plan ve programlar hazırlanmıştır. Buna koşut olarak Türkiye'de de birtakım hazırlıklar başlamıştır. Çalışmada ilk olarak dünyadaki gelişmeler ele alınmış ve ardından Türkiye'de döngüsel ekonomiye geçiş meselesi incelenmiştir. Döngüsel ekonomiye geçişte en önemli rollerden birisi idareye aittir. İdare, hukuki muameleleri ve faaliyetleri aracılığı ile döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde anahtar role sahiptir. İdare, teşvik programları, kısa ve uzun vadeli planlamalar ve idari yaptırım uygulama gücü sayesinde önemli araçlara sahip bir aktör olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmada idarenin hukuki muameleleri ekseninde değerlendirme yapılmış ve bu bağlamda idarenin düzenleyici ve uygulayıcı rolleri incelenmiştir. Daha sonra idarenin faaliyetlerinden kolluk, özendirme-destekleme ve planlama faaliyetlerinin döngüsel ekonomiye geçişteki önemi analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Döngüsel Ekonomi, İdarenin Faaliyetleri, İdari İşlem, İklim Değişikliği, Ekonomik Kamu Düzeni.

Abstract:

The circular economy has come to the forefront in recent years as an important concept for humanity to build a sustainable future. This model supports recycling and reuse processes and is an important tool in protecting the

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 23.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 15.05.2025.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Rize - Türkiye,

E-posta: mahmut.ceylan@erdogan.edu.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8278-611X>.

ecosystem and combating climate change by reducing waste generation. Due to this importance, a number of plans and programs have been prepared for the transition to circular economy in Europe, America, Asia, Africa and many other parts of the world. In parallel to this, some preparations have also started in Turkey. In this study, firstly, the developments in the world are discussed and then the issue of transition to circular economy in Turkey is analyzed. One of the most important roles in the transition to circular economy belongs to administration. Administration has a key role in the transition to circular economy through its legal procedures and activities. Administration emerges as an actor with important tools through incentive programs, short and long term planning and the power to impose administrative sanctions. In this study, the legal procedures of administration are evaluated and, in this context, the regulatory and enforcement roles of administration are analyzed. Then, the importance of enforcement, encouragement-support and planning activities of administration in the transition to circular economy is analyzed.

Keywords:

Circular Economy, Activities of Administration, Administrative Act, Climate Change, Economic Public Order.

GİRİŞ

Döngüsel ekonomi, kaynakların sürdürülebilirlik ilkesi çerçevesinde kullanıldığı, atıkların olabildiğince aza indirildiği ve doğal kaynakların, sistemlerin korunmasını amaçladığı bir ekonomik modeldir. Bu model, doğrusal ekonomik modelin aksine tüketime ilişkin döngüyü kapatmak suretiyle malzemelerin tekrar değerlendirilip kullanılmasını ve buna koşut olarak uzun ömürlü ürünlerin teşvik edilmesine odaklanmaktadır. Döngüsel ekonomi sadece çevresel faydalar sağlamayı değil, aynı zamanda ekonomik faydalar sağlamayı da amaçlar. Bu model insanlık açısından uzun vadeli sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmada elverişli bir araç olarak görünmektedir. Nitekim dünyadaki ve Türkiye'deki gelişmeler bu önemin bir sonucudur.

Döngüsel ekonomiye geçişte dünyada önemli adımlar atılmıştır. Bu kapsamda Avrupa Yeşil Mutabakatı önemli bir yer edinmektedir. Bu Mutabakat'ın temel taşlarından birisi olan Döngüsel Ekonomi Eylem Planı da önemli bir adım olarak ortaya çıkmaktadır. Öte yandan Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilir kalkınma amaçları 2030 gündemine bakıldığında 12 numaralı amaç olan "Sorumlu Üretim ve Tüketim" in döngüsel ekonomi ile doğrudan ilgili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Birleşmiş Milletler Çevre Programı döngüsel ekonomi hakkında çeşitli çalışmalar hazırlamıştır. Bunun yanında OECD'nin, döngüsel ekonomi ile ilgili birçok rapor hazırladığı görülmektedir. Afrika'daki gelişmelere bakıldığında Afrika Döngüsel Ekonomi İttifakı dikkat çekmektedir. Bu İttifak ile Afrika Kıta'sında döngüsel ekonomiye geçiş hedeflenmiştir. Asya-Pasifik Ekonomik İş Birliği de döngüsel ekonomiyi gündemine almıştır. Bu kapsamda birçok çalışma hazırlamıştır. Devasa üretim kapasitesine sahip Çin bu konuda ayrıca incelenmesi gereken bir yerdir. Bu kapsamda Çin'in 14. Beş Yıllık Planı'nın incelenmesi önem arz etmektedir. Özetle dünyada döngüsel ekonomi konusunda önemli bir

bilinçli farkındalık söz konusudur. Bunun sonucu olarak birçok önemli adım atılmıştır. Çalışmada bu gelişmelere değinilmiştir.

Dünyadaki gelişmelere koşut olarak Türkiye'de de birtakım hazırlıklar başlamıştır. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Plan ve Programlar Genel Müdürlüğünün On İkinci Kalkınma Planı bu hususta önem arz etmektedir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı döngüsel ekonomi ile ilgili birtakım faaliyetler yürütmektedir. Bu kapsamda konferanslar ve eğitimler vermekte, çalıştaylar düzenlemektedir. Ayrıca Türkiye'nin Döngüsel Ekonomiye Geçiş Potansiyelinin Değerlendirilmesi için Teknik Destek Projesi ve bu Proje'nin çıktısı olarak "Ulusal Döngüsel Ekonomi Stratejisi ve Eylem Planı" önemli bir adım olarak ön plana çıkmaktadır. Hazine ve Maliye Bakanlığı da birtakım teşvik programlarının hayata geçirileceğine ilişkin önemli raporlar hazırlamıştır. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ise "Ekonomik Değerli Atık İzleme Sistemi"nin kurulması maksadıyla Sanayi Sicil Bilgi Sisteminin geliştirileceğini öngörmüş ve planlamıştır. Ticaret Bakanlığının hazırladığı "Yeşil Mutabakat Eylem Planı" bir diğer önemli adımdır. Üniversitelerde de döngüsel ekonomi bağlamında hazırlıklar başlamıştır. Örneğin İstanbul Üniversitesi, Döngüsel Ekonomi Birimi kurmak suretiyle bu konuda öncülük yapmıştır. Görüldüğü üzere Türkiye'de döngüsel ekonomiye geçiş süreci artık başlamıştır. Bu sürecin başarılı olması açısından idareye önemli roller düşmektedir.

Döngüsel ekonomi modelinin kullanılması bağlamında ulusal ve uluslararası kuruluşların ortaya koyduğu öngörü, plan ve düzenlemelere bakıldığında kilit rolün idarede olduğu anlaşılmaktadır. Zira idare, düzenleme ve planlama yapma, teşvik verme ve idari yaptırım uygulama yetkisi sayesinde döngüsel ekonomi modelinin benimsenip uygulanmasında önemli enstrümanlara sahiptir. Buradan yola çıkarak çalışmada, döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde idarenin kilit rolü hukuki muameleleri ve faaliyetleri ekseninde incelenmiştir. İdarenin hukuki muameleleri ekseninde yapılan değerlendirme düzenleyici ve birel işlem yapma yetkisi bağlamında incelenmiştir. İdarenin faaliyetleri ekseninde yapılan değerlendirme ise kolluk, özendirme-destekleme ve öngörme faaliyeti özelinde ele alınmıştır.

I. DÖNGÜSEL EKONOMİ KAVRAMI

Suyun, toprağın, havanın, bir diğer deyişle doğanın önemi insanlık açısından her geçen gün daha ön plana çıkmaktadır. Son zamanlarda popüler hâle gelen döngüsel ekonomi kavramının tanımını yapmaktan ziyade açıklamasını yapmak daha isabetli olacaktır. Atıkların minimum hâle getirildiği, ürünlerin ömrünün uzatıldığı ve kaynakların yeniden kullanıldığı bir model olarak ortaya çıkan bu kavram hakkında yapılan 114 tanımın incelendiği bir eserde kavramdan farklı

yazarların farklı anlamlar çıkardığı, örneğin bazı yazarların bu kavramı geri dönüşüm ile eşitlediği, bazılarının ekonomik refahı ön plana çıkardığı, diğer bir kısmının ise çevresel amaçları merkeze aldığı belirlenmiştir¹.

Yakın zamanda Covid19 kaynaklı pandemi süreci bütün dünyayı çok boyutlu olarak etkilemiştir. Pandemi süreci ve sonrasında hâlihazırdaki doğrusal ekonomi modelinin problemli yanları görülmüş ve kapsayıcı, sürdürülebilir küresel ekonomik modelin inşasının gündeme gelmesinin ardından “döngüsel ekonomi” bilinci yerleşmeye başlamıştır². Özellikle sanayi devrimi sırasında gelişen doğrusal ekonomi modelinin zararları görmezden gelinmiş ve kaynakları tüketen doğrusal modele tepki olarak döngüsel model ortaya çıkmıştır³. Dolayısıyla döngüsel ekonomi modelinin bütün bu olumsuz durumlara bir tepki niteliğinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kent nüfusunun artması çarpık kentleşmeye sebep olmuş ve nüfusun artışı ile taleplerin karşılanması zorlaşmıştır. Son zamanlarda tüketim ve üretim alışkanlıklarının değiştirilmesi hususunda bir bilinç oluşturulmaya çalışılmakta olup bu kapsamda karşımıza “sürdürülebilir kalkınma” kavramı çıkmış ve yakın zamanda literatürde döngüsel ekonomi kavramı görünür olmaya başlamıştır⁴. Bunun neticesinde dünyada döngüsel ekonomiye geçiş hususunda önemli adımların atıldığı görülmekte olup bu husus aşağıda incelenmiştir.

Döngüsel ekonomi genel anlamıyla malzeme ve hammaddenin ürün kullanma döngüsü içine tekrar girebilmesi için atık miktarının olabildiğince aza indirilmesi maksadını benimseyen bir yaklaşımın sonucudur⁵. Dolayısıyla döngüsel ekonomi, sürdürülebilirlik kavramı ile yakından ilişkilidir. Döngüsel ekonomi şu aşamaları içermektedir: “yeniden düşünmek (*rethink*), azaltmak (*reduce*), yeniden kullanma (*reuse*), tamir etmek (*repair*), yenilemek (*refurbish*), yeniden üretmek (*remanufacture*), başka amaçla kullanmak üzere değiştirmek (*repurpose*), geri dönüşüm (*recycle*)⁶”. Ayrıca bu kavram kaynakların sürekli şekilde yeniden değerlendirilmesini amaçlayan ekolojik ve ekonomik süreçleri uzlaştırmaktır. Geleneksel “kullan-at” modelinin yerine “kullan ve sonra yeniden kullan” anlayışının benimsenmesine hizmet eden bu kavram sürdürülebilir bir ekonomik sistem oluşturmayı amaçlamaktadır.

¹ Julian Kirchher/Denise Reike/Marko Hekkert, “Conceptualizing the Circular Economy: An Analysis of 114 Definitions”, (Resources, Conservation & Recycling, Y. 2017, S. 127, s. 221-232), s. 229.

² Filiz Yılmaz, “Enerji Yönetimi ve Türkiye: Avrupa Yeşil Mutabakatı Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, (Akademia Doğa ve İnsan Bilimleri Dergisi, Y. 2022. C. 8, S. 1, s. 19-38), s. 23.

³ Vanessa Prieto-Sandoval/Carmen Jaca/Marta Ormazabal, “Towards a Consensus on the Circular Economy”, (Journal of Cleaner Production, Y. 2018, S. 179, s. 605-615), s. 605, 609.

⁴ Gamze Kazel-Bozkur, “Döngüsel Ekonomi Kavramı ve Bu Alanda Dünya ve Türkiye’deki Gelişmeler”, (Anahtar, Y. 2022, C. 34, S. 402, s. 14-16), s. 14.

⁵ Kazel-Bozkur, “Döngüsel Ekonomi”, s. 14.

⁶ Yılmaz, “Enerji Yönetimi”, s. 21.

Döngüsel ekonomi, yeşil ekonomi kavramı ile de yakından ilgilidir. Yeşil ekonomi, modern dünyada çeşitli faaliyetlerden kaynaklanan çevre sorunlarını azaltıp ekolojik kılığa dikkat çekerek onları korumayı hedefleyen ve bu süreçte zarfında çevreye zarar vermeden ülke veya bölgenin sürdürülebilir kalkınmasını sağlayan ekonomik model türüdür⁷. Yeşil ekonomide temiz ulaşım, su yönetimi, arazi yönetimi, atık yönetimi, yenilenebilir enerji ve yeşil binalar önemli alanlar olarak kabul edilmektedir⁸. Yeşil ekonomi sürdürülebilir kalkınmayla ilgili bütün ekonomik politikalar ve ekonomik analiz biçimlerini birleştirmeyi amaçlayan bir yaklaşımdır⁹. Yeşil ekonomiye geçiş sürecinde asıl problem kâr odaklı aktörlerle dolu olan kapitalist ekonomiyle uzlaşıp uzlaşamayacağı üzerinedir¹⁰. Aynı durumun döngüsel ekonomi için de geçerli olduğu belirtilmelidir.

Döngüsel ekonominin uygulanmasında termodinamiğin ikinci yasası olan entropi sebebiyle geri dönüşümün her zaman enerjiye ihtiyaç duyması ve kendi atıklarını üretmesi gibi birtakım bilimsel sınırlar¹¹ olsa da bu modelin insanlık açısından ele alınıp değerlendirilmesi gerekir. Bir diğer deyişle döngüsel ekonomi uygulamaları var olan problemleri belki de kökten sonlandırmayacaktır. Fakat azaltacağına ilişkin bir kanaatin olduğunu belirtmek gerekir.

Döngüsel ekonominin uygulama sahalarında idare hukuku kritik önemi haizdir. Bu nedenle idare hukukunun genel esasları çerçevesinde döngüsel ekonominin hukuki alt yapısının incelenmesi ve bu bağlamda merkezi idareden mahalli idareye kadar bütün kamu idarelerinin rolünün ortaya konulması gerekmektedir. Çalışmanın başlığında döngüsel ekonomiye geçişte en önemli rolün idareye ait olduğuna vurgu yapılmıştır. Son derece iddialı olduğu kabul edilecek olan bu çıkarımın isabetliliği, idarenin hukuki muameleleri ve faaliyetlerinin döngüsel ekonomiye geçişteki önemi analiz edildiğinde, daha iyi anlaşılacaktır.

II. DÜNYADAKİ GELİŞMELER

Kaynakların hızla tüketilmesi ve büyük miktarlarda atıkların çevreye zarar vermesi neticesinde son yıllarda dünyada döngüsel ekonomi modeli üzerine yoğunlaşma olduğu gözlemlenmektedir. Bu kapsamda aşağıda referansları ile belir-

⁷ Pradipta Mukhopadhyay, "Green Economy: An Emerging Path Towards Sustainable Development. An Explorative Study", (IJARSCT, Y. 2024, C. 4, S. 1, s. 368-378), s. 368.

⁸ Mukhopadhyay, s. 369.

⁹ Andrew Jones/Patrik Ström, "Introduction: Conceptualising Research into the Green Economy", Research Handbook on the Green Economy, Ed. Andrew Jones, Cheltenham 2024, s. 2.

¹⁰ Jones/Ström, s. 2.

¹¹ Döngüsel ekonominin sınırları hakkında bkz. Jouni Korhonen/Antero Honkasalo/Jyri Seppälä, "Circular Economy: The Concept and its Limitations", (Ecological Economics, Y. 2018, S. 143, s. 37-46), s. 41-45.

tildiği üzere Avrupa Birliği'nin birtakım plan ve programlar hazırladığı görülmektedir. Bunun yanında yükselen rolü göz önüne alındığında Çin'deki gelişmeler de önem arz etmektedir. Birleşmiş Milletler de döngüsel ekonomi kavramını gündemine almıştır. OECD ve Asya-Pasifik Ekonomik İş Birliği'nin çalışmaları da dikkat çekicidir. Ayrıca Afrika kıtasında da bu bağlamda çalışmalar başlamıştır. Döngüsel ekonomi ile ilgili dünyadaki bütün bu gelişmelere kısaca bakmak isabetli olacaktır.

A. Avrupa Yeşil Mutabakatı

Avrupa Yeşil Mutabakatı, döngüsel ekonomi açısından son derece önemlidir. Zira aşağıda ele alınacak olan Döngüsel Ekonomi Eylem Planı, Avrupa Yeşil Mutabakatı'nın temel taşlarından birisini teşkil etmekte olup Avrupa Birliği'nin döngüsel ekonomiye geçişinde önemli bir adımdır¹².

Avrupa Sürdürülebilir Gelişme Ağı (*European Sustainable Development Network-ESDN*) tarafından hazırlanan Aralık 2020 tarihli ESDN Raporu'nda belirtildiği üzere Avrupa Konseyi, Avrupa Yeşil Mutabakatı ile 2050 yılına kadar iklim nötrlüğüne ulaşma hedeflemektedir¹³. Avrupa Yeşil Mutabakatı'nda şu sekiz temel alan vardır: Avrupa Birliği'nin 2030 ve 2050 iklim hedeflerini tespit etmek; temiz, ekonomik ve güvenli enerji tedarik etmek; döngüsel ekonomi için endüstriyi harekete geçirmek; enerji ve kaynakları verimli şekilde üretmek ve yenilemek; toksik olmayan çevre için sıfır atık hedefi; ekosistemleri ve biyolojik çeşitliliği korumak; adil, sağlıklı ve çevre dostu gıda sistemi inşa etmek; sürdürülebilir ve akıllı mobiliteye geçişi hızlandırmak¹⁴.

Avrupa Yeşil Mutabakatı'nın hukuken bağlayıcılığı olmayıp esnek hukuk araçlarından olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Esnek hukuk (*soft law*) normatif değeri sınırlı olan, hukuken bağlayıcı olmayan, pozitif hukuk yükümlülüğü yaratmayan kuralları ifade etmekte olup uluslararası hukukun maddi kaynaklarından¹⁶. Avrupa Yeşil Mutabakatı, bir iklim politika belgesi olmasının yanı sıra dış ticaret, sanayi ve daha birçok alana etki edecek niteliği haizdir¹⁷. Bu Mutabakat'ın temel unsurlarından birisi kaynak verimliliğini artırmak ve atık oluşmasını azaltmak

¹² https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

¹³ Constanze Fetting, *The European Green Deal*, Viyana 2020, s. 5.

¹⁴ Fetting, s. 5.

¹⁵ Kamile Türkoğlu-Üstün, "Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri", (Memleket Siyaset Yönetim, Y. 2021, C. 16, S. 36, s. 329-366), s. 334.

¹⁶ Julien Cazala, "Le Soft Law International Entre Inspiration et Aspiration", (RIEJ, Y. 2011, C. 66, s. 41-84), s. 41, 46.

¹⁷ Türkoğlu-Üstün, s. 342.

suretiyle sürdürülebilir ekonomik model oluşturmayı maksat edinen döngüsel ekonomi modelinin teşvikidir¹⁸.

Mutabakat, küresel iklim değişikliğiyle mücadele bağlamında sıcaklık artışının 2°C'yi aşmamak ve 1,5°C'nin altında tutmak amacıyla yapılmış olan Paris Anlaşması'na¹⁹ koştur niteliktedir. Paris Anlaşması ise Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (*United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*) kapsamında gerekli reaksiyonların gösterilmesi amacıyla imzalanmıştır²⁰. Kaynak kullanımının azaltımı, düşük karbonlu üretim ve enerji verimliliğini artırmanın teşvik edilmesi gibi hususlar döngüsel ekonomi ile örtüşmektedir.

B. Avrupa Yeni Döngüsel Ekonomi Eylem Planı

Avrupa Konseyi, 2015'te ilk döngüsel ekonomi eylem planını kabul etti ve bu Plan'da Avrupa'nın döngüsel ekonomiye geçişinin teşvikinin yanı sıra, sürdürülebilir ekonomiyi desteklemeye ilişkin önlemler bulunmaktadır²¹. Yeni Döngüsel Ekonomi Eylem Planı (*New Circular Economy Action Plan - NCEAP*), Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Yeşil Mutabakatı hedeflerine ulaşmak amacıyla yayınlanan bir plandır²². Plan, Avrupa açısından son derece önemli öngörüler ve hedefler içermektedir.

Avrupa Konseyi, NCEAP ile 2050 yılına kadar iklim nötrlüğüne ulaşmayı, ekonomik büyümeyi kaynak kullanımından ayırma ve AB'nin uzun vadeli rekabet gücünü garanti altına almayı amaçlamıştır²³. Bu hedefleri gerçekleştirmek için döngüsel ekonomi gündeme alınmıştır. Planda sürdürülebilir ürün tasarlama, tüketici ve kamu alıcılarını güçlendirme, üretim sürecinde döngüsellikğin yanı sıra elektronik araçlar, paketleme, tekstil, inşaat, su ve gıda maddeleri gibi temel ürünlere ilişkin politikalar ve öte yandan atık politikaları işlenmiştir²⁴. Ayrıca Plan'da; tek kullanımlık plastiklerin azaltılması, elektronik cihazların ömrünün uzatılması ile geri dönüşümünün teşvik edilmesi, tekstilde sürdürülebilirlik ve

¹⁸ Fetting, s. 5.

¹⁹ Madde 2/1-a, <https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf>, (Erişim Tarihi: 05.02.2025).

²⁰ <https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>, (Erişim Tarihi: 02.03.2025).

²¹ European Commission, First Circular Economy Action Plan, https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/first-circular-economy-action-plan_en, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

²² European Commission, A new Circular Economy Action Plan, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

²³ European Commission, A new Circular Economy Action Plan, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

²⁴ European Commission, A new Circular Economy Action Plan, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

geri dönüşümün geliştirilmesi ve inşaat malzemelerinin yeniden kullanımı ile geri dönüşüm konularına da odaklanılmıştır²⁵. Bütün bu hususlarla kapsayıcı şekilde döngüsel ekonomiye geçiş görülmüştür.

C. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları - 2030 Gündemi

Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilir kalkınma amaçları 2030 gündemine baktığımızda on yedi konunun olduğu görülmektedir. 2015 yılında bütün Birleşmiş Milletler Üye Devletlerince kabul edilmiş olan kalkınma amaçları şunlardır: "Yoksulluğa son, açlığa son, sağlık ve kaliteli yaşam, nitelikli eğitim, toplumsal cinsiyet eşitliği, temiz su ve sanitasyon, erişilebilir ve temiz enerji, insana yakışır iş ve ekonomik büyüme, sanayi yenilikçilik ve altyapı, eşitsizliklerin azaltılması, sürdürülebilir şehirler ve topluluklar, sorumlu üretim ve tüketim, iklim eylemi, sudaki yaşam, karasal yaşam, barış adalet ve güçlü kurumlar, amaçlar için ortaklıklar²⁶". Özellikle 12 numaralı amaç olan "Sorumlu Üretim ve Tüketim", döngüsel ekonomi ile doğrudan ilgilidir.

Birleşmiş Milletler'in bu sürdürülebilir kalkınma amaçlarını daha aktif hâle getirme hususunda döngüsel ekonomiyi kullanmak önem arz etmektedir. Nitekim bu bağlamda şu beş konuya öncelik verilmesi durumunda amaçların gerçekleşmesinin sağlanabileceği ifade edilmiştir: Adil ve kapsayıcı döngüsel ekonomi geçişinin sağlanması, kapsayıcı döngüsel ekonomiyi sağlamak için ulusal politikalar ve stratejileri kontrol etmek, kapsayıcı sürdürülebilirlik modelini teşvik etmek için uluslararası finansal mimariyi yeniden şekillendirmek, küresel ticaret sisteminin döngüsel ekonomiyi destekleyen mal ve hizmetleri ele alacak şekilde tekrar düzenlenmesi, döngüsellik için ortak standart ve kriterlerin belirlenmesi²⁷. Bu konularda idareye kritik görevler düşmektedir. Nitekim aşağıda bu hususlar ortaya konulmuştur.

D. Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) Çalışmaları

Birleşmiş Milletler Çevre Programı (*The United Nations Environment Programme - UNEP*) kaynak verimliliği ve döngüsel ekonomi üzerine çeşitli çalışmalar hazırlamıştır. Bu çalışmalar küresel kaynakların daha verimli kullanılması, atıkların azaltılması, sürdürülebilir üretim ve tüketim modellerinin teşviki gibi döngüsel ekonomi ile doğrudan ilgili konuları ele almaktadır. Bu raporlardan bazılarını kısaca bakmak isabetli olacaktır.

²⁵ European Commission, A new Circular Economy Action Plan, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>, (Erişim Tarihi: 27.01.2025).

²⁶ The 17 Goals, <https://sdgs.un.org/goals> (Erişim Tarihi: 16.02.2025).

²⁷ Bu konuda bkz. Patrick Schröder/Jack Barrie, How the Circular Economy Can Rescue the UN's Sustainable Development Goals and Shape What Follows Them: Proposed Guiding Principles for Immediate Action with a 2050 Policy Blueprint for the Circular Transition, London 2024, s. 23-47.

“Kaynak Verimliliği - Potansiyel ve Ekonomik Etkiler” isimli çalışmada döngüsel ekonominin önemine dikkat çekilmiştir²⁸. “Küresel Kaynaklara Bakış 2019 - İstedğimiz Gelecek için Doğal Kaynaklar” isimli çalışmada da döngüsel ekonomi vurgusu yapılmıştır²⁹. “Şehirlerin Ağırlığı - Geleceğin Kentleşmesinin Kaynak Gereksinimleri” isimli raporda, şehirlerin büyüyen nüfus ve kaynak taleplerine sürdürülebilir çözümler hususunda yaklaşımlar ortaya konulmakta ve ayrıca çalışmada kentlerin doğrusaldan döngüsel geçmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁰. “Ekonomilerde Döngüsellik Oluşturmak - Sürdürülebilir Satın Alma ve Kaynak Verimliliği Yoluyla” isimli çalışmada, sürdürülebilir tedarikte döngüsellik benimsenmek ve küresel düzeyde tedarik uygulamalarına döngüsellik dahil edilmesi gibi önemli konular kaleme alınmıştır³¹. “Tek Kullanımlık Plastikler - Sürdürülebilirlik için Bir Yol Haritası” başlıklı çalışmada ise plastik kirliliğini azaltmak için döngüsel ekonomi yaklaşımının benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir³².

E. OECD Döngüsel Ekonomi Raporları

OECD, döngüsel ekonomi ile ilgili birçok rapor hazırlamıştır. Bu raporlardan bazılarını kısaca değinmekte fayda vardır. Şehirlerde ve Bölgelerde Döngüsel Ekonomi Sentez Raporu’nda; şehirlerin ve bölgelerin döngüsel ekonomi vizyonu, politikaları, amaçlarının yanı sıra mevzuat, politika ve farkındalık eksiklikleri gibi önemli konular ele alınmıştır³³. Yakın tarihli olan Kaynak Verimli ve Döngüsel Bir Ekonomiye Doğru İlerlemenin İzlenmesi Raporu’nda ise döngüsel ekonomi bağlamında gösterge seti ile ölçüm ve veri kaynakları konuları incelenmiştir³⁴. Daha Yeşil Bir Dünya İçin Kaynak Verimliliğinin ve Ekonomilerin Döngüselliklerinin Artırılması isimli çalışmada ise malzeme tüketiminde geçmiş eğilimler, malzeme kullanımının gelecekte nasıl olacağı, malzeme kullanımının çevreye etkisi, mevcut politikalar ve politika önerilerine yer verilmiştir³⁵.

OECD’nin Türkiye ile ilgili raporlarına da kısaca bakmak yararlı olacaktır: “Çevresel Performans İncelemeleri - Türkiye 2019” raporunda sürdürülebilir kalkınma, çevresel yönetim ve yönetim, yeşil büyüme, iklim değişikliği, kent-

²⁸ UNEP, Resource Efficiency: Potential and Economic Implications, 2017, s. 36-37.

²⁹ UNEP, Global Resources Outlook 2019: Natural Resources for the Future We Want, 2019, s. 24, 30.

³⁰ UNEP, The Weight of Cities: Resource Requirements of Future Urbanization, 2018, s. 210.

³¹ UNEP, Building Circularity into Economies: Through Sustainable Procurement and Resource Efficiency, 2018, s. 5 vd., s. 23 vd.

³² UNEP, Single-Use Plastics: A Roadmap for Sustainability, 2018, s. 10.

³³ OECD, The Circular Economy in Cities and Regions Synthesis Report, OECD Urban Studies, Paris 2020, s. 43-76, s. 105-112.

³⁴ OECD, Monitoring Progress Towards a Resource-Efficient and Circular Economy, Paris 2024, s. 27-47.

³⁵ OECD, Improving Resource Efficiency and the Circularity of Economies for a Greener World, Paris 2020, s. 3 vd.

sel atık, su yönetimi konuları ele alınmıştır³⁶. Çalışmada, Türkiye ekonomisinin yüksek kaynak yoğunluğu ve fosil yakıtlara aşırı bağımlılığına dikkat çekildikten sonra döngüsel ekonomiye geçişte daha fazla ilerleme kaydetmesi gerektiği sonucuna varılmıştır³⁷.

F. Afrika Döngüsel Ekonomi İttifakı

Afrika Döngüsel Ekonomi İttifakı (*African Circular Economy Alliance - ACEA*) 2016 yılında kurulmuştur³⁸. Nijerya, Ruanda ve Güney Afrika'nın kurucu ülke olduğu; Benin, Burkina Faso, Kamerun, Fil Dişi Kıyıları, Çad, Etiyopya, Gana, Morityus, Fas, Senegal ve Sudan'ın üye olduğu ACEA, döngüsel ekonomi modellerinin Afrika Kıtası'nda uygulanmasını amaçlamaktadır³⁹. Dünya Ekonomik Forumunun hazırlamış olduğu "Afrika'da Döngüsel Ekonomi için Beş Büyük Konu Afrika Döngüsel Ekonomi Birliği" isimli raporda, Afrika özelinde döngüsel ekonomi ele alınmıştır⁴⁰. ACEA, döngüsel ekonomi ile ilgili beş konuyu ön plana çıkarmıştır. Bu konular şunlardır: Gıda sistemleri, paketleme, elektronik, moda ve tekstil, yapılaşmış çevre⁴¹.

G. Asya-Pasifik Ekonomik İş Birliği'nin Çalışmaları

Asya-Pasifik Ekonomik İş Birliği (*Asia-Pacific Economic Cooperation - APEC*) döngüsel ekonomiyi gündemine almıştır. "Endüstriyel Simbiyoz Yaklaşımı Kullanılarak APEC Bölgesindeki İnşaat Sektöründe Döngüsel Ekonominin Teşvik Edilmesi" isimli yakın tarihli raporda, APEC Bölgesindeki inşaat sektöründe döngüsel ekonominin teşviği ele alınmıştır⁴². Ayrıca çalışmada uzman ve paydaşlarla katılım çalıştayına da yer verilmiş olup birtakım tespitler ve öneriler ortaya konulmuştur⁴³.

2024 yılında İmalat Sanayinde KOBİ'lerin Döngüsel Ekonomi Uygulamalarını Teşvik Etmek için APEC Kapasite Geliştirme Çalıştayı düzenlenmiştir.

³⁶ OECD, Environmental Performance Reviews Turkey 2019, OECD Environmental Performance Reviews, Paris 2019, s. 55 vd.

³⁷ OECD, Environmental Performance Reviews Turkey 2019, s. 204.

³⁸ <https://www.aceaafrica.org/about-acea>, (Erişim Tarihi: 16.02.2025).

³⁹ Charting Africa's Path to Circularity, https://www.aceaafrica.org/_files/ugd/72f3d3_bd23b389e-b334658a3e331e66c9fc3ef.pdf, (Erişim Tarihi: 16.02.2025).

⁴⁰ World Economic Form, Five Big Bets for the Circular Economy in Africa African Circular Economy Alliance Insight Report, 2021, s. 6 vd.

⁴¹ <https://www.aceaafrica.org/5-circular-bets>, (Erişim Tarihi: 16.02.2025).

⁴² APEC, Promoting Circular Economy in the Construction Industry within the APEC Region Using an Industrial Symbiosis Approach APEC Policy Partnership for Science, Technology and Innovation, Singapur 2024, s. 7.

⁴³ APEC, Promoting Circular Economy in the Construction Industry within the APEC Region Using an Industrial Symbiosis Approach APEC Policy Partnership for Science, Technology and Innovation, s. 13-17.

Çalıştay sonucunda bir rapor yayınlanmış olup bu raporda KOBİ'lerin döngüsel ekonomiyi uygulamasını teşvik, döngüsel ekonomiyi uygulayan KOBİ'lere destek gibi konular ele alınmıştır⁴⁴.

Bu çalışmaların yanı sıra biyoekonomi, yeşil ekonomi ve döngüsel ekonominin incelendiği bir başka çalışmada bu üç kavram ele alınmıştır ve bu konuların APEC üye ekonomilerindeki durumu analiz edilmiştir⁴⁵. APEC'in bunlar haricinde özellikle son yıllarda döngüsel ekonomi ile ilgili birçok raporu bulunmaktadır. Örneğin APEC için Yeni Yollar Çizmek - Biyo-Döngüsel-Yeşil (BCG) Ekonomiden İlham Alan Sürdürülebilir Bir Gelecek, Tarımsal Kalıntıya Dayalı Enerji ve Döngüsel Ekonomide Sürdürülebilir Toplum için Yeşil Sinerji Çözümleri, APEC Bölgesinde Biyo-Döngüsel-Yeşil Ekonomi İlkesi Yoluyla Karbon Nötrlüğüne Ulaşılması bunlardan sadece birkaçıdır⁴⁶.

H. Çin'deki Gelişmeler ve 14. Beş Yıllık Plan

Çin'de döngüsel ekonomiye ilişkin ilk politika belgesi olan "Döngüsel Ekonominin Geliştirilmesinin Hızlandırılmasına İlişkin Devlet Konseyinin Birkaç Görüşü" başlıklı çalışma yayınlandı; 2008 yılında ise "Çin Halk Cumhuriyeti Döngüsel Ekonomiyi Teşvik Yasası" yürürlüğe girdi ve daha sonra özellikle şehirler bazında döngüsel ekonomiyi hayata geçirmek için birtakım adımlar atıldı; 2021 yılında "Yeşil, Düşük Karbonlu Döngüsel Ekonomik Sistemin Kurulmasının Hızlandırılması Rehberi" açıklandı ve Çin Komünist Partisi'nin 2022'deki 20. Ulusal Kongresi Raporu'nda "her türlü kaynağın verimli ve döngüsel kullanımı taahhüdü" yineleni⁴⁷. Çin'in döngüsel ekonomi için katetmesi gereken yollarının olduğunu söylemek gerekir. Bu bağlamda Çin Hükümeti'nin sadece örgütsel liderliğinin güçlü olması değil, aynı zamanda döngüsel ekonomi için enerji tasarrufu, emisyon azaltma teknoloji inovasyonu için yeşil sermayenin güçlendirilmesi maksadıyla yeşil fonlarının tahsisinin artırılması gerektiği savunulmuştur⁴⁸.

Sanayi ve üretimde önemli bir konum işgal eden Çin'de; aşırı paketleme, yüksek paketleme maliyetleri, kötü malzeme seçimine ve geri dönüşümdeki yetersizliklere dikkat çekilmiş ve Çin'de bu tür sorunları çözmek üzere birtakım düzenlemeler yapılsa bile henüz diğer gelişmiş ülkelerin gerisinde kaldığı ifade

⁴⁴ APEC, APEC Capacity Building Workshop to Promote MSMEs' Implementation of Circular Economy in Manufacturing Industries, APEC Small and Medium Enterprises Working Group, Workshop Summary Report, Singapur 2024, s. 6 vd.

⁴⁵ APEC, Understanding the Bio-Circular-Green (BCG) Economy Model, APEC SOM Committee on Economic and Technical Cooperation, Melbourne 2022, s. 15.

⁴⁶ <https://www.apec.org/>, (Erişim Tarihi: 18.02.2025).

⁴⁷ Shanshan Li/Zhengjun Hu, "The Impact of the Circular Economy Pilot Policy on Carbon Emissions in Chinese Cities and Its Underlying Mechanisms", (Sustainability, Y. 2024, C. 16, s. 1-25), s. 3-4.

⁴⁸ Li/Hu, s. 20.

edilmiştir⁴⁹. Çin’de döngüsel ekonominin teşvikinin istenilen sonucu vermediği, Çin hükümetinin bu konuda teşvikleri kullanma hususunda isteksiz olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Çin’in 14. Beş Yıllık Planı; ekonomik, sosyal ve çevresel olmak üzere üç ayak üzerine 2021-2025 yıllarını kapsayacak şekilde hazırlanmış ve 11 Mart 2021’de kabul edilmiştir⁵¹. Plan’da döngüsel ekonomi kavramı ile ilgili doğrudan değerlendirmeler olmasa da sürdürülebilir kalkınma, yeşil ekoloji ve enerji dönüşümü gibi döngüsel ekonomi ile ilgili kavramların ön plana çıkarıldığı görülmektedir⁵². Kaynakların kullanılması ve geri dönüşümün teşvikinin yanı sıra 14. Beş Yıllık Plan’ın döngüsel ekonomi gelişimi için çıkarıldığı belirtilmiştir⁵³. Bu Plan sonrasında Çin’in iklim değişikliği ile küresel mücadele hususunda çabalarını artırmada istekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁴. Bunun yanında Çin’in yeşil düşük karbonlu döngüsel kalkınma ekonomik sistemi kurma çabasında olduğu da değerlendirilmiştir⁵⁵. Ayrıca bu Plan’ın Çin’in karbon nötrlüğüne ilişkin 2060 hedefine ulaşmada kritik önemi haiz olacağı da ifade edilmiştir⁵⁶. Çin’in devasa olarak nitelendirilebilecek üretim gücüne sahip olduğu göz önüne alındığında, dünya için Çin’de döngüsel ekonomik anlayışın benimsenmesi ve pratiğe dökülmesi önem arz etmektedir.

Çin’in 2026-2030 yılları arasını kapsayan 15. Beş Yıllık Planı’na ilişkin hazırlıklar başlamıştır. Bu kapsamda kaynakların verimli ve döngüsel kullanımının güçlendirilmesi, karbon nötrlüğü hususunda istikrarlı çalışmaların yapılacağı ve yenilenebilir enerji tüketiminin artırılması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁷.

III. TÜRKİYE’DEKİ GELİŞMELER

Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Plan ve Programlar Genel Müdürlüğünün On İkinci Kalkınma Planı, TBMM Genel Kurulu tarafından

⁴⁹ Dongyuan Sun, “Circular Economy and Municipal Solid Waste Management in China”, (Journal of Education, Humanities and Social Sciences, Y. 2023, C. 8, s. 1756-1762), s. 1758-1759.

⁵⁰ Sun, s. 1760.

⁵¹ <https://www.undp.org/china/publications/issue-brief-chinas-14th-five-year-plan>, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁵² <https://www.undp.org/china/publications/issue-brief-chinas-14th-five-year-plan>, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁵³ Fangyang Zhu/Liangrong Lai/Zhidong Zhu/Xiaojie Zhang, “A Study on the Path of Improving the Performance of China’s Provincial Circular Economy-An Empirical Study Based on the fsQCA Method”, (Frontiers in Environmental Science, Y. 2022, C. 10, s. 1-19), s. 2.

⁵⁴ Cameron Hepburn/Ye Qi/Nicholas Stern/Bob Ward/Chunping Xie/Dimitri Zenghelis, “Towards Carbon Neutrality and China’s 14th Five-Year Plan: Clean Energy Transition, Sustainable Urban Development, and Investment Priorities”, (Environmental Science and Ecotechnology, Y. 2021, C. 8, s. 1-8), s. 2.

⁵⁵ Zhu/Lai/Zhu/Zhang, s. 2.

⁵⁶ Hepburn/Qi/Stern/Ward/Xie/Zenghelis, s. 2.

⁵⁷ https://english.www.gov.cn/news/202312/19/content_WS6580d2b6c6d0868f4e8e2507.html, (Erişim Tarihi: 23.02.2025).

31.10.2023 tarihinde 1396 karar numarası ile onaylanmıştır. Plan'a bakıldığında döngüsel ekonomiye ilişkin öngörüler olduğu görülecektir. Buna göre döngüsel ekonomi yatırımlarında kararlı adımlar atılarak 2053 yılına kadar net sıfır emisyon amacına ulaşılabileceği; sürdürülebilir ihracatı sağlamak için döngüsel ekonomiye uyumlu süreçlerin destekleneceği; atıkların endüstriyel kullanımı ve döngüsel ekonomi uygulamalarının yaygınlaşacağı; döngüsel ekonomiye geçiş için ürün yaşam döngüsü yönteminin yaygınlaştırılacağı; elektrikli teçhizat sektörünün döngüsel ekonomi ile ilgili yol haritasının belirleneceği; otomotiv sektöründe, orman ürünlerinin kullanımında, güneş paneli ve batarya ekipmanlarında döngüsel ekonomiye geçişin sağlanacağı; inşaat sektöründe çalışanların döngüsel ekonomi alanındaki bilgi ve becerilerinin geliştirileceği; döngüsel ekonomi kriterleri bağlamında atıksu arıtma tesislerinin tasarım normları ile kriterlerinin tespit edileceği; katı atık yönetiminde döngüsel ekonomi ilkelerinin gözetileceği öngörülmüştür⁵⁸. Ayrıca Plan'da Ulusal Döngüsel Ekonomi Eylem Planı'nın hazırlanacağı da belirtilmiştir⁵⁹.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı döngüsel ekonomi ile ilgili çeşitli faaliyetler yürütmektedir. Bu bağlamda çalıştaylar düzenlemekte, konferans ve eğitim vermektedir⁶⁰. Ayrıca döngüsel ekonomiye geçişin teşviki ile ilgili olan Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, AB ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, AB Yatırımları Dairesi Başkanlığının sözleşme makamı olduğu 07.02.2022 başlangıç ve 11.02.2025 bitiş tarihli "Türkiye'nin Döngüsel Ekonomiye Geçiş Potansiyelinin Değerlendirilmesi için Teknik Destek Projesi (DEEP)" de önem arz etmektedir⁶¹. Projenin çıktısı olarak "Ulusal Döngüsel Ekonomi Stratejisi ve Eylem Planı (UDE-SEP)" hazırlanmıştır⁶². Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı ayrıca İklim Değişikliği Azaltım Stratejisi ve Eylem Planı'nda (2024-2030) tüm imalat sanayisine ilişkin sektörlerde döngüsel ekonominin teşvik edilmesi, atık yönetiminin döngüsel ekonomi prensipleri doğrultusunda iyileştirilmesi stratejilerini ortaya koymuştur⁶³.

Hazine ve Maliye Bakanlığı 12 Mart 2021 tarihli Ekonomi Reformları kitabında cari açığın incelendiği bölümün "Sanayide Yeliş Dönüşüm" başlıklı kısımda

⁵⁸ Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), 2023, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Planı_2024-2028_11122023.pdf, (Erişim Tarihi: 22.02.2025), s. 48, 64, 82, 86, 93, 94, 102, 107, 148, 214.

⁵⁹ On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), s. 214.

⁶⁰ <https://dongusel.csb.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁶¹ https://webdosya.csb.gov.tr/db/dongusel_en/icerikler/2_ingr-d_v-ves_en-20221011181945.pdf, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁶² <https://iklim.gov.tr/turkiyenin-ulusal-dongusel-ekonomi-eylem-planı-hazırlandı-haber-4421>, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁶³ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, İklim Değişikliği Azaltım Stratejisi ve Eylem Planı'nda (2024-2030), [https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/%C4%B0iklim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20Azalt%C4%B1m%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan%C4%B1%20\(2024-2030\).pdf](https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/%C4%B0iklim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20Azalt%C4%B1m%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan%C4%B1%20(2024-2030).pdf), (Erişim Tarihi: 22.02.2025), s. 86, 150.

“Ulusal Döngüsel Ekonomi Eylem Planı”nın hazırlanacağı belirtilmiştir⁶⁴. Yine aynı kısımda; kaynak verimliliğinin yüksek olduğu ve enerjisini kendisinin karşıladığı OSB’lerin hayata geçirileceği, yeşil üretimlerin yapılabilmesi maksadıyla teknolojilerin geliştirilip yaygınlaştırması için AR-GE çalışmalarının destekleneceği, yeşil finansmanın gelişimini temin edecek ekosistemin güçlendirileceği ve uluslararası yeşil finansmandan Türkiye’nin alacağı payın artmasını sağlamak için gerekli çalışmaların yürütüleceği, çevreye duyarlı yani sürdürülebilir ve akıllı taşımacılığın altyapısının geliştirileceği, elektrikli araçlar için şarj altyapısının hayata geçirileceği, hizmet araçlarında ve toplu taşıma filolarında elektrikli araçların kullanılmasının teşvik edileceği de yazmaktadır⁶⁵.

Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ise 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi isimli kitabında dijital dönüşüm ve sanayi hamlesinin ele alındığı kısımda döngüsel ekonomi bağlamında “Ekonomik Değerli Atık İzleme Sistemi”nin kurulması maksadıyla Sanayi Sicil Bilgi Sisteminin geliştirileceğini belirtmiştir⁶⁶.

Ticaret Bakanlığı, “Yeşil Mutabakat Eylem Planı”nı kaleme almıştır. Kitabın ikinci bölümü eylem planı hedeflerini ele almıştır ve bunlardan birisi yeşil ve döngüsel ekonomi eylem planıdır⁶⁷. Ticaret Bakanlığı bu eylem planını hazırlarken Avrupa Konseyi’nin “Döngüsel Ekonomi Eylem Planı”ndaki politikalara koşut şekilde “Ulusal Döngüsel Ekonomi Planı” hazırlanacağı belirtilmiştir⁶⁸. Yeşil ve döngüsel eylem planı kapsamında şu kararlar alınmıştır⁶⁹: Döngüsel ekonomi çerçevesinde öncelikli sektörler belirlenerek, sektörlerle yönelik detaylı etki ve ihtiyaç analizi çalışmaları yapılacaktır. AB’nin Döngüsel Ekonomi Eylem Planına adaptasyonu sağlayacak bir Döngüsel Ekonomi Eylem Planı hazırlanacaktır. Yeşil OSB ve Yeşil Endüstri Bölgesi sertifikasyon sisteminin hayata geçirilmesine yönelik teknik ve idari çalışmalar tamamlanacaktır. Yeşil dönüşüm için gerekli teknolojik altyapı güçlendirilecek ve tüm paydaşlarla birlikte belirlenecek olan teknoloji yol haritası kapsamında sektörel AR-GE çalışmaları desteklenecektir. Ülkemizde, “Yaşam Döngüsü Değerlendirmesi” çalışmalarının yaygınlaştırılması kapsamında “Ulusal Yaşam Döngüsü Değerlendirmesi (YDD) Veri Tabanı” geliştirilecek ve “Ulusal YDD Platformu” kurulacaktır. AB tarafından hayata ge-

⁶⁴ Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ekonomi Reformları, 2021, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomik-Reformlar-Kitapcigi.pdf>, (Erişim Tarihi: 28.01.2025), s. 50.

⁶⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ekonomi Reformları, s. 50.

⁶⁶ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi, 2019, <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/SanayiStratejiBelgesi2023.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.02.2025), s. 49.

