

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **14**, Sayı: **2**, Yıl: **2024**
Volume: 14, No: 2, Year: 2024

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **14**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2024**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı



EBSCO Legal Source

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMİREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **14**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2024**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yazım Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Gökçe TUNÇ
Arş. Gör. Ozancan BELCİ
Arş. Gör. Yağmur Esin ÇAYLI

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Doç. Dr. Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL
Arş. Gör. Tuğba KOYUN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Gaziantep/Türkiye
Prof. Dr. Faruk TURHAN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU	Ankara Bilim Üniversitesi, Ankara/Türkiye
Prof. Dr. Osman İSFEN	Fernuniversität in Hagen, Almanya
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER	Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta/Türkiye
Doç. Dr. Oğuz CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ	Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER	Bursa Uludağ Üniversitesi, Bursa/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK	Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Rize/Türkiye
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi, Malatya/Türkiye
Dr. Fatma RAACH	Jendouba Üniversitesi, Tunus
Dr. Gamze OVACIK	McGill Üniversitesi, Kanada
Dr. Larisa VASİLESKA	St. Kliment Ohridski, Makedonya
Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ	Edge Hill Üniversitesi, Ormskirk/İngiltere
Dr. Nikolas Feith TAN	Melbourne Üniversitesi, Avustralya
Dr. Rodziana Mohamed RAZALI	Universiti Sains Islam Malaysia, Malezya

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London
Prof. Dr. İsmail KAYAR	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Doç. Dr. Türker ERTAŞ	897
<i>Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun Kurumsal Boyutu Olarak Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu: Tarihsel-Anayasal Temeller ve Kanun Tekliflerinin Kabulünde Hükümetin "Nükleer Seçenek" Usulü</i>	
<i>The Rationalised French Parliament as an Institutional Aspect of the Emmanuel Macron's Pension Reform: Historical-Constitutional Foundations and the Government's Nuclear Option Procedure for the Enactment of Laws</i>	
Prof. Dr. Hayri KESER	975
Ali Kemal AYDIN	
Anayasa Yargısının Gerekliği	
<i>The Necessity of the Constitutional Review</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA	1013
Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde "Olgu"yu Ölçü Alabilir Mi?	
<i>Can Constitutional Courts Take "Fact" as a Measure in Norm Supervision?</i>	
Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRİJER	1047
Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN	
Sosyal Devlette İnsan Onurunun Korunması Bağlamında Borçlunun Haczedilmezlikten Feragati	
<i>Protection of Human Dignity in the Social State in the Context of the Debtor's Waiver of Non-Seizability</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK	1093
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminat	
<i>Non-Pecuniary Damages within the Framework of the Decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court</i>	
Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur SALDIRAN	1121
İdari Yargılama Usulünde Mahkeme Kararlarının Gerekçelendirilmesi Esası	
<i>The Principle of Reasoning of Court Decisions in Administrative Judicial Procedure</i>	
Doç. Dr. Şefik Taylan AKMAN	1147
Yeni Hukuki Realizm	
<i>New Legal Realism</i>	

Arş. Gör. Gökçe TUNÇ	1195
8. Yargı Paketiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değiştirilen Sürelerin Mahkemeye Erişim ve Gerekçeli Karar Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the 8th Judicial Package's Amendments to the Code of Criminal Procedure within the Framework of the Right of Access to Court and the Right to a Reasoned Decision</i>	
Arş. Gör. Ali BOYRACI	1239
Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme <i>A Comprehensive Examination of the Legal Authority and Parameters of Undercover Agents' Power to Enter a Private Residence</i>	
Mert GÖZÜBÜYÜK	1305
Yargıtay Kararları Işığında Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru <i>The Factor of Cheating in the Crime of Fraud in the Light of the Supreme Court Decisions</i>	
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER	1349
"Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku" ile "Uluslararası Sorumluluk Hukuku" Arasındaki İlişki <i>The Relationship between "International Peace and Security Law" and "International Responsibility Law"</i>	
Ayşenur Zeynep ÖZMEN	1385
Urban Air Mobility (UAM) in Türkiye: Evaluating Existing Aviation Laws and International Practices <i>Türkiye'de Kentsel Hava Hareketliliği: Mevcut Havacılık Kurallarının ve Uluslararası Uygulamaların Değerlendirilmesi</i>	
Diğer ÇERİBAŞ	1421
The Problem of Independence and Impartiality of the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation in the Context of the Judgments of the European Court of Human Rights <i>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Yargılamasında Bağımsızlık ve Tarafsızlık Sorunu</i>	
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ	1457
Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması <i>Automatic Renewal Records in Mobile Phone Subscription Agreements and Protection of Consumers Against These Records</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR	1483
İpotek Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Karakteristiğine İlişkin Bir Değerlendirme <i>An Evaluation of the Legal Nature and Characteristics of the Mortgage Contract</i>	

Dr. Onur ALTINKAN	1517
Mukayeseli Hukukta Yer Alan Kısa Süreli Kiralama Düzenlemelerinin Türk Hukukunda Yürürlüğe Giren Mevzuatla Birlikte Değerlendirilmesi <i>Examination of Short-Term Rental Regulations in Comparative Law with the Regulations Entered Into Force in Turkish Law</i>	
Doç. Dr. Cemil GÜNER.....	1569
Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu <i>The Situation of Blue Card Holders in the Context of the Principle that Citizens cannot be Deported</i>	
Rahime Rana SAYGIN	1615
Doç. Dr. Raziye AKSU Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğu Hakkında Bir Değerlendirme <i>An Evaluation About the Liability of the Drawee Bank in the Check</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA	1663
Riskin Erken Saptanması Komitesinin İşleyişine İlişkin Güncel Hukuki Sorunlar ve Öneriler <i>Current Legal Issues and Recommendations Regarding the Functioning of the Early Detection of Risk Committee</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR	1715
Toplu Yapı Yönetim Planının Değiştirilmesi <i>Change of Management Plan in Mass Buildings</i>	
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ	1753
Anonim Ortaklığın Çağrı Usulüne Uyulmadan Yapılan Genel Kurul Toplantısı İçin Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmesi Talebi <i>Request for the Appointment of a Ministry Representative for the General Assembly Meeting of a Joint Stock Company Held without Complying with the Call Procedure</i>	
Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR	1783
Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu <i>Legal Liability of Intermediary Service Providers</i>	
Doç. Dr. Ali EKİN	1819
İşçilik Alacakları Bağlamında İşyeri Kayıtlarının Değerlendirilmesi <i>Evaluation of Workplace Records in the Context of Labour Receivables</i>	
Doç. Dr. Özgür OĞUZ	1851
Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık <i>Algorithmic Discrimination in Work Life</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ	1887
İş İlişkisinin Tespitinde Takım Kılavuzu ve Alt İşverenlik Ayrımı (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi)	
<i>Distinction between Gang Contract and Subcontracting Determining Employment Relationship</i> (<i>Evaluation of Decisions of the General Assembly and 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation</i>)	
Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK	1917
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN	
Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL	
Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arbuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler	
<i>Thoughts on the Annotation of Enforceability in Mediation Regarding Disputes for Dissolution of Partnership with Immovable Property as Its Subject</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar BÖLÜKBAŞI	1991
Hanefi Yargılama Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak "Taraf Yemini"	
-Mezhep Öğretileri Işığında Teorik Bir İnceleme-	
<i>"Party Oath" as a Means of Proof in Hanafi Law of Civil Procedure</i>	
-A Theoretical Examination in the Light of Sectarian Teachings-	

DOI LİSTESİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 14, Sayı: 2, Yıl: 2024

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Doç. Dr. Türker ERTAŞ : DOI 10.52273/sduhfd..1568102
2. Prof. Dr. Hayri KESER : DOI 10.52273/sduhfd..1551009
Ali Kemal AYDIN
3. Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA : DOI 10.52273/sduhfd..1494558
4. Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRİJER : DOI 10.52273/sduhfd..1559408
Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN
5. Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK : DOI 10.52273/sduhfd..1518003
6. Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur SALDIRAN : DOI 10.52273/sduhfd..1563113
7. Doç. Dr. Şefik Taylan AKMAN : DOI 10.52273/sduhfd..1558743
8. Arş. Gör. Gökçe TUNÇ : DOI 10.52273/sduhfd..1567595
9. Arş. Gör. Ali BOYRACI : DOI 10.52273/sduhfd..1562692
10. Mert GÖZÜBÜYÜK : DOI 10.52273/sduhfd..1462920
11. Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER : DOI 10.52273/sduhfd..1566538
12. Ayşenur Zeynep ÖZMEN : DOI 10.52273/sduhfd..1560332
13. Dinçer ÇERİBAŞ : DOI 10.52273/sduhfd..1354675

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ : DOI 10.52273/sduhfd..1567310
2. Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR : DOI 10.52273/sduhfd..1533526
3. Dr. Onur ALTINKAN : DOI 10.52273/sduhfd..1566978
4. Doç. Dr. Cemil GÜNER : DOI 10.52273/sduhfd..1556987
5. Rahime Rana SAYGIN : DOI 10.52273/sduhfd..1472844
Doç. Dr. Raziye AKSU
6. Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA : DOI 10.52273/sduhfd..1561022
7. Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR : DOI 10.52273/sduhfd..1558763
8. Arş. Gör. İsmail AKBAŞ : DOI 10.52273/sduhfd..1567971
9. Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR : DOI 10.52273/sduhfd..1494921
10. Doç. Dr. Ali EKİN : DOI 10.52273/sduhfd..1557671
11. Doç. Dr. Özgür OĞUZ : DOI 10.52273/sduhfd..1581436
12. Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ : DOI 10.52273/sduhfd..1541006
13. Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK : DOI 10.52273/sduhfd..1566604
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN
Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL
14. Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar BÖLÜKBAŞI : DOI 10.52273/sduhfd..1563949

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okurlar,

Hukuk dünyasına dair en güncel gelişmeleri ve derinlemesine analizleri sizlerle buluşturma misyonumuzu sürdüren Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısı ile karşınızdayız. Her sayıda olduğu gibi bu sayıda da hukuk alanındaki akademik çalışmalara, yeniliklere ve tartışmalara ışık tutmayı hedefledik. Bu sayıda, günümüz hukuk uygulamalarında karşılaşılan zorluklara yönelik çeşitli çözümleri ve önerileri ele alan makaleler ve incelemeler bulacaksınız.

Derginin kamu hukuku makaleleri kısmında; Doç. Dr. Türker Ertaş'ın "*Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun Kurumsal Boyutu Olarak Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu: Tarihsel-Anayasal Temeller ve Kanun Tekliflerinin Kabulünde Hükümetin "Nükleer Seçenek" Usulü*" başlıklı araştırma makalesi, Prof. Dr. Hayri Keser ve Ali Kemal Aydın'ın "*Anayasa Yargısının Gerekliliği*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur Kaya'nın "*Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde "Olgu"yu Ölçü Alabilir Mi?*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Bilge Bingöl Schrijer ve Dr. Öğr. Üyesi Özgür Aydın'ın "*Sosyal Devlette İnsan Onurunun Korunması Bağlamında Borçlunun Haczedilmezlikten Feragati*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan Çakmak'ın "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminat*" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur Saldıran'ın "*İdari Yargılama Usulünde Mahkeme Kararlarının Gerekçelenilmesi Esası*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Şefik Taylan Akman'ın "*Yeni Hukuki Realizm*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Gökçe Tunç'un "*8. Yargı Paketiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değiştirilen Sürelerin Mahkemeye Erişim ve Gerekçeli Karar Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi*" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ali Boyracı'nın "*Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme*" başlıklı araştırma makalesi, Mert Gözübüyük'ün "*Yargıtay Kararları Işığında Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru*" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Hakkı Hakan Erkiner'in "*Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku*" ile "*Uluslararası Sorumluluk Hukuku*" arasındaki ilişki" başlıklı araştırma makalesi, Ayşenur Zeynep Özmen'in İngilizce kaleme aldığı "*Türkiye'de Kentsel Hava Hareketliliği: Mevcut Havacılık Kurallarının ve Uluslararası Uygulamaların Değerlendirilmesi*" başlıklı araştırma makalesi, Dinçer Çeribaş'ın İngilizce kaleme aldığı "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Yargılamasındaki Bağımsızlık ve Tarafsızlık Sorunu*" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında; Doç. Dr. Selin Sert Sütçü'nün "*Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması*" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın Atar'ın

“İpotek Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Karakteristiğine İlişkin Bir Değerlendirme” başlıklı araştırma makalesi, Dr. Onur Altınkan’ın *“Mukayeseli Hukukta Yer Alan Kısa Süreli Kiralama Düzenlemelerinin Türk Hukukunda Yürürlüğe Giren Mevzuatla Birlikte Değerlendirilmesi”* başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Cemil Güner’in *“Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu”* başlıklı araştırma makalesi, Rahime Rana Saygın ve Doç. Dr. Raziye Aksu’nun *“Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğu Hakkında Bir Değerlendirme”* başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Meltem Karatepe Kaya’nın *“Riskin Erken Saptanması Komitesinin İşleyişine İlişkin Güncel Hukuki Sorunlar ve Öneriler”* başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Doğar’ın *“Toplu Yapı Yönetim Planının Değiştirilmesi”* başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. İsmail Akbaş’ın *“Anonim Ortaklığın Çağrı Usulüne Uyulmadan Yapılan Genel Kurul Toplantısı İçin Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmesi Talebi”* başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Dr. Bahadır Demir’in *“Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”* başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Ali Ekin’in *“İşçilik Alacakları Bağlamında İşyeri Kayıtlarının Değerlendirilmesi”* başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Özgür Oğuz’un *“Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık”* başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Pelin Tuaç Yılmaz’ın *“İş İlişkisinin Tespitinde Takım Kılavuzu ve Alt İşverenlik Ayrımı (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi)”* başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami Tiyek, Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan Zengin ve Dr. Öğr. Üyesi Önder Topal’ın *“Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler”* başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar Bölükbaşı’nın *“Hanefi Yargılama Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak “Tarafların Yemini”- Mezhep Öğretileri Işığında Teorik Bir İnceleme”* başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizle ilgili görüş ve önerilerinizi bizlere ulaştırmanız, gelecek sayılarımızı daha da geliştirmemiz adına büyük önem taşımaktadır. Katkılarınız ve eleştirileriniz için şimdiden teşekkür ederim.

Son olarak, derginin hazırlanmasında emeği geçen tüm yazarlara, hakemlere ve dergi ekibimize içten teşekkürlerimi sunarım.

Editör

Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun Kurumsal Boyutu Olarak Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu: Tarihsel-Anayasal Temeller ve Kanun Tekliflerinin Kabulünde Hükümetin "Nükleer Seçenek" Usulü^(*)

Doç. Dr. Türker ERTAŞ^(**)

Öz

Hükümet istikrarsızlıkları ve askeri-siyasi krizlerle geçen IV. Cumhuriyet Dönemi'nin akabinde yürürlüğe giren 1958 Fransız Anayasası, yasama organı aleyhine yürütme organını hem kurumsal hem de teşrii düzeyde belirgin bir şekilde güçlendirmektedir. Burada pek tabii ki IV. Cumhuriyet Dönemi'nin karakteristiği hâline gelen kısa ömürlü kabinelerin esas sorumlusu olarak 1946 Anayasası'nın benimsediği yasama-yürütme ilişkilerinin gösterilmesinin etkisi büyüktür. Gerçekten de 1946 Anayasası, Hükümetin gerek göreve başlaması gerek görevine devam etmesi aşamasında Fransız Parlamentosu'na Hükümet karşısında kullanabileceği çok önemli silahlar veya kozlar bahşetmiştir. Bununla birlikte Hükümetin veya Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir siyasi kriz durumunda kullanabileceği anayasal mekanizmalar ise çok kısıtlı veya sıkı koşullara tabi bir şekilde düzenlenmiştir. 1958 Anayasası, Fransız Parlamentosu ile yürütme organı arasındaki bu dengesizliği ortadan kaldırmak ve hatta kurumsal dengeyi yürütme organı lehine değiştirmek üzere tasarlanmıştır. Başka bir deyişle, 1958 Anayasası ile IV. Cumhuriyet Dönemi'nin irrasyonel davranan Fransız Parlamentosu,

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 04.12.2024.

Atıf Şekli: Türker Ertaş, 'Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun Kurumsal Boyutu Olarak Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu: Tarihsel-Anayasal Temeller ve Kanun Tekliflerinin Kabulünde Hükümetin "Nükleer Seçenek" Usulü' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 897, 974.

DOI: 10.52273/sduhfd..1568102.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye.

E-posta: turker.ertas@deu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9594-4877>.

deyim yerindeyse rasyonelleştirilmeye çalışılmıştır. V. Cumhuriyet Dönemi'nin tipik kurumsal özelliklerden birisi olan rasyonelleştirilmiş parlamentonun çarpıcı bir yansıması da 1958 Anayasası'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Söz konusu hüküm uyarınca Başbakan, Bakanlar Kurulunda müzakere edildikten sonra bir kanun teklifinin kabulünü Millî Meclis nezdinde hükümetin güven meselesi yapabilir. Eğer Hükümet yirmi dört saat içerisinde güvensizlik oyu ile düşürülmezse söz konusu kanun teklifi Millî Meclis tarafından kabul edilmiş sayılır. Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu olarak bilinen ve emeklilik yaşını 62'den kademeli olarak 64'e yükseltmeyi öngören kanun teklifi, söz konusu rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizması işletilerek kabul edilmiştir. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı Macron'un nezdinde dönemin Başbakanı Élisabeth Borne'nun Nükleer Seçenek (Nuclear Option) olarak da bilinen söz konusu maddeyi işletmesi, yoğun eleştirileri ve ülke çapında gösterileri beraberinde getirmiştir. Söz konusu hükmün işletilmesine yönelik eleştirilerin temelinde, Fransız Parlamentosu'nun artık irrasyonel bir yasama organı olmadığı ve görece demode olmuş bir hükmün işletilmesi suretiyle Millî Meclis iradesinin göz ardı edilerek demokrasiye gölge düşürüldüğü görüşü yatmaktadır.

Anahtar Kelimeler

1958 Fransız Anayasası, Emmanuel Macron, Emeklilik Reformu, Nükleer Seçenek, Rasyonelleştirilmiş Parlamento.

The Rationalised French Parliament as an Institutional Aspect of the Emmanuel Macron's Pension Reform: Historical-Constitutional Foundations and the Government's Nuclear Option Procedure for the Enactment of Laws

Abstract

The French Constitution of 1958, which came into force in the aftermath of the Fourth Republic, a period characterised by governmental instability and military-political crises, significantly strengthened the executive branch at the expense of the legislative branch, both at the institutional and the legislative level. It is evident that the legislative-executive relations enshrined in the Constitution of 1946 were a significant contributing factor to the relatively short-lived cabinets that characterised the Fourth Republic. Indeed, the Constitution of 1946 endowed the French Parliament with significant instruments that could be employed against the Government, both at the inaugural stage and throughout the tenure of the Government. Nevertheless, the constitutional mechanisms provided to the government or the president of the republic in the event of a political crisis were severely limited or subject to strict conditions. The Constitution of 1958 was designed to rectify this imbalance between the French Parliament and the executive branch, and even to alter the institutional balance in favour of the latter. In essence, the Constitution of 1958 sought to rationalise the French Parliament, which was perceived to have acted irrationally during the Fourth Republic. One notable illustration of the rationalised parliament, a hallmark of the Fifth Republic, is the third paragraph of Article 49 of the Constitution of 1958. In accordance with the aforementioned provision, the Prime Minister may, following deliberation in the Council of Ministers, make the adoption of a bill a matter of confidence for the Government before the National Assembly. In that event, the bill shall be considered passed unless a resolution of no-confidence, tabled within the subsequent twenty-four hours, is carried. This is illustrated by the example of Emmanuel Macron's proposal to gradually raise the retirement age from 62 to 64, which was adopted through this mechanism of rationalised parliament. Nevertheless, Prime Minister Élisabeth Borne's invocation of the aforementioned provision, also known as the Nuclear Option, under the guidance of the President Macron, has prompted a wave of criticism and nationwide demonstrations. The crux of these criticisms pertains to the perception that the French Parliament is no longer a mere legislative body driven by irrational impulses. Furthermore, it is argued that by invoking a relatively outdated provision, the will of the National Assembly is disregarded, and the very foundations of democracy are undermined.

Keywords

French Constitution of 1958, Emmanuel Macron, Pension Reform, Nuclear Option, Rationalised Parliament.

Extended Summary

The relationship between the legislative and executive branches in the French constitutional order differs significantly from the institutional structure and functional relations observed in the parliaments and governments of other Western democracies where parliamentary systems of government are in place. An evaluation of the French Constitution of 1958 reveals that the executive branch has been enhanced at the expense of the parliament, both in terms of institutional and legislative powers. In particular, the government has been invested with considerable authority *vis-à-vis* the parliament. This is explained by the concept of the 'rationalised parliament', which is said to be characteristic of the Fifth French Republic. Under the Constitution of 1946, the Fourth Republic experienced frequent cabinet crises and changes instigated by the Parliament. Indeed, during this period, the French Parliament, as the sole legislative body, was more preoccupied with overthrowing governments and impeding the legislative process than with formulating policies and supporting the government's legislative agenda. It was evident that the French Parliament during the Fourth Republic frequently precipitated governmental crises through its erratic actions. In other words, it was acknowledged that the French Parliament of the Fourth Republic was acting in an irrational manner, which frequently resulted in the country being thrust into governmental crises. The Constitution of 1946 did not provide the President of the Republic or the Cabinet with the necessary tools and mechanisms to deter the Parliament in such cases. The instability of the Fourth Republic was compounded by the concurrent existence of military and political crises, resulting in a relatively brief tenure for this constitutional framework. Following the Algerian Crisis and the appointment of Charles de Gaulle as Prime Minister, the foundations for the Fifth Republic began to emerge.

The Constitution of 1958, the fundamental constitutional and institutional document of the Fifth French Republic, was drafted at the initiative of Charles De Gaulle, the symbolic commander of the country's resistance in World War II, and by Michel Debré, who would later become De Gaulle's first prime minister. De Gaulle had already demonstrated his skepticism of the parliamentary system of government during the drafting process of the Constitution of 1946. He chose to remain politically inactive during the Fourth Republic period, as he was dissatisfied with the institutional structure established by the Constitution of 1946. De Gaulle considered it a significant misstep to establish a parliamentary system in the French political order, which already exhibited a fragmented party structure, particularly given the precedent set by the unstable government of the Third Republic. Consequently, when he was invited by President René Coty to assume the role of prime minister with the objective of resolving the Algerian uprising, he demanded the drafting of a new constitution. This constitution would, of course, establish a strong executive branch, departing from the pure parliamentary system, and would weaken the legislative and institutional competence of the Parliament. The French Parliament, which the Constitution of 1958 weakened in the face of the executive branch, which it made active in the legislative agenda, is referred to as the typical example of the rationalised parliament.

The rationalised character of the French Parliament during the Fifth Republic is unusual and remarkable in many respects. Namely, the reserved power of the

Government to issue primary regulations in an area where Parliament cannot enact a law, the discretionary power of the President to dissolve the National Assembly, the power of the Council of Ministers to issue secondary laws/decrees on subjects on the domain of law. The fact that the government has the initiative in setting the legislative agenda, that the Senate can be overridden in the legislative process at the discretion of the government, that only votes of no confidence for the government are counted in a vote of confidence procedure, are all mechanisms of rationalisation of parliament. The Constitution of 1958 provides the government with significant leverage vis-à-vis the parliament, whereby a bill is deemed to have been adopted without a vote in the National Assembly as a result of the aforementioned procedure. In accordance with the pertinent mechanism delineated in the third paragraph of Article 49 of the Constitution, also referred to as the nuclear option, if the Prime Minister, after deliberation by the Council of Ministers, makes the passage of a Finance Bill or a Social Security Financing Bill an issue of a vote of confidence before the National Assembly, the Bill shall be considered passed unless a resolution of no-confidence, tabled within the subsequent twenty-four hours, is adopted. In other words, in the case of the invocation of the third paragraph of Article 49 of the Constitution, if the Government is not dismissed as a result of a motion of no-confidence, the bill is considered to have been passed by the National Assembly. The enactment of the bill on the initiative of the government, bypassing the National Assembly, the popularly elected and most democratically legitimised house of Parliament, is considered excessive and is subject to criticism in the context of the principle of democracy. In 2023, the nuclear option procedure was invoked for the adoption of the French Government's The Draft Law Amending Financing of Social Security for 2023, otherwise known as the Emmanuel Macron's Pension Reform. President Emmanuel Macron and Prime Minister Élisabeth Borne invoked this procedure, in order to ensure the rationalised nature of the French Parliament and to demonstrate the executive's ability to use the mechanisms of rationalisation of parliament when deemed necessary.

Giriş

Günümüz Fransız anayasal düzeninin benimsediği yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler, parlamenter hükümet sistemine ev sahipliği yapan diğer Batı Demokrasilerinin parlamentoları ile hükümetleri nezdinde benimsediği kurumsal yapı ve fonksiyonel ilişkilerden çok farklıdır. Şöyle ki 1958 Fransız Anayasası'na göz attığımızda hem kurumsal hem de teşrii düzeyde Parlamento aleyhine yürütme organının güçlendirildiğini ve bilhassa hükümete Parlamento karşısında çok önemli yetkiler bahşedildiğini fark ederiz. Bu husus Fransız V. Cumhuriyeti'nin karakteristiği olarak belirtilen *rasyonelleştirilmiş parlamento* terimi ile açıklanmaktadır. 1946 Anayasası'nın yürürlükte olduğu ve tipik bir parlamenter hükümet sisteminin benimsendiği IV. Cumhuriyet Dönemi'nde Parlamento kaynaklı çok sık kabine krizleri ve değişimleri yaşanmıştır. Nitekim Fransız Parlamentosu'nun bu dönemde, yegâne yasama organı olarak politika belirleme ve kanun yapma işlevinden çok herhangi bir alternatif sunmaksızın hükümetleri düşürme ve teşrii ajandayı kitleme faaliyetinden bahsedilmiştir. Başka bir ifadeyle, IV. Cumhuriyet Dönemi Fransız Parlamentosu'nun irrasyonel bir şekilde hareket ederek ülkeyi sık sık hükümet krizlerine sürüklediği gözlemlenmiştir. 1946 Anayasası böylesine durumlarda ne cumhurbaşkanına ne de kabineye, Parlamento'ya karşı kullanabileceği caydırıcı nitelikte araç ve mekanizmalar vermiştir. Söz konusu kabine ve yönetim istikrarsızlığının üzerine bir de askeri ve siyasi krizler eklenince IV. Cumhuriyet'in ömrü oldukça kısa olmuştur. Bir anda patlak veren Cezayir Krizi ve Charles De Gaulle'ün başbakanlığa getirilmesi akabinde V. Cumhuriyet'in de deyim yerindeyse ayak sesleri duyulmaya başlamıştır.

Fransa'da V. Cumhuriyet'in temel anayasal-kurumsal belgesi olan 1958 Anayasası, ülkenin II. Dünya Savaşı'ndaki direnişinin sembol komutanı olan Charles De Gaulle'ün inisiyatifinde ve ileride De Gaulle'ün ilk başbakanı olacak Michel Debré tarafından kaleme alınmıştır. Charles De Gaulle daha 1946 Anayasası'nın kaleme alınma sürecinde parlamenter hükümet sistemine olan şüpheciliğini belli etmiştir. Bu hususun bir yansıması olarak De Gaulle, kurumsal yapısından hoşnut olmadığı IV. Cumhuriyet Dönemi'nde politikadan uzak kalmayı tercih etmiştir. Nitekim De Gaulle'e göre hâlihazırda III. Cumhuriyet'in istikrarsız hükümet örnekleri çok uzakta değilken zaten çok parçalı bir parti yapısına sahip Fransız siyasi düzeninde parlamenter sistemi tesis etmek büyük bir hata idi. Bu sebeple kendisi, Cezayir ayaklanmasının sona ermesi için Cumhurbaşkanı René Coty tarafından başbakanlığa davet edildiğinde yeni bir anayasa yapılmasını şart koştu. Söz konusu anayasa pek tabii ki saf parlamenter sistemden ayrılacak şekilde güçlü bir yü-

rütme organı tesis edecek ve Parlamento'nun teşrii ve kurumsal salahiyetini zayıflatacaktı. İşte 1958 Anayasası'nın yasama ajandasında etkin kıldığı yürütme organı karşısında zayıflattığı Fransız Parlamentosu, rasyonelleştirilmiş parlamentonun tipik örneği olarak anılmaktadır.

V. Cumhuriyet Dönemi Fransız Parlamentosu'nun rasyonelleştirilmiş karakteri, birçok açıdan olağan dışı ve dikkat çekici niteliktedir. Şöyle ki hükümete, Parlamento'nun üzerinde kanun çıkaramayacağı bir alanda mahfuz asli düzenleyici işlem yapma yetkisinin verilmesi, cumhurbaşkanının Millî Meclis'i takdiri olarak feshetme yetkisinin olması, bakanlar kuruluna kanun çıkarılabilecek konularda ikincil kanun/kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi, yasama ajandasını belirlemede inisiyatifin hükümette olması, yasama sürecinde Senato'nun hükümetin kararıyla aşılabilmesi, hükümete yönelik güven oylamasında sadece güvensizlik oylarının sayılması hep birer parlamentonun rasyonelleştirilmesi mekanizmasıdır. Bununla birlikte 1958 Anayasası Fransız Hükümeti'ne Parlamento karşısında öylesine bir koz vermektedir ki söz konusu usulün işletilmesi sonucunda bir kanun teklifi Millî Meclis'te oylanmadan kabul edilmiş sayılmaktadır. Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen ve nükleer seçenek olarak da anılan ilgili mekanizmaya göre Hükümet bir kanun teklifini Millî Meclis nezdinde güvenine bağlar ise 24 saat içerisinde gündeme alınan bir güvensizlik önergesi Meclis üye sayısının salt çoğunluğu ile kabul edilmediği takdirde teklif Millî Meclis'te kabul edilmiş sayılmaktadır. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasının işletilmesi durumunda, 24 saat içerisinde verilen bir güvensizlik önergesi kapsamında Hükümet düşürülmezse kanun teklifi Millî Meclis'ten geçmiş olmaktadır. Hükümetin inisiyatifle Parlamento'nun halk tarafından seçilen ve demokratik meşruiyeti en yoğun kanadı Millî Meclis'in baypas edilerek bir kanun teklifinin geçirilmesi aşırı nitelikte görülmekte ve demokrasi ilkesi bağlamında eleştirilmektedir. Nükleer seçenek usulü, 2023 yılında Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu olarak bilinen Sosyal Güvenliğin Finansmanının Düzenlenmesi Kanun Tasarısı'nın kabulü için işletilmiştir. Cumhurbaşkanı Macron ve Başbakan Borne, arka planı IV. Cumhuriyet Dönemi'nin çalkantılı siyasi krizlerine ve istikrarsız yönetimlerine dayanan bu usulü uygulayarak Fransız Parlamentosu'nun rasyonelleştirilmiş niteliğini ve yürütmenin gerektiğinde rasyonelleştirilmiş parlamento araçlarını kullanmada çekingen davranmayacağını gözler önüne sermiştir.

Çalışma 1958 Fransız Anayasası ve V. Cumhuriyet Dönemi ile özdeşleşen rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu araçlarını ve mekanizmalarını inceleyerek, bunlar arasında ön plana çıkan Hükümet'in *nükleer seçenek* usulünü

güncel bir örnek Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun geçirdiği yasama süreci üzerinden ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu hususta ilk olarak Fransız anayasal düzenini parlamentonun rasyonelleştirilmesi tercihinin götürdüğü süreç olarak IV. Cumhuriyet Dönemi yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkilerle siyasi gelişmeler ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise 1958 Anayasası'nın benimsediği Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu bağlamında yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler incelenecektir. Son bölümde ise Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun hayata geçirilmesi süreci üzerinden Élisabeth Borne Hükümeti'nin Anayasa m. 49/3'ü tetikleyerek Millî Meclis'i baypas etmek suretiyle söz konusu reformu kanunlaştırma süreci işlenecektir.

I. Fransız Anayasal Düzeninde Parlamentonun Rasyonelleştirilmesinin Anayasal ve Siyasi Arka Planı: IV. Cumhuriyet Dönemi

A. Parlamentonun Rasyonelleştirilmesi Kavramı

Parlamentonun rasyonelleştirilmesi veya rasyonelleştirilmiş parlamento kavramları, kanun yapma ve yürütme organını sorumlu tutma/görevden alma yetkileri törpülenmiş olan yasama organını işaret etmektedir¹. Peki, asli yetki ve işlevleri kanun yapımı ile yürütme organının denetlenmesi olan yasama organı söz konusu temel işlevlerini yerine getirmesinde sınırlandırılması yoluna neden gidilmektedir? Bu sorunun cevabı kısaca hükümet istikrarının ve etkinliğinin temin edilmesi olarak verilebilir². Nitekim 20. Yüzyılın başından itibaren parlamentoların diğer organlar karşısında sahip oldukları bağımsızlığı ve özerkliği suiistimal ederek hem kendisini hem de yürütme organını işlevsiz ve çalışamaz hâle getirmeleri, parlamentonun rasyonelleştirilmesi kavramının doğmasına yol açmıştır³. Parlatmenter hükümet sistemine ev sahipliği yapan bir siyasal düzende parlamentonun yürütme organını denetlemekten ziyade onu etkisiz kılacak ve hatta ortadan kaldıracak şekilde faaliyet göstermesi karşısında yasama-yürütme arasındaki kurumsal dengeyi sağlayacak ve hükümet işlevini etkinleştirecek birtakım kurumsal mekanizmalara yer verilmesi, parlamentonun rasyonelleştirilmesinin temelini oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle saf bir parlamen-

¹ Aalt Willem Heringa, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law* (6th edn, Eleven 2021) 400.

² Heringa (n 1) 400; Norman Dorsen and others, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (2nd edn, West Publishing 2010) 252.

³ Bkz. Dorsen and others (n 2) 252.

ter sistem içerisinde sağlanması oldukça zor veya kırılabilir olacak parlamenter çoğunluğun oluşturacağı olumsuzluk/istikrarsızlık, rasyonelleştirilmiş parlamenterizm araçları ile telafi edilmekte ve dengelenmektedir⁴.

Geleneksel yasama-yürütme ilişkileri açısından teşrii yetkilerle donatılmış güçlü bir yürütme organı veya hükümetin varlığı, yasama organının teşrii yetkilerinin yürütme lehine zayıflatılması yönünde birtakım kuşku ve emareleri de beraberinde getirir⁵. Bununla birlikte parlamentonun rasyonelleştirilmesi kavramı ile söz konusu geleneksel anlayış da değişikliğe uğramıştır. Nitekim parlamentonun rasyonelleştirilmesi kavramı, geleneksel kuvvetler ayrılığı ilkesinin tipolojisi ile örtüşmemektedir. Hatta modern anlamda kuvvetler ayrılığı ilkesinin tipik görünümü olan Amerikan anayasal düzeni dahi parlamentonun rasyonelleştirilmesi kavramına ve bu kavramın araçlarına uzaktır. Nitekim parlamentonun rasyonelleşmesinde yasama organının teşrii ve kurumsal kabiliyetinin yürütme organı lehine zayıflatılması söz konusudur. Bu husus ise kaçınılmaz olarak yasama ve yürütme organı arasındaki kurumsal ve işlevsel dengenin törpülenmesine yol açacaktır. Bununla birlikte belirttiğimiz bu hususun dayanağı metinsel veya normatif niteliktedir. Halbuki parlamentonun rasyonelleştirilmesi mekanizmalarının siyasi düzenlere entegre edilmesinin arka planında anayasal ve siyasi gelişmeler ile uygulamalar yatmaktadır. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi parlamentonun rasyonelleştirilmesine zemin hazırlayan etmenler, yasama organı bünyesindeki siyasi partilerin ihtirasları ve kurumsallıktan uzak parti sistemlerinin verdiği zararlar ekseninde ortaya çıkan ve parlamentoya şüpheyle bakılmasını sağlayan gelişmeler olmuştur⁶. Yürütme organının yasama organı üzerinde belirli bir seviyede kontrolünün olması ve yasama sürecinde inisiyatifini haiz olması tercihinin de bu şekilde yer verilmiştir⁷. Kısaca parlamentonun rasyonelleşmesi kavramı ve tercihinin öncülü, yine bizzat parlamentonun var olan anayasal düzen içerisindeki irrasyonel uygulamaları olmuştur. Bu şekilde hâlihazırda irrasyonel karaktere bürünen bir parlamentoyu, birtakım anayasal mekanizmalarla ve araçlarla rasyonelleştirme tercihinin gidilmiştir. Söz konusu rasyonelleştirme mekanizmaları ve araçları da siyasi dü-

⁴ Bkz. Andrew Knapp and Vincent Wright, *The Government and Politics of France* (5th edn, Routledge 2006) 142.

⁵ Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing 2011) 224.

⁶ Cindy Skach, 'Political Parties and Constitution' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 882.

⁷ Skach (n 6) 882.

zen içerisinde yürütme organına verildiği için parlamentonun rasyonelleşmesi aynı zamanda hem metinsel/normatif düzlemde hem de uygulamada yürütme organının parlamento karşısında güçlenmesi sonucunu da doğurmuştur.