⁶⁷ Ticaret Bakanlığı, Yeşil Mutabakat Eylem Planı, 2021, <https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%20C5%9E%20C4%B0L.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.02.2025), s. 14.

⁶⁸ Ticaret Bakanlığı, Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021, s. 16.

⁶⁹ Ticaret Bakanlığı, Yeşil Mutabakat Eylem Planı 2021, s. 18-19.

çirilecek Sürdürülebilir Ürün Mevzuatı, AB Kimyasallar Mevzuatı, Eko-Tasarım ve Enerji Etiketlemesi Mevzuatlarına uyum yoluyla yeşil ve döngüsel ekonomiye destekleyecek düzenleyici çerçeve güçlendirilecektir. Sürdürülebilir Ürün İni-
siyatifi, AB yasal çerçevesi ve bu kapsamda sektörel stratejilerin açıklanmasının
akabinde mevzuat uyum çalışmaları ile birlikte sektörel bazda bilgilendirme faa-
liyetleri gerçekleştirilecektir. İçme suyu kaynaklarında endokrin bozucu kimya-
salların takibine yönelik çalışmalar yürütülecektir. Su tüketiminin fazla olduğu
tekstil sektöründe temiz üretim mevzuatı güncellenecek, deri sektörü için temiz
üretim mevzuatı oluşturulacak, tekstil ve deri sektöründe temiz üretim uygula-
malarına ilişkin eğitim programları düzenlenecektir. AB Entegre Kirlilik Önle-
me ve Kontrol (EKÖK) mevzuatının uygulanmasına yönelik ulusal eylem planı
ve uygulama takvimi hazırlanacaktır. Ulusal Sürdürülebilir Tüketim ve Üretim
Eylem Planı hazırlanacaktır. Arıtılmış atık suların kullanımının geliştirilmesi ve
yaygınlaştırılması sağlanacaktır. Su Yeniden Kullanım Ulusal Master Planı hazır-
lanacaktır. Sektörel Su Tahsis Planları ışığında su ayak izi ile ilgili rehber dokü-
man hazırlanacaktır. Su kaynaklarının yönetiminde uzaktan algılama, sensörler
ve bilişim uygulamalarının kullanımı, faydaları, gelişmeye açık yönleri üzerinde
araştırmalar yapılacaktır. Türkiye Çevre Etiket Sistemi yaygınlaştırılacak ve AB
ile iş birliği olanakları araştırılacaktır. Çevre etiketi ve atık yönetimi konularında
başta KOBİ'ler olmak üzere firmalara yönelik bilgilendirme faaliyetleri gerçək-
leştirilecektir. "26 Düzey 2 Bölgesinde" kurulu Kalkınma Ajansları tarafından
bölgelerde yeşil ve döngüsel ekonomiye geçişi desteklemek amacıyla kaynak ve-
rimliliği çalışmaları yürütülecektir. Sanayide yeşil ve döngüsel üretime ve emis-
yon azaltımına katkıda bulunacak faaliyetlerde/projelerde uluslararası finansman
kaynaklarının ve IPA fonlarının kullanımı desteklenecektir."

Dünya Bankası tarafından "AB'nin Küresel Değer Ekosisteminde Türkiye'nin
Döngüsel Ekonomiye Geçişi" raporu yayınlanmıştır. Rapor'da Türkiye'nin
hâlihazırdaki durumu ele alınmış ve döngüsel ekonomiye tam geçişin senaryosu,
AB ile mevzuat uyumlaştırması, tam geçişi tetiklemek ve hızlandırmak için po-
litikalar ele alınmıştır⁷⁰. Dünya Bankası'nın bir başka raporu "Türkiye'nin Dön-
güsel Ekonomiye Geçişinin Makroekonomik, Ticari ve Endüstriyel Etkileri" baş-
lıklıdır. Bu raporda ise Türkiye'nin döngüsel ekonomiye geçişte makroekonomik
etkileri, Türk sanayisinin küresel döngüsel değer zincirlerinde konumlandırılması
ve Türkiye'de rekabetçi bir döngüsel ekonomi oluşturmak için sektörlerin önce-
liklendirilmesi konuları ele alınmıştır⁷¹.

⁷⁰ The World Bank, Türkiye's Circular Economy Transition in the EU's Global Value Chain Ecosy-
stem, Washington 2025, s. 10 vd.

⁷¹ The World Bank, Economic, Trade, and Industry Implications of the Circular Economy Transition
in Türkiye, Washington 2025, s. 3 vd.

Bunların haricinde İstanbul Kalkınma Ajansı 2022 yılında “Döngüsel Ekonomi ve Kaynak Verimliliği Platformu Projesi”nin lansmanını gerçekleştirmiş⁷² ve bunun sonucunda üç sektördeki yirmi bir şirkete döngüsel ekonomi konusunda destek sağlanmıştır⁷³.

Üniversitelerde döngüsellik ile sürdürülebilirliğin önemine doktrinde dikkat çekilmiş ve Türkiye’deki üniversitelerde çevreye ilişkin anlayışın döngüsellikten ziyade sürdürülebilirlik temalı eğitim ve uygulamaların olduğu belirtilmiştir⁷⁴. Ayrıca çalışmada Ortadoğu Teknik Üniversitesi, Özyeğin Üniversitesi ve Başkent Üniversitesinde döngüsel ekonomiye ilişkin faaliyetler hakkında bilgi verilmiştir⁷⁵. İstanbul Üniversitesi, Döngüsel Ekonomi Birimi kurmuştur⁷⁶. İstanbul Üniversitesinin bu adımı Türkiye’deki üniversiteler bakımından önemli bir örnek oluşturmaktadır.

TÜSİAD’ın “Avrupa Yeşil Mutabakatı Döngüsel Ekonomi Eylem Planı Türk İş Dünyasına Neler Getirecek? Projesi”ne de değinmek gerekir. TÜSİAD bu projenin amacını ortaya koyarken; Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Döngüsel Ekonomi Eylem Planı dahilinde AB düzenleme ve dokümanlarını inceleyerek sürdürülebilir ürün, iş ve hizmet modelleri geliştirilmesi planlanan düzenlemeleri tayin etmek; sektörlerle bağlantısı ve etkileşimini belirleyerek bu düzenlemelerin ulusal düzeydeki mevzuattaki karşılıkların tespiti ve hâlihazırdaki durumun analizinin yapılacağını ortaya koymak hususlarına vurgu yapmıştır⁷⁷. Öte yandan projenin bir başka amacı olarak AB’nin döngüsel ekonomi ile hangi yönde harekete geçeceği, hangi sektörlerin ne gibi değişikliklere maruz kalacağı ele alınarak Türkiye mevzuatındaki düzenlemelerin incelenip nasıl bir gözden geçirme çalışmasına ihtiyaç olduğunun saptanacağı amaçlanmıştır⁷⁸.

Hâlihazırda TBMM’nin gündeminde bulunan 21.02.2025 tarih ve 2/2927 esas numaralı “İklim Kanunu Teklifi”ne⁷⁹ de bir parantez açmak gerekir: Söz ko-

⁷² <https://www.istka.org.tr/haber/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimliliği-platformu-projesi-tanitildi>, (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁷³ <https://www.isoyesilblog.com/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimliliği-platformu-projesi-sona-erdi/>, (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

⁷⁴ Nazmiye Erdoğan, “Döngüsel Ekonomi ve Üniversitelerde Çevre Yönetimi”, Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022, s. 304.

⁷⁵ Erdoğan, s. 306-307.

⁷⁶ <https://donguseleekonomi.istanbul.edu.tr/tr/content/dongusel-ekonomi/dongusel-ekonomi-nedir%3F>, (Erişim Tarihi: 22.02.2025).

⁷⁷ TÜSİAD, Avrupa Yeşil Mutabakatı Döngüsel Ekonomi Eylem Planı Türk İş Dünyasına Neler Getirecek? Projesi”, 2021, file:///C:/Users/Casper5/Downloads/tusiad-dongusel-ekonomi-raporu-haziran-2021.pdf, (Erişim Tarihi: 01.02.2025), s. 6.

⁷⁸ TÜSİAD, Avrupa Yeşil Mutabakatı Döngüsel Ekonomi Eylem Planı Türk İş Dünyasına Neler Getirecek? Projesi”, s. 6.

⁷⁹ <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T2/WebOnergeMetni/c0986a6f-d636-4c89-a92f-5db951eeeb09.pdf>, (Erişim Tarihi: 21.03.2025).

nusu Kanun Teklifi'nin genel gerekçesinde döngüsel ekonomi ile uyumlu şekilde temiz teknoloji ve yenilenebilir enerji kullanımının artırılması, yutak alanları ve korunan alanların korunmak suretiyle artırılmasının hedeflendiği belirtilmiştir. İklim Kanunu Teklifi'nin 5. maddesinin 4. fıkrası⁸⁰ ve 8. maddenin 1. fıkrasının b bendi⁸¹ döngüsel ekonomiye ilişkin hükümler öngörmüştür. Diğer taraftan 8. maddenin 1. fıkrasının b bendinin gerekçesinde döngüsel ekonomi, "yeşil büyümenin gerçekleşmesinde önemli mihenk taşlarından biri" olarak nitelendirilmiştir⁸².

IV. İDARENİN HUKUKİ MUAMELELERİ EKSENİNDE DEĞERLENDİRME

İdare hukuku, döngüsel ekonomiye; döngüsel ekonomi ise idare hukukuna katkı sağlayacaktır. Zira döngüsel ekonomiye geçiş idarenin, fazla ön planda olmayan özendirme-destekleme ve öngörme faaliyetlerinin hukuki rejiminin gelişimini sağlayacaktır. İdare hukukunun genel esaslarına ilişkin kurumlar, kurallar ve esaslar ise döngüsel ekonomiye geçişi kolaylaştıracaktır. Tan, bir eserinde Fransız hukukçu Bonnard'ın idare hukukunun gelişmesini devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahale etmesine ve bu müdahalenin şekillerine bağladığını aktarmıştır⁸³. Dolayısıyla döngüsel ekonomiye geçişte idarenin kilit role sahip olmasının yanında döngüsel ekonomi modelinin idare hukukunun gelişimine katkı sunacağı da ifade edilmelidir.

Anayasa'nın dördüncü kısmının ikinci bölümü "Ekonomik Hükümler" başlığını taşımaktadır. Bu bölümdeki 166. madde "planlama" ile ilgili olup aşağıda idarenin öngörme faaliyeti bağlamında ele alınacaktır⁸⁴. Anayasa'nın 167 ve devamı maddeleri idarenin kolluk faaliyeti ile ilgilidir ve aşağıda ekonomik kamu düzeninin ele alındığı kısımda incelenmiştir⁸⁵.

⁸⁰ "Kurum ve kuruluşlar; net sıfır emisyon hedefi ve döngüsel ekonomi yaklaşımı ile uyumlu olacak şekilde, Ulusal Katkı Beyanında yer alan sektörlerde uygulanmak üzere enerji, su ve hammadde verimliliği, kirliliğin kaynağında önlenmesi, yenilenebilir enerji kullanımının artırılması, ürünlerin, işletmelerin, kurum ve kuruluşların karbon ayak izinin azaltılması, alternatif temiz veya düşük karbonlu yakıtların ve hammaddelerin kullanımı, elektrifikasyonun yaygınlaştırılması, temiz teknolojilerin geliştirilmesi ve kullanımının artırılması gibi azaltım önlemlerinin alınması, bu önlemlerin adil geçiş gereklilikleri gözetilerek uygulanması ile sıfır atık sisteminin kurulması, uygulanması ve izlenmesiyle yükümlüdür."

⁸¹ "Döngüsel ekonomi hedefleri ve sıfır atık uygulamaları çerçevesinde ürünlerin yeniden kullanımı, atıkların yan ürün, alternatif hammadde olarak kullanılması ve geri dönüşüm/geri kazanım ile elde edilen ürünlerin zorunlu kullanım oranlarının belirlenmesine yönelik çalışmalar ilgili bakanlıklarla koordineli olarak Bakanlık tarafından yapılır ve buna dair destek mekanizmaları geliştirilir."

⁸² "Yeşil büyümenin gerçekleşmesinde önemli mihenk taşlarından biri olan döngüsel ekonomi ve sıfır atık uygulamaları ürünlerin yeniden kullanımını ve geri kazanımını sağlamaktadır. Bu minvalde, fıkranın (b) bendinde, bu uygulamalara yönelik destek mekanizmalarının da geliştirileceği hüküm altına alınmaktadır."

⁸³ Turgut Tan, "Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi", (Amme İdaresi Dergisi, Y. 1975, C. 8, S. 2, s. 33-49), s. 33.

⁸⁴ Bkz. aşağıda V-C.

⁸⁵ Bkz. aşağıda V-A.

Anayasa'nın 5. maddesi devletin temel amaçları ve görevlerini hüküm altına almıştır. Bu maddeye göre devletin temel amaç ve görevlerinden birisi de temel hakların önündeki ekonomik engelleri ortadan kaldırmaktır. Döngüsel ekonominin hayata geçirilmesi birçok yönden ekonomik kalkınmaya katkı sağlayabilecek bir husus olabilir. Öte yandan günümüz dünyasında döngüsel ekonomi çerçevesinde hareket edilmemesi durumunda birtakım ekonomik engeller vuku bulabilir. Dolayısıyla Anayasa'nın bu maddesini döngüsel ekonomi bağlamında okumak mümkündür. Burada Anayasa'nın 65. maddesine de bakmak gerekir. Çalışmanın konusu yönünden bu maddeye bakıldığında Anayasa'da devlete ekonomik alanla ilgili verilen görevler, bu görevlerin amaçlarına uygun olan öncelikleri göz önünde bulundurularak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceğinin düzenlendiği görülmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesi çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre herkes istediği alanda çalışabilme ve sözleşme yapabilme ve özel teşebbüs kurabilme hakkını haizdir. Ayrıca yine bu maddeye göre devlet, özel teşebbüslerin sosyal maksatlara ve millî ekonominin gerektirdiği hususlara uygun işlemlerini, kararlılık ve güvenlik içinde çalışmasını sağlayabilmek adına gerekli tedbirleri alır. Bu madde, ekonomik düzenin ana unsurlarından birisidir⁸⁶. Kaynakların insan nüfusu karşısındaki yetersizliği ihtimali nedeniyle döngüsel ekonomi günümüz dünyasının en önemli gündem maddelerinden birisi olmuştur veya olacaktır. Hâl böyleyken idarenin döngüsel ekonominin temel esasları bağlamında gerekli işlemleri yapması ve faaliyetleri yürütmesi elzemdir. Anayasa'nın 48. maddesi bağlamında döngüsel ekonominin "millî ekonominin gerekleri"nden birisi olarak görülmesi gerekir. Bu durumda idareye önemli vazifeler düşmektedir.

A. İdarenin Düzenleyici Rolünün Önemi

Düzenleme, bazı yazarlar tarafından idarenin ayrı bir faaliyeti olarak ele alınmıştır⁸⁷. Ayrıca düzenleme, "idarenin çeşitli faaliyet alanlarında en azından çekirdek unsurlarıyla yer verilen bir faaliyet" olarak nitelendirilmiştir⁸⁸. Çalışmada, idarenin düzenleyici rolü bir idari faaliyet olarak ele alınmamış olup geniş anlamıyla idarenin düzenleme yetkisi bağlamında değerlendirilmiştir.

Yasamanın usulleri, işleyiş tarzı ve birtakım teknik sebeplerle idarenin düzenleme yapabilme kudreti ile donatılması zaruri hâle gelmiştir⁸⁹. Devlet işleme-

⁸⁶ Özge Okay-Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, İstanbul 2011, s. 158.

⁸⁷ Taner Ayanoğlu, "Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru", (İHİD, Y. 2000, C. 13, S. 1-3, s. 1-66), s. 69.

⁸⁸ Cenk Yaşar Şahin, *Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları*, İstanbul 2010, s. 103.

⁸⁹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. B.*, İstanbul 1966, s. 371-372.

rinde yürütme ve kural koyma olmak üzere iki temel fonksiyon ön plana çıkmaktadır⁹⁰. Yürütme fonksiyonu somut durumlara uygulanan birel işlemler aracılığıyla yerine getirilirken, kural koyma fonksiyonu ise düzenleyici işlemler aracılığıyla uygulanır⁹¹. Döngüsel ekonomi bağlamında uygulama yetkisinin önemi aşağıdaki başlıkta incelenecektir. Soyut, genel ve kişilik dışı kural koyma yetkisi yasama organını ilgilendirse de idarenin de böyle bir yetkisinin olduğu ortadadır. Nitekim cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelikler ve öteki düzenleyici idari işlemler bunun sonucudur.

İdarenin düzenleyici rolü Anayasa'da hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple idarenin düzenleme yetkisi, yürütme yetkisinin zorunlu unsuru hâline gelmiştir⁹². Bir alanı ilk elden düzenleme yetkisine yasama organı sahip olmakla birlikte cumhurbaşkanlığı kararnameleri de Anayasa madde 104 hükmü gereği düzenleme alanına giren konularda tıpkı kanun gibi ilk elden düzenleme yapabilir. Ayrıca Anayasa madde 124'te kamu tüzel kişileri, cumhurbaşkanı ve bakanlıklara yönetmelik çıkarma yetkisi vermiştir. Fakat yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler bir alanı ilk elden düzenleyemez. İdarenin cumhurbaşkanlığı kararnamesi dışında bir alanı ilk elden düzenlemesi söz konusu olamaz ve buna *secundum legem* ilkesi denir⁹³. Dolayısıyla idarenin düzenleme yetkisi kural olarak bağımlı ve türevidir⁹⁴.

Doktrinde “ekonomik regülasyon” kavramı da bulunmaktadır. Buna göre ekonomik regülasyon, serbest piyasanın bireylerin kendi çıkarlarını gözeterek kamu yararını otomatik olarak sağlayacağı varsayımının gerçekleşmediği ve bazı piyasa aksaklıklarına yol açtığı durumlarda, kamusal girişime başvurmaksızın bu aksaklıkları düzeltmek amacıyla yapılan kamu müdahalesidir⁹⁵. Öte yandan bu kavram fiyatlandırmanın, piyasaya giriş ve çıkışların, rekabet ve kârlılığın düzenlenmesi ile ilgilidir⁹⁶. Döngüsel ekonomi bağlamında yapılacak düzenlemeler hiç şüphesiz bu konuları da kapsayabilir fakat aynı zamanda bu konuları aşkındır. Zira döngüsel ekonomi yukarıda da belirtildiği üzere kullan-at modelinin yerine “kullan ve sonra yeniden kullan” anlayışının benimsenmesine hizmet etmektedir.

İdareye kamu yararının tesisi amacıyla sosyal ve ekonomik hayata ilişkin düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Döngüsel ekonominin işlerlik kazanması

⁹⁰ Burak Öztürk, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara 2009, s. 74.

⁹¹ Öztürk, s. 74.

⁹² Ragıp Sarıca, Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti, İstanbul 1943, s. 317.

⁹³ Kemal Gözler, İdare Hukuku C. I, 2. B., Bursa 2019, s. 152.

⁹⁴ Lutfi Duran, “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?”, (İHİD, Y. 1983, C. 4, S. 1-3, s. 33-42), s. 38-39.

⁹⁵ Şahin, s. 75.

⁹⁶ Şahin, s. 2.

idarenin düzenleyici mekanizması ile yakından ilgilidir. Teknolojik gelişmelerle şekillenen yeni ekonomik modeller idarenin bu alandaki düzenleyici rolünü gündeme getirmektedir.

Ekonominin bütün alanlarında devletin düzenleyici rolünü aktif olarak yerine getirmesi gerekir; zira devletin denetimi, gözetimi veya düzenlemesi olmadan piyasaların kendi dinamikleriyle ahenkli çalışabilme yetisine sahip olduğunu düşünmek isabetli bir yaklaşım olmayacaktır⁹⁷. Devletin ekonomik hayatı tasarlama ve bu hususta düzeni koruma adına rolü artmış olup yasama-yürütme dengesi bağlamında yürütme organının lehine gelişmeler yaşanmıştır⁹⁸. Devletin ekonomik hayata her geçen gün daha fazla müdahale etmek zorunda kaldığı belirtilmiştir⁹⁹. Devletin ekonomik alandaki düzenleme fonksiyonu özel idari kolluğun türlerinden birisi olan ekonomik kolluğun gereğidir¹⁰⁰. Ekonomik alanın özellikleri sebebiyle yürütmeye esnek ve geniş düzenleme yetkisi tanınmıştır¹⁰¹. İdarenin, özellikle faaliyetlerinin hukuki rejimi ekseninde uygun düzenlemeleri yapması zaruridir.

Döngüsel ekonomi bağlamında sıfır atık projeleri ve atık yönetimi gibi konuların hukuki alt yapısının güçlendirilmesi önemli olup depozito yönetim sistemlerinin kaynakların verimli kullanımı ve sürdürülebilirliğe katkı sağladığı belirtilmiştir¹⁰². Döngüsel ekonomi özel sektörün kendi kendine adapte olabileceği bir model değildir. Bu sebeple özel sektörün döngüsel ekonomi modellerini uygulayabilmesinde idarenin düzenleme yetkisi önemli bir rol oynar. Zira genel, soyut ve kişilik dışı kurallar bir meselenin sistemleşmesinde en önemli rollerden birisini sağlar. Bu sayede ortaya konan hukuk normları hedeflenen amacı gerçekleştirmeye hizmet eder. Zira hukuk normlarına aykırılık neticesinde verilen tepki olan yaptırım sayesinde insanlar düzenlemenin amacına hizmet etmeye zorlanır.

Döngüsel ekonomiye geçişin sağlanmasında sağlam temelleri olan bir kanuni düzenleme elzem gibi görünmektedir. Kanunla çerçeve çizildikten sonra idareye düzenleme hususunda önemli görevler hiç şüphesiz düşecektir. İdare yapacağı düzenlemelerle döngüsel ekonomi ilkelerinin sağlanmasında bütün aktörlere rehberlik edebilecektir.

⁹⁷ Sedat Çal, "Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler", (Sosyoekonomi Dergisi, Y. 2010, C. 13, S. 13, s. 59-79), s. 64.

⁹⁸ Turgut Tan, "Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku", (Amme İdaresi Dergisi, Y. 1972, C. 5, S. 1, s. 15-42), s. 29.

⁹⁹ Sırrı Düğer, "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2022, C. 26, S. 1, s. 427-475), s. 434.

¹⁰⁰ Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", (Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1990, C. 7, s. 159-178), s. 166.

¹⁰¹ Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", s. 174.

¹⁰² Zeynep Nihal Aydınoglu-Yalçın, "Türkiye Çevre Ajansının Hukuki Yapısı ve Çevrenin Korunmasındaki Rolü", (Kırıkkale Hukuk Mecmuası, Y. 2024, C. 4, S. 2, s. 459-491), s. 478 vd.

B. İdarenin Uygulama Yetkisinin Önemi

İdare birel işlemler vasıtasıyla somut, kişisel ve özel işlemler tesis etmektedir¹⁰³. İdarenin birel işlem yapma yetkisi sayesinde soyut ve genel düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması sağlanmakta ve hukuki düzen tesis edilebilmektedir. Ayrıca birel işlem yapma yetkisi idarenin, acil durumlara hızlı şekilde müdahale etmesini sağlamanın yanı sıra bireylerin haklarını da korur. Zira bu sayede bireyler statülerinin gereği olan hakları somut olarak kullanabilir duruma gelmektedirler. Bütün bunların yanı sıra döngüsel ekonomiye geçişte idarenin uygulama işlemleri yapması kritik öneme sahiptir. Zira idarenin bu bağlamda tesis edeceği birel işlemler döngüsel ekonomiye ilişkin hukuki durumları somutlaştıracaktır. Aşağıda idarenin faaliyetlerinin ele alındığı kısımda da görüleceği üzere idare, birtakım teşvik işlemlerini yapması gerekecektir. Ayrıca bu süreci zedeleyecek kişileri caydırmak ve cezalandırmak amacıyla idari yaptırım da tesis edebilecektir.

Esasında döngüsel ekonomi bağlamında idarenin birel işlem yapma yetkisi özellikle teşvik işlemleri ve yaptırım işlemleri ile ön plana çıkmaktadır. Ekonomik, sosyal veya çevresel hedeflere ulaşmak amacıyla birtakım somut ve kişisel işlemler yapılması zaruridir. Teşvik işlemleri olarak nitelendirilebilecek bu işlemlere örnek olarak; vergi muafiyetleri, devlet yardımları ve teşvik belgeleri örnek gösterilebilir. Teşvik işlemlerinin günümüzde çevresel sürdürülebilirlik yönünden büyük bir öneme sahip olduğunu söylemek gerekir. İdarenin bu nitelikteki işlemleri kamu politikalarının etkin bir şekilde uygulanması ve hedeflere ulaşılmasına hizmet eder.

Döngüsel ekonomiye geçişte teşvik işlemleri ile bağlantılı bir diğer boyut idarenin özendirme-destekleme faaliyetidir. Bu konu aşağıda incelenmiştir. Dolayısıyla idarenin bu alandaki birel işlemlerini özendirme-destekleme faaliyetinin hukuki rejimi ekseninde incelemek uygun olacaktır. Döngüsel ekonomiye geçişte hangi tür teşvik işlemlerinin yapılması gerektiğine ancak bu iki konunun birlikte ele alınması ile ulaşılabilir. Öte yandan bütün bunlardan da önce, idarenin isabetli öngörülerde bulunması kritik önem taşımaktadır.

Birel idari işlemler yararlandırıcı - yükümlendirici şeklinde ayrıma tabi tutulabilmektedir¹⁰⁴. Yükümlendirici işlemler, kişinin hukuki durumunu sınırlayıp bir şeyden kaçınmak yahut bir şeye katlanmak gibi yükümlülükler yükler¹⁰⁵. Yükümlendirici işlemler insan hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğini taşıyabileceğinden idareye kanunla bu konuda açıkça yetki verilmiş olması gerekir¹⁰⁶. İdarenin

¹⁰³ Lütfi Duran, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 394.

¹⁰⁴ Gözler, C. I, s. 793.

¹⁰⁵ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara 2000, s. 55-56.

¹⁰⁶ Akyılmaz, s. 56.

uygulama yetkisinin en önemli çıktılarından bir diğerinin yaptırım uygulama yetkisi olduğuna yukarıda dikkat çekildi. Nitekim ekonomik faaliyetin kamu yararına uygun şekilde yürütülebilmesi amacıyla devlet özel ekonomik faaliyetlere müdahale etmekte ve bazı yaptırımlar uygulamaktadır¹⁰⁷. İdari yaptırım işlemleri, muhatabının hukuki durumunu sınırlandırıp onu bir yükümlülük altına soktuktan yükümlendirici idari işlemlerdendir¹⁰⁸. İdari yaptırım uygulama yetkisi kamu düzeninin korunması ve toplum huzurunun sağlanması hususunda idarenin elinde bulunan önemli bir araçtır. Bu işlemler sayesinde idare hızlı ve etkin bir şekilde hukuka aykırılığa tepki verir. Döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde tespit edilecek hususlara aykırı davranışların ortaya çıkması her zaman ihtimal dahilindedir. Bu aykırı davranışlar döngüsel ekonomiye geçişi sekteye uğratabileceği gibi yapılan planların işlevsizleşmesine de sebebiyet verebilir. Bu durumda idari yaptırımların caydırıcılık ve tedip edici özelliğinden istifade etmek gerekir. İdari yaptırım tehdidi altında olan kişiler süreci baltalayacak girişimlerde bulunmaktan imtina edeceklerdir. Şayet buna rağmen ilgili kabahati işlemleri durumunda ise idari yaptırım ile cezalandırılacaklardır.

Döngüsel ekonomi kavramını doğrudan ele alarak düzenlenmiş bir kabahat tespit edilememiş olsa da mevzuatta hâlihazırda döngüsel ekonomi ile ilgili kabahat tiplerinin olduğu söylenmelidir. Örneğin idari yaptırımlar için genel kanun olan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 1. maddesinde Kanun'un amaçlarından birisinin çevreyi korumak olduğu düzenlenmiş ve 41. maddesinde çevreyi kirlilme kabahati hüküm altına alınmıştır.

Türkiye'de döngüsel ekonomiye geçiş için birtakım planlamalar yapıldığına yukarıda değinildi. Bu planların hayata geçirilmesi sürecinde bazı teşvik programlarının öngörüldüğüne de dikkat çekildi. İşte bu planların hızlı ve etkin şekilde hayata geçirilmesi bakımından yeni kabahat türlerinin ihdası gerekli olabilir. İhdas edilecek bu kabahat türleri teşvik programlarını ihlal eden veya suistimal edenlerin yaptırıma tabi tutulmasını öngörmelidir. Öte yandan atık yönetimi ve geri dönüşüme uymama, tüketim alışkanlıklarının değiştirilmemesi, kaynakların aşırı kullanımı, çevre dostu üretim yöntemlerine uymama ve ürün tasarımı ve dayanıklılık ile ilgili hâlihazırda kabahatlerin gözden geçirilmesi ve bu konularla ilgili yeni kabahat türlerinin ihdası gerekli olabilir. Bireylere ve işletmelere uygulanacak yaptırımlar gözden geçirilmelidir. Bireyler için idari para cezaları ön plana çıkarken, işletmeler için idari para cezalarının yanı sıra idari tedbirler de

¹⁰⁷ Zehreddin Aslan, "Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması", (İUSBFD, Y. 1996, S. 14, s. 1-6), s. 3.

¹⁰⁸ Mahmut Ceylan, İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki, Ankara 2021, s. 250.

caydırıcılık açısından önemlidir. Hatta bu süreçte yasama organının yeni idari tedbir türü ihdas etmesi dahi mümkündür. İdareye düşen görev ise bu konudaki yaptırım uygulama yetkisini etkin bir şekilde kullanmaktır.

V. DÖNGÜSEL EKONOMİYE GEÇİŞ SÜRECİNDE İDARENİN FAALİYETLERİNİN ÖNEMİ

İdarenin kolluk faaliyeti dışında özendirme-destekleme ve öngörme faaliyetleri idarenin ekonomi alanına ilişkin önemli faaliyetleridir¹⁰⁹. Esasında kamu hizmeti ve özyönetim faaliyetleri de ekonomi alanı ile bağlantılı olmakla birlikte kolluk, özendirme-destekleme ve öngörme faaliyetleri¹¹⁰ daha çok ön plana çıkmaktadır. Kamu hizmeti ve özyönetim faaliyetleri, döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde ortaya çıkan bir hareket aracı olmaktan ziyade, bir sonuçtur. Bir diğer deyişle; döngüsel ekonomiye geçişten sonra kamu hizmeti ve özyönetim faaliyetleri bundan etkilenecektir. Bu sebeple döngüsel ekonomiye geçişte etkili araçlar olarak kabul edilebilecek olan idarenin kolluk, özendirme-destekleme ve öngörme faaliyetleri bağlamında konu ele alınacaktır.

A. Ekonomik Kamu Düzeni Bağlamında Değerlendirme

Kolluk kavramı, çoğu kez idarenin bazı personellerini belirtmek için kullanılsa da aynı zamanda idarenin bir faaliyetidir¹¹¹. Kolluk faaliyeti kamu düzeni kavramı ile yakından ilişkilidir ve kamu düzeni esasen kolluk işlemlerinin amacını oluşturur. Klasik anlayışa göre kamu düzeninin unsurları kamu huzuru, kamu sağlığı ve kamu güvenliğidir¹¹². Döngüsel ekonomi, klasik anlamda kamu düzeni kavramı ile de alakalı olmakla birlikte ekonomik kamu düzeni kavramı ekseninde incelenmesi gereken bir kavramdır.

Ekonomik düzen ile ekonomik kamu düzeni farklı kavramlardır. Ekonomik düzen, bir ülkedeki ekonominin düzenlemelere uygun olarak meşru şekilde işleyen organizasyonunu ifade eder¹¹³. Ekonominin toplumsal boyutunun önemi nedeniyle kamu düzeni kavramının ekonomik boyutu ortaya çıkmıştır. Öte yandan malvarlıklarının güvende olması, ekonomik hayatın karışıklık ve düzensizlikten

¹⁰⁹ Döğ, s. 437-438.

¹¹⁰ Duran idarenin faaliyetlerini kamu hizmeti, kolluk, özyönetim, öngörme ve özendirme-destekleme olmak üzere beşe ayırmaktadır. Bkz. Duran, Ders Notları, s. 243-378.

¹¹¹ İl Han Özay, Günışığında Yönetim, 3. B., İstanbul 2017, s. 721; Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 3. B., Ankara 2012, s. 609.

¹¹² Kemal Gözler, İdare Hukuku C. II, 2. B., Bursa 2019, s. 479.

¹¹³ Ali Ulusoy, "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" başlıklı oturum, (Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ekonomi ve Hukuk, Y. 2008, C. 4, s. 26-31), s. 26.

ari şekilde dirlik, esenlik içinde devam etmesi ekonomik kamu düzeni kavramı bağlamında ele alınmıştır¹¹⁴. Ayrıca ekonomik kamu düzeninin genellikle sözleşme özgürlüğüne ve girişimlere getirilen sınırlamaları ifade ettiği söylenmiştir¹¹⁵. Diğer taraftan ekonomik kolluktan bahsedebilmek için kamu düzeni kavramının geliştirilmesine gerek olmadığı, kamu düzeninin ekonomiye ilişkin konuları kapsayan genişlikte bir kavram olduğu dile getirilmiştir¹¹⁶. Ayrıca ekonomi ve hukuk ilişkisinin gelmiş olduğu bu süreçte ekonomik idari kolluk, idare hukukunun gelişen bir boyutu hâline gelmiştir¹¹⁷. Döngüsel ekonomi ile birlikte bu konu yeni bir boyut kazanmıştır denilebilir.

Görüldüğü üzere doktrinde ekonomik kamu düzeni kavramı daha ziyade dirlik ve esenlik bağlamında ele alınmıştır. Kamu yararının gereği olarak sosyal amaçlar ve milli ekonomik gereklerle özgürlüklere birtakım sınırlamalar getirilebilir¹¹⁸. Bu durum ekonomik kamu düzeninin koruyuculuk özelliği ile ilgilidir. Öte yandan kamunun ekonomi alanına müdahaleleri sebebiyle kamu düzeninin özellikli hâli olan ekonomik kamu düzeninin ortaya çıkmasına sebep olduğu dile getirilmiştir¹¹⁹. Klasik kamu düzeninde nelerin yapılmaması gerektiği anlayışı egemenken, ekonomik kamu düzeni ise nelerin yapılması gerektiğinin tespitini yapan pozitif ve düzenleyici niteliği haizdir¹²⁰.

Ekonomik kamu düzeni kavramının Anayasa’da açıkça düzenlenmesi gerektiği savunulmuştur¹²¹. Bu kavram her ne kadar Anayasa’da açıkça düzenlenmemişse de bazı Anayasa maddeleri bu kavram ile ilgilidir: Örneğin Anayasa’nın 167. maddesi doğrudan ekonomik kolluk ile ilgilidir. Söz konusu maddeye göre “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” Ayrıca yine bu maddeye göre dış ticaretin millî ekonominin yararına olacak şekilde düzenlenmesi amacıyla kanunla cumhurbaşkanına yetki verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın

¹¹⁴ Mustafa Erkan/ Mustafa Yaşar Demircioğlu, “Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi”, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2010, C. 1, S. 1, s. 107-132), s. 113.

¹¹⁵ Okay-Tekinsoy, Kamu Düzeni, s. 149.

¹¹⁶ Turan Yıldırım, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1991, s. 30.

¹¹⁷ Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti, İstanbul 2016, s. 39.

¹¹⁸ AYM., E. 1985/9, K. 1986/14, T. 26.06.1986, RG Tarih-Sayı: 17.05.1987-19463.

¹¹⁹ Turgut Tan, “Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi”, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, Lefkoşa 2014, s. 516.

¹²⁰ Turgut Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984, s. 129.

¹²¹ İnal Cem Aşkun, “‘Türkiye’de Ekonomik Kamu Düzeni Kavramına Bağlı Örgütsel Yönetimin Atatürkçü Düşünce ve Kişilik Temelinde Konumuna İlişkin Bir İnceleme I”, (Atatürk Yolu Dergisi, Y. 1991, S. 7, s. 423-442), s. 423.

dördüncü kısım ikinci bölümünde yer alan 168 ila 173. maddelerinin de ekonomik kamu düzeni ile bağlantılı olduğunu söylemek mümkündür.

Maliyet ve fiyatlardaki düşüşler, üretimde gelişmiş teknolojinin kullanılmasını; kaynakların verimli ve daha etkili kullanılmasını maksat edinen rekabetçi sistem, kâr elde etme güdüsü ile beraber krize girmiştir ve bunun sonucunda rekabete ilişkin yapılan düzenlemeler bu aksaklıkları gidermeyi amaçlamıştır¹²². Piyasa ekonomisinin kurallarına uygun şekilde işlerliğini sürdürebilmesi ve piyasalarda etkin ve adil rekabetin inşa edilip korunabilmesi için ekonomik kolluk¹²³ faaliyetinin önem arz ettiği ifade edilmiştir¹²⁴. Ayrıca kolluk müdahalelerinin ekonomik alana yayılması iktisadi, teknik ve sosyal alanların yanı sıra hukuk - ekonomi ilişkisini gündeme getirerek ekonomik kolluğu önemli hâle getirmiştir¹²⁵. Ekonomik kolluk, idarenin ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak için yürütmüş olduğu faaliyetlerdir¹²⁶. Ayrıca bu bir özel idari kolluk faaliyetidir¹²⁷. Ekonomik kolluk faaliyeti bağlamında merkezi idarenin yanı sıra düzenleyici denetleyici kurumlar da önemli rolleri üstlenmiş olup, bu kurumların özellikle düzenleme yetkilerinin yanı sıra yaptırım uygulama ve uyuşmazlık çözme yetkileri de önem arz etmektedir¹²⁸. Ekonomik kolluk idarenin piyasadaki aksaklıkları önlemek maksadıyla ekonomik alana müdahale etmesi şeklinde ifade edilmiştir¹²⁹. Fakat ekonomik kolluğu bu anlama sıkılaştırmak uygun olmayabilir. Özellikle döngüsel ekonomi açısından mesele ele alınacak olursa, her durumda piyasada aksaklık olması söz konusu olmayabilir. Bir diğer deyişle kullan ve sonra yeniden kullan politikasına uyulmaması durumunda piyasa aksaklığından ziyade belli bir ekonomi politikasına uymama söz konusu olacaktır. Dolayısıyla artık günümüzde ekonomik kolluğun sınırlarının genişlediğini kabul etmek gerekir.

Kolluk faaliyeti ekseninde ele alındığında idarenin ekonomik alana müdahale gerekçesi olarak ekonomik kalkınmayı sağlama ve koruma, rekabeti tesis etme gibi konular ilk olarak akıllara gelmektedir. Fakat bunların yanında artık döngüsel ekonomiyi tesis etme ve kamu düzeni bağlamında bu sistemi koruma da bulunmalıdır. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeni kavramı gelişimini sürdürmektedir.

¹²² Müslüm Akıncı, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", (Rekabet Dergisi, Y. 2001, C. 2, S. 1, s. 2-16), s. 2.

¹²³ Ekonomik kolluk kavramı yerine "iktisadi kolluk" kavramı da doktrinde kullanılmıştır. Bkz. Aslan, s. 3.

¹²⁴ Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", (Ankara Barosu Dergisi, Y. 2009, S. 4, s. 75-94), s. 84.

¹²⁵ İl Han Özay, "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" başlıklı oturum, (Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ekonomi ve Hukuk, Y. 2008, C. 4, s. 17-25), s. 23.

¹²⁶ Tan, "Sözleşme Özgürlüğü", s. 517.

¹²⁷ Tan, Ekonomik, s. 127.

¹²⁸ Özkan, s. 85 vd.

¹²⁹ Düğer, s. 436.

Kolluk faaliyetinin önemli çıktılarından birisi idari yaptırım uygulama yetkisidir. Bu yetki hiç şüphesiz döngüsel ekonomiye geçişte kilit rol oynamakta olup önemi bir üst başlıkta incelendiğinden ayrıca burada değinilmeyecektir.

B. Sistemleşme Aracı Olarak Teşviğin Önemi

Özendirme ve destekleme faaliyeti kamu hizmeti ve kolluğun dışında kalan, hukuki rejimi farklı bir idari faaliyettir¹³⁰. Küreselleşme ile beraber ele alınması gereken serbest piyasa ekonomisi, liberal demokratik devletlerde önemli bir enstrümandır. Bu noktada idarenin vatandaşlarını cesaretlendirici, teşvik edici ve bazı durumlarda ise caydırıcı¹³¹ birtakım reaksiyonlar geliştirmesi önem arz etmektedir. Bu bağlamda idarenin faaliyetlerinden özendirme ve destekleme kritik önemi haiz bir araç olarak ortaya çıkmaktadır.

Ekonomi alanında idarenin yumuşak hamlelerde bulunması gereği ortaya çıkmış ve dengeleyici işlevinin yanı sıra tamamlayıcı özel hukuk kişilerinin yeteneklerinden istifade ederek toplumun refahına katkı sağlaması özendirme ve destekleme faaliyetinin önemini ortaya çıkarmıştır¹³². Özendirme-destekleme faaliyeti sayesinde özel kesim, planlamaya uygun hareket etmesi şartıyla devletten bazı mali kolaylıklar sağlamaktadır¹³³.

Ekonomik düzene ilişkin bir kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2, 36, 40 ve 41. maddelerine istinat ederek "özendirici tedbir" ve "özendirici yardım"ların öneminden bahsetmiş ve bunların sosyal devlet ilkesi ile uyumlu olduğunu belirtmiştir¹³⁴. Döngüsel ekonominin mali açıdan teşviği önem arz

¹³⁰ Duran, Ders Notları, s. 346; Aydın Gülan, İdare Hukuku Ders Notları (basılmamış), İstanbul 2018, s. 401; Ali Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2022, s. 603; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2007, s. 638; Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 23; Melikşah Yasin, "İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri", İdare Hukuku, Ed.: Turan Yıldırım, 8. B, İstanbul 2022, s. 598. Necip Taha Gür, İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti, İstanbul 2019, s. 54 vd.

¹³¹ Gülan, Ders Notları, s. 401, 422.

¹³² Gür, Özendirme ve Destekleme, s. 78.

¹³³ Tan, "Ekonomik Hukuk", s. 38.

¹³⁴ "(A)nayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesi veya Anayasa'nın 41. maddesindeki iktisadi ve sosyal hayatın düzenlenmesinde, kalkınma planlarının yapılmasında gösterilen kurallardan herhangi birisi, özel kesime, belli alanlarda ve belli ölçüde, özendirici tedbir olarak, Devletçe ödünç para yardımı yapılmasına engel sayılamaz; yeter ki yapılan yardımlar devletin doğrudan doğruya yerine getirmekle yükümlü bulunduğu iktisadi ve sosyal kalkınma ödevini başkalarına yaptırmak ve kendisinin eylemli olarak bu ödevin yüklerinden sıyrılmak istediği anlamına gelmesin. Yukarıda (2 sayılı bentte) açıklandığı üzere, 933 sayılı Kanunun koyduğu kurallarda böyle bir nitelik yoktur. Bundan başka özel kesime ödünç olarak yardım sağlanmasının da Anayasa'nın 41. ve sosyal devlet ilkesi bakımından 2. maddelerine aykırı bir yanı olup olmadığı konusunda doğru bir sonuca ulaşabilmek için bu maddeleri, Anayasa'nın 36., 40. maddeleri ile birlikte gözönünde tutmak gerekecektir; zira bir kurala tek başına düşünülerek anlam verilmek istenmesi, o kuralın, bağlı bulunduğu bütünün bir parçası olması nedeniyle, ilke olarak, hukuka uygun bulunmaz. Anayasa'nın, 36. maddesinde mülkiyet hakkını, 40. maddesinde çalışma ve sözleşme haklarını

etmektedir¹³⁵. Özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin özendirme ve destekleme kapsamı içine alınabilmesi için kamuya yararlı nitelikte olması gerekir¹³⁶. Döngüsel ekonominin kamuya yararlı olduğu göz önüne alındığında, özendirme ve destekleme kapsamı içinde değerlendirilmesi gereken önemli bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde Türkiye'nin birtakım teşvik programlarının olduğu görülmekte olup bunların hepsine burada yer verilmeyecektir. Konuyla bağlantılı olarak bazı teşviklere değinilecek ve daha ziyade olması gereken üzerinde durulacaktır. Olması gereken üzerine yapılacak değerlendirmeler ise hâlihazırdaki teşviklerden bağımsız olarak ele alınacaktır. Zira aksi durumda çalışma gerektiğinden fazla hacimli olacak ve amacından sapabilecektir.

Ekonomik modellerin hayata geçirilmesinde en önemli hususlardan birisi hiç şüphesiz kaynak ihtiyacıdır. Bu kaynak ihtiyacının giderimi için bir borçlanma aracı türü olan yeşil tahvillerin önemi doktrinde dile getirilmiştir¹³⁷. Bu konuda özellikle kamu bankalarının pozisyonu önemlidir. Ziraat Bankası, sürdürülebilir tahvil ihraç ettiğini ve buradan elde edilen kaynağın sürdürülebilir finansman kapsamında belirlediği ilgili alanlarda sosyal ve çevresel kredilere aktarmak suretiyle sürdürülebilirlikle uyumlu şekilde düşük karbon ekonomisine geçişi desteklediğini basın açıklaması ile kamuoyuna duyurmuştur¹³⁸. Ayrıca Ziraat Bankası, döngüsel ekonomi alanında bulunan teknolojik gelişmelerin fırsata dönüştürülmesi hususunda kaynak yapısıyla katkıda bulunacağını duyurmuştur¹³⁹. Halkbank ise 2024 Entegre Faaliyet Raporu'nda; 2025 ve sonrası hedefi olarak döngüsel

ve devletin özel teşebbüsün ulusal iktisadın gereklerine ve sosyal ereklere uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma ödevini öngörmüş bulunduğu dahi düşünülse, onun karma ekonomi düzenini benimsediği ve bu düzen içinde plan ereklere varılmasında özel teşebbüsten yardımcı bir etken olarak yararlanılmasını yasaklamadığı, yardımcı etken olan özel teşebbüse plan ereklere yönelmesi için belli ölçüde özendirici yardımlar yapılabileceği anlaşılar. 40. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca ulusal iktisadın ve sosyal amaçların çerçevesi içinde çalışmakla ödevli bulunan özel teşebbüse, bu ödevini yerine getirdiği ölçüde ve sosyal devlet ilkesinin, ulusal eğitim ve savunma gibi işlerin gerektirdiği öncelikler göz önünde tutularak devletin öbür ödevlerini aksatmayacak kapsamda, bir takım özendirici yardımlar yapılmasının sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmayan bir yanı dahi yoktur.” Bkz. AYM., E. 1967/41, K. 1969/57, T. 25.10.1969, RG Tarih-Sayı: 12.03.1971-13776.

¹³⁵ Türkiye'de döngüsel ekonominin mali açıdan teşviği ile ilgili gelişmeler hakkında bkz. İsmail Koç, "Mali Açından Döngüsel Ekonomiye Teşvik Ediyor Muyuz?", (Maliye Araştırmaları Dergisi, Y. 2024, C. 10, S. 2, s. 87-120), s. 91 vd.

¹³⁶ Yasin, s. 598.