Günümüz modern demokrasileri arasında parlamentonun rasyonelleştirilmesinin tipik örneği Fransa'dır. Günümüzde de hâlen yürürlükte olan 1958 Fransız Anayasası veya Fransız V. Cumhuriyeti, parlamentonun rasyonelleşmesinin en çarpıcı örneği olarak karşımıza çıkmaktadır⁸. Fransa'da hükümet krizleri ve istikrarsızlıkları ile geçen IV. Cumhuriyet Dönemi sonunda bir de Mayıs 1958 Cezayir Ayaklanması patlak vererek iç savaş tehdidinin ortaya çıkması, 1946 Anayasası'nın ve IV. Cumhuriyet'in sonunu hazırlamıştır. Nitekim söz konusu dönem meydana gelen siyasi krizlerin asli sorumlusu olarak 1946 Anayasası ve Fransız Parlamentosu gösterilmiştir⁹. Esasen tıpkı bir önceki siyasi rejim dönemi olan III. Cumhuriyet gibi (1870 - 1940) IV. Cumhuriyet de parlamenter hükümet sistemini

⁸ Esasen parlamentonun rasyonelleştirilmesi uygulamalarının ilk adımları Fransız V. Cumhuriyet Anayasası'nın da öncesine dayanmaktadır. Nitekim 1919 Alman ve 1920 Avusturya Anayasaları parlamenter hükümet sisteminin rasyonelleştirilmesi / rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçlarına yer veren ilk anayasalar olarak bilinmektedir. Bununla birlikte söz konusu anayasaların rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçları benimsemelerinin sebebi Fransa'daki gibi önceki anayasa döneminde parlamento eksenli meydana gelen hükümet krizleri ve istikrarsızlıkları değil, I. Dünya Savaşı sonrası geçilen cumhuriyet rejimlerine İngiliz parlamenter sistem anlayışını entegre etmek amacıyla İngiliz sisteminin hâlihazırda anayasal konvansiyon olarak yer verdiği parlamenter uygulamaları birer anayasa metni haline getirme arzusu yatmaktadır. Nitekim yürütme organının başbakan odaklı monist karakteri, bakanların atanması ve azledilmesi, parlamentonun feshedilmesi gibi Britanya'da yüzyıllardır süregelen anayasal konvansiyonlar/teamüllere ilişkin prensipler söz konusu cumhuriyet anayasalarında birer anayasal kural hâlinde yer bulmuşlardır. Yine süregelen anayasal konvansiyonlar ve Avam Kamarası seçimleri için uygulanan dar bölge çoğunluk seçim sisteminin İngiliz siyasi düzeninde istikrarlı hükümetlere yol açması karşısında söz konusu anayasal konvansiyonlardan ve seçim sisteminden mahrum olan Kıta Avrupası devletleri, I. Dünya Savaşı sonrasında anayasal yapılarını inşa ederken yasa-yürütme organları arasındaki ilişkileri detaylandırma yoluna gitmişlerdir. Bu şekilde İngiliz tipi parlamenter hükümet sisteminin konvansiyonel/teamüli unsurları kaideye bağlanarak sınırlandırılmıştır. Bu sebeple rasyonelleştirilmiş parlamenter hükümet sistemi karşılaştırmalı anayasa hukuku öğretisinde aynı zamanda sınırlandırılmış parlamenter hükümet sistemi (constrained parliamentarism) olarak da anılmaktadır. Bkz. Denis Baranger and Christina Murray, 'Systems of Government' in Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (Routledge 2013) 77-79; Anthony W Bradley and Cesare Pinelli, 'Parliamentarism' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 654-656; Jenny S Martinez, 'Horizontal Structuring' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012) 556-557; Cindy Skach, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic* (Princeton University Press 2005) 30 vd.

⁹ Knapp and Wright (n 4) 49.

benimsemiş ve esas iktidar olarak hem Cumhurbaşkanı seçen hem de Hükümetin siyasi sorumlu olduğu Parlamento'yu belirlemiştir¹⁰. Bununla birlikte yine III. Cumhuriyet Dönemi olduğu gibi IV. Cumhuriyet Dönemi de hükümet istikrarsızlıklarının baş gösterdiği ve siyasetçilerin kriz dönemlerinde sistemi işler durumda tutacak kurumsal uzlaşmayı sağlamaktan aciz kaldığı bir dönem olarak hatırlanmaktadır¹¹. Nihayetinde sık sık ortaya çıkan hükümet bunalımları, kısa ömürlü koalisyon hükümetleri ve askeri başarısızlıklar; IV. Cumhuriyet'in terk edilerek yeni bir anayasa etrafında kurumsal ve yönetsel düzeyde reform düşüncesinin filizlenmesine ve hayata geçirilmesine yol açmıştır.

B. Fransa'da Parlatonun Rasyonelleştirilmesinin Kurumsal Arka Planı: IV. Cumhuriyet Dönemi

1. Fransız Siyasi Tarihinde IV. Cumhuriyet'e Giden Sürece Kısa Bir Bakış

Fransız anayasal tarihi, her ne kadar en köklü ve etkisi en muazzam anayasacılık hareketlerinden birisini barındırır da bir o kadar çatışmalar, krizler ve çelişkiler ile de anılmaktadır. Nitekim 1789 Fransız Devrimi'nin anayasal etkisi ve paradigması çok çabuk meyvelerini vermiş olsa da Fransız demokrasinin tam anlamıyla istikrarlı bir anayasal ve siyasi karaktere bürünmesi 200 seneyi bulmuştur¹². Nitekim 1789 Devrimi'nden 1958 Anayasası'nın kabul edilmesine dek Fransız siyasi tarihi, parlamenter demokrasiden otoriter/mutlakiyetçi rejime uzanan bir yönetsel yelpazeyi yansıtan en az 15 anayasaya tanıklık etmiştir¹³. Aslı başlangıç noktası ve ilk adımları 1789 Devrimi'nin anayasal belgeleri olan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile 1791 Anayasası olan Fransız anayasal tarihinde, günümüze dek gelen süreçte gerek monarşi gerekse cumhuriyet rejimi çatısı altında birçok yönetim sistemi kabul edilmiştir. Gerçekten de 1776 yılında temelleri atılmaya başlayan ve hep siyasi istikrar ile anılan Amerikan anayasal tarihinin aksine Fransız anayasal tarihi; devrimler, ihtilaller ve iç savaşlar üreten uzun süreli siyasi ve anayasal istikrarsızlar ile anılır olmuştur¹⁴.

¹⁰ Knapp and Wright (n 4) 11.

¹¹ Knapp and Wright (n 4) 11.

¹² Sophie Boyron, *The Constitution of France: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2013) 7.

¹³ Martin A Rogoff, *French Constitutional Law: Cases and Materials* (2nd edn, Carolina Academic Press 2014) 3.

¹⁴ Boyron (n 12) 7 Nitekim Amerikan Devrimi ile Amerikan Bağımsızlık Savaşı'nın ürünü olan 1787 Amerikan Anayasası hâlen yürürlüktedir.

Fransız anayasal tarihi, aynı zamanda toplam 5 Cumhuriyet dönemine ev sahipliği yapmıştır. Fransız ülkesinde ilk defa Cumhuriyetin kurulduğu 1792 senesinde Napoléon Bonaparte'ın Fransız İmparatoru olduğu 1804 senesine dek geçen süre I. Cumhuriyet olarak anılmaktadır. Dönemin Fransız Kralı Louis Phillipe'in tahtan çekilip Cumhuriyetin ilan edildiği ve Napoléon Bonaparte'ın yeğeni olan Louis Napoléon Bonaparte'ın Cumhurbaşkanı seçildiği 1848 senesinden Cumhurbaşkanı Louis Napoléon Bonaparte'ın kendisini imparator ilan ederek monarşi rejimine geçilen 1852 senesi arasındaki dönem II. Cumhuriyet olarak anılmaktadır. Fransa'nın ağır mağlubiyeti ile sonuçlanan Fransa-Prusya Savaşı (1870-1871) sırasında Cumhuriyetin yeniden ilan edildiği 1870 senesinden Hitler Almanya'sının Fransa'yı işgal ettiği 1940 senesine kadar süren dönem III. Cumhuriyet olarak anılmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasında yeni Fransız Anayasası'nın yürürlüğe girdiği 1946 senesinden Charles De Gaulle inisiyatiyle hazırlanan yeni anayasanın yürürlüğe girdiği 1958 senesine dek geçen dönem IV. Cumhuriyet olarak anılmaktadır. Nihayet günümüzde hâlen yürürlükte olan 1958 Anayasası dönemi Fransa'sı da V. Cumhuriyet olarak anılmaktadır¹⁵. Buna göre Fransa, hâlihazırda 1958 Anayasası'nın tesis ettiği V. Cumhuriyet dönemini yaşamaktadır¹⁶.

¹⁵ Fransa'da monarşi 18. yüzyıl boyunca kendisini yenileyemediği gibi halktan gelen özgürlükler, sosyal adalet ve demokratik katılım odaklı talepleri karşılamakta da yetersiz kalmıştır. Başka bir ifadeyle Fransız mutlak monarşisi 18. yüzyıl içerisinde temenni edilen anayasal reformu gerçekleştirilememiştir. Sene 1789'u gösterdiğinde o döneme dek Kralın danışma organı hüviyetinde faaliyet gösteren ve soylular ile ruhban sınıfının temsil edildiği Birinci Meclis ve İkinci Meclis'in yanında halk zümresinin temsil edildiği Parlamento'nun üçüncü kanadı Üçüncü Meclis (Third Estate) kendisini ülkenin tek Milli Meclis'i ilan ederek Fransız Devrimi'nin fitilini ateşlemiştir. Devrim akabinde Fransa'da hâlihazırda İngiltere'de uygulanan anayasal monarşi tesis edilerek Kralın Milli Meclis ile bir arada hükmetmesi prensibi getirilmiştir. 1791 senesinde anayasal monarşi ve tek meclisli bir parlamento öngören Fransa'nın ilk yazılı anayasası kabul edilmiştir. Bununla birlikte söz konusu İngiliz tipi bir anayasal monarşi uygulamasına 1792 yılında son verilmiştir. O yıl Kral XVI. Louis'nin yetkileri elinden alınmış, yeni seçilen Ulusal Konvansiyon daha sonra I. Cumhuriyet olarak anılacak cumhuriyeti ilan etmiştir. 1793 yılında ise Kral idam edilmiştir. Akabinde Cumhuriyet rejimi öngören 1793 Anayasası hazırlanmış ancak söz konusu anayasanın yürürlüğe girişi ertelenmiştir. Mevcut Ulusal Konvansiyon Yönetimi, ülkede baş gösteren şiddet olayları karşısında tartışmalı hâle gelmiştir. Nitekim bu dönem içerisinde Devrim karşıtlarına sıfır tolerans politikası uygulandığı gibi hepsi monarşi ile yönetilen ve Fransa'da yeniden monarşiyi tesis etmeye çalışan diğer Avrupa devletlerine karşı da Devrim Savaşları yürütülmekteydi. Söz konusu katı yönetim dönemine 1794 yılında son verilerek iktidar daha ılımlı olan bir Ulusal Konvansiyon'a aktarılmıştır. İzleyen süreçte ise Fransa, her biri ilan edildiği yılın adıyla anılan ve git gide daha otoriter yönetimlere yer veren devrim anayasalarının varlığına şahit olmuştur. Bu bağlamda günümüzde İsviçre'de uygulanan direktoryal hükümet sistemini (directory -Türkiye'de meclis hükümeti sistemi olarak bilinir -) benimseyen ve III. Yıl Anayasası olarak da bilinen 1795 Anayasası ön plana çık-

Fransız siyasi tarihindeki her bir cumhuriyet döneminin başlangıcı ve son bulması önemli sosyo-politik gelişmeler sonucunda söz konusu olmuştur. Yine V. Cumhuriyet'e dek vuku bulan rejim değişiklikleri de yeni cumhuriyet döneminin başlamasına veya sona ermesine sebep olmuştur. Nitekim 1792 yılında ilk defa monarşinin ilga edilip cumhuriyetin ilan edilmesi I. Cumhuriyet'in doğmasına, Napoléon Bonaparte'in Fransız İmparatorluğu'nu kurup tahta geçmesi ise I. Cumhuriyet'in ortadan kalkmasına yol açmıştır. Akabinde 44 yıl süren monarşik yönetimin 1848 yılında ortadan kaldırılıp cumhuriyete geçilmesi II.

maktadır. Söz konusu anayasa çift meclisli bir parlamentonun yanında yürütme organı olarak resmî adı Direktuar (Directory) olan 5 kişilik yöneticiler kurulu ön görmektedir. Sene 1799'a geldiğinde ise Fransız Devrim Savaşları sırasındaki başarıları ile ön plana çıkan genç bir general olan Napoléon Bonaparte tarafından gerçekleştirilen darbenin ardından 1799 Anayasası ya da diğer adıyla VIII. Yıl Anayasası yürürlüğe girmiştir. Söz konusu anayasa üç meclisli Parlamento'nun yanında yürütme organını 3 kişiden oluşan bir yürütme kurulu olan Konsüllük (Consulate) makamına vermiştir. Sene 1802'ye geldiğinde ise Napoléon'a ömür boyu birinci konsül unvanı verilmiş ve yetkileri X. Yıl Anayasası'nda düzenlenmiştir. 1804 yılında ise Birinci Konsül Napoléon, kendisini imparator ilan etmiş ve bu şekilde Fransa'da monarşinin yeniden tesis edilmesi neticesinde I. Cumhuriyet Dönemi sona ermiştir. Görüldüğü üzere I. Cumhuriyet Dönemi'nde kabul edilen anayasalar adlandırılırken Cumhuriyet'in ilanı olan 1792 yılı milat olarak kabul edilmiştir. Napoléon Savaşları sonucunda Fransa'nın yenilgiye uğraması üzerine ise 1814 yılında Avrupa devletlerinin Fransa'da yeniden Bourbon Hanedanlığı'nı tahta geçirmesi sonucunda Devrim öncesinde etkin olan Bourbon Monarşisi yeniden tesis edilmiştir. 1830 yılında ise Kral X. Charles tahtından indirilerek söz konusu monarşik yönetim yerini Temmuz Monarşisi olarak adlandırılan ve Bourbon Hanedanlığı'nın Orleans koluna bırakmıştır. Bu bağlamda Fransız tahtına, selefinin aksine ülkede liberal bir anayasal monarşi tesis eden Louis Philippe geçmiştir. Bununla birlikte 1848 Devrimi akabinde Louis Philippe'in tahtan indirilerek cumhuriyetin ilan edilmesi üzerine Fransa'da II. Cumhuriyet Dönemi başlamıştır. Aynı zamanda Napoléon Bonaparte'in yeğeni olan Louis Napoléon Bonaparte Cumhurbaşkanı olarak seçilmiştir. Bununla birlikte Louis Napoléon Bonaparte 1851 yılında kendisini ömür boyu cumhurbaşkanı ilan etmiş, 1852 yılında ise III. Napoléon olarak taç giyerek Fransız hükümdarı olmuştur. Bu şekilde Fransa'da 1852 yılı itibarıyla II. Cumhuriyet Dönemi de son bularak II. İmparatorluk Dönemi başlamıştır. II. İmparatorluk Dönemi'nin sona ermesi ise Fransa'nın bozguna uğramasıyla sonuçlanan Fransız-Prusya Savaşı sırasında 1870 yılında gerçekleşmiştir. III. Napoléon'un hükümdarlığının son bulduğu söz konusu sene Fransa'da cumhuriyet ilan edilerek III. Cumhuriyet Dönemi başlamıştır. III. Cumhuriyet Dönemi ise Hitler Almanya'sının Fransa'yı işgal edip ülkenin iç kesimlerinde otoriter ve işbirlikçi Vichy yönetimini göreve getirdiği 1940 yılında sona ermiştir. 1944 Normandiya Çıkarması akabinde Fransa'daki Alman işgalinin son bulması üzerine Vichy hükümeti ve Alman karşıtı direnişçi General Charles De Gaulle yönetiminde geçici hükümet kurulmuştur. 1945 yılında II. Dünya Savaşı'nı Müttefik Devletler'in kazanması üzerine yürürlüğe giren 1946 Anayasası ile birlikte de Fransa'da IV. Cumhuriyet Dönemi başlamıştır. IV. Cumhuriyet Dönemi'nin başlaması ile De Gaulle'ün başı çektiği geçici hükümetin de görevi sona ermiştir. De Gaulle'ün siyaset arenasına dönmesi ise Fransa'da siyasi istikrarsızlıkların, askeri başarısızlıkların ve yönetim krizlerinin git gide zirve noktasına ulaştığı 1958 yılında gerçekleşmiştir. Söz konusu yıl 1958 Anayasası'nın kabul edilip yürürlüğe girmesi üzerine Fransa'da IV. Cumhuriyet Dönemi sona ermiş ve günümüzde de devam eden V. Cumhuriyet Dönemi başlamıştır. Heringa (n 1) 85-86.

¹⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Boyron (n 12) 8-19.

Cumhuriyet'in kurulmasına ön ayak olmuştur. Söz konusu Cumhuriyetin Cumhurbaşkanı Louis Napoléon Bonaparte'ın 1852 yılında kendisini hükümdar ilan etmesi ise II. Cumhuriyet'in sonunu getirmiştir. Prusya ile yapılan savaşta bozguna uğramakta olan Fransa'da Louis Napoléon Bonaparte'ın (III. Napoléon) tahttan indirilerek 1870 yılında yeniden cumhuriyet rejimine geçilmesi ise III. Cumhuriyet'in başlangıcı olmuştur. Dikkat edileceği üzere, burada yeni cumhuriyet dönemlerine geçilmesinde monarşi-cumhuriyet arası geçişler asli etken olmuştur. III. Cumhuriyet'in sonunu getiren olay ise Hitler Almanya'sının 1940 yılında Fransa'yı işgal ederek Atlantik kıyıları haricindeki kısımlarda Nazi yanlısı Vichy Hükümeti tesis etmesi olmuştur. II. Dünya Savaşı sonrası galip gelen Müttefik Devletlerin bir üyesi olan Fransa'da 1946 yılında kabul edilip yürürlüğe giren Anayasanın yeni bir cumhuriyet dönemini başlatmasının arka planında yatan sebep budur. Halbuki V. Cumhuriyet'e geçiş, süregelen bir monarşi rejiminin ilgası ya da ülke topraklarında vuku bulan işgalin bitmesi gibi bir hadiseye dayanmamaktadır. Yine de 1946 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönem meydana gelen büyük çaplı siyasi ve askeri olaylar, yeni bir anayasa etrafında yeni bir cumhuriyet dönemine geçilmesi sonucunu doğurmuştur.

Fransız IV. Cumhuriyeti birçok özelliğiyle II. Dünya Savaşı öncesindeki III. Cumhuriyet siyasi düzeninin restorasyonu niteliğindedir¹⁷. Nitekim Fransa'daki en uzun cumhuriyet dönemine ev sahipliği yapan ve 1875 tarihli Anayasal Kanunlar etrafında şekillenen III. Cumhuriyet Dönemi parlamenter hükümet sistemi odaklı bir yönetim biçimi öngörmüştü¹⁸. Nitekim 1875 Anayasal Kanunları, anayasal monarşinin parlamentarizm unsuru ile Fransız Devrimi'nin cumhuriyetçi unsurunu harmanlamaktaydı¹⁹. Günümüz Fransız anayasal sisteminden farklı olarak III. Cumhuriyet Dönemi'nde Parlamento'nun kanatları Temsilciler Meclisi ve Senato'nun teşrii ve

¹⁷ Heringa (n 1) 86.

¹⁸ Boyron (n 12) 15; Rogoff (n 13) 3; Heringa (n 1) 86.