¹³⁷ Ahmet Faruk Aysan/Tarık Büyükdeniz, "Döngüsel Ekonominin Sermaye Piyasaları Yoluyla Finansmanı: Yeşil Tahviller", Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022, s. 32 vd.

¹³⁸ https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bankamiz-ZB/basin-odasi/BasinBultenleri/ziraat_bankas_bas_n_ac_klamas_11012024_4958B-11012024.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2025).

¹³⁹ https://www.ziraatbank.com.tr/tr/yatirimci-iliskileri-ZB/kurumsal-yonetim/Documents/Surdurulebilirlik_Politikasi.pdf, (Erişim Tarihi: 10.03.2025).

ekonomi modellerine katkı sağlayacağını ifade etmiştir¹⁴⁰. Vakıfbank ise Rapor'un-
da; döngüsel ekonomiye doğrudan değinmese de sürdürülebilir kalkınma yaklaşı-
mına sahip olduklarını belirtmiş ve sürdürülebilir kalkınma amaçlarına katkıları
ve stratejilerini ortaya koymuştur¹⁴¹. Ziraat Bankasının ise 2023 Entegre Faaliyet
Raporu'na ulaşılmıştır. Söz konusu raporda, döngüsel ekonomi alanındaki tekno-
lojik gelişmelere kaynak yapısıyla katkıda bulunacakları ifade edilmiştir¹⁴².

Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, döngüsel ekonomi bağlamında “Yeşil Dönü-
şüm Destek Programı” çağrısı açmış olup döngüsel ekonomi ile uyumlu sürdü-
rülebilirlik hedeflerine katkı sunan, doğal kaynakları koruyan, düşük karbonlu
üretimi maksat edinen yatırımların desteklenmesini amaçlamıştır¹⁴³. KOSGEB
ise sanayide döngüsel ekonomiyi hayata geçirmek adına “Yeşil Sanayi Destek
Programı Proje Teklif Çağrısı” hazırlamıştır¹⁴⁴. Döngüsel ekonomi hususunda far-
kındalığı artırmak amacıyla çeşitli teşvik programlarının artırılması gerekme-
ktir. Döngüsel ekonomide yeniden kullanım, geri dönüşüm, onarım gibi yeşil
yatırımlar önem arz etmektedir. İdare bu yatırımları teşvik etmek amacıyla bu
alandaki işletmeleri desteklemelidir. Bu bağlamda döngüsel ekonomiyi benimse-
miş şirketlere yeşil yatırımlarını artırmaları için vergi indirimi ile kredi olanakları
verilebilir. Öte yandan döngüsel ekonomiyle ilgili yeni teknoloji ve yöntemler
geliştirmeyi amaçlayan işletmelere kamu desteği sağlanabilir ve bu işletmelerin
AR-GE faaliyetlerine yönlendirilmeleri isabetli olacaktır. Bu sayede inovasyon
yoluyla daha verimli döngüsel ekonomi çözümleri sağlanmış olur.

Döngüsel ekonominin en önemli hususlarından birisi atıkların geri dönüşümü
ve yeniden kullanımıdır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın bu
konudaki sıfır atık projesi önem arz etmektedir¹⁴⁵. Özellikle bu konuda mahalli ida-
relere önemli görevler düşecektir. Zira mahalli idareler, kaynaklar ve tüketicilere
yakınlık, sivil toplum ve özel sektöre örnek olabilme kabiliyeti gibi birtakım önem-
li araçlara sahiptir¹⁴⁶. Dahası, döngüsel ekonomi için mahalli idarelerin en önemli
kademe olduğu dile getirilmiştir¹⁴⁷. Mahalli idareler atık üretimini azaltmak, geri

¹⁴⁰ Halkbank, 2024 Entegre Faaliyet Raporu - Sağlam Adımlarla Geleceğe Odaklı Bankacılık, 2024, s. 103.

¹⁴¹ Vakıfbank, 2024 Entegre Faaliyet Raporu - Büyük Başarılarla Büyük Düşünenler Ulaşıyor, 2024, s. 40, 54 vd.

¹⁴² Ziraat Bankası, 2024 Entegre Faaliyet Raporu, 2023, s. 42.

¹⁴³ <https://yesildonusum.sanayi.gov.tr/Common/Files/YDDPCagriDuyurusu.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.03.2025).

¹⁴⁴ https://webdosya.kosgeb.gov.tr/Content/Upload/Dosya/YE%C5%9E%C4%B0L%20SANAY%C4%B0%20DP/2023_%E2%80%9302_Sanayide_Temiz_ve_D%C3%B6ng%C3%BCsel_Eko-nomi_Proje_Teklif_%C3%87a%C4%9Fr%C4%B1s%C4%B1.pdf, (Erişim Tarihi: 09.03.2025).

¹⁴⁵ <https://sifiratik.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.03.2025).

¹⁴⁶ Önder Kutlu, “Yerel Yönetimlerin Döngüsel Ekonomi İçin Anlamı”, Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022, s. 328.

¹⁴⁷ Kutlu, s. 328.

dönüşüm tesislerini geliştirmek amacıyla işletmelere çeşitli teşvikler sunabilir¹⁴⁸. Atık yönetimi ve geri dönüşüm hususunda başarılı olmuş işletmeler çeşitli ödüllerle desteklenebilir. Nitekim bu hususta Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı teşvik aracı olarak “Sıfır Atık Belgesi” düzenlemektedir ve hatta bu konuda belgenin nasıl alınacağına ilişkin açıklayıcı metin de yayınlamıştır¹⁴⁹.

İstanbul Sanayi Odası ve İş Dünyası ve Sürdürülebilir Kalkınma Derneği ortaklığında İstanbul Kalkınma Ajansının desteğiyle yürütülmüş olan “Döngüsel Ekonomi ve Kaynak Verimliliği Platformu Projesi¹⁵⁰” ve bu projenin sonucunda üç sektördeki yirmi bir şirkete döngüsel ekonomi konusunda destek sağlanmış¹⁵¹ olması önemli bir teşvik faaliyeti olarak göze çarpmaktadır.

İller Bankası, “Türkiye: Su Döngüselliliği ve Verimliliği İyileştirme Projesi”nde döngüsel ekonomi ilkelerinin teşvik edileceğini belirtmiştir¹⁵². Fakat bu konuda asıl üzerinde durulması gereken hususlardan birisi özel sektörün bu hususta hareket etmesini sağlayacak teşvik politikalarının geliştirilmesidir.

Bütün bunlar için hukuki çerçevenin oturtulması gerekmektedir. Bu bağlamda döngüsel ekonominin teşviğine ilişkin kanuni düzenlemeler elzemdir. Bu sayede işletmeler belirli standartlara zorlanabilir ve daha kolay sonuçlar elde edilebilir. Öte yandan idare, enerji verimliliği, sürdürülebilir ürün tasarımı, geri dönüşüm ve atık yönetimi konularında düzenleme yoluyla tedbirler almalı, hâlihazırdaki düzenlemeleri de bu bağlamda revize etmelidir. İdarenin döngüsel ekonomi uygulamaları ve öteki politikaları arasında bir uyumun bulunması gerekmektedir. Bu durumda enerji, tarım ve sanayi gibi sektörlerin döngüsel ekonominin ilkelerine uygun duruma gelmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalı ve sektörel uyum sağlanmalıdır.

C. Öngörüde Bulunup Planlama Yapmanın Gerekliliği

Öngörme ve alternatif belirleme, devletin temel işlevlerindendir¹⁵³. İdarenin öngörüde bulunma görevi sayesinde alternatifleri ortaya koymak, muhtemel gelişmelerle ilgili veriler sunmak gibi imkânlarla hem kronikleşmiş hukuki sorunlar

¹⁴⁸ Kutlu, s. 330.

¹⁴⁹ https://webdosya.csb.gov.tr/db/adana/menu/sifir-atik-belgesi-nasil-alinir_20200310090942.pdf, (Erişim Tarihi: 09.03.2025).

¹⁵⁰ <https://www.istka.org.tr/haber/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimliliği-platformu-projesi-tanitildi>, (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

¹⁵¹ <https://www.isoyesilblog.com/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimliliği-platformu-projesi-sona-erdi/>, (Erişim Tarihi: 24.01.2025).

¹⁵² İller Bankası, Türkiye: Su Döngüselliliği ve Verimliliği İyileştirme Projesi - Çevresel ve Sosyal Yönetim Çerçevesi, 2023, s. 2.

¹⁵³ Aydın Gülan, “Güncellenmesi Gereken Bir Misyon: Danıştayın İstisari Görevleri”, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2018, s. 75.

çözülebilir hem de ileriye dönük başarılı analizler yapılarak reformların gerçekleştirilmesi daha olası hâle gelir¹⁵⁴.

Öngörme (planlama), idarenin faaliyetlerinden birisidir¹⁵⁵. Öngörme ve planlamanın farklı kavramlar ve farklı idari faaliyetler olduğu dile getirilmiştir¹⁵⁶. Bu konu idare hukukunun gelişmekte olan bir alanı olduğundan henüz taşları oturmamıştır. Çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili olmadığından bu husustaki tartışmaların detayına girilmemiştir. Fakat belirtmek gerekir ki planlama, bazı durumlarda öngörü ile yapılmaktadır ve öngörmenin sonucunda planlama ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla gerek öngörme gerekse planlama kavramları geniş anlamıyla ele alındığında birbirlerini kapsar¹⁵⁷.

Öngörme, kalkınmayla ilgili bir faaliyet olmakla birlikte buna indirgenmemelidir¹⁵⁸. Kamu yararına ilişkin birçok husus öngörme faaliyeti ile doğrudan ilgilidir ve döngüsel ekonomi de bunlardan birisidir. Öngörme sürecinde seçilen konu üzerinde idare araştırma yapıp veri toplamalı ve bu verileri işlemek suretiyle alternatifler ortaya koymalıdır¹⁵⁹.

Döngüsel ekonomiye geçiş tamamen idarenin öngörme faaliyetinin başarısı ile doğru orantılıdır. Bu geçiş süreci makro ve mikro düzeyde birçok değişikliği gerektirmekte olup, ürünün tasarlanmasından tüketiciye ulaşmasına kadar olan süreçler titizlikle öngörülmeli ve stratejiler belirlenmelidir¹⁶⁰. Öte yandan özellikle üreticilerin döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde birtakım teşviklerden istifade edilmesi kritik önemi haizdir. Bir diğer ifadeyle, burada idarenin özendirme-des-tekleme faaliyetleri devreye girmelidir.

Anayasa madde 166/1 hükmüne göre ekonomik kalkınmayı sağlamak ve bu maksatla planlama yapmak ve gerekli teşkilatı kurmak görevi devlete verilmiştir.

¹⁵⁴ Gülan, "Danıştayın İstisari Görevleri", s. 73.

¹⁵⁵ Turgut Tan, Planlamanın Hukuki Düzeni, Ankara 1976, s. 8 vd.; Günday, s. 23; Gülan, Ders Notları, s. 291-292.

¹⁵⁶ Gür, öngörmenin, planlama olmadığını, planlamanın bir aşaması olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Necip Taha Gür, "İdare ve Gelecek Yaklaşımı: İdarenin Gelecek Öngörüsünün İdari Faaliyetlerdeki Yeri ve Görünümü Hakkında Değerlendirmeler", (İHİD, Y. 2024, S. 23, s. 95-113), s. 104. Durmuş ise planlama ile öngörmenin farklı kavramlar olduğunu, planlamanın hedefe gitme, öngörmenin ise hedefe gidilecek farklı yollar ile farklı hedeflerle ilgili durumlar olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Fatih Durmuş, "İdarenin Öngörme ve Alternatif Üretim Faaliyeti Hakkında İnceleme: Düşünülemez Düşünmek", (DÜSOBED, Y. 2023, C. 13, S. 2, s. 295-307), s. 297.

¹⁵⁷ Nitekim Gür, öngörme ile planlamayı ayrı idari faaliyet olarak kabul etmesine karşın, geniş anlamıyla öngörme faaliyetinin planlama faaliyetini de içerebileceğini ifade etmiştir. Bkz. Gür, "Öngörü", s. 105.

¹⁵⁸ Mahmut Ceylan, "İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak", (Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2023, S. 4, s. 116-134), s. 121.

¹⁵⁹ Durmuş, s. 296.

¹⁶⁰ Yılmaz, "Enerji Yönetimi", s. 21.

Her ne kadar söz konusu madde özellikle sanayi ve tarımın dengeli ve uyumlu olarak hızla gelişmesi ile ülke kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını ön plana çıkarsa da sanayi ve tarımda yapılacak olan değişim ve dönüşümler döngüsel ekonomi bağlamında da ele alınabilecek konulardır.

Plan uygulamasının hâlihazırdaki hukuki işlemlerden farklı olarak yeni bir hukuki işlem türü olduğu dile getirilmiştir¹⁶¹. Planların hukuki niteliği üzerine yapılan tartışmaları¹⁶² incelemek çalışmanın amacını aşacağı gibi çalışmanın hacmini de gereksiz olarak artıracaktır.

Yukarıda “döngüsel ekonomi” bağlamında idarenin düzenleyici rolünün ve uygulama yetkisinin öneminden bahsedildi. İki yetkinin başarılı sonuç doğurması, isabetli planlama yapmak ile mümkündür. Zira idare hedeflerini isabetli öngörüp planlayamazsa hem uygulama hem de düzenleme yetkisinde başarısız olacaktır¹⁶³. Başarısız şekilde yürütülen veya hiç yapılmayan öngörme faaliyeti kaynak israfına sebep olur; bu durum başarısızlığı beraberinde getirir ve sonuç olarak mali problemler doğar¹⁶⁴.

Öngörme faaliyeti idarenin en önemli faaliyetlerinden birisidir. Döngüsel ekonomi gibi önemli bir kavramın işlerlik kazanabilmesi için hiç şüphesiz idarenin başarılı planlar yapması gerekmektedir. Yukarıdaki başlıkta ele alınan özendirme-destekleme faaliyetinin döngüsel ekonomi bağlamında başarıya ulaşmasının en kritik noktalarından birisi, idarenin bu hususta isabetli ve gerçekçi planlar yapması gerekliliğidir. Ayrıca yapılmış olan bu planların aynı başarı ile tatbik edilmesi gerekir.

Döngüsel ekonomi ilkelerinin hayata geçirilmesinde sadece idarenin faaliyetleri yeterli değildir. Bunun yanında özel sektör ve sivil toplum ile iş birliği yapılmalı ve paydaş katılımı sağlanmalıdır. Enerji verimliliği projeleri, yenilikçi geri dönüşüm çözüm yöntemleri ve çevre dostu üretim açısından üretim tekniklerinin geliştirilmesi önem arz etmekte olup, bu alanda faaliyet yürütenlerin çoğunlukla özel sektör olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple, idare yapacağı planlamalarda muhakkak özel sektör ve sivil toplum ile iş birliğini göz önünde bulundurmalıdır.

Döngüsel ekonomi kısa vadeli kazanımlar değil, uzun vadeli sürdürülebilirlik hedeflerini benimser. Döngüsel ekonomiyi benimsemiş bir toplum inşa etmek için uzun vadeli strateji ve hedefler belirlenmelidir. Bu bağlamda idare, döngüsel

¹⁶¹ Tan, “Ekonomik Hukuk”, s. 38.

¹⁶² Bu konu hakkında bkz. Tan, “Ekonomik Hukuk”, s. 36-38.

¹⁶³ Lillian R. Altree, “Administrative Sanctions: Regulation and Adjudication”, (Stanford Law Review, Y. 1964, C. 16, s. 3, s. 630-648), s. 639-640.

¹⁶⁴ Ceylan, “Öngörme”, s. 127.

ekonomiyi planlarken kalkınma hedefleriyle uyumlu hareket etmeli ve kalkınma hedefleri de döngüsel ekonomiyi desteklemelidir. Öte yandan döngüsel ekonominin herkesçe benimsenebilmesi adına toplumun tüm kesimlerini içine alan planlamalar yapılmalıdır. Bu planlamada sosyal ve çevresel etkiler, ekonomik maliyetler dikkate alınmak suretiyle sürdürülebilir kalkınma bakımından kapsayıcı çözümler ortaya konulmalıdır.

Döngüsel ekonomi sadece bir sektöre ait anlayış değildir. Tüm ekonomik ve endüstriyel faaliyetleri kapsar. Dolayısıyla idare yapacağı planlamalarda sektörel uyum ve entegrasyonu da sağlamalıdır. Tarım, enerji, sanayi, atık yönetimi gibi farklı sektörlerde ekonomi stratejilerinin birbirine uyumlu şekilde entegrasyonu önemlidir. İdare, sektörel düzeyde atılacak adımları öngörmeli ve sektörler arasındaki kaynakların verimli paylaşımının nasıl olması gerektiğinin çerçevesini çizmelidir. Tarım politikaları, sanayi politikaları ve enerji politikaları gibi farklı politika alanları arasında uyumu sağlayacak güçlü bir koordinasyon inşa edilmelidir.

SONUÇ

Günümüzde sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşmada önemli bir rolü olduğu anlaşılan döngüsel ekonomi, atıkların en aza indirilmesi, doğanın korunması, malzemelerin tekrar değerlendirilebilmesini sağlayan bir modeldir. Uzun vadeli sürdürülebilir kalkınma hedeflerine ulaşma hususunda önemli bir araç olan döngüsel ekonomi hakkında küresel ve ulusal bazda farkındalık ve çalışmalar her geçen gün artmaktadır. Doğrusal ekonominin tersine döngüsel ekonomi, ürünlerin uzun süreli olması, geri dönüşüm sistemlerinin aktif olması ve tüketim döngüsünün değiştirilmesini hedeflemektedir. Bunun neticesinde doğal kaynakların korunması ve çevrenin üzerindeki olumsuz baskının kaldırılması sağlanacaktır. Öte yandan döngüsel ekonomi modeli birtakım ekonomik faydalar sağlamayı da amaçlamaktadır. Bu kapsamda yeni iş fırsatlarının ortaya çıkması, üretim maliyetlerinin düşürülmesi ve kaynak verimliliğinin artırılması hedeflenmektedir.

Dünyanın geneline bakıldığında döngüsel ekonomi açısından kayda değer gelişmeler olduğu görülmektedir. Avrupa Yeşil Mutabakatı, Avrupa Birliği'nin bu konudaki stratejik hedeflerini ortaya koyan önemli bir adımdır. Döngüsel Ekonomi Eylem Planı, Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerde döngüsel ekonomiye geçişin hızlandırılmasını amaçlamaktadır. Birleşmiş Milletler'in sürdürülebilir kalkınma amaçları arasında bulunan 12 numaralı "Sorumlu Üretim ve Tüketim" hedefi, döngüsel ekonomi ile doğrudan bağlantılıdır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Çevre Programı döngüsel ekonomi ile ilgili önemli çalışmalar yapmıştır. OECD'nin döngüsel ekonomiyi destekleyen raporları ve uluslararası iş birliğini teşvik eden politikaları önem arz etmektedir. Afrika Döngüsel Ekonomi İttifakı, Kıta'da dön-

güsel ekonomiye geçişi amaçlarken, Asya-Pasifik Ekonomik İş Birliği de bu konuyu gündemine almıştır. Önemli üretim kapasitesine sahip Çin'in 14. Beş Yıllık Planı da döngüsel ekonomiye yönelik stratejik hedeflerini ve uygulamalarını içermektedir. Kısacası; küresel ölçekte döngüsel ekonomi modeli insanlık için elzem olarak görülmektedir denilebilir.

Küresel gelişmelere koşturucu olarak Türkiye'de de bu konuda çalışmalar başlamıştır. Çalışmada kapsamlı bir şekilde yer verilmiş olan bilimsel eserlerden de anlaşılacağı üzere döngüsel ekonomiye geçişte kilit rol idareye düşmektedir. İdare, yapacağı öngörüler ve düzenlemelerle murat edilen hedefe ulaşımı kolaylaştıracaktır. Öte yandan idare, özendirme ve destekleme kapsamında yürütülecek politikalar belirlemek ve ilgili yasaların uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yapmak suretiyle de çevresel hedeflere ulaşmak bakımından gerekli idari yaptırımları uygulama yetkisine de sahiptir. İdarenin hukuki muamelelerinden düzenleyici ve birel işlemler döngüsel ekonomiye geçişte önemli hukuki araçlardır. Dolayısıyla Türkiye'de sürecin başarıyla ilerlemesi için idarenin elinde etkin ve stratejik araçlar bulunmaktadır.

Sonuç olarak, döngüsel ekonomi gerek küresel gerekse ulusal düzlemde büyük bir dönüşüm sürecidir. İdarenin planlayıcı, düzenleyici ve destekleyici rolü döngüsel ekonominin benimsenip gelişmesinde belirleyici faktörlerden birisidir. Döngüsel ekonomi modeline geçiş uzun vadede sadece olumsuz çevresel etkileri azaltarak daha yaşanılabilir dünyayı sağlamayacak, aynı zamanda ekonomik dönüşümü de sağlayacaktır.

Türkiye'nin döngüsel ekonomi modeline geçiş sürecinde önemli adımlar atıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda ortaya konulan öngörüler, planlar, düzenlemeler önem arz etmektedir. Döngüsel ekonomiye geçiş sürecinde amaca ulaşma hususunda başarı elde edilmesi için idarenin kilit rolünün önemi kavranmalı ve planlamalar bu doğrultuda yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Müslüm. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, *Rekabet Dergisi*, Y. 2001, C. 2, S. 1, s. 2-16.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara 2000.
- Altreet, Lillian R., “Administrative Sanctions: Regulation and Adjudication”, *Stanford Law Review*, Y. 1964, C. 16, S. 3, s. 630-648.
- APEC, APEC Capacity Building Workshop to Promote MSMEs’ Implementation of Circular Economy in Manufacturing Industries, APEC Small and Medium Enterprises Working Group, Workshop Summary Report, Singapur 2024.
- APEC, Promoting Circular Economy in the Construction Industry within the APEC Region Using an Industrial Symbiosis Approach APEC Policy Partnership for Science, Technology and Innovation, Singapur 2024.
- APEC, Understanding the Bio-Circular-Green (BCG) Economy Model, APEC SOM Committee on Economic and Technical Cooperation, Melbourne 2022.
- Aslan, Zehreddin, “Devletin Ekonomiye Müdahalesi ve İktisadi Müdahalesi ve İktisadi Kolluk Faaliyeti İçinde Rekabetin Korunması”, *İÜSBFD*, Y. 1996, S. 14, s. 1-6.
- Aşkun, İnal Cem, “Türkiye’de Ekonomik Kamu Düzeni Kavramına Bağlı Örgütsel Yönetimin Atatürkçü Düşünce ve Kişilik Temelinde Konumuna İlişkin Bir İnceleme I”, *Atatürk Yolu Dergisi*, Y. 1991, S. 7, s. 423-442.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 3. B., Ankara 2012.
- Ayanoğlu, Taner, “Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru”, *İHİD*, Y. 2000, C. 13, S. 1-3, s. 1-66.
- Aydinoğlu-Yalçın, Zeynep Nihal, “Türkiye Çevre Ajansının Hukuki Yapısı ve Çevrenin Korunmasındaki Rolü”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası*, Y. 2024, C. 4, S. 2, s. 459-491.
- Aysan, Ahmet Faruk/Büyükdeniz, Tarık, “Döngüsel Ekonominin Sermaye Piyasaları Yoluyla Finansmanı: Yeşil Tahviller”, *Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat*, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022.
- Cazala, Julien, “Le Soft Law International Entre Inspiration et Aspiration”, *RIEJ*, Y. 2011, C. 66, s. 41-84.
- Ceylan, Mahmut, “İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak”, *Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2023, S. 4, s. 116-134. (“Öngörme”).
- Ceylan, Mahmut, *İdari Yaptırımların Düzenlenmesinde ve Uygulanmasında Yetki*, Ankara 2021.
- Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On İkinci Kalkınma Planı (2024-2028), 2023, https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/12/On-Ikinci-Kalkinma-Plani_2024-2028_11122023.pdf.

- Çal, Sedat, "Ekonomik Düzenleme (Regülasyon), Özelleştirme, İdare Hukuku ve Uluslararası Tahkim Matrisinde Değerlendirmeler", *Sosyoekonomi Dergisi*, Y. 2010, C. 13, S. 13, s. 59-79.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, İklim Değişikliği Azaltım Stratejisi ve Eylem Planı'nda (2024-2030), [https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/%C4%B0klim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20Azalt%C4%B1m%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan%C4%B1%20\(2024-2030\).pdf](https://iklim.gov.tr/db/turkce/icerikler/files/%C4%B0klim%20De%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi%20Azalt%C4%B1m%20Stratejisi%20ve%20Eylem%20Plan%C4%B1%20(2024-2030).pdf).
- Duran, Lûtfi, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?", *İHİD*, Y. 1983, C. 4, S. 1-3, s. 33-42.
- Duran, Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982. (Ders Notları).
- Durmuş, Fatih, "İdarenin Öngörme ve Alternatif Üretme Faaliyeti Hakkında İnceleme: Düşünülemez Düşünmek", *DÜSOBED*, Y. 2023, C. 13, S. 2, s. 295-307.
- Düğer, Sırrı, "Yeni Ekonomik İdare Hukuku: Teknolojik Gelişmeler Karşısında İdarenin İktisadî Hayata Müdahalesindeki Değişim", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2022, C. 26, S. 1, s. 427-475.
- Erdoğan, Nazmiye, "Döngüsel Ekonomi ve Üniversitelerde Çevre Yönetimi", *Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat*, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022.
- Erkan, Mustafa/ Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerindeki Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. 1, S. 1, s. 107-132.
- European Commision, A new Circular Economy Action Plan, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A98%3AFIN>.
- European Commision, First Circular Economy Action Plan, https://environment.ec.europa.eu/topics/circular-economy/first-circular-economy-action-plan_en.
- Fetting, Constanze, *The European Green Deal*, Viyana 2020.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku C. I, 2. B.*, Bursa 2019. (C. I).
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku C. II, 2. B.*, Bursa 2019.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, 5. B., Ankara 2007.
- Gülan, Aydın, "Güncellenmesi Gereken Bir Misyona: Danıştayın İstisari Görevleri", 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, Ankara 2018. ("Danıştayın İstisari Görevleri").
- Gülan, Aydın, *İdare Hukuku Ders Notları (basılmamış)*, İstanbul 2018. (Ders Notları).
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2013.
- Gür, Necip Taha, "İdare ve Gelecek Yaklaşımı: İdarenin Gelecek Öngörüsünün İdari Faaliyetlerdeki Yeri ve Görünümü Hakkında Değerlendirmeler", *İHİD*, Y. 2024, S. 23, s. 95-113. ("Öngörme").
- Gür, Necip Taha, *İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyeti*, İstanbul 2019. (Özendirmeye ve Destekleme).

- Halkbank, 2024 Entegre Faaliyet Raporu - Sağlam Adımlarla Geleceğe Odaklı Bankacılık, 2024.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı, Ekonomi Reformları, 2021, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomik-Reformlar-Kitapcigi.pdf>.
- Hepburn, Cameron/Qi, Ye/Stern, Nicholas/Ward, Bob/Xie, Chunping/Zenghelis, Dimitri, "Towards Carbon Neutrality and China's 14th Five-Year Plan: Clean Energy Transition, Sustainable Urban Development, and Investment Priorities", *Environmental Science and Ecotechnology*, Y. 2021, C. 8, s. 1-8.
- İller Bankası, Türkiye: Su Döngüselliği ve Verimliliği İyileştirme Projesi - Çevresel ve Sosyal Yönetim Çerçevesi, 2023.
- Jones, Andrew/Ström, Patrik, "Introduction: Conceptualising Research into the Green Economy", *Research Handbook on the Green Economy*, Ed. Andrew Jones, Cheltenham 2024.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti, İstanbul 2016.
- Kazel-Bozkur, Gamze, "Döngüsel Ekonomi Kavramı ve Bu Alanda Dünya ve Türkiye'deki Gelişmeler", *Anahtar*, Y. 2022, C. 34, S. 402, s. 14-16. ("Döngüsel Ekonomi").
- Kirchher, Julian/Reike, Denise/Hekkert, Marko, "Conceptualizing the Circular Economy: An Analysis of 114 Definitions", *Resources, Conservation & Recycling*, Y. 2017, S. 127, s. 221-232.
- Koç, İsmail, "Mali Açıdan Döngüsel Ekonomiyi Teşvik Ediyor Muyuz?", *Maliye Araştırmaları Dergisi*, Y. 2024, C. 10, S. 2, s. 87-120.
- Korhonen, Jouni/Honkasalo, Antero/Seppälä, Jyri, "Circular Economy: The Concept and its Limitations", *Ecological Economics*, Y. 2018, S. 143, s. 37-46.
- Kutlu, Önder, "Yerel Yönetimlerin Döngüsel Ekonomi İçin Anlamı", *Döngüsel Ekonomi ve Sürdürülebilir Hayat*, Ed.: Mehmet Bulut, Cem Korkut, Ankara 2022.
- Li, Shanshan/Hu, Zhengjun, "The Impact of the Circular Economy Pilot Policy on Carbon Emissions in Chinese Cities and Its Underlying Mechanisms", *Sustainability*, Y. 2024, C. 16, s. 1-25.
- Mukhopadhyay, Pradipta, "Green Economy: An Emerging Path Towards Sustainable Development. An Explorative Study", *IJARST*, Y. 2024, C. 4, S. 1, s. 368-378.
- OECD, *Environmental Performance Reviews Turkey 2019*, OECD Environmental Performance Reviews, Paris 2019.
- OECD, *Improving Resource Efficiency and the Circularity of Economies for a Greener World*, Paris 2020.
- OECD, *Monitoring Progress Towards a Resource-Efficient and Circular Economy*, Paris 2024.
- OECD, *The Circular Economy in Cities and Regions Synthesis Report*, OECD Urban Studies, Paris 2020.

- Okay-Tekinsoy, Özge. İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011. (Kamu Düzeni).
- Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, 3. B., İstanbul 1966.
- Özay, İl Han, "Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" başlıklı oturum, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ekonomi ve Hukuk, Y. 2008, C. 4, s. 17-25.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, 3. B., İstanbul 2017.
- Özkan, Ahmet Fatih, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2009, S. 4, s. 75-94.
- Öztürk, Burak, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Ankara 2009.
- Prieto-Sandoval, Vanessa/Jaca, Carmen/Ormazabal, Marta, "Towards a Consensus on the Circular Economy", Journal of Cleaner Production, Y. 2018, S. 179, s. 605-615.
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi, 2019, <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/SanayiStratejiBelgesi2023.pdf>.
- Sarıca, Ragıp, Türkiye'de İcra Uzununun Tanzim Salahiyeti, İstanbul 1943.
- Schröder, Patrick/Barrie, Jack, How the Circular Economy Can Rescue the UN's Sustainable Development Goals and Shape What Follows Them: Proposed Guiding Principles for Immediate Action with a 2050 Policy Blueprint for the Circular Transition, London 2024.
- Sun, Dongyuan, "Circular Economy and Municipal Solid Waste Management in China", Journal of Education, Humanities and Social Sciences, Y. 2023, C. 8, s. 1756-1762.
- Şahin, Cenk Yaşar, Amerikan Federal İdare Hukukunda "Regülasyon" ve Türk İdare Hukukuna Yansımaları, İstanbul 2010.
- Tan, Turgut, "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1990, C. 7, s. 159-178.
- Tan, Turgut, "Ekonomik Hukuk ve Ekonomik Kamu Hukuku", Amme İdaresi Dergisi, Y. 1972, C. 5, S. 1, s. 15-42. ("Ekonomik Hukuk").
- Tan, Turgut, "Ekonomik İdari Kararların Yargısal Denetimi", Amme İdaresi Dergisi, Y. 1975, C. 8, S. 2, s. 33-49.
- Tan, Turgut, "Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi", Prof. Dr. Yıldırım Uler'e Armağan, Lefkoşa 2014. ("Sözleşme Özgürlüğü").
- Tan, Turgut, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara 1984. (Ekonomik).
- Tan, Turgut, Planlamanın Hukuki Düzeni, Ankara 1976.
- The World Bank, Economic, Trade, and Industry Implications of the Circular Economy Transition in Türkiye, Washington 2025.
- The World Bank, Türkiye's Circular Economy Transition in the EU's Global Value Chain Ecosystem, Washington 2025.

- Ticaret Bakanlığı, Yeşil Mutabakat Eylem Planı, 2021, <https://ticaret.gov.tr/data/60f1200013b876eb28421b23/MUTABAKAT%20YE%C5%9E%C4%B0L.pdf>.
- Türkoğlu-Üstün, Kamile, “Yeni Bir Dönemin Başlangıcı: Avrupa Yeşil Mutabakatı ve Türk Çevre Hukuku ve Politikalarına Etkileri”, Memleket Siyaset Yönetim, Y. 2021, C. 16, S. 36, s. 329-366.
- TÜSİAD, Avrupa Yeşil Mutabakatı Döngüsel Ekonomi Eylem Planı Türk İş Dünyasına Neler Getirecek? Projesi”, 2021, file:///C:/Users/Casper5/Downloads/tusiad-dongusel-ekonomi-raporu-haziran-2021.pdf.
- Ulusoy, Ali, “Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı” başlıklı oturum, Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008, Ekonomi ve Hukuk, Y. 2008, C. 4, s. 26-31.
- Ulusoy, Ali. Türk İdare Hukuku, 5. B., Ankara 2022.
- UNEP, Building Circularity into Economies: Through Sustainable Procurement and Resource Efficiency, 2018.
- UNEP, Global Resources Outlook 2019: Natural Resources for the Future We Want, 2019.
- UNEP, Resource Efficiency: Potential and Economic Implications, 2017.
- UNEP, The Weight of Cities: Resource Requirements of Future Urbanization, 2018.
- Vakıfbank, 2024 Entegre Faaliyet Raporu - Büyük Başarılarla Büyük Düşünenler Ulaşır, 2024.
- World Economic Form, Five Big Bets for the Circular Economy in Africa African Circular Economy Alliance Insight Report, 2021.
- Yasin, Melikşah, “İdarenin Özendirme ve Destekleme Faaliyetleri”, İdare Hukuku, Ed.: Turan Yıldırım, 8. B, İstanbul 2022.
- Yıldırım, Turan, Türk İhracat Rejimi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1991.
- Yılmaz, Filiz, “Enerji Yönetimi ve Türkiye: Avrupa Yeşil Mutabakatı Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Akademia Doğa ve İnsan Bilimleri Dergisi, Y. 2022. C. 8, S. 1, s. 19-38.
- Zhu, Fangyang/Lai, Liangrong/Zhu, Zhidong/Zhang, Xiaojie, “A Study on the Path of Improving the Performance o China’s Provincial Circular Economy-An Empirical Study Based on the fsQCA Method”, Frontiers in Environmental Science, Y. 2022, C. 10, s. 1-19.
- Ziraat Bankası, 2024 Entegre Faaliyet Raporu, 2023.

Elektronik Kaynaklar

- <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y3/T2/WebOnergeMetni/c0986a6f-d636-4c89-a92f-5db951eeeb09.pdf>.
- <https://dongusel.csb.gov.tr/>.

- <https://donguselekonomi.istanbul.edu.tr/tr/content/dongusel-ekonomi/dongusel-ekonomi-nedir%3F>.
- https://english.www.gov.cn/news/202312/19/content_WS6580d2b6c6d0868f4e8e2507.html.
- https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en.
- <https://iklim.gov.tr/db/turkce/dokumanlar/paris-anlasmasi-13-20220808231948.pdf>.
- <https://iklim.gov.tr/paris-anlasmasi-i-34>.
- <https://iklim.gov.tr/turkiyenin-ulusal-dongusel-ekonomi-eylem-plan-i-hazirlandi-haber-4421>.
- <https://sdgs.un.org/goals>.
- <https://sifiratik.gov.tr/>.
- https://webdosya.csb.gov.tr/db/adana/menu/sifir-atik-belgesi-nasil-alinir_20200310090942.pdf.
- https://webdosya.csb.gov.tr/db/dongusel_en/icerikler/2_ingr-d_v-ves_en-20221011181945.pdf.
- https://webdosya.kosgeb.gov.tr/Content/Upload/Dosya/YE%C5%9E%C4%B0L%20SANAY%C4%B0%20DP/2023_%E2%80%93_02_Sanayide_Temiz_ve_D%C3_%B6ng%C3%BCsel_Ekonomi_Proje_Teklif_%C3%87a%C4%9Fr%C4%B1s%C4%B1.pdf.
- <https://www.apec.org/>.
- <https://www.isoyesilblog.com/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimlilik-platformu-projesi-sona-erdi/>.
- <https://www.istka.org.tr/haber/dongusel-ekonomi-ve-kaynak-verimlilik-platformu-projesi-tanitildi>.
- <https://www.undp.org/china/publications/issue-brief-chinas-14th-five-year-plan>.
- https://www.ziraatbank.com.tr/tr/Bankamiz-ZB/basin-odasi/BasinBultenleri/ziraat_bankas__bas_n_ac_klamas__11012024_4958B-11012024.pdf.
- https://www.ziraatbank.com.tr/tr/yatirimci-iliskileri-ZB/kurumsal-yonetim/Documents/Surdurulebilirlik_Politikasi.pdf.
- <https://yesildonusum.sanayi.gov.tr/Common/Files/YDDPCagiriDuyurusu.pdf>.

La Laïcité Turque: Une Analyse Succincte De L'évolution D'un Principe Constitutionnel^(*)

Türk Laikliği: Anayasal Bir İlkenin Evrimine İlişkin Kısa Bir Analiz

Turkish Laicism: A Brief Analysis of the Evolution of a Constitutional Principle

Dr. Öğr. Üyesi Seda DUNBAY^(**)

« Je voudrais qu'on comprenne en France l'effort que nous avons fait vers l'évolution sociale et la démocratisation de notre pays. La Révolution française a insufflé au monde entier l'esprit de la liberté, elle a été comme le soleil qui éclaire le monde. L'humanité en a été grandie et elle a pu prendre conscience de sa force. La Révolution française reste une base mais l'humanité a fait des progrès depuis. La démocratie turque, à un siècle de distance, a suivi la voie ouverte par votre démocratie mais elle s'est développée avec son caractère à elle. Car chaque nation fait sa révolution suivant les exigences de son milieu social, de son état intérieur et suivant l'époque où cette révolution se produit. Ce n'est pas le même phénomène qui se répète dans tous les temps et dans tous les pays. »^(***)

Mustafa Kemal

(Mercredi, 7 mars 1928 - Entretien mené avec le correspondant en Turquie du journal Le Matin.)

Résumé:

L'un des principes fondamentaux sur lesquels repose la Révolution turque est la laïcité, qui continue d'occuper une place importante pour la Turquie aujourd'hui, tout comme elle l'a fait hier. Contrairement à la France, d'où émane ce principe, les étapes vers la sécularisation ont été franchies en Turquie dans un laps de temps relativement court. Dans le processus suivant la proclamation de la République, des lois révolutionnaires ont été adoptées et mises en œuvre de manière sérielle. Dans ce cadre, sans prononcer ouvertement le concept de laïcité, un processus de

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 07.05.2025 - Makale Kabul Tarihi: 16.08.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: sedadunbay@baskent.edu.tr,

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2331-059X>.

^(***) « Le Matin », Lien: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k576090ff1.image.r=mustafa%20kemal?rk=64378;0#> (consulté le 11.02.2025). C'est grâce au livre « Atatürk ve devrimler » de Niyazi Berkes que l'on a pris connaissance de cet entretien donné par Mustafa Kemal Atatürk au journal Le Matin. Par la suite, l'exemplaire du journal ayant publié l'entretien a été retrouvé grâce aux archives en ligne de la Bibliothèque nationale de France.

laïcisation a été amorcé, englobant le système juridique, la structure sociale et l'organisation de l'État. Jusqu'en 1928, la Constitution mentionnait que l'Islam était la religion de l'État. En 1937, la laïcité a été non seulement intégrée dans le texte constitutionnel mais également inscrite parmi les caractéristiques fondamentales de la République. Cependant, il est indéniable que les développements antérieurs à la proclamation de la République, notamment ceux qui ont suivi la période des Tanzimat, ont également joué un rôle crucial dans le processus qui a conduit à ce stade concret. La laïcité turque s'est modelée en fonction des conditions spécifiques de la société dans laquelle elle a émergé. L'un des éléments les plus remarquables qui distinguent l'application de ce principe est l'existence de la Présidence des Affaires Religieuses (Diyanet). Les critiques à l'égard de l'existence et du fonctionnement de cette institution persistent. En effet, la laïcité turque, qui repose sur le principe de la séparation de la religion de l'État tout en maintenant l'implication de ce dernier dans les affaires religieuses, s'inspire sous cet aspect de la période concordataire de la France. Cet article se propose ainsi d'examiner le principe constitutionnel de la laïcité sous divers angles: les conditions de son émergence, sa transcription dans les constitutions successives, la raison d'être du Diyanet en tant qu'institution singulière, les rapports entre la laïcité et les partis politiques, et enfin, le rôle de l'éducation dans le processus de sécularisation.

Mots-clés:

Laïcité turque, Laïcisation, La Constitution de 1924, La Constitution de 1961, La Constitution de 1982.

Öz:

Türk devriminin dayandığı ilkelerden biri olan laiklik, Türkiye için dün olduğu gibi bugün de önem taşımaya devam etmektedir. Söz konusu ilkenin kaynağı olan Fransa'ya kıyasla oldukça kısa bir sürede laikleşme yönünde adımlar atılmıştır. Cumhuriyetin ilanını takip eden süreçte seri bir biçimde devrim kanunları kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede, laiklik kavram olarak yüksek sesle dile getirilmeksizin hukuk sistemi, toplumsal yapı ve devlet teşkilatlanmasını kapsayan laikleştirme sürecine gidilmiştir. Anayasa, 1928 yılına gelene kadar devletin dininin İslam olduğuna ilişkin ibareye yer vermiştir. 1937 yılına gelindiğinde ise laiklik hem anayasal koruma altına alınmış hem Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Ancak elbette Cumhuriyetin ilanı öncesinde, özellikle Tanzimat sonrasındaki gelişmelerin de somut olarak geline aşama bakımından önemi yadsınamaz. Türk laikliği içinde hayat bulduğu topluma özgü koşullar ile şekil almıştır. Söz konusu ilkeyi uygulamada farklı kılan hususlardan en dikkat çeken Diyanet İşleri Başkanlığı'nın varlığıdır. Bu kurumun varlığına ve işleyişine getirilen eleştiriler sürmektedir. Nitekim, dinin devletten ayrılması ama devletin din işlerinden çekilmemesi anlayışına dayanan Türk laikliği, bu açıdan Fransa'nın konkordato döneminden ilham almıştır. Dolayısıyla, bu makalede anayasal bir ilke olan laiklik çeşitli açılardan ele alınmaktadır. Bir yandan ortaya çıktığı koşullar, öte yandan anayasalarımızda düzenleniş biçimi, ayrıksı bir kurum olarak Diyanet'in varlık sebebi, siyasal hayatın en temel unsurları olan siyasal partiler ve laiklik arasındaki ilişki ve de eğitimin laikleşme sürecindeki yeri mütevazı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Türk Laikliği, Laikleşme, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası, 1982 Anayasası.

Abstract:

Laicism, one of the foundational principles of the Turkish Revolution, continues to hold significance for Turkey today, just as it did in the past. Compared to its source country, France, the steps toward laicization in Turkey were undertaken within a relatively short period. Following the proclamation of the Republic, a series of revolutionary laws were rapidly adopted and implemented. In this context, a laicization process encompassing the legal system, social structure, and state organization was initiated without explicitly articulating the concept of laicism. Until 1928, the Constitution included a clause stating that the state's religion was Islam. However, in 1937, laicism was constitutionally protected and recognized as one of the fundamental characteristics of the Republic. Nevertheless, it is essential to acknowledge the significance of developments preceding the proclamation of the Republic, particularly those that occurred after the Tanzimat period, in understanding the concrete steps that led to the adoption of laicism. Turkish laicism has been shaped by the specific socio-political conditions of the society in which it emerged. One of the most striking aspects that distinguishes its implementation is the existence of the Directorate of Religious Affairs

(Diyanet İşleri Başkanlığı). Criticism regarding the existence and functioning of this institution persists. Indeed, the Turkish model of laicism, which is based on the separation of religion and state but not on the withdrawal of the state from religious affairs, draws inspiration from the concordat period in France. Thus, this article examines laicism as a constitutional principle from multiple perspectives. It analyzes the context in which it emerged, how the principle has been structured within Turkish constitutions, the rationale behind the existence of the Diyanet as a distinctive institution, the relationship between laicism and political parties - key actors in political life - and the role of education in the laicization process.

Keywords:

Turkish Laicism, Laicization, The 1924 Constitution, The 1961 Constitution, The 1982 Constitution.

Après la proclamation de la République en 1923, la Turquie a progressivement adopté une orientation laïque. La première mesure marquante prise dans cette direction a été la suppression, par un amendement constitutionnel¹ en avril 1928, de la mention relative à la religion de l'État dans la Constitution de 1924. Lorsque l'on est arrivé en 1937, la laïcité a été inscrite dans la Constitution comme l'une des caractéristiques fondamentales de la République de Turquie, marquant ainsi une étape majeure dans ce processus². De cette manière, la laïcité, en tant que principe, a été maintenue, du moins sur le plan technique, dans les Constitutions élaborées et promulguées au cours des années suivantes.

En substance, la laïcité turque doit être analysée sous deux angles distincts. Dans cette optique, il convient tout d'abord de considérer la signification que le principe de laïcité revêt dans la philosophie fondatrice de la République de Turquie. Par ailleurs, il est essentiel d'évaluer le modèle de référence ayant influencé sa mise en œuvre pratique.

L'inscription du principe de laïcité dans la Constitution, en tant que « niveau le plus élevé du droit national »³, ainsi que sa protection garantie, va bien au-delà, sur le plan technique, de la simple séparation apparente entre les affaires religieuses et celles de l'État⁴. Une série de réformes successives, mises en œuvre après la proclamation de la République, visaient non seulement à transformer l'État, mais également à doter la société d'une nouvelle structure⁵. Dans ce contexte, la laïcité a été perçue comme une clé de voute jouant un rôle essentiel dans la modernisation de la société⁶. D'autre part, bien que la France ait servi de référence pour la mise en œuvre de ce principe, il convient

¹ RG, 14.04.1928, S. 863.

² RG, 13.02.1937, S. 3533.

³ Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge-Massachusetts, 1949, p. 124.

⁴ Tanilli, Server, *Din ve Politika-Laik Barışın Dostları ve Düşmanları*, İstanbul, 2009, p. 58.

⁵ Tanilli, p. 59.

⁶ Tanilli, p. 59.

de préciser quel modèle de laïcité française a été effectivement adopté. Ainsi, bien que cette étude ne se propose pas d'établir une comparaison, il demeure néanmoins pertinent, dans une perspective générale, d'examiner si le modèle de laïcité ayant inspiré le cas turc renvoie à la période antérieure ou postérieure à la loi française de séparation des Églises et de l'État de 1905.

Dans le processus de structuration sociale, juridique et politique de la République de Turquie, les interrogations relatives à l'inspiration du principe de laïcité - érigé en pierre angulaire de sa philosophie fondatrice - ainsi qu'aux raisons ayant motivé sa mise en œuvre, revêtent sans nul doute une importance particulière. Toutefois, au-delà de ces questionnements, il demeure essentiel d'en évaluer les orientations futures. Une telle analyse permettrait de déterminer si ce fondement, l'une des caractéristiques majeures de la République de Turquie, désormais centenaire, s'est renforcé avec le temps ou si, au contraire, sa portée s'est progressivement réduite.

À cet égard, nous commencerons par nous pencher sur les mouvements d'occidentalisation et de modernisation qui ont précédé la création de la République de Turquie. **(I)** Le panorama de la période pré-républicaine révélera le mouvement de codification partielle initié par l'adoption des lois occidentales **(A)**, ainsi que la contribution de la Constitution de 1876 à l'évolution vers un modèle de modernisation occidentale **(B)**. Par conséquent, l'émergence de la laïcité, relevant du droit constitutionnel et de sa théorie, sur les terres que nous avons adoptées comme patrie, ainsi que son évolution et sa forme actuelle, peuvent être expliquées de manière plus accessible. Ensuite, l'analyse se concentrera sur l'évolution du processus après la proclamation de la République, permettant ainsi de mettre en évidence les étapes vers l'instauration de la laïcité. **(II)** Il s'agira, en premier lieu, d'examiner si la laïcité turque relève d'un transfert direct du modèle français ou plutôt d'une adaptation au contexte. **(A)** Dans un second temps, nous aborderons les tournants de la Révolution turque vers la laïcité. **(B)** D'une part, nous discuterons de la mise en place de la Présidence des Affaires religieuses (Diyanet İşleri Başkanlığı) **(1)**, perçue comme une initiative atypique, et d'autre part, des démarches entreprises pour la laïcisation de l'instruction **(2)**. Une autre question essentielle dans l'évaluation chronologique du processus de laïcisation après la proclamation de la République est la garantie constitutionnelle du principe de laïcité. **(C)** Nous examinerons d'abord comment les constituants de 1924 **(1)**, puis ceux de 1961 **(2)** ont interprété et intégré ce principe. Par ailleurs, il sera également souligné comment le principe de laïcité a été garanti par le biais de lois fondamentales. **(D)** Nous analyserons ensuite l'application du principe de laïcité dans le système constitutionnel actuel

de la Turquie. (III) Dans cette section, nous mettrons d'abord en évidence la place accordée à la laïcité dans la Constitution turque actuelle de 1982. (A) Conformément à la Constitution susmentionnée, nous évaluerons le rôle de la Présidence des affaires religieuses, qui contribue à faire de la laïcité turque un modèle distinct de celui de la France, ainsi que son statut croissant au fil des ans. (B) Ensuite, dans ce contexte, nous évaluerons comment le régime des partis politiques (C), l'une des deux questions principales, ainsi que l'éducation nationale (D), ont fonctionné et fonctionnent encore sous le cadre de l'ordre étatique laïque.

I. MOUVEMENTS DE MODERNISATION ET D'OCCIDENTALISATION AVANT L'INSTAURATION DE LA REPUBLIQUE TURQUE

La laïcité reflète le résultat du processus de laïcisation. Cela implique la nécessité de définir un cadre général sur la laïcisation pour mieux comprendre les raisons qui ont conduit à l'adoption du principe de laïcité comme règle fondamentale. Comme nous le savons, en France, la notion de laïcité est le fruit de nombreuses années d'efforts. La lutte pour distinguer la vie civile de la vie religieuse a commencé avec la Révolution de 1789. Ainsi, on peut affirmer que cette dernière a ouvert la voie à « l'idée de l'État laïque, neutre entre tous les cultes, indépendant de tous les clergés, dégagé de toute conception théologique »⁷. Quant à la Turquie, la laïcité turque est officiellement née avec la modification constitutionnelle de 1928 et a été consacrée comme principe fondamental inviolable de la République en 1937. Cependant, nous ne pouvons pas négliger les avancées réalisées à la suite du rescrit impérial de 1839 de l'Empire ottoman. Ainsi, l'histoire de l'idée laïque sur le territoire turc a commencé à émerger avec les réformes de Tanzimat. Il convient de souligner la volonté de modernisation et d'occidentalisation affirmée dès le début du XIXe siècle dans l'Empire ottoman pour comprendre l'adoption du principe de laïcité comme règle constitutionnelle en Turquie⁸. En d'autres termes, l'émergence du principe de laïcité, qui joue un rôle important dans l'élaboration de la structure institutionnelle de l'État républicain turc, trouve ses racines dans les réformes du Tanzimat⁹. Dans cette

⁷ Jean Baubérot, *Histoire de la Laïcité en France*, Paris, 2015, p. 4.

⁸ Jean Marcou, « La laïcité en Turquie: une vieille idée moderne », (Confluence Méditerranée, n° 33, Printemps 2000, p. 59-71), p. 61. Marcou précise dans son article un point de vue similaire celui que nous défendons: « ... cette laïcité républicaine apparaît comme la résultante des multiples débats et conflits sur la question religieuse et la modernisation qui ont agité la société ottomane à cette époque. ».

⁹ Niyazi Berkes, *Teokrasi ve Laiklik*, İstanbul, 2016, p. 47. Niyazi Berkes affirme que l'idée selon laquelle les premières tentatives de laïcité remontent à la période des Tanzimat n'est plausible que si l'on comprend la laïcité comme la séparation de la religion et des institutions étatiques.;

optique, il conviendra de présenter, dans un premier temps, un aperçu général des lois adoptées sous l'influence du droit occidental, depuis la période du Tanzimat jusqu'aux réformes ultérieures (A). Par la suite, il s'agira d'analyser brièvement la contribution de la Constitution de 1876 (Kanun-u Esasi) au processus de modernisation (B).

A. Démarches en vue de la Modernisation de la Législation par l'Adoption de Lois d'Inspiration Occidentale

La période appelée Tanzimat peut être définie comme une époque au cours de laquelle sont apparus les premiers indices d'un cheminement vers la laïcité. Bien entendu, les mesures adoptées dans ce cadre visaient davantage à moderniser les institutions et les structures qu'à instaurer directement un ordre étatique laïque. Ce que l'on veut souligner ici, c'est que les Tanzimat ont marqué le début de l'éloignement de l'État vis-à-vis de sa structure théocratique¹⁰. Les raisons d'une telle évaluation de la période des Tanzimat, considérée comme la première étape de la séparation des sphères temporelle et religieuse, peuvent être expliquées en les regroupant en plusieurs catégories.

Suivant la catégorisation de Tanör, il convient de noter que la première de ces raisons réside dans l'évolution de l'approche des systèmes de croyance non islamiques, passée d'un modèle fondé sur la tolérance à un modèle reposant sur les droits et les libertés¹¹. Une autre raison réside dans l'évolution du concept de souveraineté, qui, sous la forme d'une monarchie théocratique absolue, était considérée comme un pouvoir conféré par Dieu et attribué exclusivement au sultan¹².

Ce concept a commencé à changer, dans une certaine mesure, à la suite de la proclamation des édits impériaux de 1839 (Gülhane Hattı) et 1856 (Islahat)¹³. Ces documents constitutionnels sont ici analysés sous l'angle de leur impact juridique, plutôt que de se concentrer sur les raisons historiques

İbrahim Kaboğlu, « L'impact de la loi de 1905 sur la laïcité en Turquie », *Hommes et Migrations-Laïcité: les 100 ans d'une idée neuve. II. Culture(s), religion(s) et politique*, no: 1259, Janvier-Février 2006, p. 77. Comme l'indique Kaboglu, les fondements de laïcité ont été posés durant les réformes du Tanzimat.; Élise Massicard, « L'organisation des rapports entre État et religion en Turquie », (*Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, no: 4, 2005, p. 119-128), p. 120. L'auteur souligne que les réformes mises en œuvre en faveur de la laïcisation dans la République de Turquie peuvent être considérées comme une continuité des réformes entreprises au XIX^e siècle dans l'Empire ottoman, lesquelles visaient à marginaliser les autorités religieuses et leurs compétences au profit du renforcement de l'État.

¹⁰ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, 2011, p. 100.

¹¹ Tanör, p. 100.

¹² Tanör, p. 100.

¹³ Tanör, p. 100.

de leur promulgation. Par conséquent, comme l'analyse des deux documents constitutionnels le révèle, bien qu'ils reposent sur la déclaration unilatérale de la volonté du sultan, ils produisent le résultat de la limitation de l'autorité du monarque, qui jouit d'une souveraineté absolue. Une autre question importante concerne les effets des mouvements de réforme juridique de la période des Tanzimat sur la structure théocratique de l'État¹⁴. Bien que ces efforts ne puissent être considérés comme une révolution fondamentale, la structure générale du système judiciaire a évolué et adopté une forme différente de celle qu'elle avait auparavant. Si l'on devait résumer ce processus juridique en quelques lignes, on dirait que la législation française a servi de modèle pour la préparation des lois. En effet, les lois commerciales¹⁵, maritimes¹⁶, pénales¹⁷ et de procédure civile¹⁸ comptent parmi celles qui ont été intégrées à la législation ottomane par le biais de la réception. Par ailleurs, le Code des terres de 1858 (Arazi Kanunnamesi) constitue un autre texte important de cette époque, puisqu'il établissait des dispositions laïques en matière de propriété et d'héritage¹⁹.

L'autre progrès attirant l'attention a été réalisé dans les domaines des écoles militaires et juridiques. L'objectif des réformateurs de Tanzimat était de

¹⁴ Tanör, p. 100.

¹⁵ Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara, 2007, p. 357. Ainsi, le premier code sur le droit privé (Kanunname-i Ticaret, 1850) de la période de Tanzimat a été adopté en traduisant les deux premières parties du code de commerce français de 1807. Parallèlement, le code de procédure commerciale a été adopté en s'inspirant de la législation française.; İliber Ortaylı, *Osmanlı Düşünce Dünyası ve Tarih yazımı*, İstanbul, 2007, p. 141. Comme le mentionne Ortaylı, aucune distinction relative à la religion ou à la secte n'était prévue pour les litiges commerciaux. De plus, contrairement au droit canonique de l'Islam, les compagnies étaient reconnues comme des personnes morales. Tanör, p. 101. Cette loi de 1850 représente l'adoption pour la première fois de la notion d'intérêt dans le système juridique ottoman, bien que ce concept soit incompatible avec le droit islamique.

¹⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, p. 357. De même, le code de commerce maritime s'est inspiré particulièrement des principes du droit français.

¹⁷ Üçok/Mumcu/Bozkurt, p. 343-344. Le code pénal ottoman du 3 mai 1840, dont l'importance réside dans le fait qu'il s'agissait du premier code pénal de l'Empire applicable à tous les ressortissants ottomans. Par la suite, un nouveau code pénal fut adopté en 1851, introduisant un principe totalement opposé à celui du droit pénal islamique. Selon ce nouveau principe, l'État doit punir la personne déclarée coupable de ces violations, bien que les héritiers lui pardonnent selon la loi de talion de l'Islam. Enfin, le code pénal de 1858, largement inspiré des principes du code pénal français de 1810, fut adopté. Le code pénal ottoman de 1858 a été modifié plusieurs fois jusqu'à l'adoption du code pénal turc de 1926 par la Grande Assemblée nationale de Turquie. Sur ce point, il faut souligner qu'une de ces modifications avait été réalisée en prenant le code pénal italien de 1889 comme exemple. Le code pénal turc daté du premier juillet 1926 a été aussi préparé en traduisant ce code pénal italien. En bref, nous pouvons dire que le code pénal ottoman de 1858 sous-tend le code pénal turc de 1926. Plus tard, en 1879, le code de procédure pénale entra en vigueur, fruit de la traduction du code de procédure pénale français de 1808.

¹⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, p. 344-346. En 1879, un code de procédure civile, reposant également sur les principes du code de procédure civile français de 1807, fut préparé.

¹⁹ Tanör, p. 102; Ortaylı, p. 142-143.

fournir les ressources nécessaires à la modernisation de l'armée et de la société. L'investissement dans l'éducation devait être considéré comme un projet à long terme, dont l'influence s'est ressentie tout au long du XIX^e siècle²⁰.

Les réformes de Tanzimat ne peuvent pas être réduites à une simple période d'adoption de lois d'inspiration occidentale. Dans ce cadre, le Şûra-yı Devlet, créé en s'inspirant du modèle français et présentant certaines similitudes avec l'actuel Conseil d'État²¹, revêt une signification qui dépasse une simple évaluation dans ce contexte²². À part cela, on fut créé des tribunaux réguliers (Nizamiye mahkemeleri). Sous cet angle, une structure dualiste a été mise en place dans le domaine de la procédure juridique²³. Ainsi, les tribunaux religieux (Şer'i mahkemeler) ont commencé à perdre leur position de force²⁴.

Bien entendu, les progrès réalisés au cours des réformes de Tanzimat ne se limitent pas aux aspects évoqués précédemment. Il ressort clairement que l'un des objectifs majeurs de ces réformes d'envergure était aussi de transformer le système administratif de l'Empire. Ainsi, un modèle « presque rationnel et plus ou moins centralisé »²⁵ a été mis en place. De manière plus explicite, d'une part, l'organisation provinciale a été reconstruite; d'autre part, des institutions dédiées à la consultation et à la législation, ainsi qu'à la juridiction et au contrôle, ont émergé au sein du pouvoir central²⁶. Dans ce contexte, le système administratif français a une fois de plus servi de modèle pour la réalisation de cet objectif²⁷.

²⁰ Ortaylı, p. 141; Odile Moreau, *L'Empire ottoman à l'âge des réformes: Les hommes et les idées du «Nouvel Ordre» militaire, 1826-1914*, İstanbul, Institut français d'études anatoliennes, 2007, Lien: <https://books.openedition.org/ifeagd/1425>, (consulté le 18.02.2025).

²¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, p. 346; Atilla Nalbant, *Principe de laïcité dans les Constitutions turques et la régulation du fait religieux, Laïcité en débat, Principes et Représentations en France et en Turquie*, (dir.) Samim Akgönül, Strasbourg, 2008, p. 70.

²² Onur Karahanoğulları, *Türkiye'de İdari Yargı Tarihi*, Ankara, 2005, p. 156. Comme l'indique Karahanoğulları, le préambule du règlement du Şûra-yı Devlet définit les domaines d'intervention de l'institution comme suit: « Mener des travaux en vue de la réalisation de réformes, y compris l'élaboration de lois. Garantir le bon déroulement des relations entre l'État et les citoyens. Prendre en charge l'aménagement du pays ainsi que toutes les tâches connexes. »; Tanör, p. 104-105. Tanör qualifie le Şûrâ-yı Devlet d'institution représentative de nature primitive et met en avant son importance dans une perspective de droit constitutionnel.

²³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, p. 336. Les auteurs soulignent qu'à la suite des réformes du Tanzimat, ce n'est pas une unification juridique qui a émergé, mais un mouvement dualiste.; Ortaylı, p. 142, 145.

²⁴ Ortaylı, p. 142.

²⁵ Nalbant, p. 70.

²⁶ Karahanoğulları, p. 71.

²⁷ Nalbant, p. 70.

B. Contribution de la Constitution de 1876 à la Modernisation selon un Modèle Occidental

La Constitution de 1876 constitue un point culminant dans l'histoire juridique ottomane. C'est ainsi que nous la considérons, car elle a ouvert la voie à un « processus de développement moderne et laïc de manière irréversible »²⁸.

L'une des principales raisons pour lesquelles cette Constitution peut être considérée comme un indicateur de l'évolution vers un processus laïc réside dans le fait que les articles relatifs au titre « Du droit public des Ottomans » montrent qu'aucune distinction n'est faite en fonction de la religion ou des différentes tendances religieuses²⁹. Par exemple, l'article 8 de ladite Constitution prévoit expressément que tout citoyen de l'État Ottoman est considéré comme « Ottoman », quelle que soit sa religion ou sa tendance religieuse³⁰. Dans le même esprit, cette Constitution, bien que l'islam soit affirmé comme religion de l'État, souligne la protection par l'État de l'exercice de toutes les religions reconnues dans l'Empire³¹.

De même, l'article 9 stipule que tous les sujets ottomans jouissent des libertés individuelles, indépendamment de leur affiliation religieuse. Il précise en outre que l'exercice de ces libertés implique l'obligation de ne pas porter atteinte aux libertés d'autrui³². De plus, tous sont considérés égaux devant la loi, bénéficiant des mêmes droits et assumant les mêmes devoirs, sans que leurs croyances religieuses n'influencent cette égalité. Dans le prolongement de ce principe d'égalité, la Constitution prévoit également que l'admission à la fonction publique doit être régie par les critères de compétence et de mérite³³.

Une autre disposition digne d'intérêt est celle qui reconnaît aux Ottomans le droit d'adresser des pétitions tant à l'autorité compétente qu'à l'Assemblée générale³⁴. En ce qui concerne le droit à l'enseignement, tel que garanti par l'article 15, il est expressément énoncé que l'enseignement est libre et que tous les citoyens sont habilités à bénéficier d'un enseignement public ou privé, sous réserve du respect des prescriptions législatives en vigueur³⁵. De même, l'article

²⁸ Ortaylı, p. 143.

²⁹ Abdolonyme Ubicini, *La Constitution Ottomane du 7 zilhidjé 1293 (23 décembre 1876)*, Paris, 1877, p. 23-27.

³⁰ Ubicini, p. 23.

³¹ Ubicini, p. 24. L'article 11 de la Constitution de 1876.

³² Ubicini, p. 23.

³³ Ubicini, p. 26. L'article 19 de la Constitution de 1876.

³⁴ Ubicini, p. 24. L'article 24 permet aux sujets ottomans de présenter des pétitions non seulement en raison de l'infraction d'une loi ou d'un règlement ayant un impact négatif direct sur leur personne ou sur l'intérêt public, mais également pour se plaindre des comportements des fonctionnaires.

³⁵ Ubicini, p. 25.

suivant indique sans ambiguïté que toutes les écoles sont sous la surveillance de l'État. Il met en outre en évidence l'initiative visant à unifier et organiser l'enseignement dispensé dans ces établissements, en soulignant que celle-ci ne saurait nuire à l'éducation religieuse des différentes communautés³⁶.

Par ailleurs, bien que cette Constitution ait introduit une possibilité de représentation limitée, elle a néanmoins garanti la participation des sujets ottomans à l'administration, indépendamment de leur appartenance religieuse³⁷.

II. PANORAMA CHRONOLOGIQUE DE L'ÉVOLUTION VERS UNE RÉPUBLIQUE LAÏQUE EN TURQUIE

Entre 1922 et 1937, d'importantes réformes ont été mises en œuvre en Turquie pour établir les bases d'une République laïque. Il est largement admis que ces réformes ont, dans une large mesure, été inspirées par la laïcité française.

Dans ce cadre, il s'agira d'abord de mettre en lumière le modèle ayant présidé à l'élaboration des fondements de la laïcité à la turque dans un contexte général (A). Nous analyserons ensuite les démarches réformatrices entreprises avant la proclamation de la République et durant ses premières années (B). Enfin, nous examinerons l'intégration du principe de laïcité dans le corpus constitutionnel (C).

A. Transfert de Modèle ou Adaptation ? L'Héritage Français dans la Construction de la Laïcité Turque

Il convient, au préalable, de revenir brièvement sur les principales démarches de laïcisation menées en France, avant d'examiner dans quelle mesure le modèle français a été directement transféré ou, au contraire, adapté aux spécificités de la vie républicaine turque. Le point de départ de la laïcité, entendue comme la séparation entre le spirituel et le temporel, s'est manifesté en France lors de la Révolution française, avec la révolte contre la monarchie absolue. L'église catholique qui bénéficiait du statut de religion officielle, et les rois de France, considérés comme représentants de Dieu, ont été remis en question dès les premières semaines de la Révolution³⁸.

³⁶ Ubicini, p. 25. L'article 16 de la Constitution de 1876.

³⁷ Ubicini, p. 32, 37. Conformément à l'article 42, l'Assemblée générale se compose de la Chambre haute, appelée Chambre des seigneurs, et de la Chambre basse, désignée sous le nom de Chambre des députés. Par ailleurs, l'article 65 précise que la Chambre des députés est constituée d'individus de sexe masculin possédant la qualité de sujet ottoman. Chaque groupe de cinquante mille individus de cette catégorie est représenté par un député, conformément à l'article susmentionné.

³⁸ Valentine Zuber, « La laïcité française, une exception historique, des principes partagés », Revue du droit des religions, no: 7, 2019, p. 193-205, Lien: <https://journals.openedition.org/rdr/305#quotation> (consulté le 22.02.2025).

Dans cette optique, le principe de la souveraineté nationale a été adopté comme fondement de la vie politique³⁹. Ce principe a été formalisé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, libérant ainsi l'État de l'influence religieuse⁴⁰. Essentiellement, l'instauration d'un ordre étatique laïque, dans lequel la volonté générale est érigée en principe décisif et la liberté religieuse garantie, a parallèlement accompagné l'émancipation institutionnelle de l'État de l'hégémonie de la religion officielle. C'est ainsi que la laïcité est devenue un principe fondamental de la République française.

En somme, l'idée républicaine⁴¹, reposant à la fois sur l'émancipation de l'État vis-à-vis de la religion et sur la souveraineté nationale, est née en même temps. Des mesures ont été prises pour que, d'une part, aucun culte ne bénéficie de subventions publiques en France et, d'autre part, pour renforcer la protection de la liberté des cultes. Par ailleurs, la laïcisation de l'enseignement a constitué un enjeu majeur pour les révolutionnaires. Ainsi, la laïcité a acquis une valeur constitutionnelle pour la première fois dans la Constitution du 27 octobre 1946, dont le préambule consacre ce principe⁴².

Quant à la République de Turquie, bien que l'influence de la France sur l'émergence de l'idée de laïcité y soit indéniable, il est difficile de soutenir que son modèle a été adopté de manière identique, comme l'a précisé Tanör⁴³. Le modèle turc de la laïcité s'est épanoui tout en « reposant sur une base différente »⁴⁴. Karahanoğulları reconnaît l'influence exercée par la France dans

³⁹ Zuber, « La laïcité française, une exception historique, des principes partagés »

⁴⁰ Zuber, « La laïcité française, une exception historique, des principes partagés » ; « Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 », Lien: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789> (consulté le 22.02.2025) Le premier alinéa de l'article 3 de ladite Déclaration affirme clairement le principe de la souveraineté nationale, en disposant que « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. ».

⁴¹ « Révolution française-21 septembre 1792 La convention nationale et la fin de la royauté », Lien: <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/histoire-et-patrimoine/revolution-francaise/la-convention-nationale-et-la-fin-de-la-royaute#date> (consulté le 22.02.2025) La royauté fut abolie le 21 septembre 1792 en France, et le jour suivant marqua le début de l'an premier de la République française.

⁴² Pour en savoir plus sur l'évolution de la laïcité en France, veuillez consulter l'article suivant: Seda Dunbay, « Analyse Juridique du Principe de Laïcité, Une Valeur Essentielle de la République Française », (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, vol. 12, no: 1, Juin 2024, p. 39-66); Michel Troper, « French Secularism, or Laïcité », Cardozo Law Review, vol: 21, no: 4, Février 2000, p. 1267-1283), p. 1276. L'auteur souligne que le principe de laïcité, instauré par la loi de séparation de 1905, a été ultérieurement clarifié par la Constitution de 1946.

⁴³ Bülent Tanör, « Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi », (éd.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Laiklik ve Demokrasi, Ankara, 2001, p. 31.

⁴⁴ Tanör, « Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi », p. 31; Anıl Çeçen, Atatürk ve Cumhuriyet, Ankara, 1994, p. 148. Çeçen souligne qu'il est important que la société parvienne à une compréhension de la laïcité qui lui soit propre et d'une portée large.

la construction de la laïcité en Turquie, mais il soutient que c'est le « régime concordataire »⁴⁵ qui a été pris pour modèle⁴⁶. Il souligne que les réformes visant à laïciser, lancées dès les années 1880 sous la Troisième République française, avant même la loi de séparation de 1905, ont servi de modèle dans le contexte turc⁴⁷. Akgönül analyse la laïcité en Turquie sous les angles politique, juridique et social. Il soutient que, malgré le maintien d'un système juridique laïque, une politique de dé-laïcisation de la société a été conduite en Turquie au cours des dernières années⁴⁸. En revanche, selon lui, sur le plan politique, la Turquie n'a jamais véritablement présenté une structure authentiquement laïque, et cette situation aurait aujourd'hui connu une érosion encore plus marquée⁴⁹. À ce stade, il nous semble nécessaire d'émettre une réserve à l'égard de la première partie de l'affirmation de l'auteur. Cela s'explique par la nature singulière de la structure de la laïcité turque. Si l'on cherche à identifier le « principe de l'autonomie réciproque »⁵⁰, apparu en France avec la loi de 1905, dans l'étude de la laïcité turque, il est évident que la thèse de l'auteur ne saurait être remise en question. Cependant, en examinant la laïcité turque à la lumière du régime concordataire français, on constate une structure similaire dans laquelle la religion n'interfère pas dans les affaires de l'État et l'État régule les affaires religieuses.

Comparativement à la France, qui a été l'un des premiers États à mettre en pratique la séparation de la religion et de l'État - laquelle constitue la signification fondamentale du principe de laïcité -, la laïcisation de la société turque s'est effectuée dans un laps de temps beaucoup plus court. Plus précisément, les étapes les plus emblématiques de l'introduction et du développement de la laïcisation s'avèrent regroupées sur les quatorze années qui ont suivi la proclamation de la République.

⁴⁵ « Le régime de séparation entre l'État laïque et les cultes », Lien: <https://www.vie-publique.fr/eclairage/20205-laicite-le-regime-de-separation-entre-letat-et-les-cultes> (consulté le 25.02.2025) Le régime concordataire fait référence à la période précédant la loi de séparation de 1905, au cours de laquelle la France, en tant qu'État, reconnaissait et finançait quatre religions établies sur son territoire. Ces cultes étaient les suivants: catholique, protestant réformé et luthérien, israélite. Dans le cadre du régime concordataire, l'État français assumait la rémunération des ministres du culte et exerçait une influence directe sur leur désignation.

⁴⁶ Onur Karahanoğulları, ABD ve Fransa'da Laiklik-Din Kamu Hizmetlerinin Kaldırılması, Ankara, 2023, p. 7, 14.

⁴⁷ Karahanoğulları, p. 7, 14.

⁴⁸ Samim Akgönül, « La laïcité à la turque à l'épreuve d'un régime a-laïque », (Revue du droit des religions, no: 14, Novembre 2022, p. 87-105), p. 105.

⁴⁹ Akgönül, p. 105.

⁵⁰ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2014, p. 97. Le principe de l'autonomie réciproque implique non seulement l'absence d'ingérence de la religion dans les affaires de l'État, mais aussi l'absence d'intervention de l'État dans les affaires religieuses et l'organisation religieuse.

Bien que tel soit le cas, des enjeux politiques et sociaux persistent, rendant difficile l'affirmation selon laquelle l'importance du caractère laïque de la République pour la cohésion sociale et la démocratisation aurait été pleinement comprise. Une telle affirmation repose sur le constat que, dans la Turquie contemporaine, la garantie constitutionnelle du caractère laïque de la République demeure largement théorique. Plus précisément, des différences significatives entre la théorie et la pratique ont commencé à apparaître, ce qui mérite une attention particulière. Les origines de ces problèmes sont, en grande partie, liées à la question de la démocratisation.

À ce stade, il est pertinent de recourir à Jean Jaurès, qualifié de « parrain »⁵¹ de la loi de séparation de 1905, établissant une équivalence directe entre démocratie et laïcité dans son argumentation⁵². Selon Jaurès, pour qui la démocratie repose sur l'égalité des droits, toute distinction fondée sur la seule appartenance religieuse, qu'elle entraîne un avantage ou un désavantage, va à l'encontre de cet idéal⁵³. Toutefois, bien que la laïcité, en tant que principe, soit effectivement mise en œuvre dans l'État démocratique contemporain - considéré comme l'avant-garde du pluralisme et des libertés - rien ne permet d'affirmer qu'un État laïque soit nécessairement démocratique. En somme, s'il est inexact de prétendre que tous les systèmes laïques sont inéluctablement démocratiques, l'on peut néanmoins soutenir que l'ensemble des systèmes démocratiques contemporains se caractérisent, en pratique, par la mise en œuvre du principe de laïcité⁵⁴.

Cette observation s'applique-t-elle également à la conception républicaine de la laïcité ? En d'autres termes, un État qui se définit comme une République doit-il nécessairement être laïque ? Et, inversement, tout État laïque doit-il être organisé sous la forme républicaine ? Le choix de la forme républicaine de l'État n'implique pas nécessairement l'adoption d'une organisation politique fondée sur la laïcité. En effet, le concept de République désigne « une forme de gouvernement excluant le principe héréditaire au profit de l'élection »⁵⁵. Si l'on s'en tient à cette définition minimale, il apparaît clairement que le seul fait d'être une République ne suffit pas à fonder un système laïque⁵⁶.

⁵¹ Jean Baubérot-Vincent, « Jean-Jaurès et la laïcité de 1905 », Lien: <https://blogs.mediapart.fr/jean-bauberot/blog/090514/jean-jaures-et-la-laicite-de-1905> (consulté le 25.02.2025) Baubérot-Vincent a également affirmé qu'Aristide Briand pouvait être qualifié de « père » de la loi de 1905.

⁵² Jean Jaurès, « L'enseignement laïque - Discours du citoyen Jaurès », Revue internationale des francophonies Lien: <https://rfrancophonies.com/index.php?id=1319?id=1319#ftn1> (consulté le 25.02.2025) Jaurès a eu recours à l'adjectif « identique » pour qualifier la relation entre les termes démocratie et laïcité dans son discours prononcé en juillet 1904.

⁵³ Jaurès, « L'enseignement laïque - Discours du citoyen Jaurès »

⁵⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, p. 93.

⁵⁵ Pierre Avril/Jean Gicquel, Lexique de droit constitutionnel, Paris, 2013, p. 105-106.

⁵⁶ En effet, bien que la forme de l'État en Iran soit républicaine, un système laïque n'y existe pas.

Dans ce contexte, il convient d'examiner la laïcité française, «longtemps comprise comme une exception»⁵⁷, ainsi que le modèle turc, en posant la question suivante: pourquoi, comme dans ces deux exemples, la République est-elle considérée comme un élément incontournable d'un système laïque ?

En France, la laïcité républicaine s'est historiquement construite contre l'influence prépondérante de l'Église catholique qui, au nom de Dieu, prétendait exercer une autorité supérieure à celle du peuple⁵⁸. Autrement dit, cette opposition contre le cléricalisme montre que « laïcité républicaine est nécessairement démocratique »⁵⁹. Cela montre que le caractère laïque de la République française résulte à la fois du rejet de la monarchie absolue et de l'affirmation progressive de la souveraineté populaire face au pouvoir religieux. Il ne s'agit donc pas d'un simple choix idéologique, mais bien d'une nécessité issue d'un contexte historique spécifique.

Bien que la République turque ait été fondée par la suppression de la monarchie ottomane, les bases concrètes de la république laïque ont été posées pendant la période qui a suivi l'abolition du califat. Cela dit, il est important de rappeler que l'Islam ne comporte pas de clergé, ce qui singularise encore davantage le modèle turc. En résumé, en Turquie, la république laïque symbolise l'opposition au sultanat, incarné par le sultan qui portait le titre de calife et prétendait détenir son autorité de Dieu.

Sur le plan théorique, le fait pour un État d'adopter la forme républicaine ne le soumet pas nécessairement à un système laïque; néanmoins, tant en France qu'en Turquie, la portée symbolique et fonctionnelle de cette forme d'État est envisagée dans une perspective bien plus large. À ce stade de l'analyse, il est possible d'adapter à la Turquie l'observation de Pierre Hayat concernant la France, selon laquelle la république laïque est « l'expression institutionnelle du principe démocratique de la souveraineté nationale »⁶⁰. En outre, à ce stade, l'idée selon laquelle l'État laïque, agissant au nom de la République, doit s'abstenir de toute ingérence autoritaire dans le domaine de la conscience est devenue un élément clé en France⁶¹. En Turquie, en revanche, la laïcité est perçue avant tout comme la garante de la vie moderne, constituant ainsi « le cœur même de la philosophie de fondation et d'existence de

⁵⁷ Bruno Michon, « Laïcité(s) et Démocratie: Entre Liberté de Conscience et Émancipation », (Pensée plurielle, vol: 47, no: 1, p. 105-125), p. 108.

⁵⁸ Pierre Hayat, « La Laïcité Républicaine-Déterminations, implications et enjeux », (Le Philosophoire, vol: 39, no: 1, 2013, p. 31-44), p. 34.

⁵⁹ Hayat, p. 34.

⁶⁰ Hayat, p. 33.

⁶¹ Hayat, p. 34.

la République »⁶². Il existe aussi l'idée selon laquelle la préservation de la révolution turque dépend de la mise en œuvre effective du principe de laïcité⁶³.

B. Les Étapes Décisives de la Révolution Turque vers la Laïcisation

1. La Création de la Présidence des Affaires Religieuses: une Approche Singulière

Le principe de laïcité constitue un fondement essentiel régissant la distinction entre la sphère civile et la sphère religieuse. Ce principe, considéré comme « pierre angulaire des relations entre l'État et la religion dans la France moderne »⁶⁴, a également influencé le processus d'institutionnalisation de l'État en Turquie contemporaine. La dynamique de laïcisation a constitué, dans son essence, un terrain propice à la mise en œuvre des réformes institutionnelles et idéologiques relevant de la superstructure⁶⁵. En effet, érigée en condition sine qua non du processus de modernisation, la laïcité a été appréhendée, dans une perspective positiviste, comme un principe garantissant la dissociation entre les affaires religieuses et celles de l'État⁶⁶.

Dans ce prolongement, la Grande Assemblée nationale de Turquie a d'abord décidé, le 1er novembre 1922, d'adopter une loi visant à abolir le sultanat. Par la suite, la République a été proclamée en octobre 1923. Il convient de souligner que la proclamation de la République ne résulte pas d'une simple coïncidence. Elle traduit, au contraire, une volonté manifeste d'instaurer un système laïc⁶⁷. De plus, l'énoncé « la souveraineté appartient sans condition ni restriction au peuple »⁶⁸, inscrit dans la Constitution de 1921 et repris par la suite, montre clairement que « la source de la souveraineté est laïque »⁶⁹.

⁶² Tanör/Yüzbaşıoğlu, p. 96.

⁶³ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)-Mütareke, Cumhuriyet ve Atatürk*, İstanbul, 2016, p. 144.

⁶⁴ Eoin Daly, « The Ambiguous Reach of Constitutional Secularism in Republican France: Revisiting the Idea of Laicity and Political Liberalism as Alternatives », (Oxford Journal of Legal Studies, vol. 32, no: 3, 2012, p. 583-608), p. 583.

⁶⁵ Anıl Çeçen, *Kemalizm*, İstanbul, 1999, p. 188.

⁶⁶ Çeçen, p. 131.

⁶⁷ Yılmaz Aliefendioğlu, « Laiklik ve Laik Devlet », (éd.) İbrahim Ö. Kaboğlu, *Laiklik ve Demokrasi*, Ankara, 2001, p. 85-86. Ainsi que le souligne l'auteur, la transition vers un ordre laïque en Turquie a débuté avec l'instauration de la République. De même, comme il le précise, la proclamation de la République, après l'abolition du sultanat, marque le deuxième pas vers la laïcité; Çeçen, *Atatürk ve Cumhuriyet*, p. 143. L'auteur soutient que l'un des principes qui reflète le mieux la vision du républicanisme d'Atatürk est la laïcité.

⁶⁸ Suna Kını/Şeref Gözübüyük, *Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, p. 105. Le nom original de la Constitution de 1921 est « Teşkilat-ı Esasiye Kanunu », qui pourrait être traduit en français par: la Loi sur l'organisation fondamentale ou essentielle.

⁶⁹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, p. 94; Tanilli, p. 57. Tanilli affirme que le choix de fonder dès le départ la théorie de la souveraineté sur le principe de souveraineté nationale constitue une base essentielle pour l'instauration d'un ordre laïque.

Dans un second temps, une série de lois qualifiées révolutionnaires a été promulguée le 3 mars 1924, parmi lesquelles figurait l'abolition du califat⁷⁰. Il convient de souligner que, conformément à l'article premier de la loi n° 429, adoptée ce même jour, une Présidence des affaires religieuses (Diyanet İşleri Reisliği), plus connue sous le nom de Diyanet, a été instituée au sein de la République de Turquie. De manière plus précise, cet article a permis de définir les modalités d'organisation des affaires religieuses et temporelles. Dans ce cadre, il est explicitement stipulé que la législation et l'exécution des dispositions relatives à l'ensemble des relations sociales relèvent de la Grande Assemblée nationale de Turquie ainsi que du gouvernement qu'elle a constitué. Cependant, la gestion des affaires liées à la foi et au culte de la religion islamique, ainsi que l'administration des institutions religieuses, sont confiées au Diyanet, qui était rattachée à l'Office du Premier ministre⁷¹. De plus, le responsable de cette institution est nommé par le Président de la République, sur recommandation du Premier ministre⁷². Ainsi, comme nous l'avons vu, il n'existe plus de ministère chargé des affaires religieuses. Autrement dit, cette institution ne fait pas partie du Gouvernement mais reste placée sous le contrôle direct du Premier ministre. Son instauration permet aux organes législatifs et exécutifs d'exercer leurs compétences sans avoir à tenir compte de la conformité de celles-ci avec la religion musulmane⁷³.

Cela montre également que, selon la philosophie fondatrice de la République, les autorités publiques ont directement pris en charge la gestion des affaires religieuses, attribuant à l'institution le statut de bureau administratif⁷⁴. La création du Diyanet constitue une exception notable dans l'articulation traditionnelle entre la sphère religieuse et celle de l'État. Dans ce cadre, Çitak

⁷⁰ « Hilâfetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200431.pdf (consulté le 2.03.2025) Le califat a été aboli quinze mois trois jours après la suppression du sultanat. D'autre part, une série de lois révolutionnaires a été promulguée le 3 mars 1924, parmi lesquelles figurait l'abolition du califat. À cette même date, le Ministère de la Religion et des Fondations religieuses (Şeriye ve Evkaf Vekaleti), ainsi que le Ministère de la Guerre (Harbiye Vekaleti), ont également été supprimés. L'abolition de ces deux ministères s'est faite par la loi numéro 429 du 3 mars 1924.

⁷¹ « Şeriye ve Evkaf ve Erkanı Harbiyei Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200429.pdf (consulté le 2.03.2025) L'article 4 de la Loi portant suppression du Ministère de la Charia et des Fondations religieuses et du Ministère de l'État-major général.

⁷² « Şeriye ve Evkaf ve Erkanı Harbiyei Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200429.pdf (consulté le 2.03.2025) L'article 3 de la Loi portant suppression du Ministère de la Charia et des Fondations religieuses et du Ministère de l'État-major général.

⁷³ M. Nuri Kodamanoğlu, «Laik devlet düzenimizin ilk yasal dayanağı», (Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, A. 1991, V. 2, n° 2, p. 643-646), p. 644.

⁷⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, p. 96, 98.

l'a interprétée comme le « produit d'une profonde méfiance envers l'Islam »⁷⁵. Il semble difficile de réduire cette institution à une simple manifestation d'un scepticisme marqué à l'égard de la religion. Selon nous, la création d'une telle institution répond avant tout à la volonté de poser des bases solides pour un ordre étatique laïque, jamais encore expérimenté dans un pays à majorité musulmane. De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, la concrétisation du principe de laïcité en Turquie s'est réalisée dans un laps de temps bien plus restreint que celui constaté en France⁷⁶. Il est ainsi possible de soutenir que cela a conduit à une approche interventionniste de l'État, qui, de manière unilatérale, a cherché à maintenir une séparation totale entre la religion et les affaires temporelles. À part cela, une analyse du sens attribué au principe de laïcité dans le contexte de la Révolution turque peut permettre de mieux comprendre les raisons ayant conduit à la création d'une institution telle que le Diyanet. La laïcité a été perçue, d'une part, comme une lutte pour la modernisation contre l'idéologie de l'exploitation religieuse, et, d'autre part, comme un principe garantissant l'indépendance nationale et la liberté des citoyens⁷⁷. Cette démarche est en parfaite cohérence avec l'objectif de la Révolution turque. En effet, celle-ci visait à fonder une nouvelle société et un nouvel État sur les piliers de la nationalisation, de la laïcisation et de la démocratisation⁷⁸.

La loi n° 429/1924 du 3 mars 1924 confère au Diyanet son premier statut juridique. Elle ne contient aucune disposition détaillée concernant l'organisation interne ni les ressources humaines de cette institution. Elle se contente néanmoins de souligner que son Président est chargé d'administrer tous les lieux de culte, ainsi que de nommer et de destituer les autorités religieuses⁷⁹. En outre,

⁷⁵ Zana Çitak, « D'acteur national à transnational: la Diyanet en Europe », (Cahiers de l'obTic, A. 2012, n° 2, p. 9-14), p. 10.

⁷⁶ Cf. supra, p. 10.

⁷⁷ Berkes, *Atatürk ve Devrimler*, p. 193.

⁷⁸ Tanör, *Osmanlı-Türk...*, p. 326.

⁷⁹ « Şeriye ve Evkaf ve Erkanı Harbiye Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200429.pdf (consulté le 5.03.2025) Sur ce point, il convient de préciser que l'expression « lieux de culte » englobe non seulement les mosquées et les petites mosquées, mais aussi les couvents de derviche (tekke) et les monastères musulmans appelés zawiya, selon l'article 5 de Loi portant suppression du Ministère de la Charia et des Fondations religieuses et du Ministère de l'État-major général.; « Tekke ve zaviyelerle türbelerin şeddine ve türbedarlıklar ile bir takım unvanların men ve ilgasına dair kanun », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400677.pdf (consulté le 5.03.2025) Cependant, tous les couvents de derviches et les monastères musulmans (zawiyas) ont été interdits par le premier article de la Loi sur la fermeture des couvents de derviches (tekke), des zawiyas et des tombeaux, et l'abolition des gardiens et de certains titres religieux, en 1925. Par conséquent, ces derniers ont été retirés de la responsabilité du Président de la Direction des affaires religieuses après l'entrée en vigueur de ladite loi.

l'article 4 de cette loi intègre le budget de ladite institution à celui de l'Office du Premier ministre. Toutefois, en 1931, l'administration des mosquées, des petites mosquées appelées « mescit » en turc, ainsi que des concierges de ces lieux de culte, a été transférée à la Direction générale des Fondations⁸⁰. En définitive, il peut être soutenu qu'à l'issue de sept années, les prérogatives de cette institution ont fait l'objet d'une restriction notable, ce qui traduit une volonté de redéfinir ses fonctions dans le cadre de la laïcisation⁸¹.

Au cours des années suivantes, la Grande Assemblée nationale a adopté la première loi relative à l'organisation et aux attributions de la Diyanet⁸². Sur ce point, il convient de souligner que son organisation a été modifiée à plusieurs reprises, avec l'introduction de nouveautés dès 1950 jusqu'à nos jours. Par exemple, elle a récupéré ses attributions concernant l'administration des mosquées (cami) et des petites mosquées (mescit) grâce à la loi n° 5634 du 23 mars 1950.

Dans ce contexte, il est essentiel de se concentrer sur la Constitution de 1961 afin de mieux comprendre la place accordée à ladite institution dans la structure administrative de la République de Turquie après le coup d'État du 27 mai. En effet, cette Constitution peut être considérée comme une rupture nette avec les politiques menées avant 1950. La raison en est évidente: le législateur de la Constitution de 1961 a décidé d'intégrer la Présidence des affaires religieuses dans le système administratif de la République de Turquie, en lui assurant une garantie constitutionnelle⁸³.

⁸⁰ « Evkaf umum müdürlüğü 1931 mali senesi bütçe kanunu », Lien: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc010/kanuntbmmc010/kanuntbmmc01001827.pdf, (consulté le 10.03.2025) L'article 6 de la Loi relative au budget de l'année financière 1931 de la Direction générale des Fondations.

⁸¹ « Evkaf umum müdürlüğünün 1931 mali senesi bütçe kanunu », Lien: https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar_KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc010/kanuntbmmc010/kanuntbmmc01001827.pdf, (consulté le 10.03.2025) Les prérogatives de la Direction des affaires religieuses ont été considérablement réduites par les articles 6, 8 et 9 de la Loi relative au budget de l'année financière 1931 de la Direction générale des fondations. Le pouvoir législatif n'a pas seulement transféré l'administration des lieux de culte énumérés ci-dessus, mais également le paiement des salaires des fonctionnaires y travaillant ainsi que des membres des monastères musulmans et zaviyas abrogés, qualifiés en tant que savants religieux et désignés par la Direction des affaires religieuses en fonction du classement des autorités religieuses.

⁸² RG, 22.06.1935, S. 3035 Il s'agit de la loi n° 2800 du 14 juin 1935, intitulée « Loi portant sur l'organisation et les attributions de la Présidence des affaires religieuses ». Cette loi est très courte et ne comporte que sept articles.

⁸³ Kili/Gözübüyük, p. 253. L'article 154 de la Constitution de 1961 consacre l'intégration de la Présidence des Affaires religieuses au sein du système administratif de l'État, précisant qu'elle exerce les fonctions qui lui sont attribuées par la loi spéciale régissant son organisation.

2. Laïcisation dans le Domaine de l'Instruction

L'éducation nationale constitue également l'un des piliers fondamentaux de la marche vers la laïcité. En effet, à l'instar de la France, la laïcisation de l'école, des programmes et du personnel enseignant a été perçue comme un levier permettant d'enraciner le régime républicain et ses valeurs⁸⁴. C'est pour cette raison que la loi du 3 mars 1924 relative à l'unification de l'enseignement (Tevhid-i Tedrisat Kanunu) a été promulguée, plaçant l'instruction sous l'autorité du Ministère de l'Éducation⁸⁵. L'importance de cette loi réside dans le fait qu'elle a permis d'unifier tous les établissements scolaires présents sur le territoire turc et de confier au Ministère de l'Éducation la responsabilité d'organiser, de contrôler et de garantir leur développement⁸⁶.

De même, il est prévu d'ouvrir une faculté de théologie au sein de Darülfünun⁸⁷ afin d'instruire des spécialistes de haut niveau en sciences religieuses. Par ailleurs, l'ouverture d'écoles destinées à préparer des fonctionnaires chargés d'assurer les services religieux est également envisagée⁸⁸. Dans ce contexte, il convient de préciser que les cours de religion obligatoires ont été retirés des programmes scolaires en 1930 dans les établissements des zones urbaines, puis en 1933 dans ceux des zones rurales⁸⁹. Cette évolution peut être interprétée comme la manifestation d'une volonté de neutraliser l'espace scolaire dans son ensemble. L'un des objectifs majeurs de la Révolution turque était en effet de créer un système éducatif fondé sur la science⁹⁰. L'objectif poursuivi était d'ancrer l'idée de laïcité, entendue comme « fondée sur l'indépendance et l'absolutisation de la raison humaine »⁹¹. Parmi les caractéristiques essentielles d'un État laïque figure

⁸⁴ Alain Bergounioux, « La laïcité, valeur de la République », (Pouvoirs, n°75, novembre 1995, p. 17-26), p. 21-22.

⁸⁵ Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ankara 1973, p. 472; « Tevhid-i Tedrisat Kanunu », Lien: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200430.pdf (consulté le 10.03.2025), Selon le premier article de la loi du 3 mars 1924 relative à l'unification de l'enseignement (Tevhid-i Tedrisat Kanunu), « L'ensemble des établissements scientifiques et éducatifs situés sur le territoire de la Turquie est placé sous l'autorité du ministère de l'Éducation nationale. ».