¹⁹ Boyron (n 12) 15; III. Fransız Cumhuriyeti'nin yönetim esaslarının yürürlüğe girmesi, III. Napoléon'un tahtan indirilip cumhuriyet rejimine geçilmesinden beş yıl sonra gerçekleşebilmiştir. 1875 yılı içerisinde toplam yedi aylık bir sürede kabul edilen üç anayasal kanun ile daha sonra da Fransız anayasacılığı için referans noktası olacak parlamenter demokrasinin esasları belirlenmiştir. Buna göre yürütme organı tıpkı günümüz Fransa'sında olduğu gibi Cumhurbaşkanı ve Hükümetten oluşmaktaydı. Fransız Parlamento için de tıpkı günümüzdeki gibi üyeleri halk tarafından doğrudan seçilen Temsilciler Meclisi ve üyeleri çoğunlukla dolaylı/iki dereceli seçimle belirlenen Senato'dan oluşan iki kanatlı bir yasama organı yapıları öngörülmüştü. Parlamento'nun kanatları tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın bu yönüyle demokratik meşruiyeti daha sınırlıydı. 1879 yılından itibaren ortaya çıkan Başbakan veya Bakanlar Kurulu Başkanı hükümetin başı konumundaydı. Boyron (n 12) 15.

hükümetin hesap verilebilirliğini sağlama yetkileri aynı şekildeydi²⁰. Bununla birlikte yetmiş yıl gibi uzunca bir süre ayakta kalmasına rağmen III. Cumhuriyet Dönemi genellikle düzenli olarak parlamenter çoğunluğu sağlayamayan, istikrarsız ve güçsüz hükümetlere ev sahipliği yapmıştır²¹. Hükümetin Parlamento'nun iki meclisine de karşı sorumlu olması, aynı zamanda istikrarsız ve parlamento üzerinde kontrolden sağlamaktan aciz etken bir faktördü; nitekim bu dönemde Senato tarafından yedi kez hükümetin düşürüldüğüne şahit olunmuştur²². Yine III. Cumhuriyet Dönemi'nde ardı sıra kurulan hükümetler karşısında, teşrii programların ve kanunların ahenkli bir şekilde uygulanması oldukça zor hâle gelmiştir²³.

Her ne kadar siyasi-ekonomik toparlanma yönünde önemli gelişmelere gebe olarak II. Dünya Savaşı sonunda büyük tahribe uğramış Fransa'nın restorasyon dönemi olarak anılsa da²⁴ IV. Cumhuriyet esasen daha başlangıcından itibaren çok sevilen bir rejim olmamıştır (*la mal aimée*²⁵). Şöyle ki IV. Cumhuriyet'in makus kaderinin daha geçiş aşamasından itibaren vuku bulduğunu görmekteyiz²⁶. Nitekim ilk Kurucu Meclis tarafından hazırlanan ve 249'a karşı 309 oyla 19

²⁰ Boyron (n 12) 15.

²¹ Boyron (n 12) 15; Rogoff (n 13) 3.

²² Boyron (n 12) 15-16.

²³ Boyron (n 12) 16.

²⁴ Beş yıl süren işgal savaş ve işgal sonucunda endüstrisinin ve ulaşım ağının çoğu mahvolan, pek çok konutun ve tarım alanının hasar gördüğü Fransa'da 1945-1958 yılları arasında muazzam bir yeniden yapılanma dönemi yaşanmıştır. Aynı zamanda modernleşme dönemi olarak da adlandırılan söz konusu reform döneminde enflasyon düşürülmüş ve finansal istikrar tesis edilmiştir. Bu şekilde Fransız ekonomisi uluslararası rekabete uygun bir hüviyete büründürülmüştür. IV. Cumhuriyet Dönemi aynı zamanda sosyal politikaların hayata geçirildiği ve vatandaşların refahının yükseltildiği bir dönem olarak da anılmaktadır. Nitekim kapsamlı sosyal güvenlik sistemi, çalışanlara haftanın üçte birisini kapsayacak ücretli izin/tatil, asgari ücret, sendikaların tanınması ve etkin olması gibi sosyal politikaların temelleri hep IV. Cumhuriyet Dönemi'nde atılmıştır. Yine 1957 Roma Antlaşması ile Kömür ve Çelik Birliği aracılığıyla Avrupa entegrasyonunun başlaması, NATO üyeliği, geleneksel düşman Almanya ile ilişkilerin düzelmesi, kolonilerden çekilme sürecinin başlaması ve kolonilerin bağımsızlıklarını kazanması (1954'te Hindistan, 1956'da Fas ve Tunus) IV. Cumhuriyet Dönemi'nde vuku bulmuştur. Yine siyasi arenada da IV. Cumhuriyet, genel olarak yetkin ve dürüst politikacılarla anılmaktadır. Nitekim bu dönemde Fransa'da tahmin edilemeyen bir sosyal ve ekonomik kalkınma meydana gelmiştir ki söz konusu dönemde Fransız siyaseti bir yandan Moskova/Sovyet etkisindeki sol politikacılardan, diğer taraftan da düzen isteyen ancak hükümetleri aksatan çoğunluğu De Gaulle taraftarı sağ politikacılardan teşekkül etmekteydi. Böylesine bir siyasi kompozisyonda IV. Cumhuriyet Dönemi'nin Fransa'yı ayağa kaldıran kazanımları göz ardı edilemez. Knapp and Wright (n 5) 49-50.

²⁵ Knapp and Wright (n 4) 50.

²⁶ John Bell, *French Constitutional Law* (Oxford University Press 1992) 11.

Nisan 1946 yılında kabul edilen taslak anayasa metni, 5 Mayıs 1946 tarihinde yapılan halkoylamasında %52,8 oy oranıyla reddedilmiştir²⁷. Geniş yetkileri olan tek meclisli bir yasama organı öngören taslak anayasa metni Komünistler, Sosyalistler ve Komünizm yanlısı MURF (Fransız Birleşik Direniş Hareketi - Mouvements unis de la Résistance) tarafından desteklenmiş; buna karşın denetler ve dengeler sistemi, güçlü yürütme organı veya iki meclisli yasama organından biri ya da birkaçını isteyen diğer parti ve gruplarca (söz gelimi merkeze yakın Hıristiyan Demokrat Cumhuriyetçi Halk Hareketi - Mouvement Républicain Populaire) söz konusu taslağa karşı çıkmıştır²⁸. Ağırlıklı olarak sol kanada yakın kişilerden oluşan Kurucu Meclis'in hazırladığı taslak, III. Cumhuriyet döneminde de uygulanan parlamenter hükümet sistemini benimsemekte ve sosyo-ekonomik haklar da dahil olmak üzere geniş bir hak kataloğuna yer vermemekteydi²⁹. Bununla birlikte söz konusu hususlar açısından Kurucu Meclis'teki gruplar arasında belirgin bir anlaşmazlık olmamış, asıl ihtilaf parlamentonun tek meclisli mi çift meclisli mi olması gerektiği hususunda ortaya çıkmıştır³⁰.

Tarihler 13 Ekim 1946'yı gösterdiğinde bu kez ikinci anayasa taslağı için halkoylaması yapılmıştır. Bu anayasa taslağı ise İkinci Kurucu Meclis tarafından 106'ya karşı 440 oy ile kabul edilmiştir³¹. Söz konusu halkoylamasında kullanılan geçerli oyların %53,2'sinin evet oyu yönünde çıkması üzerine yeni anayasa kabul edilmiş; ancak anayasa metninin sadece 1 milyon farkla kabul edilmesi ve yaklaşık 24.500.000 seçmenin 7.700.000'ünün oy vermeyerek halkoylamasına katılım oranının %67,6'da kalması dikkatlerden kaçmamıştır³². Henüz kabul aşamasında gözlemlenen bu isteksizlik ve ihtilaflar, Anayasa'nın ileride çıkabilecek herhangi bir siyasi kriz karşısında ne kadar kırılğan olabileceği hakkında az çok ipucu vermektedir³³. 27 Ekim 1946 tarihinde giren bu yeni anayasa ile Fransa'da da resmen IV. Cumhuriyet Dönemi başlamış oldu³⁴. Bir önceki taslağın

²⁷ Charles A Micaud, 'The Launching of the Fourth French Republic' (1946) 8 The Journal of Politics 292, 303.

²⁸ Micaud (n 27) 303.

²⁹ Bell (n 26) 11.

³⁰ Micaud (n 27) 303-304.

³¹ Nack Young An, 'President Vincent Auriol and External Affairs' (1969) 22 Parliamentary Affairs 258, 258.

³² Stephen Tierney, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation* Stephen Tierney (Oxford University Press 2012) 307; Young An (n 31) 258.

³³ Bell (n 26) 11.

³⁴ Boyron (n 12) 16.

aksine yürürlüğe gire anayasanın III. Cumhuriyet Dönemi'nde de görüldüğü gibi *Milli Meclis* ve *Cumhuriyet Konseyi* şeklinde iki meclisli bir yasama organına yer verdiğini görmekteyiz³⁵. Yine 1946 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı ve Başbakan nezdinde Hükümetten (resmî adıyla Bakanlar Kurulu) oluşan iki kanatlı bir yürütme organı benimsediğini gözlemlemekteyiz. III. Cumhuriyet Dönemi'ndeki gibi aslî politika belirleyen organ Parlamento olarak kalmakla birlikte; söz konusu dönemde yaşanan siyasi istikrarsızlıkların yaşanmaması adına Parlamento'nun üst kanadının hükümeti görevden alma yetkisinin elinden alındığını, Milli Meclis'e Cumhuriyet Konseyi kaynaklı kanun değişikliklerini engelleme yetkisi verildiğini ve Hükümetin Milli Meclis nezdinde sorumluluğuna gidilerek görevden alınmasının katı usuli kurallara tabi tutulduğunu görmekteyiz³⁶.

2. IV. Cumhuriyet Dönemi'nin "Kroniği": Hükümet İstikrarsızlığı

Hem parlamenter demokrasiye yer vermesi hem de istikrarsız ve parlamento üzerinde kontrolden aciz hükümetlere tanıklık etmesi açısından IV. Cumhuriyet Dönemi'nin kaderi de tıpkı III. Cumhuriyet Dönemi gibi olmuştur³⁷. III. Cumhuriyet Dönemi'nde bir hükümetin ortalama ömrü 8 ay 10 gün gibi çarpıcı bir süreden ibaret idi³⁸. 27 Ekim 1946 ila 4 Ekim 1958 arasında yürürlükte olan 1946 Anayasası'nın tesis ettiği IV. Cumhuriyet Dönemi'nde ise Fransa toplam 18 başbakana ve 26 hükümete ev sahipliği yapmıştır³⁹. Nitekim IV. Cumhuriyet Dönemi'nde bir hükümetin ortalama ömrü 7 aydan kısa olup, sa-

³⁵ Boyron (n 12) 16.

³⁶ Boyron (n 12) 16-17.

³⁷ Heringa (n 1) 86.

³⁸ Roy C Macridis, 'Cabinet Instability in the Fourth Republic (1946-1951)' (1952) 14 *The Journal of Politics* 643, 643; Hatta II. Dünya Savaşı'na 20 sene kala baş gösteren sosyal ve ekonomik meseleler siyasi krizleri daha da derinleştirmiş ve hükümetlerin ömürleri çok daha çarpıcı seviyelere ulaşmıştır. Macridis.

³⁹ Söz konusu 18 kişilik liste, başbakanlar veya 1946 Anayasası'nda kullanılan terimiyle bakanlar kurulu başkanları açısından 28 Ekim 1946 tarihinde göreve başlayan Vincent Auriol ile başlayıp IV. Cumhuriyet'in son başbakanı olan ve bu göreve 1 Haziran 1958 tarihinde başlayan Charles de Gaulle ile sona ermektedir. Nitekim hâlihazırda De Gaulle Başbakan iken 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile Fransa'da 4 Ekim 1958 tarihinde V. Cumhuriyet Dönemi başlamıştır. IV. Cumhuriyet Dönemi'nde başbakanlık görevi yapmış Paul Ramadier, Robert Schuman, Henri Queuille, Georges Bidault, René Pleven, Edgar Faure ve Joseph Laniel birden fazla hükümet içerisinde başbakanlık/bakanlar kurulu başkanlığı görevlerinde bulunmuştur. Bu sebeple söz konusu dönemde kurulan hükümet sayısı da toplamda 26 olmuştur. Bu konu için ayrıca bkz. Boyron (n 12) 17; Bell (n 26) 11; John McCormick, Rod Hague and Martin Harrop, *Comparative Government and Politics: An Introduction* (12th edn, Bloomsbury Academic 2022) 198.

dece Henri Queuille ve Guy Mollet bir seneden fazla başbakanlık yapabilmişlerdir⁴⁰. Bu hususa bir de IV. Cumhuriyet Dönemi Fransız Kolonilerinin bağımsızlıklarını kazanma süreci eklenince, yaşanan siyasi ve askeri krizler git gide derinleşerek IV. Cumhuriyet'in meşruiyeti ve ömrü törpülenmiştir⁴¹.

Hükümet istikrarsızlıkları aslında sadece IV. Cumhuriyet Dönemi'nin değil, genel olarak Fransız siyasi hayatının geleneksel bir karakteristik olgusu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴². Yukarıda da belirttiğimiz gibi kısa süreli hükümetler, III. Cumhuriyet Dönemi'nin de oldukça sık gözlemlenmiştir. IV. Cumhuriyet Dönemi'nin karakteristik özelliği olan istikrarsız hükümetlerin öncelikle Parlamento'daki çok parçalı siyasi parti yapısından kaynaklandığını söyleyebiliriz. Seneler 1951'yi gösterdiğinde Fransız seçmenlerin yarısının oy verdiği partilerin mevcut rejime karşı tutum sergilemesi büyük bir sorun teşkil etmekteydi⁴³. Bunun yanında Parlamento nezdinde sisteme dahil olan veya rejimle herhangi bir problemi olmayan Sosyalistler, Radikaller, Hristiyan Demokratlar, Muhafazakârlar ve diğer küçük partiler/gruplar istikrarlı hükümetler veya parlamenter çoğunluklar oluşturmaktan aciz nitelikte bölünmüş durumdaldı⁴⁴.

IV. Cumhuriyet Dönemi'nde Fransız Parlamentosu'nun üyeleri halk tarafından seçilen alt kanadı Milli Meclis'in üyelerinin seçiminde nispi temsil sistemi benimsenmesi, hiçbir siyasi partinin Parlamento'da hükümeti kuracak çoğunluğa sahip olamamasında asli etkenlerden birisiydi. Başka bir deyişle benimsenen seçim sistemi sebebiyle IV. Cumhuriyet Dönemi'nde Milli Meclis'teki siyasi yelpazenin görünümü, parlamenter çoğunluğu sağlamaktan uzak olan çok sayıda irili ufaklı parti şeklindeydi⁴⁵. Fransız siyasi tarihinde genel seçimler için nispi temsil sistemi, ilk defa IV. Cumhuriyet Dönemi'nde uygulanmıştır⁴⁶.

⁴⁰ Knapp and Wright (n 4) 50; Nitekim IV. Cumhuriyet Dönemi'nde en uzun süren hükümet 1 Şubat 1956 - 12 Haziran 1957 tarihleri arasında faaliyet gösteren Guy Mollet Hükümeti olmuştur. Bell (n 26) 11.

⁴¹ Heringa (n 1) 86.

⁴² Macridis (n 38) 643.

⁴³ Knapp and Wright (n 4) 50.

⁴⁴ Knapp and Wright (n 4) 50.

⁴⁵ Boyron (n 12) 17.

⁴⁶ Bernard Owen and Maria McKey-Rodriguez, *Proportional Western Europe: The Failure of Governance* (Palgrave Macmillan 2013) 173; 1789 yılında çıkarılan bir kararname ile 745 koltuğu bulunan Parlamento'nun her bir üyesinin seçimi için belirlenen dar bölgelere eşlik eden 3 türlü dolaylı bir seçim sistemi benimsenmişti. 1848 yılında ise her biri tek milletvekili çıkaran seçim bölgelerinin iller (les départements français) olması kabul edilmiştir. Yine seçim

Tercih edilen seçim sisteminin bir yansıması olarak koalisyon hükümetleri kaçınılmaz olmakla birlikte parlamenter çoğunluğun yaklaşık üçte birinin mevcut rejime antipati besleyen partilerden teşekkül etmesi karşısında⁴⁷, hükümetlerin ancak geri kalan parti gruplarının büyük bir kısmının desteğini haiz durumunda ayakta kalabileceği bir siyasi konjonktür ortaya çıkmıştır⁴⁸. Bununla birlikte söz konusu partiler de önemli görüş ayrılıklarına sahip oldukları için uzun vadede böylesine bir desteğin varlığı söz konusu olamamış ve ülke bir hükümet krizinden diğerine sürüklenmiştir⁴⁹.

Fransa'da 1946 Millî Meclis Seçimleri'nde benimsenen seçim sistemi 5 Ekim 1946 tarihinde kabul edilen bir kanuna (Law n° 48-2151) dayanmaktaydı⁵⁰. Söz konusu seçim sistemi, her bir ilin seçim çevresi olduğu, adayların seçim listeleri içerisinde seçildiği ve herhangi bir seçim barajı öngörmeyen bir nispi temsil sistemiydi⁵¹. Millî Meclis için toplamda 618 üyelik öngören seçim sistemi nispi temsilin bir türü olan ve en yüksek ortalama usulüne dayanan D'Hondt sistemiydi⁵². 1946 Anayasası'nın 27 Ekim'de yürürlüğe girmesini müteakip 10 Kasım günü yapılan Millî Meclis Seçimi'nde söz konusu seçim sistemi uygulanmıştır. Söz konusu seçimde Fransız Komünist Partisi (Parti Communiste Fran-

sistemi de çok üyeli/listeli çoğunluk sistemi olarak değiştirilmiştir. 1852 yılında ise parlamento seçimlerinde iki turlu dar bölge/tek üyeli çoğunluk sistemi uygulanmıştır. 1871 yılında ise söz konusu seçim sistemi yerini illerin her birinin seçim bölgesi olduğu iki turlu çoğunluk sistemine bırakmıştır. 1875 yılından 1936 yılına dek ise iki istisna dışında iki turlu dar bölge/tek üyeli çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Bu istisnalardan ilkinde 1885 genel seçimlerinde yine iki turlu ancak listeli çoğunluk sistemi uygulanmıştır. İkinci istisna olarak ise 1914-1918 aralığındaki iki genel seçimde illerin her birinin seçim bölgesi olduğu üç aşamalı karma seçim sistemi (mixed three-stage system) uygulanmıştır. Söz konusu sistem uyarınca milletvekilliklerinin belirlenmesinde ilk aşamada geçerli oyların mutlak çoğunluğunu alan adaylar seçiliyordu. İkinci aşamada ise seçim kotasını yakalayan adaylar seçilmiş oluyordu. Üçüncü aşamada ise geçerli oylar bazında en yüksek ortalamaya ulaşan adaylar milletvekili seçiliyordu. Owen and McKey-Rodriguez 173.

⁴⁷ IV. Cumhuriyet Rejimi'ne karşı söz konusu partiler Komünistler ve Gaulistler idi. Ian Campbell, 'French Fourth Republic', *Oxford Reference* (Oxford University Press) <<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110810104932582>> accessed 20 September 2024.

⁴⁸ Bell (n 26) 11.

⁴⁹ Bell (n 26) 11.

⁵⁰ Simon Toubeau, 'Electoral System Change in Europe since 1945: France' *Electoral System Change in Europe since 1945 2* <https://www.electoralsystemchanges.eu/Files/media/MEDIA_211/FILE/France_summary.pdf> accessed 17 September 2024.

⁵¹ Toubeau (n 50) 2.

⁵² Toubeau (n 50) 4.

çais - PCF) kullanılan geçerli oyların %28,26'sını alarak Millî Meclis'in 182 üyeliğini kazanmıştır. Seçimi ikinci sırada bitiren merkez sağ / Hristiyan demokrat Cumhuriyetçi Halk Hareketi (Mouvement Républicain Populaire - MRP) ise oyların %25,96'sını alarak 173 milletvekili kazanmıştır. Günümüz Fransız Sosyalist Parti'nin selefi olan Fransız İşçi Enternasyonal Bölümü (Section française de l'Internationale ouvrière - SFIO), oyların %17,87'sini alarak 102 milletvekili çıkarmıştır. Muhafazakâr Cumhuriyetçi Özgürlük Partisi (Parti républicain de la liberté - PRL) oyların %12,94'ünü alarak 72 milletvekili kazanırken Cumhuriyetçi Sol Hareket İttifakı (Rassemblement des gauches républicaines - RGR) ise oyların %11,12'sini alarak 69 milletvekili kazanmıştır⁵³. Hiçbir siyasi partinin parlamenter çoğunluğu elde edemediği seçim sonuçları büyük bir sorunsalı da beraberinde getirmekteydi: IV. Cumhuriyet'in ilk başbakanı kim olacaktı ve hükümeti hangi partiler kuracaktı?

IV. Cumhuriyet'in kurulması akabinde Millî Meclis seçimleri için benimsenen nispi temsil seçim sistemi o dönem ülke genelinde en iyi örgütlenen ve yapılanmış siyasi parti Komünist Parti'nin lehine idi⁵⁴. Hâlihazırda 1946 Anayasası'nın kaleme alınmasında ve kabul edilmesinde de Sol İttifak (Left-Wing Alliance) etkili olmuştu⁵⁵. Bu koşullar altında yine bir sol koalisyon hükümetinin kurulması kolaylıkla tahmin edilebilirdi. Nihayetinde Kasım 1946 Genel Seçimi'nde ülke genelinde en çok oya ve Millî Meclis nezdinde en çok sandalyeye Komünist Parti sahip olmuştu. Bununla birlikte Millî Meclis'teki partiler Komünist Parti lideri Maurice Thorez liderliğinde bir hükümet kurulmasına yanaşmadılar. Sonunda Fransız İşçi Enternasyonal Bölümü lideri Léon Blum'un başkanlığında sol partiler destekli bir hükümet kuruldu⁵⁶. O dönem yavaş yavaş kendisini göstermeye başlayan Soğuk Savaş'ın etkisiyle Parlamento'da farazi olarak hükümet kurabilecek parti havuzu da git gide küçülmüş oldu: Nitekim sol görüşlü partiler arasındaki ittifak Soğuk Savaş'ın etkisiyle dağıldı⁵⁷. Sovyetler Birliği'ne yakın Komünist Thorez'in başbakan olamayıp partisi Millî Meclis'teki üçüncü büyük parti olmasına rağmen Batı Bloğu'na yakın Sosyalist Blum'un

⁵³ Bkz. 'November 1946 French Legislative Election' (*Wikipedia*, 26 July 2024) <https://en.wikipedia.org/wiki/November_1946_French_legislative_election> accessed 20 September 2024.

⁵⁴ Toubreau (n 50) 3.

⁵⁵ Boyron (n 12) 17.

⁵⁶ Macridis (n 38) 647.

⁵⁷ Boyron (n 12) 17.

başbakan olması bunun en çarpıcı örneklerinden birisidir⁵⁸. Kabinesi tamamen Fransız İşçi Enternasyonal Bölümü / Sosyalist üyelerinden oluşan Blum Hükümeti, cumhurbaşkanlığına Vincent Auriol'un seçilmesi akabinde 22 Ocak 1947 tarihinde yerini başka bir Sosyalist Hükümet olan Paul Ramadier Hükümeti'ne bırakmıştır⁵⁹. İlerleyen dönemde ise Fransız siyasi tarihi sık sık kabine değişikliklerine sahne olacaktı.

IV. Cumhuriyet'in ilk parlamento dönemi olan Aralık 1946 - Haziran 1951 arasındaki 5 yıllık zaman diliminde Fransız siyaseti tam 8 kabineye tanıklık etmiştir⁶⁰. Bu husus bize ömrü bir yıldan az hükümetleri işaret etmektedir. Nitekim IV. Cumhuriyet'in 1. Parlamento Dönemi'nde bir kabinenin ortalama ömrü sadece 6,5 aydan biraz fazla olmuştur⁶¹. İlk olarak Ramadier Kabinesi'nde yer alan Komünist Parti'nin 5 Mayıs 1947 itibarıyla hükümetteki faaliyetleri sona ermiş ve parti bir daha herhangi bir koalisyon hükümetinde yer almamıştır⁶². Nitekim Soğuk Savaş'ın ortaya çıkmasıyla Mayıs 1947'den itibaren Komünist Parti üyelerinin koalisyon hükümetlerinde yer alması imkân dahilinde görülmemiş ve arzu edilmemiştir⁶³. Bu şekilde koalisyonda yer alabilecek parti marjı ister istemez daraldığı için hükümeti oluşturan siyasi partilerin de siyasi yelpazenin merkezinde bulunan partilerden teşekkül etmesi yoluna gidilmiştir⁶⁴. Bu hususun diğer bir yansıması da koalisyon hükümetlerinde yer alacak partilerin belirlenmesinde, merkez partilerin almak istedikleri destek odağının sol partilerden muhafazakâr ve sağ partilere kayması olmuştur⁶⁵. Nitekim Sosyalist/Sosyal Demokrat Rama-

⁵⁸ Nitekim 16 Ocak 1947 tarihinde de başka bir Sosyalist Vincent Auriol Cumhurbaşkanı seçildi. 1946 Anayasası'nın 29 maddesi 'Cumhurbaşkanı Parlamento tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı 7 yıllık bir süre için seçilir. Halihazırda seçilmiş birisi bir kez daha cumhurbaşkanı seçilebilir' ibarelerine yer verilmekteydi. 1946 Fransız Anayasası'nın tam metni için bkz. 'Constitution de 1946, IVe République | Conseil constitutionnel' <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>> accessed 5 October 2024; 1946 Fransız Anayasası'nın İngilizce çevirisi için bkz. 'French Constitution of 1946' (Wikisource, 20 September 2024) <https://en.wikisource.org/wiki/French_Constitution_of_1946#Article_29> accessed 23 September 2024.

⁵⁹ Bkz. Macridis (n 38) 647-648.

⁶⁰ Macridis (n 38) 643.

⁶¹ Macridis (n 38) 647.

⁶² Tuong-Vi Tran, 'The Failure of the French Tripartite Experiment in May 1947' (2012) 42 European History Quarterly 261, 261; Macridis (n 38) 651.

⁶³ Boyron (n 12) 17.

⁶⁴ Boyron (n 12) 17; Macridis (n 38) 651.

⁶⁵ Macridis (n 38) 651.

dier'in (SFIO) Kabinesi'ni (22 Ocak 1947 - 19 Kasım 1947) Hristiyan Demokrat (MRP) Robert Schuman'ın Kabinesi (24 Kasım 1947 - 19 Temmuz 1948), Sosyal Liberal (RGR) André Marie'nin Kabinesi (26 Temmuz 1948 - 27 Ağustos 1948), Hristiyan Demokrat (MRP) Schuman'ın Kabinesi (5 Eylül 1948 - 7 Eylül 1948), Sosyal Liberal (RGR) Henri Queuille'in Kabinesi (11 Eylül 1948 - 5 Ekim 1949), Hristiyan Demokrat Georges Bidault'nun (MRP) Kabinesi (28 Ekim 1949 - 24 Haziran 1950), Sosyal Liberal (RGR) Henri Queuille'in Kabinesi (2 Temmuz 1950 - 4 Temmuz 1950), Sosyalist/Sosyal Demokrat (SFIO) René Pleven'in Kabinesi (12 Temmuz 1950 - 28 Şubat 1951) ve nihayetinde Sosyal Liberal (RGR) Henri Queuille'in Kabinesi (10 Mart 1951 - 10 Temmuz 1951) izlemiştir⁶⁶.

IV. Cumhuriyet'in 1. Parlamento Dönemi'nde bu denli yoğun bir kabine sirkülasyonunun varlığı ve hükümetin kısa süreli olması dikkatlerden kaçmamıştır. Burada pek tabii ki Parlamento'nun irili ufaklı çok sayıda partiden teşekkül etmesi asli etken olmuştur. Nitekim 1. Parlamento Dönemi Millî Meclis kompozisyonunda bir partinin parlamenter çoğunluğa sahip olması bir yana iki partili bir koalisyon hükümeti dahi imkânsıza yakındı. Nitekim yaklaşık iki yüz elli sandalyeye sahip merkezin solunda ve sağında yer alan Sosyalistler (SFIO) ile Hristiyan Demokratlar (MRP) rahat bir parlamenter çoğunluğa ulaşmaktan uzaktı⁶⁷. Bu kombinasyona Cumhuriyetçi Sol Hareket İttifakı içerisinde seçime giren ve 44 sandalyesi olan Sosyalist-Radikal Parti ile yine Cumhuriyetçi Sol Hareket İttifakı bünyesinde yer alan 27 sandalyeli Demokratik Sosyalist Direniş Birliği (Union démocratique et socialiste de la Résistance - UDSR) eklenince parlamenter çoğunluk ancak sağlanabiliyordu⁶⁸. Bununla birlikte söz konusu bölünmüş parlamenter kompozisyonda teşekkül eden partilerin siyasi olarak farklı yelpazelere ve kanatlara ait olması istikrarlı hükümetlerin oluşmamasında önemli bir etken olmuştur. Nitekim IV. Cumhuriyet Dönemi ile özdeşleşen kısa süreli ve istikrarsız kabinelerin arka planında Millî Meclis'teki parti grupları arasında hükümete destek eksekinde varılan uzlaşmanın geçici ve anlık olması yatmaktadır⁶⁹. IV. Cumhuriyet

⁶⁶ Bkz. Macridis (n 38) 647-648; Görüldüğü üzere söz konusu kabinelerden bazıları teknik olarak iki veya üç kabine ya da hükümet şeklinde teşekkül etmiştir. Söz gelimi 22 Ocak 1947 - 19 Kasım 1947 tarihleri arasında Paul Ramadier teknik olarak iki hükümete başbakanlık yapmıştır. Bkz. 'Les Chefs Du Gouvernement Depuis La IIIème République' (*Site du Premier ministre - portail du Gouvernement français*) <<https://web.archive.org/web/20030424225704/http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=15274>> accessed 26 September 2024.

⁶⁷ Macridis (n 38) 651.

⁶⁸ Macridis (n 38) 651.

⁶⁹ Macridis (n 38) 651.

Dönemi'nde hükümeti oluşturan ve hükümete destek veren parlamentodaki çoğunluğun partiler nezdinde geçişken ve kırılabilir olması, hükümetlerin de kısa ömürlü olmasına yol açmıştır. Nitekim iç veya dış politikaya ilişkin önemli bir kararı alarak uygulama aşamasında hükümetler çoğu zaman Parlamento'nun güvensizlik oyu ile karşılaşmışlardır⁷⁰. Bu şekilde Parlamento'daki çoğunluk da kendisini dağıtarak yeniden yapılandırma şeklinde kısır bir döngüye girmiştir⁷¹.

IV. Cumhuriyet Dönemi'nin daha başında kendisini gösteren hükümet istikrarsızlığı ile sık sık dağılarak yenisi kurulan kabineler pek tabii ki yukarıda da belirttiğimiz üzere benimsenen nispi temsil sisteminin bir sonucu olarak Parlamento'nun çok parçalı yapıda teşekkül etmesinin bir yansımasıydı. Bununla birlikte 1946 Anayasası Dönemi'nin bir nevi kronik unsuru olan istikrarsız hükümetleri tamamen Millî Meclis seçimlerinde benimsenen seçim sistemine bağlayamayız. Şöyle ki sık sık kabine değişikliklerine sahne olan bir siyasi sistemde genel seçimlerde uygulanan seçim sisteminin ötesinde anayasal ve kurumsal düzenlemelerin de bu denli bir istikrarsızlığa cevaz verdiğini ya da başka bir deyişle engel olmadığını söylememiz gerekir. Nitekim dikkat çekeceği üzere IV. Cumhuriyet'in 1. Parlamento Dönemi'nde bu denli hükümet istikrarsızlıkları ve kabine krizleri söz konusu olmuşken Millî Meclis bir kez dahi feshedilememiştir. Hâlbuki parlamenter hükümet sisteminin asli unsurlarından birisi bu tip hükümet krizlerinde veya

⁷⁰ Boyron (n 12) 17.

⁷¹ Komünist Parti'nin daimi muhalefete geçişi ile her ne kadar Sosyalistler ve Hristiyan Demokratlar kendilerini siyasi yelpazenin daha merkezinde bulsalar da bu husus hükümet krizlerinin önüne geçememiştir. Söz gelimi Ramadier Kabinesi her ne kadar birçok güven oylamasından başarılı bir şekilde ayrılmış olsa da hem partisi SFIO'nun kendisine mesafe koymasından hem de hükümet ortağı MRP'nin bir sosyalist hükümetin desteklenmesinden ve bundan da de Gaulle'ün menfaat sağlamasından duyduğu rahatsızlıktan ötürü istifaya mecbur bırakıldı. Schuman Kabinesi ise esasen daha muhafazakâr milletvekillerinden teşekkül etse de esasen Ramadier Kabinesi'ni destekleyen partiler tarafından desteklendi. Bununla birlikte Schuman Hükümeti de askeri harcamaların kısılması üzerine Sosyalistlerle yaşanan basit bir anlaşmazlık sonucunda Sosyalistlerin teklifine Komünistlerin destek vermesi ve hükümet önerisi yerine başka bir önerinin kabul edilmesiyle sona erdi. Schuman'ın söz konusu gelişme üzerine istifası akabinde kurulan Radikal-Sosyalist Marie Hükümeti de Schuman Hükümeti'ni destekleyen partiler tarafından desteklendi. Bununla birlikte Marie Hükümeti de ücret artışı ve sosyal mevzuat üzerine Sosyalistlerle yaşanan anlaşmazlık sonucu SFIO'nun desteğini çekmesi üzerine sona erdi. Queuille ve Bidault Hükümetleri de benzer şekilde sendikal haklar, toplu sözleşme, memurlara yapılacak ödemeler gibi kapsamlı sosyal içerikli politikalar üzerinde yaşanan anlaşmazlıklar üzerine dağıldı. Aslında burada teknik olarak bir hükümetin dağılmasından sonra yerine kurulan hükümetin yine hemen hemen aynı çoğunluğun desteğine dayanarak kurulması, ancak önceki hükümetin dağılmasına dayanak olan politikanın değiştirilmeyecek yeni hükümet tarafından makyajlanarak sunulması söz konusu idi. Bu şekilde yeni hükümetin de dağılması kaçınılmaz hâle gelmekteydi. Bkz. Macridis (n 38) 653-657.

istikrarsızlarında parlamentonun feshedilerek yeniden genel seçimlere gidilmesini temin eden mekanizmalar bulunmasıdır⁷². Yine diğer bir göze çarpan husus da IV. Cumhuriyet'in 1. Parlamento Dönemi'nde hükümetin teşrii ajandasını ve kurumsal bütünlüğünü destekleyen parlamenter çoğunluk veya koalisyon ortağı siyasi partiler çok rahat bir şekilde var olan hükümet nezdindeki desteklerini çekmişler ve başbakanları istifaya zorlamışlardır. Bunu da tamamen çok partili yasama organı yapısına bağlamak yanlış olur. Nitekim böyle bir durumda da anayasal ve kurumsal düzenlemelerin hükümetin varlığına devam etmesinde birtakım güvenceleri içermekten aciz kaldığını söyleyebiliriz.

Bir siyasi düzende kabine veya hükümet değişikliklerinin altında yatan esas sebep, halkın ve siyasi partilerin derin bir şekilde ayrıldığı politik meselelerde ortaya çıkan görüş ayrılıklarından ziyade var olan kurumsal düzenlemeler sayesinde marjinal azınlığın nicesel gücüne kıyasla çok daha fazla etki oluşturmasıdır⁷³. IV. Cumhuriyet Dönemi hükümet istikrarsızlıkların çanak tutan husus da 1946 Anayasası'nın yürütme organını yasama organı karşısında aciz bırakan veya yürütme karşısında yasamanın elini güçlendiren düzenlemeleri olmuştur. Bu şekilde parlamentodaki en küçük parti grupları bile var olan hükümetlerin düşürülmesi veya başbakanların istifaya zorlanmasında etkin olmuşlardır. Mevcut rejime karşı olan partileri (De Gaullecüler ve Komünistler) çıkardığımızda geriye kalan partiler bir koalisyon hükümeti kurabilseler de kısa süre içerisinde yeni bir kabine alternatifi sunmadan hükümetin düşürülmesine de vesile olmuşlardır⁷⁴. 1946 Anayasası'nın tercih ettiği ve Fransız Cumhuriyetçi geleneğinde var olan *güçlü yasama zayıf yürütme* Millî Meclis'teki çok bölünmüş yapı içerisinde partilerin gittikçe zayıflamasına ve parlamenter çoğunluğun kırılma sorularına çare olamamıştır⁷⁵. Kaldı ki bu husus sadece yürütme organını değil yasama organını da olumsuz etkilemiştir. Şöyle ki her ne kadar 5 senelik olağan parlamento dönemini herhangi bir fesih veya erken seçim olmadan tamamlasa da Fransız Parlamentosu da çok bölünmüş, kaygan ve kırılma siyasi yapı içerisinde kanunların kabulü için gerekli olan çoğunluğu bulmakta zorlanabilmiştir. Başka bir deyişle IV. Cumhuriyet'in anayasal ve kurumsal düzenlemeleri Parlamento'nun da etkinliğine halel getirmiştir⁷⁶. Sonuç olarak Fransız siyaseti Sosyalistler, Radikaller, Hristiyan Demokratlar, muhafazakârlar

⁷² Bkz. Heringa (n 1) 252-254.

⁷³ Macridis (n 38) 643.

⁷⁴ Bell (n 26) 11.

⁷⁵ Knapp and Wright (n 4) 50.

⁷⁶ Bell (n 26) 11.

ve diğer küçük partiler etrafında yönetsel olarak savrulmuştur⁷⁷. Bununla birlikte aynı husus bakanlar açısından söz konusu olmamış ve IV. Cumhuriyet Dönemi'nde birtakım kilit bakanlık görevlerini yapma süresi genel olarak kabine/hükümet sürelerinden iki katı fazla olmuştur⁷⁸. Bu şekilde kamu hizmetleri de partizan odaklıdan ziyade bürokrasi odaklı yürütülmüş ve bu çalkantılı dönemde bile Fransız ekonomisi büyümeye devam etmiştir⁷⁹.