⁸⁶ Tevhid-i Tedrisat Kanunu. Conformément au second article de la Loi relative à l'unification de l'enseignement, « Toutes les madrasas et écoles qui étaient administrées par le ministère de la Charia et des Fondations ou par des fondations privées ont été transférées et placées sous l'autorité du ministère de l'Éducation nationale. ».

⁸⁷ Le Darülfünun (dont la date de création est le 23 juillet 1846) est l'ancêtre de l'Université d'Istanbul. Il a été réorganisé à la suite de la réforme universitaire en 1933.

⁸⁸ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/63.pdf>, (consulté le 10.03.2025). L'article 4 de la loi du 3 mars 1924 relative à l'unification de l'enseignement.

⁸⁹ Berkes, Türkiye'de ..., p. 472.

⁹⁰ Tarık Zafer Tunaya, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, İstanbul 2016, p. 123 Vedat Günyol, « Bilimsel Düşüncenin Çilesi », Yeni Ufuklar, n° 70, 1958, p. 315.

⁹¹ Joël-Benoît D'onorio, La laïcité au défi de la modernité, Paris 1990, p. 31.

sa neutralité vis-à-vis de l'ensemble des confessions religieuses. De cette manière, il ne saurait adopter une posture privilégiant un système de croyance en faveur d'un autre. L'État laïque s'abstient donc de mener des activités visant à imposer les règles d'une religion à ses citoyens⁹². Cela signifie également qu'aucun cours de religion ne peut être imposé comme obligatoire par l'intermédiaire de l'État⁹³. En résumé, la tendance à retirer les cours religieux du programme éducatif est conforme à la caractéristique laïque de l'État.

À ce propos, il convient de rappeler l'article 266 du premier code civil de la République de Turquie, qui reconnaît aux parents le droit de déterminer l'aspect religieux de l'éducation de leurs enfants. Conformément à cette disposition, toute convention visant à restreindre ce droit parental est réputée nulle. Toutefois, une fois majeur, l'individu demeure libre de choisir sa religion⁹⁴. Malgré cela, les débats sur l'intégration d'un cours de religion dans le programme scolaire ont été ravivés à partir de l'année 1946. Ces discussions ont pris une nouvelle tournure dès 1950, année où il fut décidé d'introduire un cours de religion dans les programmes scolaires⁹⁵. Parallèlement, la Constitution de 1961 a consacré l'éducation religieuse dans son article 19. En vertu de cette norme, l'éducation et la formation religieuses relèvent de la volonté de l'individu. Quant aux mineurs, ils peuvent recevoir une éducation religieuse, à condition que leurs représentants légaux en fassent la demande⁹⁶.

Avant de conclure cette sous-section, il est nécessaire d'évoquer que l'alphabet latin a remplacé les lettres arabes en novembre 1928 pour l'écriture de la langue turque⁹⁷. Ce changement découle également de « la volonté déterminée de la Turquie de modifier sa trajectoire »⁹⁸. La mise en œuvre de la réforme de l'alphabet a facilité, d'une part, la diffusion de l'enseignement de la lecture et de l'écriture, et, d'autre part, constitué une étape essentielle vers l'objectif de modernisation.

⁹² Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, éd. 22, Ankara 2022, p. 78, 79.

⁹³ Özbudun, p. 79.

⁹⁴ <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/339.pdf>, (consulté le 19 novembre 2020). Le premier code civil turc a été adopté en 1926.

⁹⁵ Cem Eroğul, *Demokrat Parti Tarih ve İdeolojisi*, 4^{ème} éd., Ankara 2003, p. 111.

⁹⁶ Kili/Gözübüyük, p. 196. L'alinéa 4 de l'article 19 de la Constitution de 1961.

⁹⁷ *Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun*, Lien: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1353.pdf> (consulté le 12.03.2025) La loi n° 1353 porte le titre suivant: « La loi sur l'adoption et la mise en œuvre de l'alphabet turc ».

⁹⁸ Rıdvan Akın, *Türk Siyasal Gelişmeleri (1923-2018)*, İstanbul 2022, p. 36.

C. Adoption du Principe de Laïcité en Tant que Règle Constitutionnelle

1. La Période de la Constitution de 1924

Nous avons jusqu'ici exposé les premières étapes de la marche vers la laïcité en Turquie, après l'abolition du Sultanat en 1922 et la proclamation de la République en 1923. Il convient toutefois de souligner que l'expression « la religion de l'État turc est l'Islam (...) » a été maintenue dans le deuxième article de la Constitution de 1924, malgré les avancées significatives vers la laïcité. Il est donc légitime de se poser la question suivante: pour quelle raison principale a-t-on décidé de conserver cette formule dans le deuxième article de la Constitution de 1924 ? La réponse semble relativement claire: il s'agissait d'empêcher ceux qui réduisaient la laïcité à une absence de croyance religieuse - ainsi que ceux qui entendaient exploiter cette confusion - de gagner en influence⁹⁹. Cette décision révélait une stratégie mûrement réfléchie et prudente. En 1928, cette formule a finalement été retirée de la Constitution¹⁰⁰.

Néanmoins, le Parti républicain du peuple (Cumhuriyet Halk Partisi), qui « était le fruit d'un mouvement révolutionnaire »¹⁰¹, a adopté la laïcité en 1927 comme l'un de ses principes fondamentaux¹⁰². Ainsi, le parti fondateur de la République de Turquie a, de manière indirecte, préparé les futures dispositions, un an avant la suppression de la formule relative à la religion dans le deuxième article de la Constitution de 1924. C'est toutefois grâce à la révision constitutionnelle de 1937 que le caractère laïque de l'État turc est devenu un principe constitutionnel inviolable, ne pouvant être écarté par une simple loi¹⁰³. Parallèlement, l'article 16 de la Constitution de 1924, qui énonçait le serment des députés, a également été modifié. Plus précisément, l'expression « Je jure, par Dieu (Vallahi) », présente dans le serment, a été supprimée en 1928. La référence à Dieu a été remplacée par la formule « sur mon honneur »¹⁰⁴.

⁹⁹ Mustafa Kemal Atatürk, Nutuk, İstanbul 2010, p. 481.

¹⁰⁰ Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun, Lien: kanunbmmc00601222.pdf (consulté le 12.03.2025).

¹⁰¹ Turhan Feyzioğlu, «Les partis politiques en Turquie du Parti unique à la démocratie», (Revue française de science politique, 4^e année, n° 1, 1954, p. 131-155), p. 137.

¹⁰² Tarihe, Lien: <https://www.chp.org.tr/haberler/chp-tarihi>, (consulté le 12.03.2025).

¹⁰³ Kili/Gözübüyük, p. 127-128.

¹⁰⁴ Kili/Gözübüyük, p. 130. Conformément à la version initiale de l'article 16 de la Constitution de 1924, les députés prêtaient le serment suivant jusqu'en 1928: « Je jure, par Dieu (Vallahi), de ne rien entreprendre qui soit contraire au bonheur et au salut de la Patrie et de la Nation, ni à la souveraineté sans réserve et sans conditions du Peuple, et de rester fidèle aux principes de la République. » À la suite de la modification, le texte de serment débute par « Je jure sur mon honneur... ».

Dans ce cadre, il convient de rappeler que le deuxième article de la Constitution de 1924, tel que modifié en 1937, stipule que « l'État turc est (...) laïc (...) »¹⁰⁵. Parallèlement, le législateur a décidé de supprimer le terme « confrérie (tarikât) », qui figurait dans la version initiale de l'article 75 de cette même Constitution, garantissant la liberté de religion, de culte (mezhep), de convictions philosophiques, ainsi que la pratique des rites religieux¹⁰⁶.

2. La Période de la Constitution de 1961

Il convient de préciser ici que le législateur de la Constitution de 1961 a adopté une approche similaire à celle de la Constitution de 1924. En effet, cette Constitution affirme également, dans son article 2, que la République de Turquie est un État laïc. Par ailleurs, l'article 12 souligne explicitement que tous les individus sont égaux devant la loi, sans distinction de religion et ni de confession¹⁰⁷. En outre, l'article 19 de la Constitution de 1961 offre une protection détaillée à la liberté de religion et de conscience. Les trois premiers alinéas de cet article ne diffèrent pas de manière significative de ce que prévoit l'article 75 de la Constitution de 1924.

La nouveauté réside dans l'interdiction explicite d'exploiter la religion, les sentiments religieux ou les éléments considérés comme sacrés pour fonder, même partiellement, l'organisation sociale, économique, politique ou juridique de l'État sur des bases religieuses. Il est également interdit d'utiliser ces éléments pour obtenir un avantage ou une influence, qu'elle soit politique ou personnelle. Le législateur de la Constitution de 1961 ne s'est pas contenté de proclamer une telle interdiction dans l'article 19: il a également choisi d'en souligner les conséquences potentielles en cas de violation ou d'actes de provocation. Selon cet article, si de tels actes sont commis par une personne physique ou morale, les dispositions de la loi pénale s'appliqueront. En revanche, si la violation ou les actes de provocation sont le fait d'un parti politique, celui-ci sera définitivement dissous par la Cour constitutionnelle¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Kili/Gözübüyük, p. 127-128. Selon la version originelle de l'article 2 de la Constitution de 1924: «La religion de l'État turc est l'islam; la langue officielle est le turc, la capitale est la ville d'Ankara.». Comme nous l'avons déjà précisé, la disposition relative à la religion a été supprimée en 1928. Par la suite, le législateur a modifié cet article une nouvelle fois en 1937. La dernière version de l'article 2 est la suivante: «L'État turc est républicain, nationaliste, populiste, étatiste, *laïc* et révolutionnaire. La langue officielle est le turc. Sa capitale est la ville d'Ankara.».

¹⁰⁶ Kili/Gözübüyük, p. 144-145. Le texte intégral de la nouvelle version de l'article 75: « Nul ne peut être inquiété en raison de sa religion, de son culte ou de ses convictions philosophiques. Tous les rites qui ne sont pas contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois, sont libres. ».

¹⁰⁷ Kili/Gözübüyük, p. 192, 194. L'article 12 de la Constitution de 1961 ne se limite pas à garantir l'égalité devant la loi sans distinction de religion ou de confession. Selon cet article, « tout le monde est égal devant la loi sans distinction de langue, de race, de sexe, d'opinion politique, de croyance philosophique, de religion ni de confession. ».

¹⁰⁸ Kili/Gözübüyük, p. 196-197.

D. Dispositions Visant à Garantir la Laïcité dans les Lois Fondamentales

Le premier Code pénal turc, entré en vigueur en 1926, prévoit également des peines pour les infractions contre la liberté de religion, dans ses articles 175 à 178. Ce qui retient particulièrement notre attention dans ces dispositions, c'est l'usage, dans la version initiale, de l'expression « les cultes reconnus par l'État »¹⁰⁹. Celle-ci résulte principalement de l'influence du Code pénal italien¹¹⁰. Toutefois, cela ne signifie pas que l'État reconnaît un nombre limité de religions, car la disposition relative à la religion, qui figurait à l'article 2 de la Constitution de 1924, a été abrogée en 1928, et le caractère laïc de l'État a ensuite été consacré. Par ailleurs, le même code pénal prévoit, dans son article 163, des peines applicables aux actes portant atteinte aux principes de la laïcité¹¹¹.

Le nouveau code pénal turc, issu de la loi n° 5237, est entré en vigueur en 2004. Ses articles 115, 153 et 216 prévoient un éventail de sanctions relatives à l'entrave à l'exercice de la liberté de croyance, de pensée et de conviction, à la dégradation des lieux de culte et de cimetières, ainsi qu'à l'humiliation des valeurs religieuses¹¹².

¹⁰⁹ Türk Ceza Kanununa ait Fihrist, Lien: [kanunbmmc00400765.pdf](https://www.kanunbmmc00400765.pdf) (consulté le 4.04.2025) Les articles 175 et 176 de l'ancien Code pénal, issu de la loi n° 765, contiennent la formule suivante: « l'un des cultes reconnus par l'État »; 765 Türk Ceza Kanunu (mülga), <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765> (consulté le 7.04.2025) Cette formule a été remplacé par « l'un des cultes » en 1987.

¹¹⁰ Il s'agit du Code pénal de 1889, également appelé Code Zanardelli.; Collection de Codes Étrangers II-Code Pénal Italien, Lien: <https://www.lareau-legal.ca/Italie.pdf> (consulté le 7.04.2025) L'article 141 du Code pénal italien débute par la formule suivante: « Quiconque par hostilité contre un des cultes admis dans l'État... »; Adem Sözüer, « Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını-Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar », (D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, V. 21, n° spécial, 2019, p. 3031-3050), p. 3039. Avec la révolution juridique qui a débuté après la proclamation de la République, de nombreuses lois ont été mises en vigueur. L'une d'elles est le Code pénal turc n° 765, qui est entré en vigueur grâce à l'adoption du Code Zanardelli italien de 1889.

¹¹¹ Türk Ceza Kanununa ait Fihrist, Lien: [kanunbmmc00400765.pdf](https://www.kanunbmmc00400765.pdf) (consulté le 07.04.2025) La version originelle de l'article 163 punit toute personne qui instrumentalise la religion ou ses symboles pour inciter à des actes menaçant la sécurité de l'État, ou crée à cette fin une association, même sans passage à l'acte.; <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c059/b106/tbmm180591060419.pdf> (consulté le 07.04.2025) L'article 163 trouve ses racines dans la loi relative à la haute trahison envers la patrie. Il a été modifié en 1949 et les sanctions qu'il prévoit ont été renforcées en 1983; 765 Sayılı Türk Ceza Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Lien: [kanunmgkc06602787.pdf](https://www.kanunmgkc06602787.pdf) (consulté le 07.04.2025) La dernière version du Code pénal n° 765 introduit la formule « en contradiction avec la laïcité » dans son article 163; 765 Türk Ceza Kanunu (mülga), <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765> (consulté le 07.04.2025) L'article 163 a été abrogé en 1991.

¹¹² <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (consulté le 07.04.2025).

Quant au premier Code civil turc¹¹³, il introduit également de nombreuses innovations concernant la vie religieuse, la structure familiale, ainsi que le statut des femmes. Il doit donc être considéré comme une étape majeure dans le processus de laïcisation de l'État.

Dans ce contexte, l'une des premières avancées à souligner est l'instauration du mariage civil. La cérémonie se déroule publiquement, en présence de deux témoins, dans un lieu désigné à cet effet -soit à la mairie, soit dans la délégation de personnes âgées située dans les villages- conformément à l'article 108 du Code civil. Le mariage est contracté par l'une des personnes mentionnées au même article: le maire, son représentant ou le chef du village. Sur ce point, il est essentiel de rappeler la position du législateur à l'égard du mariage religieux. Conformément à l'article 110 du Code civil, l'officier de l'état civil¹¹⁴ remet un certificat de mariage aux époux à l'issue de la cérémonie. Il est interdit de célébrer une cérémonie religieuse sans présentation de ce certificat. Par conséquent, la cérémonie religieuse n'est pas obligatoire, car elle ne constitue pas une condition sine qua non de la validité du mariage civil¹¹⁵. Dans ce cadre, il convient également de mentionner brièvement l'article 237 du premier Code pénal turc selon lequel les imams et autres officiants religieux doivent s'assurer de l'existence du certificat de mariage avant de procéder à une cérémonie religieuse. À défaut, ils s'exposent à une peine d'emprisonnement d'un à trois mois¹¹⁶.

Un autre point important concerne l'interdiction de la polygamie. Le Code civil en question énumère les cas de nullité absolue du mariage à l'article 112. Plus précisément, le fait d'être déjà marié au moment de la cérémonie du mariage civil constitue un cas de nullité absolue. Le droit de divorce est prévu par le Code civil pour les femmes et les hommes. Les articles 129 à 135 soulignent clairement que chaque épouse et chaque époux peuvent exercer leur liberté d'engager une procédure de divorce ou d'obtenir une séparation légale¹¹⁷. De plus, il prévoit que les femmes héritent de la même part de la succession que les hommes, conformément aux articles 439 à 448. En effet, comme le montre ce texte, le Code civil instaure l'égalité de statut entre la femme et l'homme.

¹¹³ Il est ici question du Code civil turc n° 743, qui est entré en vigueur en 1926.

¹¹⁴ <https://hukukmusavirligi.diyaret.gov.tr/Documents/N%C4%B0KAH%20GENELGES%C4%B0.pdf> (consulté le 7.04.2025) En 2018, une circulaire a conféré aux muftis l'autorité et la fonction d'officier d'état civil pour la célébration des mariages.

¹¹⁵ 743 Türk Kanunu Medenisi (mülga), Lien: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743> (consulté le 10.04.2025).

¹¹⁶ Türk Ceza Kanununa ait Fihrist, Lien: kanun.tbmm.gov.tr/kanunlar/743 (consulté le 10.04.2025).

¹¹⁷ 743 Türk Kanunu Medenisi (mülga), Lien: <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743> (consulté le 10.04.2025).

Cela devrait donc être considéré comme un grand progrès non seulement pour les droits des femmes, mais aussi pour la laïcisation de l'État. Nous pouvons ainsi affirmer que le législateur a mis en place un nouveau système juridique qui s'éloigne de l'adhésion aveugle aux dogmes religieux.

III. MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE LAÏCITÉ DANS LE SYSTEME CONSTITUTIONNEL TURC ACTUEL

La Révolution turque n'a pas été dirigée contre la religion. Plus précisément, elle s'est opposée aux superstitions ainsi qu'à ceux qui tentaient d'imposer une hégémonie religieuse sur la vie sociale¹¹⁸. L'objectif était d'instaurer un nouveau système éducatif fondé sur des idées scientifiques, un nouveau système juridique indépendant du droit islamique, et un nouvel ordre étatique affranchi de toute autorité religieuse. Dès lors, la laïcité constitue l'un des principes fondamentaux ayant permis la modernisation et l'occidentalisation de la Turquie¹¹⁹. Dans le prolongement de cette orientation fondamentale, la Constitution de 1982 s'est inscrite dans la continuité de la tradition instaurée en 1937, en consacrant le principe de la laïcité comme l'une des caractéristiques essentielles de la République. Dans cette dernière section, la manière dont la laïcité est traitée par la Constitution actuellement en vigueur sera exposée de manière synthétique à travers différents aspects. Dans ce contexte, seront d'abord abordées les dispositions fondamentales de la Constitution (A), suivies du rôle actuel du Diyanet, qui continue d'être critiqué depuis sa création (B). Ensuite, sera examinée la situation des partis politiques au sein de la République laïque, une question qui a été davantage discutée depuis l'instauration du système multipartite (C). Enfin, dans la section finale, la transformation de l'éducation nationale laïque sous la Constitution de 1982 sera évaluée dans son cadre général (D).

A. Les Dispositions Clés sur la Laïcité dans la Constitution de 1982

La laïcité, comme il est largement admis, est un principe selon lequel l'État doit adopter une attitude de stricte neutralité à l'égard de toutes les religions¹²⁰.

¹¹⁸ Tunaya, Türkiye'nin Siyasi..., p. 122.

¹¹⁹ Tunaya, Türkiye'nin Siyasi..., p. 124-125.

¹²⁰ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2023, p. 68. Comme l'exprime de manière plus explicite Gözler, les exigences de l'État laïque consistent non seulement à ne pas accorder une protection particulière à une religion donnée, mais également à ne pas exercer une pression sur certaines religions.; Fatih Özkul, « Anayasalarımızda Laiklik İlkesi », (Ankara Barosu Dergisi, n° 4, 2014, p. 273-310), p. 282. Comme le souligne également Özkul, il peut certes exister au sein de la société plusieurs religions pratiquées. L'une d'entre elles peut même être adoptée par une large majorité des membres de la communauté. Dans une telle situation, l'exigence de l'État laïque consiste à ne pas établir un rapport de supériorité entre la religion la plus largement pratiquée et les autres.

Ainsi, le caractère laïc d'un État ne signifie nullement qu'il est antireligieux ou anticlérical. Contrairement à la Constitution de 1961, ce principe est formulé de manière explicite dès le préambule de celle de 1982, qui affirme que « en vertu du principe de laïcité, les sentiments religieux, qui sont sacrés, ne peuvent en aucun cas être mêlés aux affaires de l'État ni à la politique ». D'ailleurs, l'article 2 précise clairement que « la République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule. ». Comme on le constate, le pouvoir constituant ne s'est pas contenté de conférer une valeur constitutionnelle au principe de laïcité : il a également inscrit le caractère laïc de l'État dans la liste des dispositions inaltérables. Ainsi, selon l'article 4, « (...) les dispositions de l'article 2 relatives aux caractéristiques de la République (...) ne peuvent pas être modifiées, et leur modification ne peut être proposée. »¹²¹.

Hormis cela, d'autres articles de la Constitution de 1982 mettent en évidence le principe de laïcité. Par exemple, l'article 14 stipule qu'« aucun des droits et libertés fondamentaux inscrits dans la Constitution ne peut être exercé sous la forme d'activités ayant pour but de (...) supprimer la République démocratique et laïque fondée sur les droits de l'homme. ». Parallèlement, l'article 24 dispose que « les prières, rites et cérémonies religieux sont libres, à condition de ne pas être contraires aux dispositions de l'article 14 ». De même, l'article 174 souligne le caractère laïc de la République en affirmant qu'« aucune disposition de la Constitution ne peut être comprise ou interprétée comme impliquant l'inconstitutionnalité des dispositions en vigueur, à la date de l'adoption de la Constitution par référendum, des lois de réforme (...) et dont le but est (...) de sauvegarder le caractère laïc de la République de Turquie ». Un autre article qui fait référence au principe de laïcité est l'article 81, relatif à la prestation de serment des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie. Chaque député y jure « sur l'honneur devant la Grande Nation turque (...) de rester attaché (...) à la République démocratique et laïque (...) ». Quant au président de la République, il prête également serment conformément à l'article 103, en jurant « sur l'honneur devant la Grande Nation turque et l'histoire (...) de rester attaché (...) et au principe de la République laïque »¹²².

¹²¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Lien : <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> (consulté le 10.04.2025).

¹²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Lien : <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> (consulté le 10.04.2025).

B. Le Rôle de la Présidence des Affaires Religieuses et l'Expansion Controversée de son Statut

Comme mentionné précédemment, le Diyanet constitue une différence fondamentale entre les conceptions turque et française de la laïcité¹²³. Il ne s'agit nullement ici de réitérer un point sur lequel nous nous sommes déjà clairement prononcés. Toutefois, à ce stade de l'analyse, il est pertinent de s'interroger: la création d'une telle institution, chargée des affaires religieuses, ne constitue-t-elle pas un paradoxe au regard de la conception turque de laïcité ? Avant d'y apporter une réponse, il convient de rappeler que cette institution a été instaurée à la suite de l'abolition du califat ainsi que du ministère de la Religion et des Fondations religieuses (Şeriye ve Evkaf Vekaleti). Par ailleurs, la reconnaissance de l'Islam comme religion d'État a perduré jusqu'en 1928, figurant dans le second article de la Constitution de 1924. Ce n'est que neuf ans après la suppression du concept de religion d'État que le caractère laïc de la République a été constitutionnellement garanti.

D'un point de vue technique, en ce qui concerne le langage constitutionnel, on peut affirmer que l'existence d'une telle institution ne constituait pas une contradiction avec le texte en vigueur avant avril 1928. À partir de cette date, le rôle joué par cette institution dans un ordre juridique ne reconnaissant aucune religion d'État a suscité un débat doctrinal. Le fait que le Diyanet soit une institution propre à la laïcité turque est une réalité incontestable.

Akgönül, par exemple, formule une critique sévère selon laquelle la laïcité turque n'est pas anticléricale. Il justifie cela par le fait que l'État se sent obligé de contrôler les religieux, et que la création du Diyanet a conduit à l'intégration des imams dans l'appareil d'État¹²⁴. Massicard explique la présence de cette institution en affirmant, selon ses propres termes, que l'État est « loin d'avoir coupé les ponts » avec la religion, préférant au contraire continuer à l'organiser et à l'enseigner¹²⁵. D'un autre côté, Tanilli met en garde contre le risque que la prestation des services religieux par un organisme indépendant puisse produire des effets négatifs dans une société majoritairement musulmane. Il souligne, en d'autres termes, que l'intégration de la gestion des affaires religieuses dans les services publics constitue une nécessité pour prévenir tout risque de conflit¹²⁶. Selon Kaboğlu et Sales, la création de cette instance a conféré une légitimité religieuse à la politique de laïcisation. Ils ajoutent toutefois que, dans leur analyse,

¹²³ Cf. supra, p. 13.

¹²⁴ Akgönül, p. 91.

¹²⁵ Massicard, p. 121.

¹²⁶ Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul 1981, p. 152.

cette configuration entraîne également une mise sous tutelle de la religion par le pouvoir politique¹²⁷.

Dans ce contexte, une décision rendue par la Cour constitutionnelle en 1971 apporte également des éclaircissements essentiels concernant à la fois le principe de la laïcité et l'existence institutionnelle du Diyanet. Dans cette décision, il est d'abord souligné qu'une différence fondamentale existe, en matière de conception de la laïcité, entre le christianisme et l'islam. Cette divergence s'explique, en résumé, par le fait que les fondements et les structures de ces deux confessions ne sont pas identiques, que l'islam ne connaît pas de clergé, et que les agents religieux ne revêtent aucun caractère sacré. Dans ce contexte, il est mis en évidence que la signification du principe de la laïcité en Turquie diffère de celle observée dans les États occidentaux. Cette spécificité est attribuée aux expériences historiques, aux révolutions, ainsi qu'aux caractéristiques spirituelles et politiques propres à la nation turque. En outre, selon les constituants, le principe de la laïcité ne saurait être interprété comme impliquant l'autonomie ou l'indépendance du temple, ni de ceux qui en assurent la gestion. De même, il a été souligné que le Diyanet constitue une institution de nature administrative, et non religieuse¹²⁸.

Le Diyanet a été prévue pour la première fois comme une institution constitutionnelle par le constituant de 1961. Cette reconnaissance a été maintenue lors de l'élaboration de la Constitution de 1982. Toutefois, dans cette dernière, il n'est pas seulement précisé qu'elle fait partie de l'administration générale, mais il est également souligné qu'elle exerce les fonctions qui lui sont confiées par une loi spécifique, en conformité avec le principe de laïcité, en se tenant à l'écart de toute opinion ou idéologie politique et en visant à renforcer la solidarité et l'union nationale¹²⁹. Par ailleurs, selon l'article premier de la loi relative à la fondation et aux fonctions du Diyanet, cette institution est chargée de la gestion des lieux de prière, de l'information du public sur les questions religieuses, ainsi que de la supervision des principes moraux, des pratiques culturelles et des croyances de la religion islamique¹³⁰.

L'un des enjeux majeurs actuels en matière de la laïcité est l'augmentation continue de la part du Diyanet dans le budget de l'État. Un exemple frappant est

¹²⁷ İbrahim Kaboğlu/Eric Sales, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, İrem Berksoy, trad., İstanbul 2018, p. 28.

¹²⁸ AYM, E. 1970/53, K. 1971/76, T. 21.10.1971: T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹²⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Lien: <https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa> (consulté le 10.04.2025). L'article 136 de la Constitution de 1982.

¹³⁰ Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, Lien: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.633.pdf> (consulté le 15.4.2025).

l'évolution du budget total alloué à cette institution¹³¹: il est passé de 2.5 milliards de livres turques en 2010 à 130.1 milliards de livres turques en 2025. Pour l'année suivante, un budget de 153.5 milliards de livres turques a été prévu¹³². Parallèlement, le nombre total de personnels employés par le Diyanet a également augmenté de manière régulière, passant de 121.911 à 140.185 entre les années 2013 et 2023¹³³.

C. Le Régime des Partis Politiques et son Lien avec la Laïcité

Pour la laïcité turque, un autre sujet particulièrement important concerne les partis politiques. L'article 68, alinéa 2, de la Constitution de 1982 précise clairement que « les partis politiques sont les éléments indispensables de la vie démocratique ». Parallèlement, il convient de répondre de manière définitive à la question suivante: « Un parti politique peut-il être interdit ? ». La Constitution actuelle apporte une réponse détaillée dans le quatrième alinéa du même article, précisant que « les statuts, les programmes et les activités des partis politiques ne peuvent aller à l'encontre de (...), ni des principes de la République démocratique et laïque (...) ».

Il convient de souligner que la Constitution fait une distinction entre les statuts, les programmes et les activités d'un parti politique. Plus précisément, si les statuts ou le programme d'un parti politique ne sont pas conformes à l'alinéa en question, celui-ci sera dissous de manière définitive conformément à l'article 69. En outre, la Cour constitutionnelle peut prononcer la dissolution définitive d'un parti politique en raison de la non-conformité de ses activités avec le quatrième alinéa de l'article 68, lorsqu'elle détermine que le parti est devenu le centre de gravité des actes violant ce principe. L'article 69 précise également ce que signifie « devenir le centre de gravité des actes ». Selon cet article, « un parti politique est réputé être devenu le centre de gravité de tels actes si des membres du parti se livrent intensivement à des activités présentant ce caractère et que cette situation est explicitement ou implicitement approuvée soit par le grand congrès du parti, soit par son président, soit par ses organes centraux de décision ou de direction, soit encore par l'assemblée générale ou le conseil de direction du groupe parlementaire du parti à la Grande Assemblée nationale de Turquie, ou si les actes en question sont accomplis directement et avec détermination par les organes du parti eux-mêmes ». Dans ce cadre, il est important

¹³¹ Mustafa Çakır, « Diyanet İşleri Başkanlığı'nın 2025 yılı bütçesi 130.1 milyar TL olarak belirlendi » Lien: <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/diyanet-isleri-baskanliginin-2025-yili-butcesi-1301-milyar-tl-olarak-2259374> (consulté le 15.04.2025); Sinan Tartanoğlu, « Diyanet'e para dayanmıyor: 2.5 milyar liralık bütçe, 7 milyar TL'ye çıkarıldı » Lien: <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyanete-para-dayanmiyor-25-milyar-liralik-butce-7-milyar-tlye-cikarildi-942156> (consulté le 15.04.2025).

¹³² Çakır, Lien: <https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/diyanet-isleri-baskanliginin-2025-yili-butcesi-1301-milyar-tl-olarak-2259374> (consulté le 15.04.2025).

¹³³ İstatistikler, Lien: <https://stratejigelistirme.diyanet.gov.tr/sayfa/57/istatistikler>, (consulté le 15.4.2025).

de noter que, selon la Constitution actuelle, « un parti dissous à titre définitif ne peut pas être refondé sous un autre nom »¹³⁴.

Un autre point qu'il convient de souligner est la loi régissant les partis politiques¹³⁵. Selon l'article 78, « Les partis politiques ne peuvent ni viser, ni œuvrer, ni inciter des tiers (...) à modifier la forme républicaine de l'État de Turquie, les dispositions mentionnées au préambule et à l'article 2 de la Constitution (...) à établir une discrimination fondée sur (...) la religion ou la secte, ou à instaurer, par tout moyen, un régime étatique fondé sur de telles notions et conceptions (...) »¹³⁶. En outre, cette loi contient d'autres dispositions spécifiques visant à sauvegarder le caractère laïc de l'État. Par exemple, les partis politiques ne peuvent ni avoir l'intention ni agir en contradiction avec le principe d'égalité devant la loi (art.83) ou avec les lois de la révolution qui visent à sauvegarder le caractère laïc de la République de Turquie (art.84). Ils ne peuvent pas non plus œuvrer à modifier le caractère laïc de l'État ou à rétablir le califat (art.86). Par ailleurs, il est interdit aux partis politiques d'utiliser la religion ou des éléments considérés comme sacrés par la religion (art.87), d'organiser des cérémonies religieuses ou de participer officiellement, en tant que partis politiques, à de tels événements (art.88).

La Cour constitutionnelle, en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par les Constitutions de 1961 et de 1982, a examiné jusqu'à présent de nombreuses affaires de dissolution de partis politiques¹³⁷. La majorité de ces affaires¹³⁸ ont été introduites après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982. Dans ce contexte, le nombre de partis ayant fait l'objet d'une décision de dissolution est loin d'être négligeable¹³⁹. Toutefois, il est important de souligner que ces décisions n'ont pas toutes été prises pour violation du principe de la laïcité.

¹³⁴ https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf, (consulté le 15.04.2025) L'alinéa 8 de l'article 69 de la Constitution de 1982.

¹³⁵ La loi n° 2820 adoptée en 1983.

¹³⁶ Rappelons que le second article de la Constitution de 1982 prévoit que « La République de Turquie est un État de droit démocratique, laïque et social ... ».

¹³⁷ Siyasi Parti Kapatma Davaları, Lien: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/tarihi/5/> (consulté le 15.04.2025) Comme l'indique le site officiel de la Cour constitutionnelle, seules six affaires de dissolution de partis politiques ont été engagées pendant la période de la Constitution de 1961. Les 41 autres affaires ont été ouvertes depuis l'entrée en vigueur de la Constitution de 1982 jusqu'à aujourd'hui.

¹³⁸ Pour consulter la liste complète des partis politiques faisant l'objet d'une action en dissolution, veuillez consulter le site web suivant: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/tarihi/5/> (consulté le 15.04.2025).

¹³⁹ Hikmet Tülen, Son Üç Kararı Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin İçtihadı, Lien: <https://www.anayasa.gov.tr/media/3617/tulensiyasipartilerin kapatilmasi.pdf> (consulté le 17.04.2025) Pour consulter la liste des partis dissous pendant la période de la Constitution de 1982, veuillez consulter ce lien.

Le premier parti dissous pour avoir agi en violation du caractère laïque de l'État est le Parti de l'Ordre National (Milli Nizam Partisi)¹⁴⁰. Par la suite, des décisions de dissolution ont également été prononcées à l'encontre du Parti de la Sérénité (Huzur Partisi)¹⁴¹ et du Parti de la Prospérité (Refah Partisi)¹⁴², sur des fondements similaires. Plus récemment, la dernière affaire intentée a concerné le Parti de la Justice et du Développement (Adalet ve Kalkınma Partisi). Toutefois, contrairement aux affaires précédentes, la Cour n'a pas prononcé une décision de dissolution mais a décidé de le priver de la moitié du montant de l'aide publique annuelle¹⁴³. Étant donné que l'examen détaillé des affaires de dissolution en question pourrait faire l'objet d'une analyse plus approfondie, nous nous contentons ici de souligner que, selon nous, les décisions rendues dans ces affaires n'ont pas eu de contribution positive à la laïcité, l'un des principes fondamentaux de notre République. La protection théorique du principe de laïcité constitue une réalité indiscutable, d'une grande importance. Cependant, il convient de souligner que l'essentiel, en pratique, réside dans l'empêchement de la religion d'avoir un rôle influent dans la gestion de l'État, l'espace public et le domaine juridique¹⁴⁴. Ainsi, assurer l'efficacité pratique du principe de laïcité passe avant tout par le renforcement de la structure démocratique de l'État.

D. L'Approche de la Constitution de 1982 à l'Égard de l'Éducation Nationale Laïque

En dernier lieu, nous voulons insister sur la relation entre l'éducation et le principe de laïcité selon la Constitution de 1982. Le troisième alinéa de l'article 42 précise que « l'éducation et l'enseignement sont assurés sous la surveillance et le contrôle de l'État, conformément aux principes et réformes d'Atatürk et selon les règles de la science et de la pédagogie contemporaines. Il ne peut être créé d'établissement, d'éducation ou d'enseignement en opposition avec ces principes ». En effet, l'expression clé est ici « les principes et réformes d'Atatürk », ce qui inclut notamment le principe de laïcité. Deuxièmement, il faut prêter attention à l'expression « règles de la science et de la pédagogie contemporaines ». Cette expression montre que le constituant de 1982 souhaitait souligner l'importance de la science dans la construction d'une société moderne, en lien avec le principe de laïcité. Rappelons-nous qu'en Turquie, les fondations du principe de laïcité ont été jetées avec la loi sur l'unicité de l'enseignement du 3

¹⁴⁰ AYM, E. 1971/1, K. 1971/1, T. 20.05.1971: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Lien: https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_dergisi/kd_09.pdf (consulté le 17.04.2025).

¹⁴¹ AYM, E. 1983/2, K. 1983/2, T. 25.10.1983: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁴² AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, T. 16.01.1998: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁴³ AYM, E. 2008/1, K. 2008/2, T. 30.07.2008: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

¹⁴⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, p. 92.

mars 1924 (Tevhid-i Tedrisat Kanunu) et avec les réformes juridiques. Ainsi, cet article met en évidence le cadre général de la philosophie fondatrice de l'État turc, qui repose notamment sur le principe de laïcité.

Pourtant, dans ce contexte, il convient de noter que « l'enseignement de la culture religieuse et de la morale figure parmi les cours obligatoires dispensés dans les établissements scolaires du primaire et du secondaire », conformément à l'article 24 de la Constitution actuelle. Cet article précise toutefois qu'« en dehors de ces cas, l'éducation et l'enseignement religieux sont subordonnés à la volonté propre de chacun et, en ce qui concerne les mineurs, à celle de leurs représentants légaux ». À cet égard, il convient également de mentionner l'article 341 du nouveau code civil turc, qui stipule que les parents disposent du droit prioritaire de déterminer l'éducation religieuse de leurs enfants et que tout contrat visant à restreindre ce droit est réputé invalide¹⁴⁵.

Un paradoxe manifeste se dessine ici. En effet, selon l'article 11 du code civil, l'âge de la majorité civile est fixé à 18 ans. Par ailleurs, l'expression « enfant » est définie à l'article 6 du code pénal turc comme désignant une personne n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité¹⁴⁶. Ainsi, lorsque l'on évoque l'enseignement obligatoire de la culture religieuse et de la morale dans les établissements scolaires du primaire et du secondaire, une contradiction potentielle apparaît entre l'article 24 de la Constitution actuelle et les dispositions prévues par le Code civil.

De même, il convient de noter que le Conseil d'État, dans sa décision du 28 décembre 2007, a souligné que le cours d'enseignement de la culture religieuse et de la morale devrait être conforme à la Constitution. Il a précisé que le contenu d'un tel cours devait être élaboré de manière objective et pluraliste. De plus, le Conseil a rappelé que la religion d'une personne ne devait pas être utilisée comme un critère de discrimination ou d'inégalité. Par ailleurs, l'État est tenu d'adopter une position neutre vis-à-vis des religions, veillant ainsi à traiter toutes les religions avec un égal respect¹⁴⁷.

Nous souhaitons enfin attirer l'attention sur un dernier point concernant le foulard islamique. Ce sujet constitue l'un des principaux points de controverse de la laïcité turque dans sa mise en pratique. Cela étant, nous estimons qu'il

¹⁴⁵ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (consulté le 17.04.2025). Le nouveau Code civil est entré en vigueur en 2001.

¹⁴⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (consulté le 17.04.2025). Le nouveau code pénal turc a été adopté en 2004.

¹⁴⁷ Özlem Erdem Karahanoğulları, « Danıştay Kararlarında Din, Vicdan ve Düşünce Özgürlüğü », Lien: http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/KarahanoğullariDinOzgurlugu.pdf (consulté le 17.04.2025).

n'est pas approprié de réduire le caractère laïque de l'éducation uniquement à la problématique du voile. En effet, l'essentiel est de préserver le caractère moderne de l'enseignement et de maintenir la religion distincte des autres domaines, y compris de l'éducation.

Dans ce contexte, le Conseil de l'enseignement supérieur (Yüksek Öğretim Kurulu) a ouvert la voie à l'autorisation du port du foulard islamique par les étudiantes dans les universités en 2007. Parallèlement, les règlements relatifs à la tenue des fonctionnaires a été modifiés en 2013, supprimant les restrictions et interdictions concernant le port du foulard islamique. Toutefois, cette modification n'a pas concerné aux membres des services de sécurité, des forces armées turques, ainsi que les juges et les procureurs¹⁴⁸. En 2015, le Haut Conseil des juges et des procureurs (Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu)¹⁴⁹ a affirmé qu'aucune disposition juridique n'interdisait aux juges et procureurs de porter le foulard ou le chapeau. Par la suite, en 2016, une nouvelle modification du règlement applicable aux membres des services de sécurité a permis aux femmes de porter le foulard. Enfin, le règlement concernant la tenue des Forces armées turques a été amendé en 2017 pour autoriser le port du foulard.

CONCLUSION

La République de Turquie est un exemple unique en son genre, où la majorité de la population est musulmane tout en ayant adopté le principe de la laïcité. De plus, c'est l'un des rares États à avoir inclus ce principe parmi les caractéristiques de la République et à lui avoir accordé une protection constitutionnelle. C'est également l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose la révolution turque, dont l'objectif principal était de créer un État, une société et un système juridique modernes. En Turquie, le concept du principe de laïcité a évolué dans un laps de temps plus court par rapport à son origine française. Il n'a pas également tardé à faire son entrée dans la vie constitutionnelle turque.

Néanmoins, la laïcité turque est depuis longtemps l'objet de critiques émanant de diverses perspectives, en comparaison avec certains autres modèles. En particulier, il est affirmé que l'existence du Diyanet est contraire à la philosophie de la laïcité. Nous estimons qu'il n'est pas pertinent de comprendre ou de critiquer la laïcité turque en la comparant à la situation actuelle de la France, pays source de ce principe. Il est une réalité qu'il ne faut pas oublier que ce principe s'est formé en fonction des conditions propres à la société où il est

¹⁴⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.85105.pdf>, (consulté le 18.04.2025).

¹⁴⁹ Le nom de ce conseil a été modifié en « Conseil des juges et des procureurs » par la révision constitutionnelle de 2017.

apparu. De même, pour cette raison, l'absence de classe cléricale dans l'islam, contrairement au christianisme, entraîne des différences dans l'application de la laïcité, mais cela n'empêche pas l'adoption de ce principe dans les deux sociétés. Il est légitime de critiquer l'augmentation progressive de la part du budget allouée au Diyanet, ainsi que l'essor considérable du nombre de son personnel, notamment en raison de son contrôle par le pouvoir politique, ce qui en fait un instrument au service d'intérêts politiques et utilitaires.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le principe de laïcité en Turquie est techniquement conçu comme la séparation de la religion et des affaires de l'État. Dans cette optique, il est également vrai que l'État ne se retire pas des affaires religieuses, mais en est plutôt l'acteur principal. Cette application unidimensionnelle de la laïcité a été mise en œuvre en s'inspirant de la période du Concordat en France. Toute critique qui omet cette réalité risque d'être incomplète, voire erronée.

La transformation de la laïcité turque, que nous avons tenté d'expliquer modestement au fil du temps, est particulièrement frappante. Ce principe, l'une des composantes essentielles de la modernisation, de la raison et de la science, demeure intrinsèquement lié au niveau de développement démocratique d'un pays. Il est donc clair que la durabilité du principe de laïcité ne réside pas uniquement dans son inscription théorique dans la Constitution, mais dans sa capacité à assurer l'autonomie des domaines politique, public, éducatif et juridique vis-à-vis de toute ingérence religieuse.

En dernier lieu, il est important de préciser que la laïcité n'a pas pour objectif d'ignorer ou de diminuer l'existence de la religion. Autrement dit, elle ne signifie pas le rejet de la religion. Son objectif essentiel est de construire une structure étatique dans laquelle les pouvoirs temporel et spirituel sont séparés. Cela s'explique par le fait que la neutralité de l'État, garantissant le respect de toutes les personnes croyantes ou non, constitue un élément indispensable de la laïcité. De même, il ne faut jamais oublier qu'il est impossible d'assurer l'existence et de l'avenir du principe de laïcité sans garantir la liberté de conscience, de religion, de conviction, ainsi que l'égalité entre les croyants et non-croyants et entre les hommes et les femmes. La laïcité est donc un principe fondamental qui contribue à la consolidation d'une démocratie forte et à l'instauration d'une vie sociale harmonieuse. C'est pourquoi, elle ne devrait jamais se transformer en un instrument d'opportunisme politique ni de clientélisme.

BIBLIOGRAPHIE

- Akın, Rıdvan, *Türk Siyasal Gelişmeleri (1923-2018)*, İstanbul 2022.
- Akgönül, Samim, « La laïcité à la turque à l'épreuve d'un régime a-laïque », *Revue du droit des religions*, no: 14, Novembre 2022.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, « Laiklik ve Laik Devlet », (éd.) İbrahim Ö. Kaboğlu, *Laiklik ve Demokrasi*, Ankara, 2001.
- Atatürk, Mustafa Kemal, *Nutuk*, İstanbul 2010.
- Avril, Pierre/Gicquel, Jean *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, 2013.
- Baubérot, Jean, *Histoire de la Laïcité en France*, Paris, 2015.
- Bergounioux, Alain « La laïcité, valeur de la République », *Pouvoirs*, n° 75, novembre 1995, p. 17-26.
- Berkes, Niyazi *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1973.
- Berkes, Niyazi, *Teokrasi ve Laiklik*, İstanbul, 2016.
- Çeçen, Anıl, *Atatürk ve Cumhuriyet*, Ankara, 1994.
- Çeçen, Anıl, *Kemalizm*, İstanbul, 1999.
- Çitak, Zana « D'acteur national à transnational: la Diyanet en Europe », (*Cahiers de l'obTic*, A. 2012, n° 2, p. 9-14), p. 9-14.
- Daly, Eoin, « The Ambiguous Reach of Constitutional Secularism in Republican France: Revisiting the Idea of Laicite and Political Liberalism as Alternatives », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol: 32, no: 3, 2012, p. 583-608.
- D'onorio, Joël-Benoît *La laïcité au défi de la modernité*, Tequi, 1990.
- Dunbay, Seda « Analyse Juridique du Principe de Laïcité, Une Valeur Essentielle de la République Française », *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol. 12, no: 1, Juin 2024, p. 39-66.
- Eroğlu, Cem, *Demokrat Parti Tarih ve İdeolojisi*, 4 ème éd., Ankara, 2003.
- Feyzioğlu, Turhan, « Les partis politiques en Turquie du Parti unique à la démocratie », *Revue française de science politique*, 4^e année, n° 1, 1954, p. 131-155.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2023.
- Hayat, Pierre « La Laïcité Républicaine-Déterminations, implications et enjeux », *Le Philosophoire*, vol: 39, no: 1, 2013, p. 31-44.
- Jean Marcou, « La laïcité en Turquie: une vieille idée moderne », *Confluence Méditerranée*, n° 33, Printemps 2000, p. 59-71.
- Kaboğlu, İbrahim, « L'impact de la loi de 1905 sur la laïcité en Turquie », *Hommes et Migrations-Laïcité: les 100 ans d'une idée neuve. II. Culture(s), religion(s) et politique*, no: 1259, Janvier-Février 2006, p. 77-83.
- Kaboğlu, İbrahim/Sales, Eric, *Darbe ve Demokrasi Sarkacında Türk Anayasa Hukuku*, İrem Berksoy, trad., İstanbul 2018.