IV. Cumhuriyet Dönemi görülen hükümet istikrarsızlığında 1946 Anayasası'nın çizdiği kurumsal yapıyı yansıtan yasama-yürütme ilişkilerinin etken olduğunu söyleyebiliriz⁸⁰. Bir kere 1946 Anayasası bir yetki kanununa dayanarak hükümete kararname çıkarma yetkisi tanımamıştır. Başka bir ifadeyle, parlamenter hükümet sisteminde yürütme organının tipik teşrii/işlevsel yetkilerinden olan ikincil kanunlar/kanun hükmünde kararnamelerden (*décret-loi*) Fransız Hükümeti mahrumdu. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesi "*Kanunlar Millî Meclis tarafından kabul edilir. Söz konusu yetki devredilemez.*" ifadesine yer vermektedir. Burada Parlamento'nun alt kanadı Millî Meclis'e ayrı bir başlık açmak gerekir. Nitekim 1946 Anayasası yasama faaliyetinde gerek teklif gerekse değişiklik ve kabul aşamalarında münhasır olarak Millî Meclis'i yetkilendirmiştir⁸¹. Nitekim Anayasa'nın 14. maddesi şu şekildedir:

"Bakanlar Kurulu Başkanı ve Parlamento üyeleri kanun teklifi verebilirler.

Millî Meclis üyeleri tarafından verilen kanun teklifleri Millî Meclis Sekreterliği'ne havale edilir.

Cumhuriyet Konseyi üyeleri tarafından verilen kanun teklifleri Konsey Sekreterliği tarafından kaydedildikten sonra Millî Meclis Sekreterliği'ne görüşme yapılmaksızın gönderilir. Söz konusu teklifler gelirlerde azalmaya veya harcamalarda artışa yol açıyorsa kabul edilmez."

⁷⁷ Bkz. Knapp and Wright (n 4) 50.

⁷⁸ Macridis (n 38) 648.

⁷⁹ Bell (n 26) 12; Gerçekten de bir kabineden diğerine hızlı geçişlere sahne olan IV. Cumhuriyet Dönemi bununla birlikte bakanlık istikrarı (ministerial stability) ile de anılmaktadır. Şöyle ki koalisyon partilerinin hükümet içerisindeki pozisyon ve konumu yer değiştirse veya farklı bir siyasi partiye mensup bir başbakan atansa da Dış İşleri, İç İşleri, Maliye, Tarım gibi bakanlıklarda aynı kişilerin bakan olması esas benimsenmiştir. Söz gelimi hükümet hangi partilerden teşekkül ederse etsin Schumann (1948 - 1953) ve Bidault (1947 - 1948, 1953 - 1954) uzunca süre dış işleri bakanlığı yapmışlardır. Bkz. Macridis (n 38) 648.

⁸⁰ Macridis (n 38) 644.

⁸¹ Macridis (n 38) 644.

Hükümde dikkat çeken ilk husus Parlamento'nun üst kanadı Cumhuriyet Konseyi üyelerinin vermiş olduğu kanun tekliflerinin doğrudan Millî Meclis'e havale edilmesidir. Buna göre Cumhuriyet Konseyi üyelerinin vermiş olduğu teklifler de tıpkı Millî Meclis üyeleri tarafından verilen teklifler gibi ilk olarak Millî Meclis'te oylanmaktadır. Millî Meclis tarafından kabul edilmeyen bir teklifin ise Cumhuriyet Konseyi önüne gelmesi mümkün değildir. Yine 1946 Anayasası parlamenter hükümet sisteminin tipik bir unsuru olan başbakan aracılığıyla hükümet adına teklif verilmesi usulüne de yer vermiştir. Görüldüğü üzere IV. Cumhuriyet Dönemi Fransız kanun yapım sürecinde Parlamento'nun baskın kanadı Millî Meclis'tir.

IV. Cumhuriyet Dönemi'nde görülen hükümet istikrarsızlıklarının diğer bir kurumsal ve anayasal sebebi olarak kabinenin oluşumu ve başbakan ile bakanların göreve başlama usulü gösterilmektedir⁸². Gerçekten de 1946 Anayasası, Kabinenin kurulumu ve Bakanlar Kurulunun göreve başlamasını detaylı ve birçok adımı kapsayacak şekilde düzenlemiştir. Anayasa'nın bu husustaki 45. maddesinin ilgili ilk üç fıkrası şu şekildeydi:

“Her bir parlamento döneminin başlangıcında Cumhurbaşkanı, bu hususta geleneksel olan gerekli müzakereleri yaptıktan sonra Bakanlar Kurulu Başkanı (Başbakan) belirler. Bakanlar Kurulu Başkanı oluşturmak istediği kabine programı ve politikasını Millî Meclis'in onayına sunar.

Bakanlar Kurulu Başkanı ile Bakanlar, yapılacak açık oylama sonucunda milletvekillerinin mutlak çoğunluğunu elde ederek Millî Meclis nezdindeki güven güven oyunu haiz olmadığı sürece Cumhurbaşkanı tarafından atanmazlar. Millî Meclis'in toplanmasına engel olabilecek nitelikteki mücbir sebep hâlleri saklıdır.

Söz konusu usul, parlamento dönemi içerisinde ölüm, istifa ve görevin sona ermesiyle sonuçlanan diğer hâller durumunda da uygulanır. Bu hususta 52. madde hükümleri (parlamentonun feshedilmesi) saklıdır.”

Görüldüğü üzere 1946 Anayasası, bir hükümetin göreve başlamasını tam olarak beş ayrı aşamanın gerçekleşmesine bağlamıştı⁸³: İlk olarak genel seçimler sonrası oluşan parlamenter yelpaze karşısında gerekli fikir alışverişlerini ve

⁸² Bkz. Macridis (n 38) 645.

⁸³ Macridis (n 38) 645.

müzakereleri yaptıktan sonra Cumhurbaşkanı aynı zamanda milletvekili olan bir siyasi parti liderini mevcut siyasi koşullar altında bir hükümet kurup kuramayacağına araştırması (*mission d'information*) için görevlendirmektedir. Cumhurbaşkanı Millî Meclis nezdinde bir hükümet kurulup kurulamayacağını araştırmak üzere görevlendirdiği kişi aslında kendince de hükümet kurmaya en yakın olan milletvekilidir. Yani görevlendirilen milletvekili aynı zamanda parlamenter atmosferin ve dinamiklerin kendisinin başbakan olmasına cevaz verip vermeyeceğini de araştırmaktadır. Eğer söz konusu kişi Cumhurbaşkanı bu hususta olumlu dönüş yaparsa ikinci aşama başlamaktadır. Bu aşamada Cumhurbaşkanı Anayasa'nın da 45. maddesinin ilk fıkrasında belirtildiği üzere söz konusu kişiyi resmî olarak başbakan belirlemektedir. Üçüncü aşamada ise Cumhurbaşkanı tarafından başbakan olarak belirlenen kişi arzu ettiği kabine politikasını ve programını Millî Meclis'in onayına sunmaktadır. Başbakan olarak belirlenen kişi (*prime-minister designated*) yapılan oylama sonucunda Millî Meclis'in mutlak çoğunluğunun oyunu kazandığı takdirde artık resmî olarak başbakan sıfatını haiz olmaktadır. Dördüncü aşama ise başbakan tarafından kabinenin kurulma aşaması olup belki de en çetin aşamadır. Son olarak ise Başbakan ve kabinesinin göreve başlaması için Millî Meclis nezdinde açık olarak yapılan güven oylaması gelmektedir. Söz konusu oylamada ancak milletvekillerinin mutlak çoğunluğunu kazanması durumunda başbakan ve bakanlar görevlerine başlayabilmektedir. Görüldüğü üzere 1946 Anayasası başbakan ve bakanların atanmasını yeterli görmemekte ve kabinenin göreve başlaması için Millî Meclis'in mutlak çoğunluğu olması gereken bir güven oyu şartı aramaktadır.

Görüldüğü üzere 1946 Fransız Anayasası'na göre bir kabinenin kurulması ve hükümetin göreve başlaması çetrefilli aşamalara tabi iken hükümetin güvensizlik oyu ile düşürülmesi ise gayet basitti. Pek tabii ki güvensizlik oyu da birtakım sıkı usullere tabiydi⁸⁴. Bununla birlikte gerek hükümetin bizzat güven istemesi gerekse Millî Meclis'in hükümete güvensizlik oyu vermesi durumlarında Milli Meclis'in salt çoğunluğunun bu yöndeki oyu mevcut hükümetin sona ermesi için yeterliydi. Nitekim Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrası "*Millî Meclis'teki milletvekillerinin mutlak çoğunluğu tarafından güven istemi reddedilmedikten sonra kabine görevden alınamaz.*" ifadesine yer vermekteydi. Anayasa'nın gensoruyu düzenleyen 50. maddesinin ikinci fıkrası da benzer şekilde "*Gensoru önergesi ancak Millî Meclis'teki milletvekillerinin mutlak çoğunluğu*

⁸⁴ Boyron (n 12) 17.

tarafından kabul edilebilir.” ifadesine yer vermektedir. Gerek hükümetin güven isteminin reddedilmesi gerekse de hükümete karşı gensoru önergesinin kabul edilmesinin ise otomatik sonucu m. 49/3 ve m. 50/1 uyarınca “*kabinenin kolektif istifası*” idi. Anayasa’nın benimsediği hükümetin göreve başlama usulünün uygulamadaki sonucu ise çarpıcı olmuştur. Nitekim IV. Cumhuriyet’in 1. Parlamento Dönemi’nde 15 siyasi lidere Cumhurbaşkanı tarafından kabineyi oluşturup oluşturamayacağına araştırılması istenmiş, bunlardan 13’ü Başbakan olarak belirlenmiş, bunlar arasından 11’i Millî Meclis tarafından yetkilendirilmiş, bunlardan 9’u kabineyi Millî Meclis’e sunabilmiş, bunlar arasından ise sadece 7’si Millî Meclis’teki güven oylamasından başarıyla ayrılarak görevine resmen başlayabilmiştir⁸⁵. Görüldüğü üzere her bir aşamadan başarıyla çıkmak, bir sonraki aşamada daha fazla parlamento içi ve dışı baskıyı beraberinde getirmiş ve söz gelimi başbakanın yetkilendirilmesinde olumlu oy veren Fransız milletvekillerinin bazıları kabineye güven oylaması öncesinde heveslerini çoktan kaybetmişlerdir⁸⁶.

Yukarıda bahsedilen hususlar IV. Cumhuriyet Dönemi Fransa’sının sık sık kabine değişikliklerine sahne olduğunu ve sürekli istikrarsız hükümetlere ev sahipliği yaptığını gözler önüne sermektedir. Peki, parlamenter hükümet sistemine ev sahipliği yapan IV. Cumhuriyet’te nasıl oldu da 1946-1951 yılları arasında hiç parlamento feshedilip Millî Meclis seçimleri yenilenmedi? Başka bir ifadeyle parlamenter hükümet sisteminin tipik unsurlarından olan ve genellikle sık gerçekleşen hükümet krizleri veya istikrarsız hükümetler üzerine işletilen parlamentonun feshi mekanizması nasıl oldu da IV. Cumhuriyet’in 1. Parlamento Dönemi’nde hiç işletil(e)memiştir? Nitekim bilindiği üzere parlamentonun feshi mekanizması parlamenter hükümet sistemlerinde yasama organının yürütme organını düşürme veya sonlandırma silahına karşılık yürütme organının yasama organı karşısında elinde bulundurduğu önemli bir kozdur. Bu şekilde parlamentonun feshedilme ihtimalini göz önünde bulundurarak yasama organı da yürütme organına karşı güvensizliğini açığa çıkarmakta daha ihtiyatlı davranabilir ve hükümetlerin süresi uzayabilir. Bununla birlikte IV. Cumhuriyet Dönemi boyunca Fransız siyasi düzeninde parlamentonun feshi mekanizmasının hiç işletilmediğini görmekteyiz. Bunun temel sebebi 1946 Anayasası’nın öngördüğü parlamentonun feshi usulünün çok katı şartlara bağlanmasıdır. Anayasa’nın 51. maddesi uyarınca:

⁸⁵ Macridis (n 38) 645.

⁸⁶ Macridis (n 38) 645.

“18 aylık bir zaman dilimi içerisinde 49. ve 50. maddelerde belirtilen koşullar dahilinde iki kabine krizi yaşanması durumunda, Millî Meclis Başkanına danıştıktan sonra Bakanlar Kurulu Millî Meclis'in feshedilmesine karar verebilir. Millî Meclis'in feshi Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanacak bir kararname ile söz konusu karara uygun olarak ilan edilir.

Bir önceki paragraftaki mekanizma parlamento döneminin ilk on sekiz ayı sona ermeden uygulanamaz.”

IV. Cumhuriyet Dönemi boyunca parlamentonun feshi usulünün neden işlemediği 1946 Anayasası'nın ilgili 51. madde hükmünden kolaylıkla anlaşılabilir. Şöyle ki her ne kadar söz konusu madde parlamentonun feshini kabine krizi durumlarında başvurulabilecek rahatlatıcı bir mekanizma olarak düzenlese de kabine krizi kavramını oldukça dar tutmuştur. Bir kere genel seçim sonrası başlayan parlamento döneminin ilk 18 ayında ne kadar hükümet değişikliği olursa olsun Millî Meclis'in feshedilerek genel seçimlerin yenilenmesi mümkün değildir. On sekiz aylık zaman diliminde IV. Cumhuriyet Dönemi boyunca ne kadar hükümet kurulduğu göz önüne alındığında söz konusu süre zarfı oldukça uzundur. Yine Anayasa'nın 45. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca *“Bakanların atanmasından itibaren on beş gün içerisinde vuku bulan kabine krizleri 51. maddenin uygulanması için sebep oluşturmaz.”* ifadesine yer vermektedir. Buna göre m. 51 kapsamında bir kabine krizi yeni kabinenin oluşumu akabindeki 15 gün içerisinde vuku bulursa yine parlamentonun feshedilmesi mümkün değildir. Peki 1946 Anayasası uyarınca kabine krizi nedir? Anayasa'nın 51. maddesi bu hususta 49. ve 50. maddeleri işaret etmiştir. Bunlardan ilki hükümetin Millî Meclis nezdinde yapmış olduğu güven isteminin reddedilmesi üzerine görevinin sona ermesi, ikincisi ise hükümetin bizzat Millî Meclis'in inisiyatifi üzerine gensoru önergesinin kabulü üzerine düşürülmesidir. Bununla birlikte Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen şekilde bir kabine krizi olmadan da bir kabine krizi olması veya hükümetin istifaya zorlanması pek tabii ki mümkündür. Nitekim Millî Meclis Hükümetin güven istemini onaylarken diğer yandan da Millî Meclis bünyesindeki yasama komiteleri/komisyonları veya bizzat Meclis Genel Kurulu nezdindeki oylamalarda Hükümetin kanun teklifini reddederek politik ajandasını bloke edebilir. Bu uygulama esasen parlamenter hükümet sistemlerinde yasama organının yürütme organına güvensizliğini en sık ortaya koyduğu usullerden birisidir. Söz konusu stratejinin başarıya ulaşmış olmadığına bakılmaksızın parlamentodaki birtakım siyasi parti grupları hükümetten desteğini çektiğini açıklamak suretiyle veya birtakım siyasi partilere mensup

bakanların taktiksel olarak istifa etmesi sonucunda hükümet istifaya zorlanabilir⁸⁷. Görüldüğü üzere belirttiğimiz bu durumların hepsi esasen birer kabine krizi olmasına rağmen 1946 Anayasası'nın 51. maddesi kapsamında birer kabine krizi olarak değerlendirilmemektedir. Başka bir ifadeyle söz konusu durumlarda parlamentonun feshedilerek Millî Meclis seçimlerinin yenilenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı olsa gerekir ki IV. Cumhuriyet Dönemi'nde Millî Meclis nezdindeki siyasi parti grupları anayasal düzlemde kriz sayılmayan söz konusu stratejileri cesurca ve kayıtsız bir şekilde uygulamaktan çekinmemişlerdir. Nitekim Ramadier, Marie ve Queuille kabineleri aynı partilere mensup bakanların bir anda kabineden çekilmeleri üzerine istifa etmek zorunda bırakılmışlardır⁸⁸. IV. Cumhuriyet Dönemi'nde parlamentonun feshi mekanizmasının işlevsiz kalmasının önemli bir yansıması da yeni kabine kurulup görevine başlayana dek esasen sona ermesine rağmen göreve devam eden *emanetçi kabinelere (caretaker cabinet/government)* sık sık rastlanılmasıdır. Nitekim birbiri ardına istifaya zorlanan bir kabineden kurulması zaman alan diğer bir yeni kabineye tanıklık eden IV. Cumhuriyet Dönemi'nin bilhassa son yılında dört günden birisi emanetçi kabinelere sahne olmuştur⁸⁹. Son olarak yapılan güven oylamasında güvensizlik oyları güven oylarından fazla olmasına rağmen Anayasa'nın şart koştuğu Millî Meclis'in mutlak çoğunluğunun (*an absolute majority of the Members of the Assembly*) sağlanamaması da parlamentonun feshine sebep olacak bir kriz olarak değerlendirilmemesine rağmen pek tabii ki başbakanın istifasıyla sonuçlanabilecek bir siyasi kriz idi⁹⁰. Buna göre 1946 Anayasası'nın lafzı karşısında Millî Meclis'in, feshedilmesine gerekçe oluşturmadan hükümet krizine mahal verebileceği pek çok seçenek vardı.

3. V. Cumhuriyet'e Doğru: IV. Cumhuriyet Dönemi Hükümet İstikrarsızlıklarına Eklenen Askeri ve Siyasi Başarısızlıklar

1946 Anayasası'nın öngördüğü parlamentonun feshi şartlarının katı olması karşısında Anayasa'nın işaret ettiği çerçevede bir kabine krizi olmadığı için IV. Cumhuriyet'in I. Parlamento Dönemi 5 sene boyunca sürmüştür. Nitekim IV. Cumhuriyet Dönemi'nin 2. Millî Meclis seçimi 17 Haziran 1951 tarihinde yapılmıştır. Bununla birlikte söz konusu genel seçim öncesi benimsenen seçim sis-

⁸⁷ Macridis (n 38) 646.

⁸⁸ Macridis (n 38) 646.

⁸⁹ Knapp and Wright (n 4) 50.

⁹⁰ Macridis (n 38) 646.

teminde değişiklikler yapılmıştır. 9 Mayıs 1951 tarihli kanun ile (Law n° 51-519) yapılan değişiklik uyarınca var olan nispi temsil sistemi terk edilerek yerine bir tür *koşullu karma sistem (Conditional mixed system)* benimsenmiştir⁹¹. Söz konusu seçim reformu siyasi partiler arası seçim ittifaklarını (*apparentement*) mümkün kılmaktaydı. Buna göre bir seçim bölgesinde tek başına seçime giren bir parti ya da bir ittifaka tabi partilerin oy oranı kullanılan geçerli oyların yarısından fazla ise oyların çoğunluğunu kazanan söz konusu parti ya da aldığı oylar oranında ittifak partileri o seçim bölgesine ait tüm temsilcileri kazanmakta idi⁹². Eğer hiçbir parti ya da ittifak kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu elde edemezse milletvekillikleri 1946 Genel Seçimi'nde de uygulanan D'Hondt (en yüksek ortalama) sistemine göre dağıtılmaktaydı⁹³. Bununla birlikte bu durum dahi ittifak partilerinin bir nebze de olsa avantajıydı. Şöyle ki bir seçim bölgesinde herhangi bir milletvekili çıkarmaya yetecek oyu alamayan partinin oyu, seçim ittifakı yaptığı partilere aktarılıyordu⁹⁴. Söz konusu seçim reformu Parlamento'da dönemin hükümeti destekleyen partileri Sosyalistler, Radikaller, Muhafazakârlar ve Hristiyan Demokratlar tarafından desteklenmiştir⁹⁵. Nitekim kabul edilen ve 1951 Genel Seçimi'nde uygulanan reformun arka planında herhangi bir ittifak yapma ihtimali düşük olan ve politik olarak izole konumda bulunan De Gaullist ile Komünist Partilerin Parlamento'da güçlenmesinin önlenmesi yatmaktaydı⁹⁶.

1951 Fransız Genel Seçimleri bir önceki gibi çok parçalı bir Millî Meclis kompozisyonu ortaya çıkarmıştır. Charles De Gaulle tarafından 1947 yılında kurulan Fransız Halk Hareketi (Rassemblement du Peuple Français - RPF) ülke çapındaki geçerli oyların %21,57'sini alarak 107 milletvekilliği kazanmıştır. Sosyalist Fransız İşçi Enternasyonal Bölümü (SFIO) kullanılan geçerli oyların 14,35'ini almasına rağmen 94 milletvekilliği kazanmıştır. Komünist Parti (PCF), ülke genelinde kullanılan geçerli oyların %26,9'unu almakla birlikte 97 milletvekili çıkarabilmiştir. Genel Seçimler'den hemen önce kurulan Bağımsızlar ve Çiftçiler Ulusal Merkezi (Centre National des Indépendants et Paysans - CNIP) kul-

⁹¹ Toubeau (n 50) 5.

⁹² Toubeau (n 50) 5; Richard Vinen, *Bourgeois Politics in France, 1945-1951* (Cambridge University Press 1995) 277.

⁹³ Toubeau (n 50) 5.

⁹⁴ Vinen (n 92) 277.

⁹⁵ Toubeau (n 50) 5.

⁹⁶ Toubeau (n 50) 5; Vinen (n 92) 277.

lanılan geçerli oyların %13,89'unu almasına rağmen 87 milletvekili çıkarmıştır. Hristiyan Demokrat Cumhuriyetçi Halk Hareketi (MRP) geçerli oyların %12,39'unu alarak 82 milletvekili kazanmıştır. Cumhuriyetçi Sol Hareket İttifakı (RGR) ise ülke çapındaki geçerli oyların %9,87'sini alarak 77 milletvekili kazanmıştır⁹⁷. Esasen *Üçüncü Kuvvet (Third Force)* olarak da bilinen ve merkezin solu ile sağına konuşlanmış Sosyalistler, Radikaller, Muhafazakârlar ve Hristiyan Demokratlar⁹⁸ bir arada hükümeti kurabilecek bir parlamenter çoğunluğu yakalayabiliyorlardı. Bununla birlikte IV. Cumhuriyet'in II. Parlamento Dönemi de tıpkı birincisi gibi sık sık kabine değişikliklerine ve başbakanlara sahne olmuştur⁹⁹. Bu dönem Sosyal Demokrat René Pleven (UDSR - RGR) Kabinesi (11 Ağustos 1951 - 7 Ocak 1952), Sosyal Liberal Edgar Faure (RGR) Kabinesi (20 Ocak 1952 - 28 Aralık 1952), Muhafazakâr Liberal Antoine Pinay (CNIP) Kabinesi (8 Mart 1952 - 23 Ağustos 1952), Sosyal Liberal René Mayer (RGR) Kabinesi (8 Ocak 1953 - 21 Mayıs 1953), Muhafazakâr Liberal Joseph Laniel (CNIP) Kabinesi (27 Haziran 1953 - 12 Haziran 1954), Joseph Laniel (CNIP) Kabinesi (12 Ocak 1954 - 12 Haziran 1954), Pierre Mendes France (RGR) Kabinesi (18 Ocak 1954 - 5 Mart 1955) ve Sosyal Liberal Edgar Faure (RGR) Kabinesi'ne (23 Mart 1955 - 24 Ocak 1956) ev sahipliği yapmıştır¹⁰⁰.

IV. Cumhuriyet'in II. Parlamento Dönemi'nde dikkatlerden kaçmayan çarpıcı husus hâlihazırda var olan hükümet istikrarsızlığına bir de peş peşe siyasi krizlerin ve askeri başarısızlıkların eklenmesidir. Söz konusu dönemde Fransa tarafından yürütülen askeri operasyonlar Fransa açısından iç açıcı sonuçlar doğurmamıştır¹⁰¹. Nitekim Fransa, peşi sıra gelen askeri başarısızlıklar üzerine Vietnam'dan 1954 yılında çekilmek zorunda kalmıştır¹⁰². Bunu Tunus ve Fas'ta süregelen bağımsızlık hareketleri üzerine 1955 yılından itibaren bu ülkelerden çekilme süreci izlemiştir¹⁰³. Anakara Fransa'sında yaşanan bu gelişmeler sınır

⁹⁷ Bkz. Wikipedia, '1951 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1951_French_legislative_election&oldid=1240068604> accessed 10 October 2024.

⁹⁸ Bkz. Macridis (n 38) 653 vd.

⁹⁹ Bkz. John D Huber and Cecilia Martinez Gallardo, 'Cabinet Instability and the Accumulation of Experience: The French Fourth and Fifth Republics in Comparative Perspective' (2004) 34 *British Journal of Political Science* 27, 28 vd.

¹⁰⁰ Bkz. 'Les Chefs Du Gouvernement Depuis La IIIème République' (n 66).

¹⁰¹ Bell (n 26) 12.

¹⁰² Bell (n 26) 12.

¹⁰³ Bell (n 26) 12.

dışı görevlerde bulunan askeri personel ile süreci Fransa'dan yönetmeye çalışan politikacıların da birbirlerini suçlayarak bunlar arasında gerilim çıkmasına sebep olmuştur¹⁰⁴. Nitekim bu dönem gerek sivil gerek askeri olsun Fransa'daki kamu görevlilerinin emir ve talimatlara bağlılığında önemli soru işaretleri ortaya çıkmış ve bilhassa Kolonilerde sahada olan sivil kamu görevlileri, Paris'ten gelen çelişkili ve sürekli değişen talimatlar karşısında kendi politikalarını uygulamakta tereddüt etmemişlerdir¹⁰⁵. Önceki iki genel seçimden çok da farklı bir sonuç ortaya koymayan ve koalisyon hükümetlerinin devamı sinyali veren 2 Ocak 1956 Millî Meclis Seçimleri¹⁰⁶ akabinde ise Fransa açısından tam bir fiyas-

¹⁰⁴ Bell (n 26) 12.

¹⁰⁵ Knapp and Wright (n 4) 50; Nitekim Fransız Devleti adına görev yapan Hindi-Çin'de General Leclerc ve Amiral Thierry d'Argenlieu, Fransız Protektorası olan Tunus'ta Jean de Hautecloque ve Fransız Protektorası Fas'ta General Juin deyim yerindeyse oldu bitti uygulamalar (faits accomplis) ile Paris'i zorda bırakan gelişmelere imza atmışlardır. Mart 1952'de Tunus Başbakanı'nın tutuklanması, Ağustos 1953'te Fas Sultanı'nın sınır dışı edilmesi, Cezayir Bağımsızlık Hareketi (Front de libération nationale - FLN) üyelerini taşıyan ve Tunus'a giden uçağa Fransız askerlerce el konulup Cezayir'de zorunlu iniş yaptırılarak FLN üyelerinin tutuklanması hep yerel makamlar tarafından alınan ve Paris'in şaşkınlıkla tepki verdiği gelişmeler olmuştur. Bununla birlikte söz konusu operasyonları Fransız Hükümeti üstlenmek durumunda da kalmıştır. Kolonilerde görev yapan liberal ve reformist kamu görevlileri, tek meseleleri Fransız Koloni yönetiminin devamını sağlamak olan yerel yönetici ve makamlarca baskıya maruz kalmışlardır. Rasyonaliteden uzak ve sorumsuzca alınarak uygulanan politikaların sonucu Fransa açısından felaket olmuştur. Bahar 1954'te Hindi-Çin'deki Dien Bien Phu'da askeri aşağılanma sayılabilecek gelişmeler üzerine Fransa, tam 92.000 kayıp ve 114.000 yaralı vererek Vietnam'dan çekilmek zorunda kalmıştır. Kasım 1954'te başlayan Cezayir Savaşı ise Fransa açısından önemli finansal kayıplara ve yönetsel zafiyetlere yol açmıştır. En az 250.000 Cezayirli'nin ölümü ile sonuçlanan Cezayir Savaşı'nda gerek askerlerin tutumu gerekse sivil otoritenin git gide askeri otoriteye kayması hem IV. Cumhuriyet Rejimi'nin moral olarak sorgulanmasına hem Fransa'nın diplomatik konumunun daha da gerilemesine hem de kamu görevlilerinin ve vatandaşların Fransız Devleti'ne olan bağlılıklarının zayıflamasına yol açmıştır. Knapp and Wright (n 4) 50-51.

¹⁰⁶ Söz konusu seçimlerde Fransız Komünist Partisi kullanılan geçerli oyların %25,89'unu alarak 147 milletvekili kazanmıştır. Bağımsızlar ve Çiftçiler Ulusal Merkezi kullanılan geçerli oyların %15,30'unu alarak 95 milletvekili kazanmıştır. Fransız İşçi Enternasyonal Bölümü geçerli oyların %15,25'ini alarak 88 milletvekili kazanmıştır. Cumhuriyetçi Halk Hareketi geçerli oyların %11,11'ini alarak 71 milletvekili kazanırken yeni ittifak olan Radikal Parti - Demokratik Sosyalist Direniş Birliği ise geçerli oyların %11,22'sini alarak Millî Meclis'e 73 temsilci göndermiştir. Bkz. Wikipedia, '1956 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1956_French_legislative_election&oldid=1244723361> accessed 13 October 2024; IV. Cumhuriyet'in 3. ve son parlamento dönemi olan bu süreç Sosyalist Guy Mollet (31 Ocak 1956 - 21 Mayıs 1957), Sosyal Liberal Maurice Bourges-Maunoury (12 Haziran 1956 - 30 Eylül 1957), Sosyal Liberal Félix Gaillard (6 Kasım 1957 - 15 Nisan 1958), Hristiyan Demokrat Pierre Pflimlin (13 Mayıs 1958 - 28 Mayıs 1958) ve nihayetinde muhafazakâr Charles De Gaulle'ün (1 Haziran 1958 - 8 Ocak 1959) başbakanlıklarına sahne olmuştur. Bkz. 'Les Chefs Du Gouvernement Depuis La IIIème République' (n 66).

ko olan Süveyş Krizi yaşanmıştır¹⁰⁷. İç politikada ise hâlihazırda giderlerin karşılanması için vergilerin toplanması gibi konularda hissedilen yönetsel zafiyet ve basiretsizlik git gide daha fazla dillendirilmeye başlanmıştır¹⁰⁸. Bütün bunların üzerine dış politika ve Koloniler nezdinde yaşanan başarısızlıklar eklenince IV. Cumhuriyet'in moral doğruluğu, güvenilirliği ve meşruiyeti önemli ölçüde darbe almıştır¹⁰⁹. IV. Cumhuriyet Dönemi'nde görülen yüksek seviyedeki kabine istikrarsızlığı, kaçınılmaz olarak hükümetten kamu görevlilerine doğru kayan bir güç/iktidar akışını beraberinde getirmiş ve bu da rejimin yıpranmasına sebep olmuştur¹¹⁰. Nitekim Fransız kabine üyeleri kısa süre içerisinde hükümetin değişeceğini öngördükleri için kendi politikalarını gerçekleştirme ve izleme konusunda pek de istekli olmamışlardır¹¹¹. Kamu görevlileri ise zaman içerisinde kendi birimlerinin başındaki bakanın görevinin muhtemelen kısa süre içerisinde sona ereceğini düşündükleri için Paris'ten gelen ve esasen karşı oldukları herhangi bir talimatı uygulamamakta tereddüt etmemişlerdir¹¹². Bu husus ise merkezi yönetimde hantallığın yanı sıra birbiri ardına izleyen idari krizleri beraberinde getirmiştir¹¹³. Söz konusu süreçte ise Parlamento tüm yönetsel meselelere müdahil olarak hükümet ne zaman önemli gördüğü bir politikayı hayata geçirme sürecine girse onu güvensizlik oyu ile düşürerek rejimin işleyişini baltaleyen politik aktör hüviyetine bürünmüştür¹¹⁴.

¹⁰⁷ 26 Temmuz 1956 tarihinde dönemin Mısır Devlet Başkanı Gamal Abder Nasser'in İngiliz ve Fransız şirketlerin yönetiminde olan Süveyş Kanalı'nı millileştirmesi üzerine patlak veren Süveyş Krizi'nde Fransa ve Birleşik Krallık, İsrail ile anlaşarak Mısır'ın işgal edilmesini planmış, ancak hem ABD'nin hem de Sovyetler Birliği'nin söz konusu operasyona sert bir şekilde karşı çıkması üzerine Mısır'dan geri çekilmek zorunda kalmışlardır. Söz konusu gelişmeler Fransa ve Birleşik Krallık'ın ABD'yi karşısına alamaması ve ABD'nin zımni veya açık desteği olmadan dış politikada protaktif işlere imza atmasının mümkün görünmemesinin gözler önüne serilmesi açısından iki ülkenin uluslararası prestijine ağır bir darbe vurmuştur. Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Maurice Vaisse, 'France and the Suez Crisis' in Roger Louis and Roger Owen (eds), *Suez 1956: The Crisis and its Consequences* (Oxford University Press 1991) 131 vd. <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198202417.003.0007>>.

¹⁰⁸ Bell (n 26) 12.

¹⁰⁹ Knapp and Wright (n 4) 51.

¹¹⁰ Huber and Martinez Gallardo (n 99) 28-29.

¹¹¹ Huber and Martinez Gallardo (n 99) 29.

¹¹² Huber and Martinez Gallardo (n 99) 29.

¹¹³ Huber and Martinez Gallardo (n 99) 29.

¹¹⁴ Boyron (n 12) 17.

II. Fransız V. Cumhuriyet Dönemi ve Bu Dönemin Anayasal - Kurumsal Karakteristiği Olarak Rasyonelleştirilmiş Parlamento: Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Sürecinde Yürütme Organının Rolü

A. Fransa'da IV. Cumhuriyet'ten V. Cumhuriyet'e Geçiş Süreci

1. IV. Cumhuriyet'ten V. Cumhuriyet'e Geçiş Başlatan Olay: 1958 Cezayir Ayaklanması

Sürekli gerçekleşen kabine değişiklikleri ışığında iç politikada kırılğan hükümetlerin etkisiyle karar alma mekanizmaları aksayan, dış politika ve Koloniler nezdinde ise utanç verici gelişmelere imza atan Fransa'da 1958 yılı IV. Cumhuriyet'in de son yılı olacaktır. IV. Cumhuriyet Dönemi aynı zamanda Fransa'nın pek çok kolonisinin bağımsızlığına kavuştuğu bir dönem olarak bilinmektedir. Esasen pek çok koloni için söz konusu bağımsızlık süreçleri aşağı yukarı aynı tutarlılıkta gelişmiştir¹¹⁵. Bununla birlikte bu bağlamda Cezayir'e ayrı bir başlık açmak gerekir. Diğer kolonilerin aksine Cezayir'in idari ve bölgesel olarak Fransa'nın bir parçası görülmesi ve Cezayir'de azımsanmayacak bir Fransız nüfusunun olması bu ülkenin bağımsızlık hareketi sürecini çetrefilli hâle getirmiştir¹¹⁶. Nitekim Cezayir'in bağımsızlığı konusunda hem Fransız toplumu hem de Parlamento'daki siyasi partiler bölünmüş olup söz konusu anlaşmazlıkların gölgesinde Cezayir meselesi bir Cezayir bağımsızlık savaşına dönüşecektir¹¹⁷.

IV. Cumhuriyet Dönemi'nin 2. ve 3. Yasama Dönemleri, merkezi hükümetten bağımsız karar alan Koloni Valileri veya Generallerin fütursuz işlem ve operasyonlarına sahne olmuştur. Bu husus ise politikacılar ve askerler arasındaki gerilimin de git gide artmasına sebep olmuştur¹¹⁸. Bu husus en çarpıcı görünümü ise Cezayir'de görülmüştür. Nitekim 1957 yılında Fransa'nın Cezayir'deki en üst düzey temsilcisi olan sivil Cezayir Valisi (Resident-General) yerini bir askere bırakmıştı¹¹⁹. Şubat 1958'te Cezayir'deki Fransız Hava Kuvvetleri Cezayir Bağımsızlık Hareketi üyelerini barındırdığı gerekçesiyle Tunus Sakhiet'deki bir köyü bombaladı¹²⁰. 21'i okul çağındaki çocuk olmak üzere 69 Tunuslu'nun öldüğü söz

¹¹⁵ Boyron (n 12) 17.

¹¹⁶ Boyron (n 12) 17.

¹¹⁷ Boyron (n 12) 17.

¹¹⁸ Bell (n 26) 12.

¹¹⁹ Knapp and Wright (n 4) 51; Bu konu için bkz. Keith Sutton, 'Army Administration Tensions over Algeria's Centres de Regroupement, 1954-1962' (1999) 26 British Journal of Middle Eastern Studies 243, 243 vd.

¹²⁰ Knapp and Wright (n 4) 51; Bell (n 26) 12.

konusu operasyondan dönemin Fransız Başbakanı Félix Gaillard'ın haberi yoktu¹²¹. Merkezi Hükümet Mart 1958'de üst düzey Fransız Komutanların aksi yöndeki iradesine rağmen Cezayir'deki sıkıyönetim rejimini sona erdirdi¹²². Bütün bunlar yaşanırken ise aynı tarihlerde Paris'te Millî Meclis'in önünde birtakım polis görevlileri parlamenter sistem ve anti-Semitik gösteriler yapmaktaydı¹²³.

IV. Cumhuriyet'in sonunu getiren olay ise 13 Mayıs 1958 tarihinde vuku bulan Cezayir Ayaklanması olmuştur. Henüz başbakanlığa atanan ve bir gün sonra Millî Meclis'te güven oylaması yapılacak olan Hristiyan Demokrat Pierre Pflimlin'in Cezayir'de fazla yumuşak bir politika izlemekle suçlayan Cezayir'deki üst düzey askerler, başkent Cezayir'deki Hükümet Binası'nı basarak Kamu Güvenliği Komitesi'ni (Comité de Salut Public) kurduklarını açıkladılar¹²⁴. Söz konusu hareket açıkça Paris yönetimine karşı bir başkaldırı ve Cezayir'deki bağımsızlık hareketlerine yönelik bir göz dağı idi¹²⁵. Söz konusu isyanda rol alan General Massu ve General Salan gibi komutanlar Charles de Gaulle'ün yönetime getirilmesi talebinde bulunup, aksi durumda Anakara Fransa'sında darbe yapacaklarını deklare ettiler¹²⁶. Söz konusu ayaklanma 24 Mayıs'ta Korsika'ya sıçradı¹²⁷. Tarihler 28 Mayıs 1958'i gösterdiğinde Başbakan Pflimlin'in istifası sonucunda mevcut merkez sağ hükümeti dağıldı¹²⁸. Bu şekilde Charles de Gaulle'ün başbakanlık ve oradan da cumhurbaşkanlığına giden serüveni başlamış oldu.