- Karahanoğulları, Onur, Türkiye’de İdari Yargı Tarihi, Ankara, 2005.
- Karahanoğulları, Onur, ABD ve Fransa’da Laiklik-Din Kamu Hizmetlerinin Kaldırılması, Ankara, 2023.
- Kelsen, Hans, General Theory of Law and State, Cambridge-Massachusetts, 1949.
- Kili, Suna/Gözübüyük, Şeref, Sened-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2006.
- Kodamanoğlu, M. Nuri «Laik devlet düzenimizin ilk yasal dayanağı», (Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, A. 1991, V. 2, n° 2, p. 643-646), p. 643-646.
- Marcou, Jean, « La laïcité en Turquie: une vieille idée moderne », (Confluence Méditerranée, n° 33, Printemps 2000, p. 59-71), p. 59-71.
- Massicard, Élise, « L’organisation des rapports entre État et religion en Turquie », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, no: 4, 2005, p. 119-128.
- Michel Troper, « French Secularism, or Laïcité », Cardozo Law Review, vol: 21, no: 4, Février 2000, p. 1267-1283.
- Michon, Bruno, « Laïcité(s) et Démocratie: Entre Liberté de Conscience et Émancipation », Pensée plurielle, vol: 47, no: 1, p. 105-125.
- Nalbant, Atilla, Principe de laïcité dans les Constitutions turques et la régulation du fait religieux, Laïcité en débat, Principes et Représentations en France et en Turquie, (dir.) Samim Akgönül, Strasbourg, 2008.
- Ortaylı, İlber, Osmanlı Düşünce Dünyası ve Tarihyazımı, İstanbul, 2007.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, éd. 22, Ankara 2022.
- Özkul, Fatih, « Anayasalarımızda Laiklik İlkesi », Ankara Barosu Dergisi, n° 4, 2014, p. 273-310.
- Sözüer, Adem, « Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü ve Yarını-Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar », D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, V. 21, n° spécial, 2019, p. 3031-3050.
- Tanilli, Server, Din ve Politika-Laik Barışın Dostları ve Düşmanları, İstanbul, 2009.
- Tanilli, Server Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1981.
- Tanör, Bülent, « Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi », (éd.) İbrahim Ö. Kaboğlu, Laiklik ve Demokrasi, Ankara, 2001.
- Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, 2011.
- Tunaya, Tarık Zafer Türkiye’de Siyasal Gelişmeler (1876-1938)-Mütareke, Cumhuriyet ve Atatürk, İstanbul, 2016.
- Tunaya, Tarık Zafer, Türkiye’nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.

Tunaya, Tarık Zafer, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, p. 123 Vedat Günyol, «Bilimsel Düşüncenin Çilesi», Yeni Ufuklar, n° 70, 1958.

Ubicini, Abdolonyme, La Constitution Ottomane du 7 zilhidjé 1293 (23 décembre 1876), Paris, 1877.

Üçok, Coşkun /Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, 2007.

Ressources Numériques

<https://journals.openedition.org/rdr/305#quotation>.

http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/sunumlar/Karahanogullari_DinOzgurlugu.pdf.

<https://blogs.mediapart.fr/jean-bauberot/blog/090514/jean-jaures-et-la-laicite-de-1905>.

<https://books.openedition.org/ifeagd/1425>.

<https://rifrancophonies.com/index.php?id=1319?id=1319#ftn1>.

<https://www.lareau-legal.ca/Italie.pdf>.

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>: https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc010/kanuntbmmc010/kanuntbmmc01001827.pdf.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200431.pdf.

<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k576090f/f1.image.r=mustafa%20kemal?rk=64378;0#>.

<https://www.vie-publique.fr/eclairage/20205-laicite-le-regime-de-separation-entre-letat-et-les-cultes>.

<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/histoire-et-patrimoine/revolution-francaise/la-convention-nationale-et-la-fin-de-la-royaute#date>.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200429.pdf.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc004/kanuntbmmc004/kanuntbmmc00400677.pdf.

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc002/kanuntbmmc002/kanuntbmmc00200430.pdf.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c059/b106/tbmm180591060419.pdf>.

<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/339.pdf>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.1353.pdf>.

[kanuntbmmc00601222.pdf](#).

<https://www.chp.org.tr/haberler/chp-tarihi.kanuntbmmc00400765.pdf>.

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-ceza-kanunu-765.kanunmgkc06602787.pdf>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

<https://hukukmusavirligi.diyaret.gov.tr/Documents/N%C4%B0KAH%20GENELGES%C4%B0.pdf>.

<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/turk-kanunu-medenisi-743>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/#anayasa>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.633.pdf>.

<https://www.cumhuriyet.com.tr/siyaset/diyaret-isleri-baskanliginin-2025-yili-butcesi-1301-milyar-tl-olarak-2259374>.

<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyarete-para-dayanmiyor-25-milyar-liralik-butce-7-milyar-tlye-cikarildi-942156>.

<https://stratejigelistirme.diyaret.gov.tr/sayfa/57/istatistikler>.

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/tarihi/5/>.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mahkeme/tarihi/5/>.

<https://www.anayasa.gov.tr/media/3617/tulensiyasipartilerinkapatilmasi.pdf>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4721&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (consulté le 7.04.2025). <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.85105.pdf>.

Décisions de la Cour Constitutionnelle

AYM, E. 1971/1, K. 1971/1, T. 20.05.1971: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Lien: https://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/kararlar_derisi/kd_09.pdf.

AYM, E. 1970/53, K. 1971/76, T. 21.10.1971: T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

AYM, E. 1983/2, K. 1983/2, T. 25.10.1983: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

AYM, E. 1997/1, K. 1998/1, T. 16.01.1998: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

AYM, E. 2008/1, K. 2008/2, T. 30.07.2008: Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Journal Officiel

RG, 14.04.1928, S. 863.

RG, 22.06.1935, S. 3035.

RG, 13.02.1937, S. 3533.

1961 Anayasası Döneminde Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetlenmesi^(*)

Judicial Review of Substance of Constitutional Amendments Made within the Term of 1961 Constitution

Arş. Gör. Canberk İNCEDERE^(**)

Öz:

Türk anayasa yargısının 1961 Anayasası ile birlikte başlaması neticesinde, kanunların, meclis içtüzüklerinin ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimi ise, özellikle Türk anayasa yargısının ilk yıllarından itibaren, hukuk çevrelerinde yoğun tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların odak noktalarından biri, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yapılabilir olup olmadığıdır. 1961 Anayasası ile başlayan bu süreçte, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi üzerine gerçekleştirilen bu tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki yerleşik içtihatlarını ve hukuki yaklaşımlarını şekillendirmiştir. Bu çalışmada anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk yargısal denetimi çeşitli açılardan incelenecek ve bu inceleme, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bazı kararların ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Anayasaya Aykırı Hukuk Normu, Anayasa Değişikliği, Esas Denetim, Şekil Denetimi, 1961 Anayasası, 1971 Anayasa Değişiklikleri.

Abstract:

As a result of initiation of Turkish constitutional jurisdiction along with 1961 Constitution; laws, parliamentary bylaws and constitutional amendments are initiated to be examined in regard of constitutionality judicial review. The most controversial issue with regard of constitutional jurisdiction is whether constitutional amendments are according to the constitutionally judicial review. The controversies that stated above, contain whether constitutionally judicial review of constitutional amendments has been done and if that constitutionally judicial review might be done within which scope. Starting with the 1961 Constitution, these controversies on the judicial review of constitutional amendments have shaped the established jurisprudence and legal approaches of the Constitutional Court in this field. Within this article, constitutionally judicial review of constitutional amendments will be examined in various field and this assessments will be studied in light of judgments held by the Turkish Constitutional Court.

Keywords:

Unconstitutional Norms of Law, Constitutional Amendments, Judicial Review of Constitutional Amendments, Review of Formal Constitutionally, 1961 Constitution, Constitutional Amendments in the Term of 1971.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 29.04.2025 - Makale Kabul Tarihi: 23.08.2025.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Ankara - Türkiye,
E-posta: cinedere@baskent.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-0691-4729>.

GİRİŞ

Anayasalar, yapıldıkları dönemin siyasal, toplumsal ve kültürel koşullarını yansıtan metinlerdir; ancak zamanla değişen dinamikler ve farklılaşan toplumsal talepler nedeniyle, anayasanın ilk hâli çoğu zaman yeni dönemin ruhunu tam olarak yansıtamayabilir. Anayasaların, zamanın ruhunu yansıtmaya devam edebilmesi ve çağın gereklerine cevap verebilmesi için anayasa değişiklikleri de yapılmak durumundadır ki anayasalar da dinamik bir yapıya erişebilsin. Ancak yapılan anayasa değişiklikleri de değiştirmek istediği anayasanın özüne her zaman uygun olamazlar. Bu nedenle, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yapacak bir organa ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç, ülkelerin Anayasa Mahkemeleri aracılığıyla çözüle gelmiştir. Artık pek çok ülkede Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimini yapabilmektedir. Ülkemizde de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi yapılabilen ancak bu husus birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada öncelikle anayasa ve anayasa değişikliklerinin neler olduğu genel olarak açıklanacak, daha sonra bu değişikliklerin 1961 Anayasası dönemindeki yargısal denetimi hususuna değinilecektir. Bu inceleme kapsamında, söz konusu konuya ilişkin doktrindeki eleştirel yaklaşımlara yer verilecek; nihayetinde ise konuya dair ulaşılan değerlendirmeler ve sonuçlar ortaya konulacaktır.

I. ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

A. Anayasa ve Anayasa Değişikliği Kavramı

Anayasalar, toplumda yaşayan bireylerin haklarını devlete karşı koruma altına alan, ülkedeki siyasi yapıların kuruluşu ve işleyişini tayin eden, toplumların düzenini tertip eden ve Hans Kelsen 'in literatüre kazandırdığı normlar hiyerarşisinin de en üstünde bulunan istikrar belgeleri olarak tanımlanır. Bir ülkede ortaya çıkan bütün normlar, o ülkenin anayasasına uygun olmalı ve ilgili anayasayla ilişki ya da tutarsızlık içermemelidir. Anayasalar, anayasaların bu temel hak ve özgürlükleri koruma görevi neticesinde, çağın değişen şartlarına da ayak uydurmak durumunda kalmaktadır. Zira ülkedeki tüm normlar, anayasaya uygun olmak zorunda olduğundan, ilgili anayasaların da temel hak ve özgürlükleri layıkıyla koruması gerektiği, ülkedeki siyasi ve toplumsal düzeni de icra etmesi beklenmektedir. Bu nedenle de anayasalar, meşruluğunu kaybetmemek ve çağın gerisinde kalmamak için bazen değişikliklere ihtiyaç duymaktadırlar. Bu değişiklikler ekleme, silme ya da yepyeni başka bir hükümle değiştirme teknikleriyle, anayasanın sözüne doğrudan bir karışma niteliği taşımaktadır¹. Bahsedilen bu anayasa değişiklikleri yürürlükteki hukuku tümüyle etkilediğinden önem taşımaktadır.

¹ Coşkun San, *Sosyo Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri*, (Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1994, C. 11), s. 23.

Esasıyla kurucu iktidarların anayasayı yapma nedenleri olarak ilk akla gelen sebep, toplumun problemlerine cevap vermektir. Bu nedenle, kurucu iktidarlar, anayasaların toplumun düzenini sağlayacağını düşünerek uzun süre en az sorunlu toplumu ümit ederler. Ancak belirtilen bu durum, hayatın olağan akışına da aykırılık arz etmektedir. Bu nedenle zaman geçtikçe toplumların ya da iktidarların anayasayı değiştirme talepleri meydana gelmektedir. Belirtilen bu görüş aksine görüşler de mevcuttur. Bu görüşler, temel olarak anayasaların asla değiştirilemeyeceğini savunurlar. Bu görüşün temel aldığı dayanak ise, anayasaların bir toplum sözleşmesi olduğudur. Bireylerin oy birliğiyle yapılan bu sözleşme, dolayısıyla üzerinde uzlaşma olmadan değiştirilemeyecektir². Toplumun nüfusu ne olursa olsun, tüm bireylerin herhangi bir konu hakkında hemfikir olması mümkün olmadığından, uzlaşma da mümkün olmayacak ve söz konusu anayasa değiştirilemeyecektir. Kanımızca, ilk görüş olan anayasaların değiştirilmesi gerektiği görüşü yerindedir. Nitekim toplumların ve içinde yaşadığımız dünyanın, siyasi, hukuki, toplumsal ya da sosyal olarak bir dinamik yapı içinde olduğu bir gerçektir. Bu nedenle anayasaların da değişen ihtiyaçlara cevap vermesi gerekir. Ayrıca anayasalarda yer alan ve devletin ve temel hak ve özgürlüklerin temel yapısı olarak kabul edilen bazı kavramlar³ da anlamsal açıdan zaman içinde de genişlemektedir. Bu kavramların da zamana yenik düşmemesi adına anayasa değişikliklerinin gerektiği görüşü kabul görmektedir.

Anayasa değişiklikleri ise Türkiye Cumhuriyeti devletinin sahip olduğu anayasaların sık sık değişmesi sonucunda Türkiye gündeminde de her daim dikkat çeken bir kavram olarak karşınıza çıkmaktadır. Zira 1921 Anayasasında yapılan 1923 değişiklikleri, 1924 Anayasasında gerçekleştirilen 1928 değişiklikleri, 1961 Anayasasında yapılan 1971 tarihli anayasa değişiklikleri ve nihayet 1982 Anayasasında gerçekleştirilen, başta 2017 tarihli anayasa değişiklikleri olmak üzere birçok değişiklik, bu iddiayı kanıtlar niteliktedir.

B. Anayasayı Değiştirme Modelleri

Anayasa değiştirme modeli olarak üç model kabul edilmektedir; metinsel (geleneksel) model, siyasal model ve maddi model⁴.

Anayasa değişiklikleri, anayasada yazılı olan kurala uyularak gerçekleştirilir ve anayasanın bir parçası haline gelir ise burada metinsel modelden bahsetmek mümkündür. Anayasal anayasa değişikliği de denilen bu model, anayasada yazılı

² Gizem Güner Yaşar, Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi, Adalet Yayınevi, 1. Bs Ankara, 2023 s. 49.

³ Özgürlük, Eşitlik, Demokrasi, Egemenlik, Mülkiyet, Anayasanın üstünlüğü gibi sözcükler ya da Anayasalarda sayılan devlet ilkeleri.

⁴ Richard Albert, Nonconstitutional Amendments, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Cilt. 22, No. 1, Ocak 2009, s. 12.

anayasa değişikliği yöntemine harfi harfine uyularak yapılır⁵. Siyasal modelde ise, anayasa değişiklikleri, siyasal organlar ve halkın etkileşimi neticesinde doğmaktadır. Bu anayasa değiştirme modeli, metinsel modelden sınırlarını hangi organın çizdiği, meşruluğunu hangi organdan aldığı ve anayasanın neler içerdiği yönünden ayrılmaktadır⁶. Son olarak maddi model ise hem metinsel modeli hem de siyasal modeli kabul etmemektedir. Bu model kapsamında yapılacak olan anayasa değişiklikleri anayasanın ruhuna uygun yapıldığı ve anayasal demokrasiye de zeval getirmemek koşuluyla, siyasal sistemde her türlü değişikliği de yapabilecektir. Bu sistemin uygulayıcı ülkeleri arasında Türkiye de yer almaktadır⁷.

C. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri Kavramı

Anayasaya aykırılık kavramı, sadece anayasa içerisinde bulunan hükümlerin anayasaya aykırılığı şeklinde gerçekleşmez. Anayasaya daha sonradan ilave edilen normlarda da gerçekleşebilir. Sonradan ilave edilen metinler, anayasanın ruhuyla, özüyle, lafzıyla ya da diğer normlarıyla çelişebilirler⁸. Bu nedenle, öncelikle anayasaya aykırı anayasa değişikliklerinin, anayasaya uygunluğu incelenmelidir. Bu inceleme de gerek anayasada öngörülen diğer hükümlerle çelişip çelişmeme durumunda gerekse de biçimsel olarak kendini göstermelidir. İncelemenin biçimsel gerçekleşmesi, ilgili hukuk metninde anayasa değişikliği veya kanun değişikliği için öngörülen usullerin anayasaya uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığının denetimi ile ilişkilidir⁹. İncelemenin anayasada öngörülen diğer hükümlerle çelişip çelişmemesi hali ise daha çok maddi olarak kendine yer bulur. Maddi olarak incelemede ise, anayasada bulunan normların daha sonradan eklenip eklenmediğine bakılmaksızın birbirleriyle uyumluluğu inceleme konusudur¹⁰. Örneğin, ana-

⁵ Mehmet Turhan, Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt 15, Sayı: 57-58, Kış- Bahar 2010, s. 45.

⁶ Ceren Doğru, Sınırötesi Anayasalcılık Bağlamında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 14. Metinsel model, anayasa değişikliği yaparken anayasada yazan ilgili kurala göre sınırlarken, siyasal modelde bu sınır iktidar ve halk arasında yaşanan etkileşime göre çizilir. Aynı zamanda metinsel model meşruluğunu anayasa metninden almaktayken siyasal modelde meşruluk, siyasi dinamiklere dayanmaktadır. Son olarak metinsel modelde anayasa değişiklikleri için tek kaynak anayasa metni olmaktadır, siyasal modelde kaynak çok daha fazlası olabilmektedir.

⁷ Doğru, s. 14. Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi yetkisini kendisinde görerek zaman zaman denetim yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasada yer alan değiştirilemez maddelerin varlığını anayasanın ruhuna birer kanıt olarak gördüğünü kararlarında da açıklamaktadır.

⁸ Mehmet Turhan, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, AÜHFD, Cilt: 33, Sayı: 1, Ankara, 1976, s. 64.

⁹ Mesut Aydın, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımdan Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2010, s. 219.

¹⁰ Aydın, s. 219.

yasada değiştirilmeleri açık bir yasağa bağlanan hükümlerin değiştirilmesine sebep olan anayasa değişiklikleri ya da çeşitli temel ilkelerin ortadan kaldırılmasını öngören anayasa değişiklikleri anayasaya maddi açıdan aykırılık oluşturacaktır¹¹. Eğer ki, değişiklik öngören bir hukuk normunun anayasaya uygunluğu gerçekleştirilmek istenmekteyse, bu detaylara dikkat edilmeli ve değişiklikler bu detaylara uygun bir biçimde gerçekleştirilmelidir.

D. Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

Dünyada anayasa yargısının kökleri Antik Yunan'a kadar uzatılabilirken, Anayasa Mahkemelerinin kuruluşu Birinci Dünya Savaşı ve sonrası tarihlere rastlamaktadır¹². Merkezi denetim yetkisine sahip tarihteki ilk Anayasa Mahkemesi ise Avusturya anayasasında kendine yer bulmuştur. Ancak dünyada Anayasa Mahkemeleri örnekleri incelendiğinde, Anayasa Mahkemelerinin İkinci Dünya Savaşı ve sonrasına kadar pek rağbet görmediği ifade edilebilir. İkinci Dünya Savaşından sonra ise, savaşın yarattığı yıkım ve savaşa neden olan siyasi olgular da düşünüldünce pek çok ülke, siyasi iktidarı ya da yasama organını sınırlandıran bir Anayasa Mahkemesi düşüncesi etrafında birleşmeye başlamış ve Anayasa Mahkemelerinin kuruluşu hızlanmıştır. Günümüzde bu mahkemeler, adeta demokrasinin bir koşulu olarak kabul edilmektedir¹³. Anayasa Mahkemeleri kurulduktan sonra ise, birçok yetkiye sahip olmuştur. Bu yetkilerden en önemlisi, kanunların, anayasa değişiklikleri ve ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan çeşitli hukuk normlarının anayasaya uygunluğunu denetlemektir.

Hukuk normlarının anayasaya uygunluğu ise, yukarıda da açıklandığı üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir. Bunlardan birincisi biçimsel yani şekil incelemesi, diğeri de maddi inceleme yani esas incelemesidir. Ülkeler bazında bakıldığında, söz konusu normların şekil yönünden anayasaya uygunluğunun incelenmesinde genel olarak herhangi bir sorun görünmemektedir. Dünyadaki birçok ülke hukuk normlarının şekil yönünden anayasaya uygunluğunun incelenmesinin doğru ve gerekli olduğunu, anayasalarında yer vererek de kabul etmektedirler. Birçok ülkede, anayasalarında açıkça yer almadığı halde, hukuk normlarının şekil açısından anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasa yargısının yetkisi içinde görülmektedir¹⁴. Gerçekten de İtalya, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Güney

¹¹ Doğru, s. 26.

¹² A. Fanid, N. Anayasa Yargısı ve Uygunluk Denetimi, (İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, Y. 2023, 3(1)) s. 51-76.

¹³ Gökhan Sümer, Türk Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasalarının Ruhu, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.

¹⁴ Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993. s. 132.

Afrika gibi dünyanın çeşitli kıtalarındaki birçok ülkede hukuk normlarının şekil yönünden anayasaya uygunluğu denetlenebilmektedir. Bu husustaki asıl sorun, hukuk normlarının esas (maddi) bakımından anayasaya uygunluğunun denetimi olarak ortaya çıkmaktadır. Zira kanunların, esas bakımından anayasaya uygunluğunun zaten denetlenebileceği, nitekim kanunların, anayasaya uygunluk zorunluluğu olduğu; normlar hiyerarşisinde de alt basamaklarda yer aldığı bilinen bir gerçektir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların şekil bakımından anayasaya uygunluğunun dünyada birçok ülkede kabulü göz önüne alındığında, bu bağlamdaki sorunun anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğu denetiminin olduğu açıkça görülmektedir. Nitekim dünyada da bir elin parmaklarını geçmeyecek kadar ülke bu tür bir denetime izin vermekte ve bu denetimi de bizatihi ülkelerin anayasa yargısı olan anayasa mahkemelerine yaptırmaktadırlar. Bahsedilen bu ülkelere örnek olarak Almanya, Hindistan ve Güney Afrika verilebilmektedir. Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi olgusu Alman Anayasa uygulamalarına paralel bir seyir izlemektedir¹⁵. Anayasaya aykırı anayasa normlarının mevcut olabileceğini ve bunların yargısal yoldan denetlenebileceğini bir kararında ilke olarak kabul eden Alman Anayasa Mahkemesi, bu ilkeyi uygulamış olup şu ana kadar herhangi bir anayasa değişikliğini esas yönünden iptal etmemiştir¹⁶. Almanya Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğu denetimini yaparken, anayasanın değiştirilemez maddelerini araç olarak kullanarak inceleme yapmıştır¹⁷. Hindistan'da ise durum biraz daha farklıdır. Hindistan Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini, içtihat ile oluşturmuştur¹⁸. Hindistan'da Yüksek Mahkeme, bu yetkiye sahip olduğunu iddia ederken anayasanın temel yapısının değiştirilemeyeceği gerekçesine başvurmuştur¹⁹.

Türkiye Cumhuriyeti de anayasa yargısını 1961 Anayasasıyla birlikte kabul etmiş ve bu denetlemeyi yapacak olan Anayasa Mahkemesi, 1962 yılında verdiği

¹⁵ Osman Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 3, Ankara, 2007, s. 113.

¹⁶ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 181.

¹⁷ Alman Anayasa Mahkemesi, 16 Haziran 1959 tarihli kararında denetim yetkisini kabul ettiğini belirtmiş, 15 Aralık 1970 tarihli kararında ise anayasa değişikliği yasasına karşı açılan iptal davasını, doğrudan değiştirilemez maddelere aykırılık iddiası ile esastan incelemiştir.

¹⁸ Bu kararlar “Kesavananda Kararı” ve Minerva Mills kararı olarak doktrinde yerini almıştır. Söz konusu bu kararlar Hindistan Anayasa Mahkemesi, “Temel Yapı Doktrini” adında bir doktrin belirlemiş ve gerçekleştirilen anayasa değişikliklerinin bu doktrine uygun olması gerekmektedir. Bu doktrine göre, Hindistan anayasasının değiştirilemez bazı temel özellikleri ve ilkeleri mevcut olup gerçekleştirilen anayasa değişikliği eğer ki bu kavramlara aykırı ise geçersiz olabilecektir.

¹⁹ Mehmet Turhan, Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, (Liberal Düşünce Dergisi, Y. Bahar 2010, Cilt. 15, Sayı: 57-58) s. 49.

ilk karar ile göreve başlamıştır. Türk siyasi-anayasal sisteminde, 1961 Anayasası ile bir Anayasa Mahkemesinin kurulmuş olması; devletin bütün nüfuz ve kudretinin tanındığı kadir-i mutlak meclis anlayışından, anayasanın üstünlüğü ve kanunların bu üstün hukuk normlarına uygunluğunun denetimi anlayışına geçilmiş olması açısından, bir hukuk ihtilali olarak kabul edilmekte ve Anayasa Mahkemesi yeni siyasi - anayasal sistem içinde aktif bir rol oynamaktadır²⁰.

Anayasa Mahkemesi, Almanya, Hindistan ve Güney Afrika ülkelerinin Anayasa Mahkemeleri gibi, hukuk normlarının anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kullanmıştır. Ancak Türkiye'nin bu bağlamdaki durumu kesin bir yargıya ulaşmak hususunda elverişsizdir. Doktrinde birçok tartışmayı da beraberinde getiren bu konu, zaman zaman siyasal iktidar ve Anayasa Mahkemesi arasında fikir ayrılıklarına ve fikri çatışmalara yol açmıştır. Günümüzde dahi bu hususta devam eden tartışmalar mevcuttur.

II. 1961 ANAYASASI DÖNEMİ VE ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin sahip olduğu dördüncü anayasa unvanını taşıyan 1961 Anayasası, 27 Mayıs 1960 askeri darbesi sonucu ve bu darbeye neden olan birçok olay neticesinde, gerçekleşmiştir. O dönem, iktidarda olan Demokrat Parti'nin (DP) uygulamaları sonucu; o dönemki mevcut iktidar, hukuki olmayan ve demokratik olmayan bir uygulamayla askeri güçler tarafından yönetimden uzaklaştırılmıştır²¹. Bu olaylardan sonra, Türkiye'de başta siyasi olmak üzere birçok konuda kırılmalar meydana gelmiştir. Bu kırılmaların sona erdirilmesi için ise hukuki, siyasi ve sosyal olmak üzere pek çok düzenleme oluşturulmuştur. İşte bu düzenlemelerin en başında Türkiye Cumhuriyeti'nin dördüncü anayasası olan 1961 Anayasası gelir.

1961 Anayasası her ne kadar demokratik olmayan bir yoldan ve siyasi iktidarın uzaklaştırılması şeklinde meydana gelse de kendinden önceki anayasalardan daha özgürlükçü ve çoğulcu bir yapı içermektedir. Temel hak ve özgürlüklere geniş ve güvenceli bir biçimde yer verilmiş, anayasada sosyal hak ve ödevler konusunun ilk kez sistematik olarak düzenlenmiş olması önemli bir yenilik olarak kabul edilmektedir²². Bu bağlamda, Türkiye'deki anayasa yargısının da ilk kez bu anayasa ile doğmuş olmasına değinmek gerekmektedir. Türkiye Cumhuri-

²⁰ Bakır Çağlar, *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları ve Problemleri Sentetik Bir Deneme İçin Notlar*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, s. 144.

²¹ Bilal Tunç, *Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi*, Karadeniz Araştırmaları, Cilt: 17, Sayı: 67, 2020, s. 666.

²² Fatih Özkul, *1961 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Önemi*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 25, 2023, s. 26.

yeti, Anayasa Mahkemesi'ni kurarak anayasa yargısı bağlamında çok büyük bir adım atmış ve tüm dünyada olduğu gibi, ilerde doğabilecek siyasi iktidarın ve yasama organının keyfi hareketlerini önlemeye çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kurulması, demokrasi için de büyük bir adım anlamına gelmektedir. Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararların bağlayıcılığı ve bu kararların normlar hiyerarşisi'nin üst düzeyinde yer alması Anayasa Mahkemesi'ne verilen önemi göstermektedir.

Türkiye'de, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimi konusunda ise 1961 Anayasası döneminde yapılan incelemeler ve verilen kararlar, birçok tartışmayı da beraberinde getirmiş, Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda verdiği kararlar pek çok kez eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temel gerekçesi, Anayasa Mahkemesinin kendi yetki alanını büyük ölçüde genişleterek, denetim kapsamına anayasa değişikliklerini de dahil etmiş olmasıdır²³.

1961 Anayasası döneminde, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimini iki farklı evrede incelemek isabetli olacaktır. Bahsedilen bu ilk evre, 1961 Anayasasının kabulünü izleyen günden 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan anayasa değişikliklerine kadar olan süreçtir. İkinci evre ise 1971 yılında yapılan anayasa değişikliklerinden 1982 Anayasasının kabulü süresine kadar olan süreçtir.

A. 1961 Anayasasının Kabulünden 1971 Tarihli Anayasa Değişikliklerine Kadar Olan Süreç

Türkiye, 1961 Anayasasının kabul edilmesinin ardındaki 10 yıllık süreçte; siyasi, toplumsal ve ekonomik bağlamda çeşitli dönüşümlerin ve kırılmaların yaşandığı karmaşık bir sürece girmiştir. Bu karışıklıkların başında siyasi ve sosyal nitelikteki çatışmalar gelmekte ve çözüme kavuşturulması için birçok düzenleme de yapılmıştır. Bu düzenlemelerden en önemlisi, 1961 Anayasasında yapılan 1971 anayasa değişiklikleridir. 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliğinde 35 madde değiştirilmiş ve 9 geçici madde anayasaya eklenmiştir. Bu değişiklikler, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması, hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi, gensoru kavramının yeniden ihdas edilmesi, üniversiteler gibi birçok özerk kuruluşun yetkisini kısıtlarken; Silahlı Kuvvetlerin yetkilerinin daraltılması ve Yargıtay, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemelerin yetkilerine dair pek çok düzenleme getirmesine ilişkindir²⁴.

²³ Musa Sağlam, Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2005, s. 111.

²⁴ Doğru, s. 56.

1961 Anayasasının ilk metninde anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetiminden söz edilmemiştir²⁵. Aynı şekilde 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda da bu hususta bir hüküm yer almamıştır²⁶. Gerçekten de 1961 Anayasasının 147. maddesinde *“Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler.”* hükmü yer almıştır. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesine anayasaya uygunluk denetimini sadece kanunlarda ve meclis içtüzüklerinde yapabileceği konusunda bir yükümlülük getirir gibi görünse de Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin de kanunlar ve meclis içtüzükleri gibi anayasaya uygunluk denetimini yapabileceği içtihadını geliştirmiştir. Her ne kadar söz konusu hükümde, kanunların ve meclis içtüzüklerinin anayasaya uygunluk denetiminden bahsedilse de bu denetimin hangi şekilde olacağından söz edilmemiştir. Gerçekten de ilgili madde metninden, kanunların ve meclis içtüzüklerinin, esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetleneceği yoksa biçimsel yani şekil bakımından mı bir anayasaya uygunluk denetiminin yapılacağı belli olmamakta, daha doğrusu; ilgili anayasa hükmü bu yönde bir ayırım içermemektedir.

1961 Anayasasının kabul ettiği anayasayı değiştirme usulü, 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanununda öngörülen usulle aynıdır²⁷. 1961 Anayasasının kabul ettiği değiştirme usulü de 155. maddede kendine yer bulmaktadır. Bu hüküm, *“Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki*

²⁵ Ek olarak, Hukuk normlarının anayasaya uygunluk denetimi açısından 1961 Anayasasında ilgili madde metinleri 1. madde, 2. madde, 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç hükümleri, 9. madde, 147. madde ve son olarak da 155. maddedir. 1961 Anayasasının ilk maddesi Türkiye devletinin bir Cumhuriyet olduğunu öngörürken ikinci maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin milli demokratik, insan haklarına dayanan, laik ve sosyal bir devlet olduğunu belirterek başlangıç hükmünde yer alan temel ilkelere de bağlı olduğunu söylemektedir. Madde metninde bahsedilen başlangıç hükümlerinin içerdiği temel ilkeler ise, “Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan; Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti; Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplayan ve milletimizi, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak ve; Yurtta Sulh, Cihanda Sulh ilkesinin, Millî Mücadele ruhunun, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak; İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adâleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için; Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasayı kabul ve ilan ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönülleri ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adâlete ve fazilete aşık evlatlarının uyanık bekkiliğine emanet eder.” şeklinde ifade edilmiştir.

²⁶ Yavuz Atar, Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu. (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1996, Cilt: 5, Sayı: 1-2 Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye Armağan), s. 376.

²⁷ Turhan, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 80.

teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, meclislerin ayrı ayrı üye tam sayılarının üçte iki çoğunluğunun oyu ile mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, 1'inci fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir." şeklinde ifade edilmiştir²⁸.

1961 Anayasasının söz konusu hükümleri, Anayasa Mahkemesinin yapacağı kanunların, meclis içtüzüklerinin ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetiminin esas hükümlerini oluştururlar. Diğer bir deyişle; Yüksek Mahkeme, ilgili madde metinlerini kullanarak anayasaya uygunluk denetimi yapacaktır.

1961 Anayasasının ilk metninde, Anayasa Mahkemesi'nin görevi olarak anayasaya uygunluk denetimi yapabilme yetkisi sadece kanunlar ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzükleri için verilmiş olup anayasa değişiklikleri açısından böyle bir düzenleme getirilmemiştir. Ancak, bu dönemde Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin de bir kanun olmasından hareket ederek, kendisinin bunları denetlemeye yetkili görmüş ve bu denetimin kapsamını hem şekil hem de esas bakımından denetim olarak belirlemiştir²⁹. Böylece Anayasa Mahkemesi verdiği kararlar ile bu husustaki yetkinin kendisinde var olduğunu belirtmiş ve bu konu hakkında önemli birçok karar vermiştir.

Bu kararlardan ilki, 16.06.1970 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıdır³⁰. Bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleyebilme yetkisinin var olduğuna dair verdiği ilk karardır. Yüksek Mahkeme, bu kararda anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu hem esas bakımından hem de şekil bakımından inceleme yetkisini kullanmıştır.

Söz konusu dava, Türkiye İşçi Partisi'nin davacı sıfatıyla yer aldığı bir iptal davasıdır. Davanın bu özelliği nedeniyle, Anayasa Mahkemesi, bu davada anayasaya uygunluk denetimini soyut norm denetimi yolu ile yapmıştır. Bu davaya konu norm ise, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11. geçici maddesinin kaldırılması hakkında kanundur. Bu kanun, milletvekili seçilme yeterliliği ile ilişkili bir kanundur³¹.

²⁸ Söz konusu madde metnindeki meclislerin ifadesi ise, 1961 anayasasının öngördüğü çift meclisli yapıdan kaynaklanmaktadır.

²⁹ Murat Şen, 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, A. Ü. Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1, s. 92, 1998.

³⁰ 1970/1 esas, 1970/31 karar ve 16.06.1970 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

³¹ 1961 Anayasası'nın 68. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

"b- Milletvekili seçilme yeterliği.

Madde 68- Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. Türkçe okuyup yazma bilmeyenler, kısıtlılar, yükümlü olmasına ve muaf bulunmamasına rağmen muvazzaf askerlik hizmetini yapmayanlar veya yapmış sayılmayanlar ve kamu hizmetlerinden yasaklılar ile ağır hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı kesin olarak hüküm giymiş olanlar ve - taksirli suçlar hariç olmak

Türkiye İşçi Partisi, bu iptal davasını Anayasa Mahkemesi önüne taşırken, anayasaların pozitif hukuk normları arasında en üst düzeyde yer aldıklarını ve anayasalara kaynaklık etmekte olan pozitif hukukun da ötesinde bazı temel ilkeler olduğunu ifade etmiş ve aynı zamanda, bu temel ilkelerin anayasaların hukuki değer ve geçerliliklerinin kaynakları olduğunu da belirtmiştir. Türkiye İşçi Partisi'nin dayandığı bir diğer gerekçe ise, anayasaların hükümleri arasında bir hiyerarşi olduğudur. Buna göre, anayasanın ikincil değerde olan hükümlerinden biri değiştirilir ve değiştirilen bu hüküm, anayasanın temel ilkelerinden birine aykırılık teşkil ederse, anayasanın hükümleri arasındaki bütünlük de bozulacağından anayasanın bütünlüğü ihlal edilecektir. Bu bütünlüğün ihlal edilebilme olasılığı, Yüksek Mahkemeye anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirme yetkisi vermektedir³².

Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimini yaparken, iki şekilde inceleme yapmaktadır. Bilindiği üzere, bu incelemelerden ilki, şekil bakımından anayasaya uygunluk denetimidir. Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasasının ilk metninde bu konuda bir hüküm olmamasına rağmen, anayasa değişikliklerinin şekil (biçimsel) bakımından denetime yetkili olduğunu ifade ederken dayandığı görüş, Anayasa değişikliklerinin de aslında birer kanun olduğu ve kanunların anayasaya uygunluğunun da 1961 Anayasasının 147. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında yer aldığı ve bundan dolayı da anayasa değişikliklerini de denetleyebileceği görüşüdür. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında şu gerekçelere yer vermiştir;

"1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, anayasanın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır. Nitekim söz konusu 1188 sayılı metnin adı da başlığında açıkça görüleceği üzere, (kanun) dur. Esasen 155. maddede anayasa değişikliklerinin, bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konulmak suretiyle bunların "kanun" nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır³³".

üzere - beş yıldan fazla hapis cezasıyla veya zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı suçlardan biriyle kesin, olarak hüküm giymiş olanlar, milletvekili seçilemezler. Aday olmak, memurluktan çekilme şartına bağlanamaz. Seçim güvenliği bakımından hangi memurların ne gibi şartlarla aday olabilecekleri kanunla düzenlenir. Hâkimler ile subay, askerî memur ve astsubaylar, mesleklerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve seçilemezler.

Madde 2- 9/Temmuz/1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11. geçici maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Madde 3- Bu kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

³² Turhan, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 85.

³³ 1970/1 Esas, 1970/31 Karar ve 16.06.1970 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

Belirtildiği üzere, Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerinin kanun olma yönüne dikkat çekmektedir³⁴. Anayasa Mahkemesine göre, anayasayı değiştiren normlar birer kanundur ve bu değişiklikler kanunların çıkarılış usullerine, gerekli kurallara uygun yapılmak zorundadır³⁵. Şayet bu kurallara uygun yapılmaması ihtimali dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme olanağı bulunmaktadır.

Özbudun da Anayasa Mahkemesinin bu görüşüne katılmaktadır. Özbudun'a göre, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiş bir ülkede, anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluk denetiminde yadırganacak bir yön bulunmamaktadır. Nitekim, anayasa değişiklikleri de nihayet birer kanundur. Tali kurucu iktidar da ancak usul ve şekil kurallarına uymak şartıyla, tali kuruculuk yetkisini kullanabilir. Bu sebeple, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme görevi mevcut olan mahkeme (ki Türk hukukunda Anayasa Mahkemesidir.) anayasada açıkça bir madde metni olmasa dahi, anayasa değişikliklerinin anayasada belirtilen usul ve şekil şartlarına uygunluğunu denetleme yetkisinin olduğuna kanaat getirebilir³⁶.

Onar da anayasa değişikliklerinin daha zor bir süreci olsa da yine de kanun adı altında bir işlemle gerçekleştirildiğinden, bu kanunun da şekil açısından anayasaya uygunluk denetimi yapılabileceği görüşünü desteklemektedir³⁷.

Serozan ise, anayasayı değiştiren kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenme durumunun kesin olduğunu, hatta anayasa koyucunun bu konuda özel bir yetki kuralı öngörmesini gereksiz bulduğunu ifade eder³⁸.

Dönemki Anayasa Mahkemesi üyelerinden Fazlı Uluocak ise, karar için yazdığı muhalefet şerhinde, 1961 Anayasası metnine göre, Anayasa Mahkemesinin görevinin kanunların ve meclis içtüzüklerinin denetlenmesi olduğu, bu de-

³⁴ Esmahan Alkan, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Hatay, s. 56, 2015.

³⁵ Anayasa Mahkemesine göre, "Anayasa'da değişikliği öngören bir kanunun, böyle bir etkiye gerçekten sahip olabilmesi, yani mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasa'nın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz." 1970/1 Esas, 1970/31 Karar ve 16.06.1970 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

³⁶ Özbudun, s. 180-181.

³⁷ Onar, s. 137-138.

³⁸ Rona Serozan, Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, İÜHF, Cilt: 37, Sayı: 1-4, İstanbul, s. 140-141, 1972.

netlemenin de usullere uygun olması gerektiği ayıca kanun metninde anayasa değişiklikleri yer almadığından, Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğu denetimini yapamayacağını, buna yetkisinin olmadığını savunmaktadır³⁹.

Bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararının esas bakımından denetim ile ilgili bölümleri ise, öğretide ve siyasi alanda tartışmaları beraberinde getirmiştir.

16.06.1970 tarihli kararın, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi yetki değerlendirmesinde Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının bazı ilkelerini temel dayanak almıştır⁴⁰. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi bazı anayasa hükümlerinin, ikincil derecede değeri bulunan diğer anayasa hükümlerine oranla daha önemli olduğuna kanaat getirmiştir. Bir diğer deyişle, Yüksek Mahkeme, anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi olduğunu da kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birincil nitelikte kabul ettiği anayasa hükümleri, 1961 Anayasasının 9. maddesi, 1. maddesi, 2. maddesi ve 2. maddesinin gönderme yaptığı başlangıç hükümleri olmuştur.

Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluk denetimini yaparken, 1961 Anayasasının 9. maddesine dayanmaktadır. 9. madde ise, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmünün değiştirilemez olduğuna ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğine ilişkindir. Mahkeme, buradaki Cumhuriyet sözcüğünün, yalnızca Cumhuriyet sözcüğünü hedeflemediği yorumunu yaparak 9. maddenin, 1961 Anayasasının 1. maddesi, 2. maddesi ve ikinci maddesinin gönderme yaptığı başlangıç hükümlerinde niteliği belirtilen Cumhuriyet olduğu bunun da bir devlet sistemi olduğunu ifade etmiştir⁴¹. Bir başka ifade ile, anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, Cumhuriyet devlet sisteminin ve bu sistemin barındırdığı temel ilkelerin esas kaynak olacağını hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi esas bakımından denetim yaparken, yapılmak istenen anayasa değişikliğini, Cumhuriyet devlet sisteminin değişmezliği ilkesine ve Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı olup olmadığına göre inceleme konusu yapmaktadır. Böy-

³⁹ Sercan Coşkun Kulak, Anayasa Değişikliklerin Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, Sayı: 87, Ankara, s. 232, 2010.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi 1970 tarihli kararında bu durumu şöyle ele almıştır: "1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasasının 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, "Cumhuriyet" sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. ... bu ilkelere değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. ... Görülüyor ki Anayasa değişikliğini, öngören kanunlar üzerinde, Anayasasının 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır."

⁴¹ Turhan, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, s. 86.

lece 1961 Anayasasının 1. ve 2. maddesi ve başlangıç hükümleri değiştirilemezlik ilkesine dahil edilmiştir⁴².

Anayasa Mahkemesi'nin 9. maddeyi geniş yorumlaması, netice olarak birçok fikir ayrılığına sebebiyet vermiştir. Bu fikir ayrılıkları daha çok 1961 Anayasasının 4. maddesine dayanarak Yüksek Mahkeme'nin böyle bir yetkisinin olmadığı, 147. maddeye dayanarak da anayasa değişikliklerinin bu madde hükmü içinde yer almadığı ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin görevi dışında olduğu ve son olarak, anayasanın hükümleri arasında bir hiyerarşi değil bir eşitlik olduğu ve bu sebeple de 1961 Anayasasında bulunan hükümlerin birbirlerine üstünlüğü bulunmadığı etrafında şekillenmekteydi.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi 1970 tarihli bu kararı, şekil yönünden iptal etmiştir. Mahkeme, bu anayasa değişikliğini şekil yönünden iptal ederken, esas bakımından denetim yapmaya yetkili olduğuna da kanaat getirmiş olmasına rağmen, esas bakımından denetim yapmayıp bu denetimi ihmal etmiştir⁴³. Anayasa Mahkemesinin esas bakımından denetime girmemesi aslında basit bir ihmal değildir. Bu ihmalin, Yüksek Mahkeme'nin, şekil bakımından denetime çok önem verdiği ve bu önem neticesinde de esas bakımından denetim yapmaya kendini yetkili görmesine rağmen, şekil aykırılıklarının esas bakımından denetime yer bırakmayacak kadar ağır olduğu görüşleri çerçevesinde verildiği düşünülmektedir⁴⁴.

Yine Türkiye İşçi Partisi'nin Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği bir başka dava üzerine, Anayasa Mahkemesi 13.04.1971 tarihli kararı vermiştir⁴⁵. Bu davada da 1961 Anayasasının 73. maddesinin değiştirilmesi ve anayasaya geçici bir madde eklenmesi kararının iptali talep edilmiştir. İptali istenen anayasa değişikliği ise, Cumhuriyet Senatosu seçimlerinin bir yıl dört ay süre ile ileri alınmasını öngörmekteydi. Davacı taraf, bu değişikliğin seçme ve seçilme hakkı ile senatörlerin kendi oylarıyla kendi görev zamanlarını uzatmasının anayasaya aykırı olduğunun savunmasını yapmaktaydı. Bahsedilen bu kararda öncelikle şekil ve esas denetimine yetkisinin bulunduğunu söyleyen Anayasa Mahkemesi, şekil denetimi hususunda, 1970 tarihinde verdiği kararındaki içtihadını tekrar ederek şekil denetimini tüm yönleriyle ele almıştır. Bu incelemede öncelikle ivedilikle

⁴² Erdal Hakimoğulları/Metin Baykan, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, s. 24, 2012.

⁴³ Bu durum 1970 tarihli kararda şöyle ele alınmıştır: "... kanunun tümünün şekil yönünden iptali gerektiği sonucuna varıldığına, iptal kararı vermek için bu sonucun yeter olup başka iptal nedenleri aranmasını zorunlu kılan bir gerek de bulunmadığına göre öteki konular üzerinde ayrıca inceleme yapılmasına mahal görülmemiştir."

⁴⁴ Alkan, s. 59-60.

⁴⁵ 1970/41 Esas, 1971/37 Karar ve 13.04.1971 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı.

görüşülmeme kuralını inceleyen⁴⁶ Yüksek Mahkeme daha sonra oylama çoğunluğu bakımından⁴⁷ bir denetim yapmıştır. Bu denetimler sonucu herhangi bir şekil aykırılığına hükmetmeyen Anayasa Mahkemesi, davaya konusu iptal talebini esas bakımından inceleme yoluna geçiş yapmıştır. İptal talebini esas bakımından inceleyen, 1970 tarihli içtihadına da atıf yapan Anayasa Mahkemesi, anayasa değişiklikleriyle uygun olması gereken temel ilkelerin sınırını genişletmiştir. Şöyle ki söz konusu 13.04.1971 tarihli kararda Anayasa Mahkemesi, *“Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı hükümler bağlanması düzenin bütününe sarsabilir. Sözgelimi Anayasa’nın 1. maddesinde yazılı Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi Anayasa yapısını temelden yıkar. Bu nedenle 9. maddede bu hükmün değiştirilmesinin teklif olunamayacağı belirtilmiştir. Cumhuriyet Devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler manzumesidir. Şu hâlde Cumhuriyet Devlet şeklini ortadan silecek veya onu işlemez duruma getirecek olan anayasa değişikliklerinin yapılamayacağı Anayasamızın gerek açık hükümlerinden gerek ruh ve felsefesinden çıkmaktadır...”* şeklinde bir ifade kullanarak, bu temel ilkelerin, çağdaş uygarlık gereklerine uygun hükümler olacağı ve bu ilkelerin anayasanın ruhuna ve özüne aykırı olmayacağını tespit etmiştir. İşte bu nedenlerle de Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetime tabii olması gerekliliğini vurgulamıştır.

B. 1971 Anayasa Değişikliklerinden Sonraki Süreç

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bu iki karar kamuoyunda geniş yankı uyandırmış ve Mahkeme, birçok eleştiriye maruz kalmıştır. Cem Eroğlu *“Meclisin beceriksizliği, anayasa mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz”* ifadesini kullanırken Mümtaz Soysal ise, *“Bu çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda toplumu ‘yargıçlar devleti’ denen bir anlayışa götürmesi halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirmesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar,*

⁴⁶ İvedilikle görüşülmeme hususunun 1971 tarihli söz konusu kararda şu şekilde incelendiği görülmektedir: *“Görülüyor ki izlenen görüşme usulü ivedilik niteliğinde değildir. Çünkü içtüzüğün 72. maddesinde ivediliğin niteliği gösterilmiş ve ivedilik halinde kanun lâyiha ve tekliflerinin sadece bir defa görüşülebileceği belirtilmiştir. Böyle bir işlemin varlığı tutanaklarda tespit edilmiş değildir. Şu hâlde yapılan işlemlerde gerek Millet Meclisi gerek Cumhuriyet Senatosu içtüzüğünün yukarıda açıklanan ilgili hükümlerine herhangi bir aykırılık söz konusu olamaz...”*

⁴⁷ Oylama çoğunluğu bakımından ise Yüksek Mahkeme 1971 tarihli söz konusu kararında şu ifadeleri yer vermiştir: *“... Oylama usulleri Anayasada belirtilen durumlar ayrı olmak üzere, içtüzüklerde düzenlenmiştir. Oyların nasıl verileceği ve hangi işlerde işâri oy, hangi işlerde açık oy ve hangi işlerde gizli oy kullanılacağı Türkiye Büyük Millet Meclisi Tüzüğü’nün 131’inci ve sonraki maddelerinde belirtilmiştir. Özellikle 132’nci maddede, açık yahut gizli oya başvurulması gerekli olmayan bütün durumlarda işâri oy kullanılacağına değinilmiştir. Şu hâlde aksine açıklık olmayan hallerde ana kural işâri oy kullanılmasıdır. Anayasa değişiklikleri olağan kanunların bağlı olduğu normal görüşme usulüne kabulü gerekli işlerden bulunduğu (...) için, bu gibi teklifler bakımından Anayasanın 155’inci maddesinin öngördüğü üçte iki çoğunluğun işâri oyla hesaplanması gerekir...”*

Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün değişiklikleri iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa kullanamaz duruma mı gelecektir?" Ardından "Anayasa Mahkemesi üyeleri, 'cumhuriyet' sözüne Anayasanın başka ilkelerini ekleyerek o ilkelere de değişmezlik kazandırma yetkisini nerede almaktadırlar?" biçimindeki soruyu da "Anayasa Mahkemesi... bir değişikliğin Anayasadaki temel ilkelerden birine aykırı düştüğünü savunarak Anayasa değişikliklerini iptal etme yetkisine sahip olursa, devlet sistemi içinde kendisine tanınan yeri aşıyor demektir" biçiminde yanıtlamaktadır. 80'li yıllarda Özbudun benzer kaygıları "Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda takındığı tutum, uzun vadede bizzat yüce Mahkemenin kurumsal menfaatlerine zarar verebilecek niteliktedir. Tecrübeler, Anayasa yargısı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasanın değiştirilmesi ve anayasa yargısının yetkilerinin kısılması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir" ifadeleriyle dile getirmiştir⁴⁸. Bu karışıklığın önüne geçmek isteyen anayasa koyucu, yapılan 1971 tarihli anayasa değişikliklerinde de bu hususa dair bir değişiklik yapmıştır. Bu husustaki değişikliğin, verilen 1970 ve 1971 tarihli kararlara tepki olarak verildiği söylenebilir⁴⁹. Yapılan bu değişiklikle birlikte, 1961 Anayasasının 147. maddesi "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler." şeklinde değiştirilmiştir. Böylece anayasa değişikliklerinin denetlenebilmesinin pozitif hukuksal temeli ilk defa 1971 tarihindeki anayasa değişiklikleriyle oluşturulmuştur⁵⁰. Bu değişiklikle birlikte, anayasa tarafından anayasaya uygunluk denetiminin yapılabileceği kabul edilen norm sayısı üçe çıkarılmıştır. Kanun ve Meclis İçtüzüklerinin yanı sıra artık anayasa değişikliklerinin de anayasa uygunluk denetimi yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca yapılan bu anayasa değişikliği ile birlikte, kanunların ve meclis içtüzüklerinin esas ya da şekil bakımından anayasaya uygunluk denetimi gibi bir ayrıma yine gidilmemiş ancak Anayasa değişiklikleri için, Anayasa Mahkemesinin sadece şekil denetimi yapabileceği belirtilmiştir. Bu ifade de anayasa koyucu, Yüksek Mahkeme'nin bilinçli bir şekilde esas denetimi yapamayacağının altını çizmiştir. Bazı yazarlara göre, 147. maddede yapılan değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin artık esas bakımından anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştiremeyecektir⁵¹. Bu düzenle-

⁴⁸ Osman Can, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu, s. 116.

⁴⁹ Hasan Tahsin FENDOĞLU, Anayasa Hukuku, 10. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 156, Ekim 2022.

⁵⁰ Can, s. 113.

⁵¹ Servet Armağan, 1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi, İÜHFİM, Cilt: 37, Sayı: 1-4, İstanbul, s. 127, 1971.

me, Anayasa Mahkemesinin önceki verdiği içtihatlarla bir tepki niteliği taşımaktadır. Ayrıca bu anayasa değişikliğinin gerekçesinde de anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceğine tabii olduğu ve bu denetim yetkisinin, anayasa değişikliğinin sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁵².

Ancak yapılan bu anayasa değişikliğine rağmen, Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimini yapmaya devam etmiştir. Bu denetimi de anayasa değişikliklerinin şekil bakımından anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi adı altında yapmaktadır. Diğer bir söyleyişle, Yüksek Mahkeme, şekil yönünden denetimin sınırlarını oldukça genişletmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu dönemde verdiği dört önemli karar bulunmaktadır⁵³. Bu kararların ortak özelliği, Mahkeme'nin kendini anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetimini yapmaya yetkili görmesidir.

Bu kararların birincisi olan, 15.04.1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı⁵⁴, 1961 Anayasasının 138. maddesinde yapılan değişikliğin iptali talebine ilişkindir. Söz konusu değişiklik, 1961 Anayasasının 138. maddesinde 1699 sayılı Kanunla yapılan değişiklik olup, söz konusu bu değişiklik ise askeri yargıya ilişkindir. İptali istenen 1961 Anayasası 138. maddesi *"Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu şart aranmaz."* hükmüne haiz idi. Yüksek Mahkeme, söz konusu bu maddenin *"Ancak savaş halinde bu şart aranmaz"* ibaresini iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme, 1975 tarihli bu kararı değerlendirirken, öncelikle esas bakımından denetim yapıp yapamayacağı hususuna ışık tutmuştur. Anayasa Mahkemesi bu hususta, 1971 tarihli anayasa değişiklikleri ile birlikte artık anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiremeyeceğini kabul etmiştir⁵⁵. Daha sonra şekil denetimi incelemesine başlayan Anayasa Mahkemesi,

⁵² Özbudun, s. 182-183.

⁵³ Söz konusu bu kararlar, 1973/19 Esas, 1975/87 Karar ve 15.04.1975 tarihli AYM kararı, 1976/38 Esas, 1976/46 Karar 12.10.1976 tarihli AYM kararı. 1976/43 Esas 1977/4 Karar, 27.01.1977 tarihli AYM kararı. 1977/82 Esas, 1977/117 Karar, 27.09.1977 tarihli AYM kararıdır.

⁵⁴ 1973/19 Esas, 1975/87 Karar ve 15.04.1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

⁵⁵ Bu husus söz konusu 1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında şöyle ele alınmaktadır: *"... Ancak, Anayasanın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esastan Anayasaya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır. Böylece, bu maddede gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemesi önlenmiştir... Bu nedenle, 15.3.1973 günlü, 1699 sayılı Kanunun 1, 3, 4 ve 6. maddelerinin Anayasaya esastan aykırı olduğu yolundaki*

söz konusu hükmün şekil bakımından denetimini de 1961 Anayasasının 9. maddesine dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu maddenin değişmezlik ilkesinin niteliğinin Cumhuriyet rejimini korumak olduğunu belirtmiş ve ardından eski içtihatlarını da tekrarladıktan sonra 9. madde ile bir değişmezlik yasağı ve teklif yasağı öngörmüştür. Bu iki yönlü kural Anayasa Mahkemesine göre birer şekil kuralıdır⁵⁶. Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerini teklif etmeyi yasaklanan hükümlerin de birer şekil kuralı olduğu iddiasına dayanarak, anayasa değişikliği içeren teklifin 9. maddede belirtilen değişmezlik ilkesi ile çelişmesi durumunda bu teklifin hiç yapılmamış sayılmasını ve kanunlaşmayacağını kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, 9. maddeyi koruyucu bir hüküm olarak ele alan Anayasa Mahkemesi, bu maddeye aykırı olarak yapılabilecek herhangi bir anayasa değişikliği teklifini, teklif aşamasında denetlemiş olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 9. maddeyi de geniş yorumlayarak önceki kararlarında bahsetmiş olduğu gibi 1. madde, 2. madde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç hükümlerini de bu kapsamda değerlendirmiştir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme, 9. maddeye dayanarak şekil denetimi yaparken, değişiklik metninin “devlet şekli olarak Cumhuriyet’i değiştirip değiştirmediğine bakmakla yetinmeyerek, anayasa değişikliklerinin Cumhuriyet’in temel niteliklerine ters düşüp düşmediğini kontrol etmiştir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi, 1699 sayılı Kanunla 1961 Anayasasının 4. maddesine eklenen, askeri hakimlerin üyelerinin çoğunluğunda hakimlik niteliğine sahip olma koşulunun savaş hâkinde aranmayacağı hükmünü, yukarıda sayılan nedenlerle Anayasanın 2. maddesi ve ikinci maddesinin gönderme yaptığı başlangıç hükümlerinde öngördüğü hukuk devleti ilkesine yani Cumhuriyet rejiminin temel niteliklerine dair olarak teklif yasağına aykırı bulduğu için iptal etmiştir⁵⁸.

Anayasa Mahkemesinin bu hususta, 1971 tarihli anayasa değişikliklerinden sonra verdiği ikinci kararı ise, kamulaştırmaya ilişkin bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır. 1976 yılında verdiği bu kararda⁵⁹ Yüksek Mahkeme, dava konusu

iddianın incelenmesini kapsayan istemin, Anayasa Mahkemesinin görevi dışında bulunması dolayısıyla yetki yönünden reddine karar verilmelidir...

⁵⁶ Bu husus söz konusu 1975 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında şöyle ele alınmaktadır: “Gerçekten, maddede yer alan değişmezlik ilkesinin sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü amaç aldığı, yani Anayasadaki “Cumhuriyet” sözcüğünün değişmezliğini öngörerek, Cumhuriyeti oluşturan onun dışındaki ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmek, bu ilke ile bağdaştırmaz. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin asıl amacı, Anayasa’nın 1. maddesiyle 2. ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilke ve kurallarla niteliği belirtilerek “Cumhuriyet” sözcüğüyle adlandırılan Devlet sistemidir.”

⁵⁷ Alkan, s. 71.

⁵⁸ Alkan, s. 72-75.

⁵⁹ 1976/38 Esas, 1976/46 Karar 12.10.1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

anayasa değişikliğini mülkiyet hakkının özünü etkileyen bir olgu olarak görmüş ve 1961 Anayasasının Kamulaştırma madde kenar başlığını taşıyan 38. maddesine söz konusu 1488 sayılı Kanun (anayasa değişiklikleri) ile eklenen 2. ve 3. fıkralarını iptal etmiştir.

Bu davanın açılma usulü, itiraz yoluyla gerçekleşmiştir. Şöyle ki, Antalya Asliye Birinci Hukuk Mahkemesi, anayasa değişikliği ile eklenen 2. ve 3. fıkraların anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiş ve Yüksek Mahkemeden bu fıkraların iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi de anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirirken yaptığı rutin incelemeleri gerçekleştirmiştir. Bu rutin incelemeler sonucu Anayasa Mahkemesi, öncelikle, söz konusu bu anayasa değişikliğinin esas bakımından denetimine yetkili olmadığını belirttikten sonra şekil denetimine geçmiştir. Anayasa Mahkemesi, tıpkı bir önceki kararda olduğu gibi burada da 9. maddeyle ilişki kurmuştur⁶⁰. Yüksek Mahkeme, bir önceki kararında yapmış olduğu gibi burada şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmış ve bu anayasa değişikliğini anayasaya aykırı bulmuştur.

Bir diğer karar ise 27.01.1977 tarihinde verilmiştir⁶¹. Bu dava da Danıştay Beşinci Dairesinin itirazı üzerine görülmüştür. Bu davada da anayasanın 144. maddesinde değişiklik yapan 1488 sayılı Kanunla (anayasa değişikliğinin) birlikte eklenen birinci fıkrasının iptali istenmiştir. 1961 Anayasasının 144. maddesi Yüksek Hakimler Kurulu ana başlığı altında, Görev ve Yetkileri başlığında düzenlenmiş ve “Yüksek Hâkimler Kurulu, Adliye Mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. [Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. Ancak, disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini, Adâlet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir.” şeklinde kendine yer bulmuştur. Danıştay Beşinci Dairesi bu hükmün hak arama özgürlüğünün kısıtlayıcısı olduğundan ve aynı zamanda 1961 Anayasasının 2. maddesi ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç hükümlerinden olan insan haklarına saygılı devlet ile çeliştiğinden bahisle, 144. maddenin birinci fıkrasının iptalini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme de önceki kararlarında olduğu gibi bir denetim gerçekleştirmiştir. Önce, esas bakımından denetim yapmaya yetkili olmadığını belirten

⁶⁰ Söz konusu 1976 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında bu husus şöyle incelenmiştir: “...20.9.1971 günlü, 1488 sayılı Yasanın 1. maddesiyle Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişikliğin 9. madde hükmü açısından durumunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Cumhuriyetin ana ilkelerinden bir veya birkaçının bu değişiklikle zedelendiği, temel hakların özüne dokunulduğu saptandığı takdirde teklif yasağı kapsamına girecek olan bu değişikliğin önerilmesine olanak bulunmadığı ve bu nedenle iptali gerektiği sonucu kendiliğinden ortaya çıkar. Yukarıda (A), (B) ve (C) bentlerinde açıklandığı üzere değişiklik, mülkiyet hakkının özünü zedelemiş, eşitlik kuralını bozmuş, böylece Cumhuriyetin temel ilkelerinden biri olan demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı bir hüküm getirmiştir. Bu sonucu doğuran anayasal nedenlere burada kısaca değinerek söz konusu değişikliğin önerilmesine ve görüşülüp kabulüne olanak bulunmadığını özetlemek gerekecektir...”

⁶¹ 1976/43 Esas 1977/4 Karar, 27.01.1977 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

Mahkeme daha sonra şekil bakımından anayasaya uygunluk denetimine başlamış ve bu denetimde 144. maddenin birinci fıkrasındaki Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarının yargı yoluna kapalı olduğunu belirten ifadeyi anayasanın 9. maddesi bağlamında teklif yasağı yönünden aykırı bulmuştur⁶². Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarının yargı yoluna kapalı olduğunu belirten ifadeyi anayasanın 2. maddesindeki başlangıç hükümlerinin içerdiği hukuk devleti, eşitlik ve insan hakları ile ilgili ilkelere aykırı bulmuş ve bunu şekil yönünden değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarının yargı yoluna kapalı olduğunu belirten ifadeyi bu gerekçelerle iptal etmiştir⁶³.

Yüksek Mahkeme'nin, 1971 yılında yapılan anayasa değişikliğinden 1982 Anayasasının kabulüne kadarki dönemde bu konu hakkında verdiği son karar ise 27.09.1977 tarihli Anayasa Mahkemesi kararıdır⁶⁴. Aslında bu karar, 27.01.1977 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında çok benzemektedir. Şöyle ki, bu davanın 27.01.1977 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından tek farkı, görülmekte olan davanın Yüksek Hakimler Kurulu'nun değil de Yüksek Savcılar Kurulu'nun bir kararıyla ilgili olmasıdır. 1488 sayılı Kanun (anayasa değişikliği) ile birlikte eklenen ve 1961 Anayasasının 137. maddesinde yer alan ve Yüksek Savcılar Kurulunun görev ve yetkileriyle ilgili değişiklik yapan bu anayasa değişikliği, bu davanın iptali istenen normu özelliği taşımaktadır. 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra 137. madde "*Cumhuriyet savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilmeleri dışında kalan bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ile meslekten çıkarılmaları hakkında karar verme yetkisi yüksek Savcılar Kurulu'nundur. [Bu Kurul'un kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz]. Ancak disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini Adâlet Bakanı ve hakkında karar verilen Cumhuriyet Savcısı isteyebilir.*" haline gelmiştir. Danıştay Beşinci Dairesi Yüksek Savcılar Kurulunun da kararlarının yargı denetimine tabii olmadığına ilişkin bu ifadelerin iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi de tıpkı diğer kararlarında olduğu gibi esas bakımından denetime kendini yetkili görmeyip şekil bakımından denetim gerçekleştirmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kararda da 9. madde bağlamında bir değişmezlik ilkesi ve teklif yasağı öngörmüştür. Yapılan bu anayasa değişikliğinin 9. madde bünyesinde Anayasaya aykırı olduğu kararını vererek bu maddenin de şekil bakımından iptaline karar vermiştir.

⁶² Alkan, s. 80.

⁶³ Yüksek Mahkemenin 27.01.1977 tarihli bu iptal kararında gerekçe aynen şöyledir: "... Aynı fıkrada yazılı «Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz» yolundaki kuralın, Anayasanın 9. maddesinde açıklanan ilkeye aykırı olduğundan iptaline Nihat O. Akçakayalıoğlu'nun karşı oyu ile ve oyçokluğuyla öteki biçim kuralları açısından inceleme yapılmasına yer kalmadığına oybirliğiyle; 27/1/1977 gününde karar verildi."

⁶⁴ 1977/82 Esas, 1977/117 Karar, 27.09.1977 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı.

SONUÇ

1961 Anayasası dönemindeki anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğu hususu iki bakımdan incelenmelidir. Nitekim, 1961 Anayasası döneminin, kilometre taşlarından biri olan 1971 anayasa değişiklikleri ile birlikte Anayasanın bu husustaki ilgili hükmü olan 147. maddesi de değişim geçirmiştir. 1971 Anayasa değişikliklerinden önce, 1961 Anayasasının ilk metninde sadece Kanunların ve Meclis İçtüzüklerinin anayasaya uygunluk denetimi yapılabilir şeklinde bir ifade var olmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu hükmü kendi verdiği kararlar ile genişletmiş ve anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluk denetimi yapabileceği hususunda kendini yetkili görmüştür. Bu yetkili görme sonucunda, iki önemli karar vermiş ve bu kararlarda da şekil ve esas açısından anayasa değişikliklerini incelemiştir. Anayasa Mahkemesi, bu dönemde şekil bakımından denetim yaparken, anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğu yorumuna dayanmış ve şekil bakımından denetim yapabileceğini ifade etmiştir. Esas bakımından denetim yaparken ise, anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşinin olduğunu ve bu hiyerarşiye bağlı olarak birincil derecede önemli maddeler olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu bu maddeler, 1961 Anayasasının 1., 2. ve 9. maddeleri ve 2. maddenin öngördüğü başlangıç ilkeleridir. Yüksek Mahkeme, yapılması istenen anayasa değişikliklerinin söz konusu bu maddelere uygun olması gerektiğini, aksi halde esas bakımından geçersiz olacağı yorumunu yapmaktaydı. Bu yorumlara eleştiriler de getirilebilmekteydi.

1971 Anayasa değişikliklerinden sonra ise, bu durum değişiklik göstermiştir. Şöyle ki, bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra anayasa koyucu bu duruma tepki göstererek 1961 Anayasasının 147. maddesine anayasa değişikliklerinin sadece şekil bakımından denetlenebileceği ifadesini eklemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi açısından bu ifadenin eklenmesi de bir farklılık arz etmemiş olacak ki, Yüksek Mahkeme, anayasa değişikliklerini denetlemeye devam etmiştir. Bu denetimi şekil denetimi altında esas denetimi de yaparak sürdürmüştür. Buna göre Yüksek Mahkeme, esas bakımından denetim yapmaya yetkili olmadığını ifade etse de bu tür denetimi şekil adı altında devam ettirmiştir. Şöyle ki 9. madde etrafında bir değişmezlik ilkesi ve teklif yasağı öngören Anayasa Mahkemesi, bu ilkelere aykırı herhangi bir anayasa değişikliği teklifinin zaten teklif dahi edilemeyeceği görüşünden ilerleyerek şekil adı altında esas denetim yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, 9. maddeyi kullanırken, önceki içtihatlarında yer alan, anayasanın 1. ve 2. maddeleri ve 2. maddenin gönderme yapmış olduğu başlangıç hükümlerini de kullanmış, bu sınırları genişletmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri de birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yapamayacağı görüşü yerinde değildir. Şöyle ki, Osmanlı- Türkiye Cumhuriyeti anayasal gelişmelerinde anayasaların, 1921 Anayasası hariç tutulursa, hepsi kazuistik anayasalar olup bu anayasalarda yer alan hükümlerin hepsinin eşit önemde ve değerinde olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesinin görevlerinden bazıları cumhuriyetin, demokrasinin, insan haklarının ve hukuk devletinin varlığının devam ettirilmesi yönünde karar vermek ve görevlerin bağlı bulunduğu ilkelere aykırı ve zarar vermek niyetinde olan anayasa değişikliklerinin denetimini mümkün kılmaktadır. Nitekim, siyasal iktidarlar ve yasama organının da çoğunluğu elinde bulunduran siyasi parti grupları da her zaman ülkelerine iyi hizmet etmeyebilirler. Bir başka deyişle, siyasal gücü elinde bulunduran organların amaçları, kamu yararı ve ülkelerin toplumsal faydaları ile her zaman ölçüşmez⁶⁵. Bu nedenlerle anayasada var olan bazı hükümlerin diğer hükümlerden daha değerli olduğu ve o hükümlerin de devletlerin temel ilkelerini korumaya yönelik olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide her ne kadar Anayasa Mahkemesi tarafından anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin yapılamayacağı ve bu hususta yetkisinin sınırlı olduğu savunulsa da kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin değil, anayasa değişikliklerini gerçekleştiren tali iktidarın, anayasa değişikliklerini yaparken bazı sınırlara tabi olmasının gerekli olduğu düşünülmektedir. Anayasada öngörülen usulleri sağlaması, o tali iktidarın istediği her değişikliği yapabilme özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmez. Nitekim, anayasaların bir ruhu ve bir özü bulunmaktadır. Tali iktidar aracılığıyla yapılmak istenen anayasa değişiklikleri bu açılardan da anayasaya aykırı olamayacaktır. Aksi takdirde gereksiz, zararlı, aykırı anayasa değişiklikleri yapılabilecek, ülkelerde birçok kriz de ortaya çıkabilecektir. Kanımızca, Yüksek Mahkeme'nin, anayasa değişikliklerini esas bakımından incelerken de göndiği hususlar bu nedenlerle isabetlidir.

⁶⁵ Unutulmamalıdır ki, Hitler de birçok şeyi demokratik yollardan yapmış ve bağlı bulunduğu partisi mecliste çoğunluğa sahip olmuştur.

KAYNAKÇA

- Albert, Richard, Nonconstitutional Amendments, The Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Cilt. 22, No. 1, Ocak 2009.
- Armağan, Servet, 1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi, İÜHFM, Cilt: 37, Sayı: 1-4, İstanbul, 1971.
- Alkan, Esmahan, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hatay, 2015.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-2 (Prof. Dr. M. Şakir BERKİ'ye Armağan), 1996.
- Aydın, Mesut, 1982 Anayasasına Göre Anayasa Değişikliklerinin Şekil Bakımından Denetimi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1, 2010.
- Can, Osman, Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 3, Ankara, 2007.
- Çağlar, Bakır, Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları ve Problemleri Sentetik Bir Deneme İçin Notlar, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara.
- Doğru Ceren, Sınırötesi Anayasalcılık Bağlamında Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- Fanid, Nematollah. Anayasa Yargısı ve Uygunluk Denetimi, İstanbul Esenyurt Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 3(1), 2023.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, 10. Tıpkı Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, Ekim 2022.
- Güner Yaşar, Gizem, Anayasa Değişikliklerinin Esas Bakımından Denetimi, Adalet Yayınevi, 1. B., Ankara, 2023.
- Hakimoğulları, Erdal /Baykan, Metin, Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Ankara, 2012.
- Kulak, Sercan Coşkun Anayasa Değişikliklerin Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, Sayı: 87, Ankara, 2010.
- Onar, Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara, 1993.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 22. B, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Özkul, Fatih, 1961 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Önemi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 25, sf. 26, Gaziantep, 2023.

- Sağlam, Musa, Anayasa Değişikliklerinin Denetimi Bağlamında Anayasa Mahkemesinin Meşruiyeti (Türk ve Fransız Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Konya, 2005.
- San, Coşkun, Sosyo Politik Bir Süreç Olarak Anayasa Değişiklikleri, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 11, 1994.
- Serozan, Rona, Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, İÜHFM, Cilt: 37, Sayı: 1-4, İstanbul, 1972.
- Sümer, Gökhan, Türk Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasalarının Ruhu, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.
- Şen, Murat, 1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1, Erzincan, 1998.
- Tunç, Bilal, Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi, Karadeniz Araştırmaları, Cilt: 17, Sayı: 67, 2020.
- Turhan, Mehmet, Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri, AÜHFD, Cilt: 33, Sayı: 1, Ankara, 1976.
- Turhan, Mehmet, Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi, Liberal Düşünce Dergisi, Cilt 15, Sayı: 57-58, Kış- Bahar 2010.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1970/1 Esas, 1970/31 Karar ve 16.06.1970 tarihli kararı.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1970/41 Esas, 1971/37 Karar ve 13.04.1971 tarihli Kararı.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1973/19 Esas, 1975/87 Karar ve 15.04.1975 tarihli kararı.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1976/38 Esas, 1976/46 Karar ve 12.10.1976 tarihli kararı.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1976/43 Esas 1977/4 Karar ve 27.01.1977 tarihli kararı.
- Anayasa Mahkemesi Kararı, 1977/82 Esas, 1977/117 Karar ve 27.09.1977 tarihli kararı.

Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Devletlerin Yükümlülükleri: Zorluklar ve Yaklaşımlar^(*)

Obligations of States in the Context of Cultural Heritage Protection: Challenges and Approaches

Arş. Gör. Kadircan Berkay ÇAKIRALP^(**)

Öz:

Kültürel mirasın korunması çeşitli zorlukları ele almayı gerektirmektedir. Bu çaba doğrultusunda bugün için en geçerli yöntem, insan hakları temelli yaklaşımlardır. Laurajane Smith'in geliştirdiği yerel mülkiyet odaklı yaklaşım, kültürel mirasın korunması süreçlerinde yerel halkların rolünü öne çıkarmayı amaçlar. Bu yaklaşıma eleştiri niteliğindeki Ian Hodder'in geliştirdiği katılım odaklı yaklaşım ise kültürel mirasa dair hakların mülkiyet üzerinden temellendirilmesinin dışlayıcı olduğunu belirtir ve daha kapsayıcı bir çözüm sunduğunu iddia eder. Çalışma kapsamında ilk olarak kültürel miras kavramına dair tartışmalara yer verilecek, ardından kültürel mirasın korunması ile insan hakları arasındaki ilişki incelenecektir. Bu sırada kültürel mirasa dair hakların bir insan hakkı olarak kabul edilmesi süreci, ilgili hukuki metinler ışığında ele alınacaktır. Daha sonra kültürel mirasa dair hakları da içeren kültürel yaşama katılma hakkı ve bu hak bağlamında devletlerin yükümlülükleri değerlendirme konusu yapılacaktır. Ardından bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin başlıca zorluklar ile özellikle etnik temizlik kavramı incelenecektir. Son olarak bu zorluklar karşısında Laurajane Smith ile Ian Hodder tarafından geliştirilen insan hakları temelli yaklaşımlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Kültürel Mirasın Korunması, Kültürel Yaşama Katılma Hakkı, Devletlerin Yükümlülükleri, Yerel Mülkiyet, Katılım.

Abstract:

The protection of cultural heritage requires addressing a variety of challenges. The most valid method for this endeavor today is human rights-based approaches. The local ownership-oriented approach developed by Laurajane Smith aims to emphasize the role of local peoples in cultural heritage conservation processes. As a critique of this approach, the participation-oriented approach developed by Ian Hodder argues that grounding cultural heritage rights on property is exclusionary and claims to offer a more inclusive solution. Within the scope of the study, firstly, discussions on the concept of cultural heritage will be included, and then the relationship between the protection of cultural heritage and human rights will be analyzed. In the meantime, the process of recognizing cultural heritage rights as human rights will be discussed in the light of relevant legal texts. Then, the right to participate in cultural life, which includes the rights to cultural heritage, and the obligations of states in the context of this right will be evaluated. Then, the main challenges

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 13.03.2025 - Makale Kabul Tarihi: 25.07.2025.

^(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Samsun - Türkiye,
E-posta: kadircanberkay.cakiralp@omu.edu.tr,
Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-3778-1652>.

related to the fulfillment of these obligations and especially the concept of ethnic cleansing will be examined. Finally, the human rights-based approaches to these challenges developed by Laurajane Smith and Ian Hodder will be discussed.

Keywords:

Protection of Cultural Heritage, Right to Take Part in Cultural Life, Obligations of States, Ownership, Participation.

I. KÜLTÜREL MİRAS KAVRAMI

Kültürel miras, tanımı üzerinde oydaşmaya varılamamış bir kavramdır. Bir tanıma göre “Kültürel miras; geçmişle gelecek arasında bağ kuran, kimlik sorununu çözebilen, tarih derinliği ve bilinci yaratan, kuşaklararası iletişimi sağlayabilen; yenilenemez, sınırlı kaynak niteliği olan değerlerdir”. Tanımdaki unsurları bir bir ele almadan şu kadarını söylemek gerekir ki kültürel miras değerleri, hafızaya yaslanan değerlerdir. Herhangi bir nesnenin varlığı tek başına ona kültürel miras niteliği kazandırmaz. Bunun için nesne, kültürel miras olarak hatırlanmaya ve ona bu anlamda sahip çıkılmasına ihtiyaç duyar².

Tanım problemi, kavramın kapsamının ne olacağı sorusunu yaratır. Kültürel mirasın korunmasına yönelik ilk uluslararası belgelerden biri olan 1954 tarihli UNESCO Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlığın Korunmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi (Hague Sözleşmesi)³, yalnızca somut kültürel mirasın korunmasıyla ilgilenmiştir⁴.

¹ H. Perihan Kiper, *Küreselleşme Sürecinde Kentlerin Tarihsele-Kültürel Değerlerinin Korunması -Türkiye-Bodrum Örneği-*, Doktora Tezi, Ankara 2004, s. 9.

² Helaine Silverman/D. Fairchild Ruggles, “Cultural Heritage and Human Rights”, Cultural Heritage and Human Rights, Ed.: Helaine Silverman, D. Fairchild Ruggles, New York 2007, s. 12.

³ İngilizce “*Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*” başlıklı Silahlı Çatışma Durumunda Kültür Varlıklarının Korunması Sözleşmesi, UNESCO tarafından 14 Mayıs 1954 tarihinde Hague’de kabul edilmiş, 33. madde uyarınca 7 Ağustos 1956 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 2 Nisan 1965 tarihinde 563 sayılı “La Haye’de 14 Mayıs 1954 tarihinde imzalanan «Silâhlı bir çatışma halinde kültür mallarının korunmasına dair Sözleşme» ile bu Sözleşmenin tatbikatına ait Tüzük, Protokol ve kararlara katılmamızın uygun bulunduğu hakkında Kanun”u çıkarmış ve Sözleşme’ye 15 Aralık 1965 tarihinde katılmıştır (RG, 10.04.1965, S. 11976). Sözleşme, Türkiye bakımından 15 Mart 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ Sözleşme’nin “Kültürel varlıkların tanımı” başlıklı 1. maddesi yalnızca somut kültürel mirası kapsamaktadır:

“Madde 1 - Kültür varlığının tanımı

Bu Sözleşme’nin amaçları doğrultusunda, ‘kültür varlığı’ terimi, kökenine veya mülkiyetine bakılmaksızın aşağıdakileri kapsar:

(a) dini veya dünyevi olsun, mimari, sanat veya tarih anıtları; arkeolojik alanlar; bir bütün olarak tarihi veya sanatsal açıdan ilgi çekici bina grupları; sanat eserleri; el yazmaları, kitaplar ve sanatsal, tarihi veya arkeolojik açıdan ilgi çekici diğer nesneler; ayrıca bilimsel koleksiyonlar ve önemli kitap veya arşiv koleksiyonları veya yukarıda tanımlanan mülklerin reproduksiyonları gibi her halkın kültürel mirası için büyük önem taşıyan taşınır veya taşınmaz mallar;

(b) müzeler, büyük kütüphaneler ve arşiv depoları gibi esas ve etkin amacı (a) bendinde tanımlanan taşınabilir kültür varlıklarını korumak veya sergilemek olan binalar ve silahlı çatışma durumunda (a) bendinde tanımlanan taşınabilir kültür varlıklarını barındırmayı amaçlayan sığınaklar;

(c) (a) ve (b) bentlerinde tanımlandığı şekilde büyük miktarda kültürel varlık içeren ve ‘anıt eser içeren merkezler’ olarak bilinen merkezler.” (Çeviri yazara aittir).

Somut değerler; anıtlar, kitaplar, sanat eserleri gibi fiziksel olan değerleri ifade eder. 1980'lere kadar devam eden bu anlayış, yerini tedrici bir biçimde somut olmayan kültürel mirasın da korunmaya değer olduğu fikrine bırakmıştır⁵. Buna göre sözlü gelenekler, geleneksel davranış kalıpları, sosyo-ekonomik üretim biçimleri gibi fiziksel olmayan değerler de kültürel miras teşkil eder. Bu kapsam değişimi, kavram tercihinde bir değişikliği de beraberinde getirmiştir. Böylece zaman içerisinde Hague Sözleşmesi'nde de yer alan ve somut değerleri tanımlamak için kullanılan "*cultural property*" kavramından vazgeçilmiş ve bunun yerine hem somut hem somut olmayan değerleri tanımlayan "*cultural heritage*" kavramı yerleşmiştir⁶.

Tanım ve kapsama ilişkin bu süreç, ölçüt problemiyle de yakından ilişkilidir. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (UNESCO) sisteminin kurulduğu ilk yıllarda hangi değerlerin kültürel miras olarak kabul edileceği sorusu, "olağanüstü (istisnai ya da üstün) evrensel değer" ölçütüyle karşılaşır. Yalnız bu niteliği haiz şeylerin, korunmaya layık değerler olduğu fikri yerleşmiştir. Buna karşılık zaman içerisinde koruma süreçlerinde yerel fikirlerin dikkate alınması gerektiği eleştirisi geliştirilmiştir. Özellikle somut olmayan kültürel miras değerlerinin yerel toplulukların yaşayış biçimleriyle yakından ilişkili olması, bu argümanı güçlü kılar. Öyle ki 2003 yılında Amsterdam'da düzenlenen UNESCO "Evrensel ve Yerel Değerleri Birleştirme" (*Linking Universal and Local Values*) konferansı ve konferansın çıktı belgesi olan Dünya Mirası Belgeleri No. 13⁷ ile mirasın korunmasının yalnızca hükümetlerin yukarıdan aşağıya müdahalelerine bağlı olmadığı ve yerel fikirlerin dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Hemen her açıdan tartışılan bir kavram olarak kültürel miras, çeşitli zorlukları barındırır. Koruma süreçlerine de yansıyan bu zorluklardan ilki, bir bireyin hakkı ile topluluğun hakkı arasındaki olası çatışmalardan kaynaklanır⁸. Buradaki zorluk, bireyci insan hakları anlayışında kolektif hakların tanınması problemiyle de koşuttur. Zira bireyci anlayış, genel olarak hakların kolektif kullanımıyla uyumsuz⁹. Ancak kültürel mirasın korunmasına dair hukuki araçlar, özellikle de uluslararası düzeyde, insan haklarının korunmasına dair hukuki araçlar kadar güçlü değildir. Bundan ötürü kültürel mirasın da bugün için geçerli olan bireyci insan hakları araçlarıyla korunması lazım gelir¹⁰.

⁵ Janet Blake, "On Defining the Cultural Heritage", (International and Comparative Law Quarterly Y. 2000, C. 49, S. 1, s. 61-85), s. 72.

⁶ Blake, "On Defining", s. 65-67.

⁷ Linking Universal and Local Values: Managing a Sustainable Future for World Heritage, World Heritage Papers No: 13, Paris 2004, <https://whc.unesco.org/en/series/13/> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

⁸ Blake, "On Defining", s. 79-80.

⁹ Janet Blake, "Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection" (Heritage & Society Y. 2011, C. 4, S. 2, s. 199-238), s. 212.

¹⁰ Blake, "Taking a Human Rights Approach", s. 231.

Kültürel mirasa ilişkin hakların birer insan hakkı olarak tanınması gerektiği vurgusu bu anlamda kıymetlidir. Dolayısıyla birey ile topluluğun fikirleri arasındaki çatışmaların, koruma süreçlerine yansması bir anlamda kaçınılmazdır.

Tarihsel olarak belirli bir topluluğun veya halkın kimliğiyle olan yakın ilişki ile evrensellik üzerine kurulu olan “insanlığın ortak mirası” fikri arasındaki me- safe de bir başka olası çatışma nedenidir¹¹. Küreselci kavramların yasallaşması so- nucu 1972 Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Sözleşmesi’ne (Dün- ya Miras Sözleşmesi)¹² göre oluşturulan ve Dünya Miras Komitesi¹³ tarafından belirlenen Dünya Mirası Listesi gibi araçlar koruma süreçlerine hâkim konuma gelmiştir¹⁴. Yerel fikirler eleştirisi, bu çatışma üzerinden temellenir.

Kavrama dair zorluklar karşısında, kavramdan aşırı talepkâr konumda ol- duğumuz vurgulanmıştır. Buna göre “Aynı anda, ulusal mirası, bölgesel ve etnik mirası ve ortaklaşa paylaşılan ve korunan küresel bir mirası takdir ediyor... Bu amaçların genellikle birbiriyle uyumsuz olduğunu unutuyoruz¹⁵”. Bu aşamada kavramın farklı düzeylerde ve hatta aynı düzeydeki farklı öznelde birbiriyle çatışır şekilde görünüm kazanabileceği ve asıl korunması gerekenin çeşitlilikten doğan geçici çıktılarının değil, çeşitliliğin kendisi olduğu hatırlanmalıdır¹⁶. Nitekim koruma süreçleri, belirli yöndeki miras söylemlerini resmîleştiren bir mekanizma görünümünde değil; kamusal tartışmaya izin veren ve farklı söylemleri dışlama- yan nitelikte olmalıdır.

II. KÜLTÜREL MİRASIN KORUNMASI VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

Mimari yapılar, tarihsel anıtlar, sözlü anlatımlar, gösteri sanatları ve ritüeller gibi çeşitli kültürel obje, mekân ve gelenekler bir ortak geçmiş algısının oluşma- sında etkilidir. Bu tür öğelerden müteşekkil miras hem kimliklerin temsili için

¹¹ Blake, “On Defining”, s. 64.

¹² İngilizce “*Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage*” baş- lıklı Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Sözleşme, UNESCO tarafından 16 Kasım 1972 tarihinde Paris’te kabul edilmiş, 33. madde uyarınca 17 Aralık 1975 tarihinde yürür- lüğe girmiştir. Türkiye, 14 Nisan 1982 tarihinde 2658 sayılı “Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşmeye Türkiye Cumhuriyetinin Katılmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”u çıkarmış ve Sözleşme’ye 16 Mart 1983 tarihinde katılmıştır (RG, 20.04.1982, S. 17670). Sözleşme, Türkiye bakımından 16 Haziran 1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹³ Dünya Miras Sözleşmesi’nin 8. maddesi uyarınca Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü bünyesinde kurulan ve “Dünya Mirası Komitesi” olarak adlandırılan Olağanüstü Evrensel Değere Sahip Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması için Hükümetlerarası Komite, Sözleşme’nin uygulanmasından sorumludur ve bir varlığın Dünya Mirası Listesi’ne alınıp alınmaması konusun- da yetkilidir.

¹⁴ Lyndel V. Prott, “International Standards for Cultural Heritage”, World Culture Report, 1998: Cul- ture, Creativity and Markets, Paris 1998, s. 222-236.

¹⁵ David Lowenthal, *The Heritage Crusade and the Spoils of History*, Cambridge 1998, s. 227.

¹⁶ Claude Lévi-Strauss, *Race and History*, Paris, 1952, s. 49.

bir araç hem de gösterimi için bir alan sunma işlevi görür¹⁷. Ayrıca miras sadece bir temsil ve gösterim gücü vermekle kalmaz, kimliklerin meşru kılınması ve yeniden üretilmesinde de rol oynar.

Kültürel mirasın bir kimlik yaratma işlevinin olması, onu insan kimliğinin ayrılmaz bir parçası haline getirir ve kendisine ilişkin konuların, aynı zamanda bir insan hakkı meselesi olarak görülmesi zorunluluğunu doğurur. Ancak bu kabulün yerleşmesi, kültürel mirasın korunması fikrinin uluslararası düzeyde karşılık bulması ile eş zamanlı olmamıştır. Gerçekten de konuya dair ilk uluslararası politika belgelerinin insan haklarına dair bir anlayışı içermediği ve koruma sürecini yalnızca teknik bir mesele olarak ele aldığı görülmektedir. 1954 Hague Sözleşmesi ile başlatabileceğimiz bu anlayış¹⁸, 1972 Dünya Miras Sözleşmesi'nde dahi sürdürülmüştür¹⁹. Ancak 1990'lı yıllarda meydana gelen birtakım olaylar neticesin-

¹⁷ Marta Anico/Elsa Peralta, Ed., *Heritage and Identity: Engagement and Demission in the Contemporary World*, London 2008, s. 1.

¹⁸ Sözleşme'deki koruma anlayışı, insan kimliği ve insan haklarıyla ilişkilendirilmemiştir:

"Madde 2 - Kültür varlıklarının korunması

Bu Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda, kültür varlıklarının korunması, bu varlıkların korunmasını ve bu varlıklara saygı gösterilmesini kapsar.

Madde 3 - Kültür varlıklarının korunması

Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, barış zamanında, kendi topraklarında bulunan kültür varlıklarının silahlı bir çatışmanın öngörülebilir etkilerine karşı korunması için uygun gördükleri önlemleri alarak hazırlık yapmayı taahhüt ederler.

Madde 4 - Kültür varlıklarına saygı

1. Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, kendi topraklarında ve diğer Yüksek Sözleşmeciler Tarafların topraklarında bulunan kültür varlıklarına, bu varlıkların ve yakın çevresinin ya da bunların korunması için kullanılan araçların, silahlı çatışma durumunda yıkıma ya da zarara uğramasına yol açabilecek amaçlarla kullanılmasından kaçınarak ve bu varlıklara yönelik her türlü düşmanca eylemden kaçınarak saygı göstermeyi taahhüt ederler.

2. Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen yükümlülüklerden, ancak askeri gerekliliklerin zorunlu kıldığı durumlarda feragat edilebilir.

3. Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, ayrıca, kültür varlıklarına yönelik her türlü hırsızlık, yağma veya zimmete geçirme ve her türlü vandalizm eylemlerini yasaklamayı, önlemeyi ve gerekirse durdurmayı taahhüt ederler. Başka bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın ülkesinde bulunan taşınır kültür varlıklarına el koymaktan kaçınacaklardır.

4. Kültür varlıklarına karşı misilleme yoluyla yöneltilen her türlü eylemden kaçınacaklardır.

5. Hiçbir Yüksek Sözleşmeciler Taraf, diğer bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafın 3. maddede belirtilen koruma önlemlerini uygulamamış olması nedeniyle, bu Madde uyarınca kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınamaz." (*Çeviri yazara aittir*).

¹⁹ Bu Sözleşme'deki koruma anlayışı da insan kimliği ve insan haklarıyla ilişkilendirilmemiştir:

"Madde 4

Bu Sözleşmeye Taraf olan her Devlet, 1. ve 2. maddelerde atıfta bulunulan ve kendi topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın tanımlanması, korunması, muhafazası, sunumu ve gelecek nesillere aktarılmasını sağlama görevinin öncelikle bu Devlete ait olduğunu kabul eder. Bu amaçla, kendi kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğu hallerde, özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik olmak üzere, elde edebileceği her türlü uluslararası yardım ve iş birliği ile elinden geleni yapacaktır.

Madde 5

Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, kendi topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve sunumu için etkin ve aktif önlemler alınmasını sağlamak amacıyla, mümkün olduğu ölçüde ve her ülke için uygun olduğu şekilde aşağıdaki konularda çaba gösterecektir:

de koruma politikalarına yansımış olan bir paradigma değişiminden bahsetmek mümkündür. Özellikle Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılmasını müteakip 1992-1994 yıllarında Bosna-Hersek'teki savaş, kültürel mirasın, bir kimliği yok etmek için hedef alınabileceğini bir daha unutulmayacak şekilde ifşa etmiştir. Mayıs 1993'te, karşılıklı çatışmanın dahi yaşanmadığı bir bölgedeki 16. yüzyıldan kalma Ferhadija Camii'nin kasıtlı olarak bombalanması bu anlamda çarpıcı bir örnektir. Üstelik sadece yapılar hedef alınmamış, ayrıca bölgedeki Müslümanların dini ve kültürel kimliklerini taşıyan arşivler de yok edilmiştir²⁰.

Bosna-Hersek'teki savaşın ardından 1954 Hague Sözleşmesi'ne ek İkinci Protokol²¹ hazırlanmıştır. Bu protokolde de insan haklarına doğrudan bir atıf olmamasına rağmen artık kültürel mirasın, insan kimliğinin korunmasıyla olan ilişkisi gözler önüne serilmiştir. Örneğin Protokol'ün "Geliştirilmiş koruma" kenar başlıklı 10. maddesinde kültür varlıklarının, "insanlık için büyük önem taşıyan

- a. kültürel ve doğal mirasa toplum yaşamında bir işlev kazandırmayı ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına entegre etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek;
- b. kendi toprakları içinde, bu tür hizmetlerin mevcut olmadığı yerlerde, kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve sunumu için uygun personele sahip ve işlevlerini yerine getirecek araçlara sahip bir veya daha fazla hizmet kurmak;
- c. bilimsel ve teknik çalışmalar ve araştırmalar geliştirmek ve Devlet'in kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı koyabilmesini sağlayacak çalışma yöntemleri geliştirmek;
- d. bu mirasın belirlenmesi, korunması, muhafazası, sunumu ve rehabilitasyonu için gerekli yasal, bilimsel, teknik, idari ve mali önlemleri almak; ve
- e. kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve sunumu konusunda eğitim için ulusal veya bölgesel merkezlerin kurulmasını veya geliştirilmesini teşvik etmek ve bu alanda bilimsel araştırmaları teşvik etmek.

Madde 6

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, 1. ve 2. maddelerde belirtilen kültürel ve doğal mirasın topraklarında bulunduğu Devletlerin egemenliğine tam saygı göstererek ve ulusal mevzuatın sağladığı mülkiyet hakkına halel getirmeksizin, bu mirasın, korunması için uluslararası toplumun bir bütün olarak iş birliği yapması gereken bir dünya mirası olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, bu Sözleşme hükümlerine uygun olarak, toprakları üzerinde bulundukları Devletlerin talep etmeleri halinde, 11. maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen kültürel ve doğal mirasın tespiti, korunması, muhafazası ve sunumu için yardımda bulunmayı taahhüt ederler.

3. Bu Sözleşmeye Taraf olan her Devlet, bu Sözleşmeye Taraf olan diğer Devletlerin topraklarında bulunan ve 1. ve 2. maddelerde atıfta bulunulan kültürel ve doğal mirasa doğrudan veya dolaylı olarak zarar verebilecek herhangi bir kasıtlı önlem almamayı taahhüt eder.

Madde 7

Bu Sözleşmenin amacı doğrultusunda, dünya kültürel ve doğal mirasının uluslararası korunması, Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu mirası koruma ve tanımlama çabalarını desteklemek üzere tasarlanmış bir uluslararası iş birliği ve yardım sisteminin kurulması olarak anlaşılabacaktır." (*Çeviri yazara aittir*).

²⁰ Blake, "Taking a Human Rights Approach", s. 211.

²¹ İngilizce "Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict" başlıklı Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin 1954 tarihli Lahey Sözleşmesine Ek İkinci Protokol, UNESCO tarafından 26 Mart 1999 tarihinde Paris'te kabul edilmiş, 33. madde uyarınca 9 Mart 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol'e katılmamıştır.

kültürel miras olması” halinde geliştirilmiş koruma altına alınacağı düzenlenmiştir²².

Yine 1990’lı yıllarda Dünya Miras Komitesi tarafından, 7-14 Aralık 1992’de, Komite’nin 16. Oturumu’nda²³ geliştirilen “kültürel peyzaj” (*cultural landscape*) kavramı²⁴, kültürel mirasın korunmasının bir insan hakkı meselesi olduğunun kabulü bakımından önem arz eder. Bu kavram, doğa ve insan eliyle ortaklaşa oluşturulan tüm unsurları koruma süreçlerine dâhil etmeyi amaçlar. Bu anlamda toplulukların yaşayış biçimleri ile kültürel kimlikleri arasındaki bağın ve bu arada somut olmayan kültürel miras değerlerinin dikkate alınmasını gerektirir.

Avustralya’daki Uluru-Kata Tjuta Ulusal Parkı’nın, parkın bulunduğu bölgenin yerlileri ve dünyanın en eski topluluklarından biri olan Anangu Aborjinlerinin geleneksel inanç sistemleri esas alınarak, 1994’te bir kültürel peyzaj olarak Dünya Miras Listesi’ne kaydedilmesi²⁵; başlangıçta sınırlı bir biçimde algılanan kültürel miras kavramının geçirdiği değişimi açıkça göstermektedir²⁶. Bu nite-

²² “Madde 10 Geliştirilmiş koruma

Kültür varlıkları aşağıdaki üç koşulu karşılamaları halinde geliştirilmiş koruma altına alınabilir:

a. insanlık için büyük önem taşıyan kültürel miras olması;

b. istisnai kültürel ve tarihi değerini tanıyan ve en üst düzeyde koruma sağlayan yeterli ulusal yasal ve idari önlemlerle korunması;

c. askeri amaçlarla veya askeri alanları korumak için kullanılmaması ve kültür varlığının kontrolünü elinde bulunduran Tarafça bu şekilde kullanılmayacağını teyit eden bir beyanda bulunulmuş olması.” (*Çeviri yazara aittir*).

²³ 16th Session of the World Heritage Committee, USA 1992, s. 54-55, <https://whc.unesco.org/en/sessions/16COM/> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

²⁴ Dünya Mirası Sözleşmesinin Uygulanması için Operasyonel Kılavuz İlkeler’in son versiyonu uyarınca “Dünya Miras Listesinde yer alan kültürel peyzajlar kültürel varlıklardır ve Sözleşmenin 1. maddesinde belirtilen ‘doğanın ve insanın birleşik eserlerini’ temsil ederler. Doğal çevreleri tarafından sunulan fiziksel kısıtlamalar ve/veya fırsatlar ile hem iç hem de dış sosyal, ekonomik ve kültürel güçlerin etkisi altında insan toplumunun ve yerleşiminin zaman içindeki evrimini gösterirler.

Hem Olağanüstü Evrensel Değerleri hem de açıkça tanımlanmış bir jeo-kültürel bölge açısından temsil yetleri temelinde seçilmelidirler. Ayrıca bu bölgelerin temel ve farklı kültürel unsurlarını gösterme kapasitelerine göre de seçilmelidirler.

‘Kültürel peyzaj’ terimi, insan ile doğal çevre arasındaki etkileşimin çeşitli tezahürlerini kapsamaktadır. Kültürel peyzajlar genellikle, içinde bulundukları doğal çevrenin özellikleri ve sınırları göz önünde bulundurularak sürdürülebilir arazi kullanımına ilişkin belirli teknikleri yansıtır ve doğa ile belirli bir manevi ilişkiyi yansıtabilir. Kültürel peyzajların korunması, mevcut sürdürülebilir arazi kullanım tekniklerine katkıda bulunabilir ve peyzajdaki doğal değerleri koruyabilir veya geliştirebilir. Geleneksel arazi kullanım biçimlerinin varlığını sürdürmesi, dünyanın birçok bölgesinde biyolojik çeşitliliği desteklemektedir. Bu nedenle geleneksel kültürel peyzajların korunması biyolojik çeşitliliğin sürdürülmesine yardımcı olur.” Bkz. Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention, Intergovernmental Committee for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, <https://whc.unesco.org/document/203803>. (Erişim Tarihi: 12.03.2025) (*Çeviri yazara aittir*).

²⁵ Uluru-Kata Tjuta National Park, UNESCO World Heritage Centre, <https://whc.unesco.org/en/list/447/> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

²⁶ Jukka Jokilehto, “Human Rights and Cultural Heritage. Observations on the Recognition of Human Rights in the International Doctrine”, (International Journal of Heritage Studies Y. 2012, C. 18, S. 3, s. 226-230), s. 228-229.

likteki bir diğer örnek, kutsal mekânları ve geleneksel balık avlama yöntemleri ile ön plana çıkan Majuli Nehri Adası'dır. Hindistan'ın Assam eyaletindeki ada, yaklaşık 240 köyüyle birlikte geleneksel bir tarım toplumunu barındırmaktadır. Söz konusu ada, hâlen Dünya Miras Komitesi'nin geçici listesinde yer almakta ve henüz kültürel peyzaj değeri olarak kaydedilmemişse de²⁷ Uluru-Kata Tjuva Ulusal Parkı ile birlikte insan-doğa etkileşiminin korunması gereken bir kültürel miras değeri olduğu fikrinin gelişmesinde etkili olmuştur²⁸.

Tüm bu gelişmelerin ardından 2003 tarihli UNESCO Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi²⁹ kabul edilmiştir. Sözleşme, doğrudan somut olmayan kültürel mirası korumayı amaç edinmesi bakımından bir ilktir. Sözleşme'nin giriş bölümünde; "1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne, 1966 Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne ve 1966 Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne atıfta bulunularak" ifadesi mevcuttur. Söz konusu metin, kültürel mirasın korunmasına dair uluslararası metinler arasında insan hakları belgelerine atıfta bulunması bakımından da bir ilki teşkil eder³⁰.

2005 tarihli Avrupa Konseyi Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Çerçeve Sözleşmesi (Faro Sözleşmesi)³¹ de kültürel mirasın korunması ile insan hakları arasındaki ilişkiyi doğrudan vurgulamaktadır. Sözleşme'nin Başlangıç metninde, imzacı Avrupa Konseyi üye devletlerinin; "Avrupa Konseyi'nin amaçlarından birinin, ortak mirasları olan insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğüne saygı üzerine kurulu ideal ve ilkeleri korumak ve geliştirmek amacıyla üyeleri arasında daha fazla birlik sağlamak olduğunu göz önünde bulundurarak" hareket ettikleri belirtilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin "Avrupa'nın ortak mirası" kenar başlıklı 3. maddesine göre;

²⁷ River Island of Majuli in Midstream of Brahmaputra River in Assam, UNESCO World Heritage Centre, <https://whc.unesco.org/en/tentativelists/1870/> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

²⁸ Jokilehto, s. 229.

²⁹ İngilizce "*Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*" başlıklı Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesi, UNESCO tarafından 17 Ekim 2003 tarihinde Paris'te kabul edilmiş, 34. madde uyarınca 20 Nisan 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 19 Ocak 2006 tarihinde 5448 sayılı "Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u çıkarmış ve Sözleşme'ye 27 Mart 2006 tarihinde katılmıştır (RG, 21.01.2006, S. 26056). Sözleşme, Türkiye bakımından 27 Haziran 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁰ Özge Çeliktaş Türkbay, "Kültürel Mirasın Korunmasının İnsan Hakları Hukuku ile İlişkisi ve Kültürel Miras Hakkı", (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 23, S. 2, s. 1443-1481) s. 1459-1460.

³¹ İngilizce "*Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*" başlıklı Avrupa Konseyi Toplum İçin Kültürel Mirasın Değeri Çerçeve Sözleşmesi, Avrupa Konseyi tarafından 27 Ekim 2005 tarihinde Faro'da kabul edilmiş, 18. madde uyarınca 1 Haziran 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme'ye katılmamıştır.

“Taraflar, aşağıdakilerden oluşan Avrupa’nın ortak mirasının anlaşılmasını teşvik etmeyi kabul ederler:

- a. Avrupa’da bulunan ve birlikte ortak bir hatırlama, anlayış, kimlik, uyum ve yaratıcılık kaynağı oluşturan her türlü kültürel miras ve
- b. İnsan haklarına, demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne saygı üzerine kurulu, barışçıl ve istikrarlı bir toplumun gelişimini teşvik eden, ilerleme ve geçmiş çatışmalardan edinilen deneyimlerden türetilen idealler, ilkeler ve değerler.”

Ayrıca bu belge, somut ve somut olmayan kültürel miras arasında bir ayrıma gitmeden koruma getiren ilk düzenlemedir³². Sözleşme’nin “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesine göre kültürel miras; “... insanların mülkiyetten bağımsız olarak, sürekli gelişen değerlerinin, inançlarının, bilgilerinin ve geleneklerinin bir yansıması ve ifadesi olarak tanımladıkları geçmişten miras kalan bir grup kaynaktır. Zaman içinde insanlar ve yerler arasındaki etkileşimden kaynaklanan çevrenin tüm yönlerini içerir.” Görüldüğü üzere tanımlama yapılırken somut ve somut olmayan kültürel miras ayrımı benimsenmemiş, madde her ikisini de kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır.

III. KÜLTÜREL YAŞAMA KATILMA HAKKI

Anılan gelişmeler neticesinde kültürel miras, bugün artık bir insan hakkı olarak kabul görmektedir. Buna göre kültürel miras; geleceğin şekillendirilmesinde toplumların ortak hareket alanını oluşturmakta olup tüm insanların bireysel katkılarının çeşitliliğine dayanır ve bu sebeple kültürel mirastan yararlanmak her bireyin hakkıdır³³.

Bu hak kendisine, kültürel yaşama katılma hakkına dair hukuk metinlerinde yer bulur. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’sine³⁴ göre oluşturulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 2009 tarihli 21 No.lu Genel Yorum Beyanı³⁵ ile ortaya koyduğu üzere Sözleşme’nin 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca herkesin bireysel ve kolektif

³² Çelikleş Türkay, s. 1462.

³³ Jokilehto, s. 226.

³⁴ İngilizce “*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*” başlıklı Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde 2200A (XXI) sayılı karar ile kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmış, 27. madde uyarınca 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 4 Haziran 2003 tarihinde 4867 sayılı “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”u çıkarmış ve Sözleşme’ye 15 Ağustos 2000 tarihinde katılmıştır (RG, 18.06.2003, S. 25142). Onay belgesi, 23 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine depo edilmiş olup Sözleşme, Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³⁵ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F21&Lang=en (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

olarak kültürel yaşama katılma hakkı mevcuttur. Hakkın unsurları; katılım, erişim ve kültürel yaşama katkı sağlamaktır.

“Katılım [unsuru]; özellikle herkesin -tek başına veya başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak- özgürce hareket etme, kendi kimliğini seçme, bir veya birden fazla toplulukla özdeşleşme veya özdeşleşmeme veya bu seçimi değiştirme, toplumun siyasi yaşamında yer alma, kendi kültürel faaliyetlerine katılma ve kendini kendi seçtiği dilde ifade etme hakkını kapsar. Herkes aynı zamanda kültürel bilgi ve ifadeleri arama, geliştirme ve bunları başkalarıyla paylaşma, yaratıcı bir şekilde hareket etme ve yaratıcı faaliyetlere katılma hakkına da sahiptir³⁶.”

“Erişim [unsuru]; özellikle herkesin -tek başına, başkalarıyla birlikte veya bir topluluk olarak- kendi kültürünü ve başkalarının kültürünü eğitim ve bilgi yoluyla tanıma ve anlama ve kültürel kimliğe gereken saygıyı göstererek kaliteli eğitim ve öğretim alma hakkını kapsar. Herkesin ayrıca, herhangi bir teknik bilgi veya iletişim aracı yoluyla ifade ve yayma biçimlerini öğrenme, toprak, su, biyolojik çeşitlilik, dil veya belirli kurumlar gibi kültürel malların ve kaynakların kullanımıyla ilişkili bir yaşam biçimini takip etme ve diğer bireylerin ve toplulukların kültürel mirasından ve yarattıklarından yararlanma hakkı vardır³⁷.”

“Kültürel yaşama katkı sağlama [unsuru]; herkesin toplumun manevi, maddi, zihinsel ve duygusal ifadelerinin yaratılmasına dâhil olma hakkını ifade eder. Bu, bir kişinin ait olduğu toplumun gelişimine ve bir kişinin kültürel haklarının kullanımı üzerinde etkisi olan politika ve kararların tanımlanması, detaylandırılması ve uygulanmasına katılma hakkı ile desteklenmektedir³⁸”.

Hiç kimsenin, bir insan hakkını ihlal amacıyla hareket ederek kültürel yaşama katılma hakkına dayanamayacağı vurgulanarak hakkın sınırları da ortaya konmuştur. Hakkın sınırlandırılması yönünden, meşru amaç ve orantılılık ilkeleri dikkate alınmalıdır³⁹.

Kültürel yaşama katılma hakkı bağlamında devletlerin bazı yükümlülükleri söz konusudur. Bunlar; saygı duyma yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ve

³⁶ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), par. 15.

³⁷ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), par. 15.

³⁸ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), par. 15.

³⁹ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), par. 17-20.

yerine getirme yükümlülüğü şeklinde tasnif edilebilir⁴⁰. Saygı duyma yükümlülüğüne göre devletler, kültürel yaşama katılma hakkını doğrudan ya da dolaylı yollarla engellemekten kaçınılmalıdır. Yerine getirme yükümlülüğü, hakkın tam anlamıyla gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla yasal, idari, yargısal, bütçe ile ilgili, teşvik edici ve diğer uygun tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar. Koruma yükümlülüğü ise kültürel yaşama katılma hakkının üçüncü taraflar tarafından engellenmesini önlemek üzere adımlar atılmasını gerektirir. Bu yükümlülükler bağlamında;

- (a) Dezavantajlı grupların, marjinalleşmiş birey ya da grupların da kültürel mirası dâhil olmak üzere her türlü kültürel mirasa saygı duyulması, bu mirasın savaş ve doğal afet gibi kriz zamanlarında dahi korunması ve özellikle afet öncesi risk değerlendirme, risk önleme ve azaltma çalışmalarının yapılması, afet sırasında acil durum müdahale prosedürlerinin uygulanması, afet sonrasında ise hasar tespiti ile iyileştirme (onarım, restorasyon, güçlendirme), geri kazanma ve rehabilitasyon çalışmalarının yapılması ile bireylerin ve toplulukların karar alma süreçlerine aktif ve anlamlı katılımının sağlanması,
- (b) Ekonomik kalkınma ve çevresel politikaları ve programlarında, en dezavantajlı ve marjinalleştirilmiş bireyler ve grupların lehine düzenlemelerin yapılması ve bu kişilerin özellikle küreselleşme, usulsüz özelleştirme ve denetimsizliğin olumsuz sonuçlarından korunması,
- (c) Yerli halkların geleneksel bilgileri, doğal tedavi yöntemleri, folklorları, ritüelleri ve diğer ifade biçimleri de dâhil olmak üzere kültürel üretimlerine saygı gösterilmesi ve bunların korunması,
- (d) Kültürel kimliğe dayanarak yapılan ayrımcılığın ve şiddet savunuculuğunun önlenmesi gerekir.

Devletlere düşen yükümlülüklerin bir mali olanağı gerektirdiği açıktır. Ancak bu olgu, kültürel yaşama katılma hakkının gereklerini yerine getirmek bakımından yükümlülüklerin ertelenebileceği yahut yok sayılabileceği anlamına gelmez. Hele ki ayrımcılık ve şiddet savunuculuğunun önlenmesi gibi *hemen gerçekleştirilmesi gereken haklar*⁴¹ bakımından acil bir yükümlülükten bahsetmek mümkündür. Bu türden haklar için, mali olanaklardan doğan gecikmeler normal karşılanamaz. Nitekim Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin dev-

⁴⁰ General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), par. 44-59.

⁴¹ Hemen gerçekleştirilmesi gereken haklar - zamanla gerçekleştirilmesi gereken haklar ayrımına ve mali olanaklara dair tartışma için bkz. Dr. Bülent Algan, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. B., Ankara 2007, s. 135-137.

letlerin yükümlülüklerinin niteliğine ilişkin 3 No.lu Genel Yorum Beyanı'nda⁴² da Sözleşme'deki hakların ayrımcılık yapılmaksızın kullanılacağını garanti etme taahhüdünün, mevcut kaynakların sınırlılığından kaynaklanan kısıtlamaları bertaraf ettiği vurgulanmıştır⁴³.

Bir gecikme, ancak devletlerin tüm iyi niyetli çabalarına rağmen, gereğinin tam anlamıyla yerine getirilebilmesi için zamana ihtiyaç duyan haklar bakımından geçerli olabilir. *Zamanla gerçekleştirilebilen haklar*, devletlere hakkın gereğinin yerine getirilmesine yönelik, kararlı ve somut tedbirler alınmasına dair devam eden, fakat bu yönde yine acilen harekete geçmeyi gerektiren bir yükümlülük yükler. Gerçekten de Komite, 3 No.lu Genel Yorum Beyanı'nda Sözleşme'de tanınan hakların "aşamalı" gerçekleştirilmesinin, Sözleşme'nin genel amacı, hatta varlık nedeni olan, söz konusu hakların tam olarak hayata geçirilmesi konusunda devletler için açık yükümlülükler tesis etme amacı ışığında okunması gerektiğini, dolayısıyla bu hedefe doğru mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir şekilde ilerleme yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir⁴⁴. Ayrıca Komite'ye göre bir devletin, en azından asgari yükümlülüklerini yerine getirememeye gerekçesi olarak, mevcut kaynakların yetersizliğine dayanabilmesi için, elindeki tüm kaynakların, öncelikle asgari yükümlülükleri yerine getirmek için her türlü çabanın sarf edilmesi amacıyla kullanıldığını ortaya koyabilmesi gerekir⁴⁵. Üstelik kaynak sıkıntısı çekilen hallerde dahi, devletin söz konusu hakların mümkün olan en geniş şekilde hayata geçirilmesini sağlama yükümlülüğü devam etmektedir. Ek olarak, hakların ne ölçüde sağlandığının denetimi veya hakların sağlanması için strateji ve programlar oluşturma sorumluluğu da kaynakların yetersizliği nedeniyle bertaraf edilememektedir⁴⁶.

Neticede devletler, iki anlamda da yükümlülüklerine iyi niyetle riayet etmek ve mevcut mali kaynaklarını kültürel yaşama katılma hakkını layıkıyla koruyacak şekilde kullanmak durumundadır. Tabii mevcut mali kaynakların hangi önceliklere göre dağıtılacağı sorusunun cevabı, bağlama göre değişkenlik gösterebilir⁴⁷. Devletler, önceliklerini ve bunlara ilişkin araçları kendileri belirlemekte özgür olmakla beraber Komite, devletlerin sadece aldıkları tedbirleri değil, aynı

⁴² General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2FCESCR%2FGEC%2F4758&Lang=en (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

⁴³ General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), par. 1-2.

⁴⁴ General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), par. 9.

⁴⁵ General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), par. 10.

⁴⁶ General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), par. 11.

⁴⁷ Algan, s. 136.

zamanda değişen şartlar çerçevesinde neden söz konusu tedbirleri aldıklarını da açıklamak zorunda olduklarını belirtmiştir⁴⁸.

Örneğin Türkiye Cumhuriyeti devleti bakımından 6 Şubat 2023 tarihli ve merkez üsleri Kahramanmaraş olan iki deprem gibi doğa kaynaklı afetler karşısında kültürel mirasın korunmasının, kültürel miras değerlerinin afet riskine son derece açık olmasından ve yenilenemezlik niteliğinden ötürü bir “öncelik” meselesi haline gelebileceği ve buna ilişkin risk değerlendirme, risk önleme ve azaltma çalışmaları ile afet sırasında acil müdahale prosedürlerinin uygulanması ve afet sonrasında hasar tespit ile iyileştirme, geri kazanma ve rehabilitasyon faaliyetlerinin yürütülmesi adına “derhal” harekete geçilmesi gerektiği söylenebilir. Ayrıca kültürel mirasa dair karar alma süreçlerinde katılım hakkının sağlanması ile doğa kaynaklı afetlerin ardından kültürel miras değerlerinin bir tür kültürel “temizlik” hareketine feda edilmemesi gerekir. Son olarak kültürel kimliğe dayalı ayrımcılığa varan uygulamalardan uzak durulmalı ve herhangi bir ihlal sonrası gerekli idari ve yargısal başvuru yolları da etkili bir şekilde işletilmelidir.

Bunlara ek olarak, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne Ek İhtiyari Protokol’ün⁴⁹ 2. maddesinde⁵⁰ ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin bireysel başvuruda bulunma hakkı düzenlenmiştir. Böylece kültürel yaşama katılma hakkı bağlamında devletlerin yükümlülüklerinin, Komite tarafından somut başvurular çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün hale gelmiştir. Nitekim Komite, bu yöndeki iddialar bakımından kabul edilemez bulmuş olsa da bugüne kadar kültürel yaşama katılma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren bir bireysel başvuruyu değerlendirmiştir⁵¹. Dolayısıyla esas incelemeye tabi olası bir başvuru, hakkın yorumlanması açısından önemli bir işlevi üstlenebilir.

⁴⁸ General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), par. 4.

⁴⁹ İngilizce “*Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*” başlıklı Protokol, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 2008 tarihinde 63/117 sayılı karar ile kabul edilmiş ve 24 Eylül 2009 tarihinde imzaya açılmış, 18. madde uyarınca 5 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Protokol’e katılmamıştır.

⁵⁰ “Madde 2 - Başvurular

Başvurular, bir Taraf Devletin yargı yetkisi altındaki kişiler veya kişi grupları tarafından veya onlar adına, Sözleşme’de belirtilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan herhangi birinin o Taraf Devlet tarafından ihlal edilmesinden mağdur olduklarını iddia ederek sunulabilir. Bir başvurunun kişiler veya kişi grupları adına sunulması halinde, başvuruda bulunan kişi bu kişilerin rızası olmaksızın onlar adına hareket etmeyi haklı göstermedikçe, bu kişilerin rızası alınmalıdır.” (Çeviri yazara aittir).

⁵¹ Mülteci statüsündeki başvuruçunun, Ulusal Spor Federasyonu ve onun illerdeki bağlı kuruluşları tarafından düzenlenen futbol turnuvalarına ve müsabakalarına katılmak için Ekvador kimlik kartı göstermesini gerektiren kuralların uygulanması sonucunda kültürel yaşamına katılma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuru için bkz. A.M.B. v. Ecuador, No. 003/2014 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights 20 Haziran 2016).

IV. KÜLTÜREL MİRASIN KORUNMASINDA ZORLUKLAR

Kültürel mirasın korunması bakımından devletlere düşen yükümlülükler, birtakım zorluklar içerir. Daha önce de belirtildiği üzere bunlardan bazıları, kavrama dair zorluklarla koşturur.

Kültürel miras kapsamındaki somut ve somut olmayan değerlerin arasındaki nitelik farkından ötürü, her iki grup farklı sorunlarla karşı karşıyadır. Somut kültürel miras söz konusu olduğunda alım, satım, restorasyon gibi işlemlerin koruma sürecinde ön plana çıktığı görülür. Buna karşılık somut olmayan kültürel miras değerleri üzerinde bu türden işlemler tesis etmek etik olarak imkânsızdır, zira bu değerler insanda somutlaştığından korumaya dair en doğrudan ve en zor etkileri içerir⁵².

Kültürel mirasın tarihselliği de çeşitli zorluklara yol açar. Zira kültürel mirasa dair süreçler, daima dışlayıcıdır⁵³ ve bir seçim sürecinden kaynaklanır⁵⁴. Neyin miras olarak sayılacağı, miras değerini verenin kim olduğu soruları meseleye ışıktutabilir niteliktedir. Bu sorulara verilecek yanıtlar bakımından genellikle karar verici konumdaki hükûmetler ve hükûmetler arası kuruluşlar ile genellikle karar verici konumda olmayan alt-ulusal ya da yerel düzeydeki toplulukların farklı fikirlere sahip olması olağandır. Ayrıca topluluk liderleri ile topluluğun bireysel üyeleri de aynı fikri benimsemeyebilir. Tüm bunlar, hassasiyetle ele alınması gereken çatışmalara sebebiyet verir.

Ayrıca kültürel miras kavramının kendisinden kaynaklanmayan, fakat onun farklı amaçlar doğrultusunda araçsallaştırılmasından kaynaklanan başka zorluklar da mevcuttur. Örneğin turizm ve iş yaratma amacıyla kültürel miras değerlerinin salt ticari değerlere indirgenmesi söz konusu olabilmektedir. Bu tehlikeye dikkat çekilerek “Mirasın tanımlanması, kaydedilmesi, yönetimi ve izlenmesi süreçlerinde sıklıkla ortaya çıkan eşitsizlikleri ve insanların miras projelerinin kurbanları oldukları hissini kabul etmemiz gerek[tiği]” belirtilmiştir⁵⁵.

Kültürel miras, ulus-inşa stratejilerinin bir aracı haline de getirilebilmektedir. Bu amaç doğrultusunda hareket eden hükûmetler, kültürel mirasın kimlik yaratma işlevini kullanarak, genellikle siyasi istikrar ve sosyal uyumu sağlamak adına ve azınlık grup görüşlerinin dışlanması yoluyla, resmî olarak onaylamış bir

⁵² William Logan, “Closing Pandora’s Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection”, *Cultural Heritage and Human Rights*, Ed., Helaine Silverman, D. Fairchild Ruggles, New York 2007, s. 37.

⁵³ Denis Byrne, “A Critique of Unfeeling Heritage”, *Intangible Heritage*, Ed.: Laurajane Smith, Natsuko Akagawa, 1. B., London, 2009, s. 230-231.

⁵⁴ William Logan, “Cultural Diversity, Cultural Heritage and Human Rights: Towards Heritage Management as Human Rights-Based Cultural Practice”, (*International Journal of Heritage Studies* Y. 2012, C. 18, S. 3, s. 231-244), s. 236.

⁵⁵ Logan, “Cultural Diversity”, s. 241.

miras söylemini dikte eder. William Logan'ın dikkat çektiği üzere “Özellikle çok etnikli devletlerde genellikle demokratik olmayan hükûmetler, grupları baskın kültürü benimsemeye zorlayarak azınlık kültürel kimliğinin yok olmasına yol açar. Tek bir miras etrafında birlik konusunda ısrar, toplumun savaşımlara, hatta etnik temizlik ve soykırıma katılımını teşvik etmek için de kullanılabilir⁵⁶”.

Kültürel mirasın araçsallaştırılmasının belki de en uç noktasını teşkil eden etnik temizlik kavramı; uluslararası hukuka aykırı olarak, başka bir etnik veya dini gruptan kişileri belirli bir bölgeden uzaklaştırmak için güç veya gözdağı kullanılarak bir bölgeyi etnik olarak homojen hale getirmek olarak tanımlanır⁵⁷. Kültürel mirasın fiziksel olarak yok edilmesinin yahut uzak müzelere taşınmasının yanında; yaşama hakkı, kültürel yaşama katılma hakkı, eğitim hakkı, ifade özgürlüğü gibi çeşitli insan hakkı ihlallerine de yol açar⁵⁸.

Bu kavramla yakından ilişkili bir diğer kavram kültürel temizliktir. Bu kavram; kültürel, etnik veya dini geçmişleri temelinde tanımlanan bireylerin kasıtlı olarak hedef alınması ve bunların ibadethanelerine, hafızalarına ve eğitimlerine yönelik kasıtlı saldırılar yoluyla kültürel çeşitliliği yok etmeyi amaçlayan kasıtlı bir stratejiyi ifade eder⁵⁹. UNESCO'nun eski genel direktörü Irina Bokova tarafından, 1990'larda Yugoslavya'daki olayları tanımlamak için kullanılmıştır⁶⁰.

Görüldüğü üzere iki kavramda da ortak unsurlar bulunmaktadır ve ikisini tam olarak ayırmak yönündeki bir çaba, bu çalışma bakımından gereksizdir. Bu türden politikaların kültürel mirasın korunmasına yönelik yarattığı tehlikelere dikkat çekmek yeterlidir. Bir örnek olarak 2021 yılında Myanmar'da meydana gelen askeri darbe yönetimi anılabilir. Myanmar'ın kültürel mirası, darbeye başa gelen askeri yönetim altında siyasallaştırılmıştır. Bir ulus-inşa stratejisi doğrultusunda ülkenin çeşitli etnik ve dini kültürlerini tek bir ulusal kimliğe asimile etmek isteyen cunta birimi, tarihsel olarak monarşi ve Budizm ile bağlantılı kültürel değerleri desteklemiş ve diğer etnik ve dini azınlık gruplarının kültürel mirasını göz ardı etmiştir⁶¹.

⁵⁶ Logan, “Cultural Diversity”, s. 237.

⁵⁷ Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780 (1992), UN Security Council, s. 33, <https://www.refworld.org/docid/582060704.html> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

⁵⁸ UNESCO's Response to Protect Culture in Crises, UNESCO, s. 6, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000244984> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

⁵⁹ Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria Report, UNESCO, s. 3, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232562> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

⁶⁰ Heritage and Cultural Diversity at Risk in Iraq and Syria Report, s. 5.

⁶¹ Janette Philp, “The Political Appropriation of Burma's Cultural Heritage and Its Implications for Human Rights”, Cultural Diversity, Heritage and Human Rights: Intersections in Theory and Practice, Ed., Michele Langfield, William Logan, Máiréad Nic Craith, 1. B., London 2010, s. 83-100.

V. ZORLUKLAR KARŞISINDA YAKLAŞIMLAR

Kültürel miras hakkının, bir insan hakkı olarak kabul edilmesiyle birlikte buna ilişkin ihlaller de insan hakkı ihlalleri olarak görülmeye başlanmıştır. Bu gelişme, kültürel mirasın korunmasında insan haklarını merkeze koyan çeşitli yaklaşımları da beraberinde getirmiştir. Burada ele alınacak olan söz konusu yaklaşımlardan “yerel mülkiyet”i ön plana çıkarırken bir diğeri “katılım”ın önemini vurgulamaktadır.

Laurajane Smith’in geliştirdiği yerel mülkiyet odaklı yaklaşım; “resmî miras söylemi”ni (*authorized heritage discourse*) hegemonyacı olarak niteler. Buna göre kültürel mirasın korunmasına ilişkin oluşturulan “evrensel” standartlar, Batılı seçkinlerin kültürel değerlerini yansıtmaktan öteye geçmez⁶². Bu yaklaşım, karar alma süreçlerinde hükümetlerin hâkim rolünü azaltmayı hedefler ve bunun için aktif bir müzakere ve etkili bir katılım mekanizması geliştirmeyi önerir⁶³. Ancak bu mekanizma yerel mülkiyet odaklıdır, dolayısıyla mekanizmaya dâhil olacak olanlar, kültürel miras değerlerine ilişkin mülkiyet sahibi kimselerdir.

Bu anlayışın belki de en başarılı örneği, Avusturalya hükûmetine karşı Mirrar yerel halkının mücadelesinde görülebilir. Süreç, Avusturalya hükûmetinin Avustralya’nın Kuzey Topraklarındaki Kakadu Ulusal Parkı’nın çevresinde yer alan bir yerleşim bölgesi olan Jabiluka’da uranyum çıkarmak isteyen bir çok uluslu şirketler topluluğuna ruhsat vermesiyle başlamıştır. Olağanüstü doğal ve kültürel değerlere sahip olmasından ötürü Dünya Miras Listesi’nde yer alan⁶⁴ Kakadu Ulusal Parkı, bölge halkı için birliği ve kültürel kimliği temsil etmekte olup kutsal bir niteliği haizdir. Nitekim yerel halk, uranyum çıkarma faaliyetlerinin kutsal mekânlarına saygısızlık anlamına geldiğini belirtmiştir. 1998’de Mirrar’dan bir heyetin, Dünya Mirası Komitesi’nin bir oturumunda şikâyetlerini sunmak için Paris’e gitmesiyle UNESCO’ya taşınan ihtilaf, önce Avustralya hükûmetinin madenin faaliyetlerini askıya alma taahhüdüne dayanılarak geçici bir çözüme ulaştırılmıştır. Ardından yerel halkın mücadeleyi devam ettirmesi neticesinde 2003 yılında Avustralya hükûmetince; Kakadu’daki madencilik faaliyetlerinin tamamen durdurulmasına, kazılan maden kuyusunu önceki çıkarmadan kaynaklanan malzemeye yeniden doldurulmasına ve bölgede rehabilitasyon çalışmalarına başlanmasına karar verilmiştir. Kakadu’nun içerdiği olağanüstü doğal ve kültürel değerleri nedeniyle Dünya Miras Listesi’nde yer alması ihtilafın yerel halk lehine çözümlenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Yine de Mirrar halkı örneğinin

⁶² Laurajane Smith, *Uses of Heritage* 1. B., London 2006, s. 11.

⁶³ Smith, s. 24.

⁶⁴ Kakadu National Park, UNESCO World Heritage Centre, <https://whc.unesco.org/en/list/147/> (Erişim Tarihi: 12.03.2025).

biricikliği göstermektedir ki kültürel haklar ve geçmişten kalan miras hakkında ısrarlı bir mücadele, uluslararası karar alma mekanizmaları üzerinde dahi belirleyici bir etkiye sahip olabilmektedir⁶⁵.

Ian Hodder'in vurguladığı şekliyle katılım odaklı yaklaşım, kültürel miras hakkının mülkiyet üzerinden temellendirilmesinin dışlayıcı olduğunu söyleyerek yerel mülkiyet odaklı yaklaşıma eleştiri getirir⁶⁶. Sosyal adalet ve katılımı hedefleyen bu yaklaşıma göre "Herkesin, sahibi olduğu kültürel mirasa katılma ve ondan yararlanma hakkı vardır." demek yanlıştır. Olması gereken, "Herkesin kendi esenliği için kayda değer olan kültürel mirasa katılma ve ondan yararlanma hakkı vardır ve herkes başkalarına karşı bu hakka saygıyla görevlidir" şeklinde ifade edilebilir⁶⁷. Görüldüğü üzere bu tanımda "kendi esenliği için kayda değer olmak" gibi bağlama göre farklı sonuçlar vermeye elverişli bir ölçüt kullanılmıştır ki gerçekten de yazarın amacı kültürel miras hakkının ancak bağlama göre değerlendirilebileceğini ve önceden verili bir şey olmadığını vurgulamaktır. Örneğin bir Kızılderili için atalarının topraklarında var olmak bir insan hakkı meselesi olabilir ancak New York'taki bir İngiliz için bir Kızılderilin geçmişine katılım, bu düzeyde bir anlamı haiz değildir⁶⁸. Dolayısıyla kültürel miras hakkı, tarihseldir ve bağlama göre değerlendirilmelidir. Tanımdaki bir diğer ayırıcı unsur, görev vurgusudur. Yazara göre kültürel mirasın korunmasına dair mevcut mekanizmalarda bu unsur da eksiktir.

Katılım odaklı yaklaşımın izlerini, 2005 tarihli Faro Sözleşmesi'nde görmek mümkündür. Farklı çıkarları bir arada ele alma çabası, Sözleşme'nin ruhuna hâkim görünür. Örneğin Sözleşme'nin "Kültürel miras ve diyalog" kenar başlıklı 7. maddesine göre devletlere düşen yükümlüklerden biri, aynı kültürel mirasa farklı topluluklar tarafından çelişkili değerlerin yüklendiği durumlarla adil bir şekilde başa çıkmak için uzlaşma süreçleri oluşturmaktır⁶⁹. Yine Sözleşme'nin

⁶⁵ Francesco Francioni, "Natural Resources and Human Rights", Research Handbook on International Law and Natural Resources, Ed., Elisa Morgera, Kati Kulovesi, Cheltenham UK 2016, s. 68-69.

⁶⁶ Ian Hodder, "Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent to Justice and Well-Being", (Anthropological Quarterly Y. 2010, C. 83, S. 4, s. 861-882), s. 869-871.

⁶⁷ Hodder, s. 876.

⁶⁸ Hodder, s. 873.

⁶⁹ "Madde 7 - Kültürel miras ve diyalog

Taraflar, kamu makamları ve diğer yetkili organlar aracılığıyla aşağıdaki hususları taahhüt ederler:

a. Kültürel mirasın sunulmasındaki etik ve yöntemler üzerinde düşünmeyi ve yorum çeşitliliğine saygı göstermeyi teşvik etmek;

b. Farklı topluluklar tarafından aynı kültürel mirasa çelişkili değerlerin yüklendiği durumlarla adil bir şekilde başa çıkmak için uzlaşma süreçleri oluşturmak;

c. çatışmaların çözümü ve önlenmesi amacıyla güven ve karşılıklı anlayışı teşvik ederek barış içinde bir arada yaşamayı kolaylaştıracak bir kaynak olarak kültürel miras bilgisini geliştirmek;

d. bu yaklaşımları yaşam boyu eğitim ve öğretimin tüm yönlerine entegre etmek." (Çeviri yazara aittir).

“Kültürel mirasa erişim ve demokratik katılım” kenar başlıklı 12. maddesinde devletlerin her miras topluluğunun kendini özdeşleştirdiği kültürel mirasa verdiği değeri dikkate almayı taahhüt ettiği belirtilmiştir⁷⁰. Ayrıca Sözleşme’nin “Kültürel mirasa ilişkin haklar ve sorumluluklar” kenar başlıklı 4. maddesinde koruma hem bir hak hem bir sorumluluk olarak tanımlanmıştır⁷¹. Dolayısıyla Hodder’in bağlam ve görev vurgusunun, Faro Sözleşme’sine yansıdığı söylenebilir.

Farklı sorunlardan yola çıkarak çözümler üretmeye çalışan iki yaklaşımın da insan hakları temelli olduğu vurgulanmalıdır. Yerel mülkiyet odaklı yaklaşım, koruma süreçlerinde hükûmetlerin aşırı rolü karşısında yerel halkların rolünü dengelemeye girerken; katılım odaklı yaklaşım, bu çabanın “amaçlanmamış sonuçlarına” vurgu yaparak daha kapsayıcı bir çözüm getirdiğini iddia eder⁷². Zorlukların karşısında tek bir doğru yaklaşım bulunmamakla birlikte çözüm arayışının her daim bir insan hakkı meselesi olduğu hatırlanmalıdır.

SONUÇ

Sonuç olarak kültürel mirasın korunması, salt teknik bir mesele olmaktan çıkarak kimlik, hafıza ve çeşitliliğin korunmasına yönelik bir insan hakkı meselesi olarak kabul görmüştür. Bu değişim özellikle silahlı çatışma, doğa kaynaklı afet gibi kriz zamanlarında daha da büyüyen çok çeşitli zorluklarla başa çıkmayı gerektirir. Nitekim kültürel mirasın korunmasına yönelik evrensel birikimimiz,

⁷⁰ “Madde 12 - Kültürel mirasa erişim ve demokratik katılım
Taraflar aşağıdaki hususları taahhüt ederler:

a. herkesi;

- kültürel mirasın tanımlanması, incelenmesi, yorumlanması, korunması, muhafazası ve sunumu sürecine;

- kültürel mirasın temsil ettiği fırsatlar ve zorluklar üzerine kamusal düşünme ve tartışmaya katılmaya teşvik etmeyi;

b. her miras topluluğunun kendini özdeşleştirdiği kültürel mirasa verdiği değeri dikkate almayı;

c. gönüllü kuruluşların hem faaliyetlerde ortak olarak hem de kültürel miras politikalarının yapıcı eleştirmenleri olarak rolünü tanımayı;

d. kültürel mirasın değeri, korunması ve muhafaza edilmesi ihtiyacı ve kültürel mirastan elde edilebilecek faydalar hakkında farkındalık yaratmak amacıyla özellikle gençler ve dezavantajlı kesimler arasında kültürel mirasa erişimi iyileştirmek için adımlar atmayı.” (*Çeviri yazara aittir*).

⁷¹ “Madde 4 - Kültürel mirasa ilişkin haklar ve sorumluluklar

Taraflar aşağıdaki hususları kabul ederler:

a. herkes, tek başına veya toplu olarak, kültürel mirastan yararlanma ve zenginleşmesine katkıda bulunma hakkına sahiptir;

b. herkes, tek başına veya toplu olarak, kendi mirası kadar başkalarının kültürel mirasına ve dolayısıyla Avrupa’nın ortak mirasına saygı gösterme sorumluluğuna sahiptir;

c. kültürel miras hakkının kullanılması, sadece kamu yararının ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda gerekli olan kısıtlamalara tabi tutulabilir.” (*Çeviri yazara aittir*).

⁷² Bahar Aykan Bentahar, “Kültürel Miras Hakkı: Kültürel Mirasa İnsan Hakları Temelli Güncel Yaklaşımlar”, (Alternatif Politika, Y. 2018, C. 10, S. 2, s. 231-252), s. 247.

ağır insan hakları ihlallerine varan deneyimler ve bu deneyimlere karşı mücadele ile örülü bir insan hakları anlayışını barındırmaktadır. Bugün için yapılması gereken, evrensel birikimimizin olumlu yanlarını mümkün olduğunca ön plana çıkarmak olmalıdır. Bu bağlamda kültürel yaşama katılma hakkının içeriği ile hak kapsamında devletlere düşen yükümlülükleri yorumlamak için BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin genel yorumları ve olası bireysel başvuru kararları büyük bir önemi haizdir. Smith ve Hodder tarafından geliştirilen yerel mülkiyet odaklı ve katılım odaklı yaklaşımlar da hukuki uyumsuzluk ve normlarda kendilerine yer bularak insan hakları temelli anlayışların yerleşmesine katkı sunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Algan, Dr. Bülent. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması. 1. B., Ankara, 2007.
- A.M.B. v. Ecuador, No. 003/2014 (Committee on Economic, Social and Cultural Rights 20 Haziran 2016).
- Anico, Marta/Peralta, Elsa, (Ed.), Heritage and Identity: Engagement and Demission in the Contemporary World, London 2008.
- Aykan Bentahar, Bahar, “Kültürel Miras Hakkı: Kültürel Mirasa İnsan Hakları Temelli Güncel Yaklaşımlar”, Alternatif Politika Y. 2018, C. 10, S. 2, s. 231-252.
- Blake, Janet, “On Defining the Cultural Heritage”, International and Comparative Law Quarterly Y. 2000, C. 49, S. 1, s. 61-85. (“On Defining the Cultural Heritage”).
- Blake, Janet, “Taking a Human Rights Approach to Cultural Heritage Protection”, Heritage & Society Y. 2011, C. 4, S. 2, s. 199-238. (“Taking a Human Rights Approach”).
- Byrne, Denis, “A Critique of Unfeeling Heritage”, Intangible Heritage, Ed.: Laurajane Smith, Natsuko Akagawa, 1. B., London 2009.
- Çeliktaş Türkbay, Özge, “Kültürel Mirasın Korunmasının İnsan Hakları Hukuku ile İlişkisi ve Kültürel Miras Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 23, S. 2, s. 1443-1481.
- Francioni, Francesco, “Natural Resources and Human Rights”, Research Handbook on International Law and Natural Resources, Ed.: Elisa Morgera, Kati Kulovesi, Cheltenham UK 2016.
- General Comment No. 3: The Nature of States Parties Obligations (Art.2, Par.1), Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1990.
- General Comment No. 21 Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Art.15, Para.1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 2009.
- Ian Hodder, “Cultural Heritage Rights: From Ownership and Descent to Justice and Well-Being”, Anthropological Quarterly Y. 2010, C. 83, S. 4, s. 861-882.
- Jokilehto, Jukka, “Human Rights and Cultural Heritage. Observations on the Recognition of Human Rights in the International Doctrine”, International Journal of Heritage Studies Y. 2012, C. 18, S. 3, s. 226-230.
- Kiper, H. Perihan, Küreselleşme Sürecinde Kentlerin Tarihsel-Kültürel Değerlerinin Korunması -Türkiye-Bodrum Örneği-, Doktora Tezi, Ankara 2004.
- Lévi-Strauss, Claude, Race and History. Paris 1952.
- Logan, William, “Closing Pandora’s Box: Human Rights Conundrums in Cultural Heritage Protection”, Cultural Heritage and Human Rights, Ed.: Helaine Silverman, D. Fairchild Ruggles.

- Logan, William, “Cultural Diversity, Cultural Heritage and Human Rights: Towards Heritage Management as Human Rights-Based Cultural Practice”, *International Journal of Heritage Studies* Y. 2012, C. 18, S. 3, s. 231-244. (“Cultural Diversity”).
- Lowenthal, David, *The Heritage Crusade and the Spoils of History*, Cambridge 1998.
- Philp, Janette, “The Political Appropriation of Burma’s Cultural Heritage and Its Implications for Human Rights”, *Cultural Diversity, Heritage and Human Rights: Intersections in Theory and Practice*, Ed.: Michele Langfield, William Logan, Máiréad Nic Craith, I. B., London 2009.
- Prott, Lyndel V. “International Standards for Cultural Heritage”, *World Culture Report, 1998: Culture, Creativity and Markets*, Paris 1998.
- Silverman, Helaine/Ruggles, D. Fairchild, *Cultural Heritage and Human Rights, Cultural Heritage and Human Rights*, Ed.: Helaine Silverman, D. Fairchild Ruggles, New York 2007.
- Smith, Laurajane, *Uses of Heritage*. London 2006.

Elektronik Kaynaklar

<https://whc.unesco.org/en/list/>.

<https://unesdoc.unesco.org/>.

<https://www.refworld.org/>.