2. Charles De Gaulle'ün Siyasete Dönüşü ve 1958 Anayasası'nın Ayak Sesleri

1954 - 1959 yılları arasında görev yapan ve IV. Cumhuriyet'in ikinci ve son Cumhurbaşkanı olan René Coty, daha Ocak 1958'de ülkenin temel kurumlarının modern zamanın gereklerine göre işlemediği yönünde bir uyarıda bulunmuştu¹²⁹. Nitekim 1958 yılında bilhassa Cezayir açısından çığırından çıkan olaylar ve merkezi hükümetin acizliği onun endişelerini haklı çıkarır nitelikte idi. Cumhur-

¹²¹ Knapp and Wright (n 4) 51; Bununla birlikte Başbakan Gaillard, ordudan gelebilecek herhangi bir tepkiyi göze alamadığı için söz konusu operasyona göz yummak zorunda kalmıştır. Knapp and Wright (n 5) 51.

¹²² Bell (n 26) 12.

¹²³ Bell (n 26) 12.

¹²⁴ Knapp and Wright (n 4) 51; Bell (n 26) 12.

¹²⁵ Knapp and Wright (n 4) 51; Bell (n 26) 12.

¹²⁶ Heringa (n 1) 86; Bell (n 26) 13; Boyron (n 12) 18.

¹²⁷ Boyron (n 12) 18; Bell (n 26) 13.

¹²⁸ Boyron (n 12) 18; Bell (n 26) 12.

¹²⁹ Knapp and Wright (n 4) 51.

başkanı Coty, bir Parlamento'ya ulti­matom vererek Charles De Gaulle'ün baş­bakan olması gerektiğini ve Parlamento'nun De Gaulle'ün başbakanlığını onay­lamaması durumunda cumhurbaşkanlığından istifa edeceğini belirtti¹³⁰. 1 Haziran 1958'de Coty resmî olarak De Gaulle'ü hükümetin başı olmaya davet etti lakin De Gaulle Fransa için yeni bir anayasanın yapılarak yürürlüğe girmesi du­rumunda bu görevi kabul edeceğini belirtti¹³¹. Nihayetinde yeni Fransız anaya­sasının hazırlanması hususunda Cumhurbaşkanı ve Parlamento nezdinde büyük ölçüde anlaşıldı ve 1 Haziran 1958'de Parlamento'nun kabinesini onaylaması üzerine De Gaulle başbakanlık görevine başladı¹³². Nitekim 3 Haziran 1958 ta­rihli bir anayasal kanun ile Parlamento De Gaulle Kabinesi'ne 6 ay boyunca gerekli gördüğü hususlarda kararname çıkarma ve bu süreçte yeni anayasa metnini hazırlama yetkisi verdi¹³³. Söz konusu kanun yeni anayasanın hazırlan­ma sürecine ve bu bağlamda uyulacak ilkelere yer vermiştir¹³⁴. Nitekim Parla­mento'nun De Gaulle'ü tam olarak yetkilendirirken saklı tuttuğu ilkeler şunlar­dı: (i) Siyasi iktidarın aslî kaynağı olan genel oy ilkesi, (ii) yasama ve yürütme iktidarlarının ayrılığı, (iii) Hükümetin Parlamento nezdinde hesap verebilirliği, (iv) yargı bağımsızlığı, (v) Cumhuriyet ile Cumhuriyet'e bağlı/Cumhuriyet bün­yesindeki kişiler arasındaki ilişkiler¹³⁵.

3. Charles De Gaulle'ün Siyasi Ajandası ve 1958 Anayasası'nın Yürürlüğe Girmesi

IV. Cumhuriyet Rejimi ve 1946 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi­nin en hararetli karşıtlarından olan Charles de Gaulle mevcut rejime olan tepki­sinin bir yansıması olarak IV. Cumhuriyet Dönemi'nde aktif siyasetten çekilmiş­ti¹³⁶. Nitekim De Gaulle ve savaş dönemi onun sadık teğmenliğini yapan Michel Debré IV. Cumhuriyet'in acizliğinin temel nedenini, yürütme iktidarının zayıf düzenlenmesi karşısında hükümetlerin sürekli bölünmüş ve öngörülemez Par­lamento'ya kurban gitmesi olarak belirtmişlerdir¹³⁷. De Gaulle uyarınca IV. Cumhuriyet Dönemi Fransız Parlamentosu, doğası gereği millî menfaatlerden

¹³⁰ Boyron (n 12) 18; Bell (n 26) 12.

¹³¹ Bell (n 26) 12.

¹³² Boyron (n 12) 18.

¹³³ Huber and Martinez Gallardo (n 99) 27; Bell (n 26) 12; Boyron (n 12) 18.

¹³⁴ Boyron (n 12) 18.

¹³⁵ Bell (n 26) 13.

¹³⁶ Boyron (n 12) 18.

¹³⁷ Knapp and Wright (n 4) 51.

ziyade temsil ettikleri sosyal sınıfların menfaatlerini düşünen birçok dağılık ve bölünmüş siyasi partinin insafına bırakılmıştı¹³⁸. De Gaulle, 1940 yılında Nazilerin Paris'i işgal etmesi sürecinde yaşanan olayların bir yenilgiden ulusal felakete dönüşmesinde rolü olarak III. Cumhuriyet'in bir kriz anında ulusal liderliği ve yönetsel karar alma mekanizmasını harekete geçirecek anayasal hükümlerden mahrum olması olarak belirtmiştir¹³⁹. De Gaulle'e göre IV. Cumhuriyet de tıpkı III. Cumhuriyet gibi kriz anlarında hükümetin ve siyasi liderlerin basiretli bir şekilde davranmasını teşvik edecek anayasal mekanizmalardan uzaktı¹⁴⁰. Söz konusu endişeler ve öncelikler etrafında hazırlanan ve büyük ölçüde ileride de De Gaulle'ün başbakanlığını yapacak Michel Debré tarafından kaleme alınan 1958 Anayasası, 28 Eylül 1958 yılında halkoylamasına sunuldu. Halkoylamasında aynı zamanda Fransız seçmenlerin %66,4'üne tekabül eden ve kullanılan geçerli oyların %80,1'ini alan anayasa metni bu şekilde kabul edilmiş oldu¹⁴¹. Nitekim sadece Komünistler ve birtakım sosyalistler anayasanın kabulüne karşı çıkmıştı¹⁴². Anayasa'nın 4 Ekim 1958 tarihinde yürürlüğe girmesi ile Fransız siyasi düzeninde V. Cumhuriyet rejimi de resmen başlamış oldu. Bu şekilde Charles de Gaulle de IV. Cumhuriyet'in son başbakanı olmasının yanı sıra V. Cumhuriyet'in de ilk cumhurbaşkanı oldu¹⁴³. Söz konusu rejimin iki temel kurumsal karakteristiği vardı: *Rasyonelleştirilmiş parlamento ve güçlü yürütme*

B. V. Cumhuriyet Dönemi'nin Anayasal Karakteristiği Olarak Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu: Kurumsal Yapı ve Kanun Yapım Sürecinde Yürütme Organının Rolü

1. Millî Meclis Seçimlerinde Benimsenen Seçim Sistemi

1958 Anayasası¹⁴⁴'nin yürürlüğe girmesiyle geçilen V. Cumhuriyet Rejimi, daha önceki Cumhuriyet rejimlerinden daha uzun sürmesiyle Fransız anayasal tarihinin o kırılğan ve sorunlu tarihinin bir nebze de olsa geçmişte bırakıldığını

¹³⁸ Knapp and Wright (n 4) 51-52; Rogoff (n 13) 6.

¹³⁹ Knapp and Wright (n 4) 52.

¹⁴⁰ Knapp and Wright (n 4) 52.

¹⁴¹ Bell (n 26) 13.

¹⁴² Campbell (n 47) 13.

¹⁴³ Heringa (n 1) 86.

¹⁴⁴ 1958 Anayasası'nın güncel tam metni için bkz. Conseil Constitutionnel, 'Constitution of 4 October 1958' (*Conseil Constitutionnel*) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/constitution-of-4-october-1958>>.

ortaya koymuştur¹⁴⁵. Nitekim 4 Aralık 2024 tarihi itibarıyla hükümetine karşı verilen güvensizlik önergesi kabul edilen son Fransız Başbakan Michel Barnier de dâhil olmak üzere V. Cumhuriyet, 66 yıllık tarihinde sadece 27 başbakana ev sahipliği yapmıştır¹⁴⁶. Bu yönüyle de V. Cumhuriyet'in anayasal ve kurumsal düzeyde istikrar ve devamlılık sergilediğini söyleyebiliriz¹⁴⁷. Bununla birlikte V. Cumhuriyet'in esaslı bir şekilde kabine istikrarsızlıklarını sona erdirmekten ziyade siyasi kriz anlarında tamamen Parlamento'nun insafına kalmayan güçlü bir yürütme organı tesis ettiği de söylenebilir¹⁴⁸. Yine de Fransa'nın IV. Cumhuriyet döneminde 26 başbakana ev sahipliği yapması göz önüne alındığında 1958 Anayasası'nın getirdiği kurumsal yapı ve yasama-yürütme ilişkilerinin hükümet istikrarına getirdiği katkı yadsınamaz.

V. Cumhuriyet Dönemi'nin Fransız Parlamentosu'nu rasyonelleştirme gayesi daha benimsediği seçim sisteminden anlaşılmaktadır. Nitekim V. Cumhuriyet Dönemi'ne geçiş ile Millî Meclis seçimlerinde benimsenen seçim sistemi keskin bir şekilde değişmiştir. Nitekim hâlihazırda geçerli olan nispi temsil sistemi (proportional representation) yerine 13 Ekim 1958 tarihli bir kanun hükmünde kararname ile (Ordinance n° 58-945) iki türlü çoğunluk sistemi (run-off) benimsenmiştir¹⁴⁹. Benimsenen söz konusu seçim sistemine göre Millî Meclis 475 koltuktan oluşmakta

¹⁴⁵ Boyron (n 12) 27.

¹⁴⁶ V. Cumhuriyet Dönemi Fransız Başbakanları şu şekildedir: Michel Debre (8 Ocak 1959 - 15 Nisan 1962) Georges Pompidou (14 Nisan 1962 - 10 Temmuz 1968) Maurice Couve de Murville (10 Temmuz 1968 - 20 Haziran 1969) Jacques Chaban Delmas (20 Haziran 1969 - 5 Temmuz 1972) Pierre Messmer (5 Temmuz 1972 - 27 Mayıs 1974) Jacques Chirac (27 Mayıs 1974 - 25 Ağustos 1976) Raymond Barre (25 Ağustos 1976 - 21 Mayıs 1981) Pierre Mauroy (21 Mayıs 1981 - 17 Temmuz 1984) Laurent Pabius (17 Temmuz 1984 - 20 Mart 1986) Jacques Chirac (20 Mart 1986 - 10 Mayıs 1988) Michel Rocard (10 Mayıs 1988 - 15 Mayıs 1991) Edith Cresson (15 Mayıs 1991 - 2 Nisan 1992) Edith Berezgoy (2 Nisan 1992 - 29 Mart 1993) Edward Balladur (29 Mart 1993 - 17 Mayıs 1995) Alain Juppe (17 Mayıs 1995 - 7 Kasım 1995) Lionel Jospin (2 Haziran 1997 - 6 Mayıs 2002) Jean-Pierre Raffarin (6 Mayıs 2002 - 31 Mayıs 2005) Dominique de Villepin (31 Mayıs 2005 - 17 Mayıs 2007) François Fillon (17 Mayıs 2007 - 15 Mayıs 2012) Jean-Marc Ayrault (15 Mayıs 2012 - 31 Mayıs 2014) Manuel Valls (31 Mayıs 2014 - 6 Aralık 2016) Bernard Cazeneuve (6 Aralık 2016 - 15 Mayıs 2017) Édouard Philippe (21 Haziran 2017 - 3 Temmuz 2020) Jean Castex (3 Temmuz 2020 - 16 Mayıs 2022) Élisabeth Borne (16 Mayıs 2022 - 8 Ocak 2024) Gabriel Attal (11 Ocak 2024 - 5 Eylül 2024) Michel Barnier (5 Eylül 2024 - ...) Bkz. 'Les anciens Premiers et Premières ministres de la Ve République' ([info.gouv.fr](https://www.info.gouv.fr/les-anciens-premiers-et-premieres-ministres-de-la-ve-republique)) <<https://www.info.gouv.fr/les-anciens-premiers-et-premieres-ministres-de-la-ve-republique>> accessed 14 October 2024.

¹⁴⁷ Boyron (n 12) 27.

¹⁴⁸ Bkz. Huber and Martinez Gallardo (n 99) 45-47.

¹⁴⁹ Toubeau (n 50) 6.

ve seçim çevreleri her biri tek milletvekili çıkaracak şekilde belirlenmekteydi¹⁵⁰. Buna göre ilk turda kullanılan geçerli oyların %5'ini alan adaylar ikinci tura kalmakta olup ikinci turda en fazla oyu alan aday o seçim bölgesinde milletvekili seçilmektedir¹⁵¹. Eğer bir aday ilk turda kullanılan geçerli oyların mutlak çoğunluğunu alırsa ve aldığı oy oranı her halükarda o seçim çevresindeki seçmenlerin en az %25'ine tekabül ediyorsa ilk turda seçilmektedir¹⁵². Hemen belirtelim söz konusu seçim sistemi günümüz Fransız siyasi düzeninde de büyük ölçüde korunmaktadır. Nitekim 11 Temmuz 1986 tarihli Seçim Kanunu (Law n° 86-825) uyarınca Millî Meclis toplam 577 üyelikten meydana gelmekte olup iki turlu dar bölge çoğunluk sistemi sürdürülmektedir¹⁵³. Buradaki tek fark bir adayın ikinci tura çıkması için kullanılan geçerli oyların %12,5'ini alması gerekmektedir; ikinci turda ise en çok oyu alan aday seçilmektedir¹⁵⁴. Bunun haricinde V. Cumhuriyet'in ilk döneminde uygulandığı gibi günümüzde de ilk turda bir aday aldığı oy seçim çevresinde kayıtlı seçmenlerin en az %25'ine tekabül etmek kaydıyla seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların mutlak çoğunluğunu alırsa milletvekili seçilmektedir¹⁵⁵.

II. Cumhuriyet Dönemi'nde kullanılan iki turlu çoğunluk sisteminin 1958 Seçim Reformu'nda yeniden öngörülmesinin arka planında, Komünistler ve Sosyalistleri bölerek De Gaulle'ün 1958 Anayasası ile imza attığı politik zaferi güçlendirmek vardı; nitekim gerek Komünistler gerekse Sosyalistler olası bir ikinci turda diğerinin lehine yarıştan çekilmekten uzaktaydılar¹⁵⁶. Söz konusu seçim sisteminin bir yansıması olarak 1958 Millî Meclis Seçimleri, sağ partilerin ülke çapında elde ettiği kazanımlara ve Komünist Parti'nin de önemli oranda temsilci kaybederek adeta siyasi arenadan kaybolmasına tanıklık etmiştir¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Toubeau (n 50) 6-7.

¹⁵¹ Toubeau (n 50) 6.

¹⁵² Toubeau (n 50) 6.

¹⁵³ Heringa (n 1) 205; Toubeau (n 50) 8.

¹⁵⁴ Heringa (n 1) 205; Toubeau (n 50) 8-9.

¹⁵⁵ Heringa (n 1) 205; Toubeau (n 50) 8-9.

¹⁵⁶ Toubeau (n 50) 6.

¹⁵⁷ Toubeau (n 50) 6; Nitekim 1958 Fransız Genel Seçimleri'nde Charles de Gaulle'ün partisi Yeni Cumhuriyet için Birlik (L'Union pour la nouvelle République - UNR) kullanılan geçerli oyların ilk turda %17,6, ikinci turda ise %26,4'ünü alarak 189 milletvekili kazanarak birinci olurken; Komünist Parti ise kullanılan geçerli oyların ilk turda %18,9'unu, ikinci turda ise %20,7'sini almasına karşın sadece 10 milletvekili çıkarmıştır. Bkz. Wikipedia, '1958 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1958_French_legislative_election&oldid=1248847051> accessed 21 October 2024.

2. V. Cumhuriyet'in "Parlamentarizm" Özü ve Cumhurbaşkanı'nın Anayasal Düzen İçerisindeki Etkin Rolü Karşısında Hükümet Sisteminin Yarı-Başkanlık Hüviyeti

1958 Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi esasen bir parlamenter sistemdir; bununla birlikte benimsenen söz konusu parlamenter sistem bir rasyonelleştirilmiş parlamentarizmdir¹⁵⁸. Bunun anlamı esasen şudur: 1958 Anayasası'nın yasama organı ve yürütme organı arasındaki ilişkiler bağlamında kurduğu kurumsal yapı esasen parlamenter hükümet sistemi bazlı bir yapıdır. Bununla birlikte 1958 Anayasası söz konusu parlamenter yapı içerisinde hem parlamentonun rasyonelleştirilmesi adına hükümete önemli teşrii yetkiler ve mekanizmalar tanıdığı, hem de Fransız Cumhurbaşkanı'nı parlamenter sistemde görülen sembolik cumhurbaşkanının ötesine taşımıştır. Nitekim 1958 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sisteminde Fransız cumhurbaşkanı bizzat ülkenin politik ve teşrii ajandasına etki edebilecek önemli yetkileri haizdir.

İlk olarak Fransız Anayasası'nın 16. maddesi cumhurbaşkanına; Cumhuriyetin kurumlarının, milletin bağımsızlığının, ülkenin bütünlüğünün veya milletlerarası taahhütlerin yerine getirilmesinin ciddi ve güncel bir tehdit altında olması ve anayasal kamu makamlarının düzenli işleyişinin sekteye uğraması durumunda gerekli gördüğü tüm tedbirleri alma yetkisi vermektedir¹⁵⁹. Cumhurbaşkanı'na olağanüstü hâl / kriz hâli ilan etme ve bu süre zarfında da aslî nitelikte

¹⁵⁸ Boyron (n 12) 14.

¹⁵⁹ 1958 Anayasası'nın 16. maddesi şu şekildedir:

"Cumhuriyetin kurumlarının, milletin bağımsızlığının, ülkenin bütünlüğünün veya milletlerarası taahhütlerin yerine getirilmesinin ciddi ve güncel bir tehdit altında olması ve anayasal kamu makamlarının düzenli işleyişinin sekteye uğraması durumunda cumhurbaşkanı, başbakanı, Parlamento'nun meclislerinin başkanlarına ve Anayasa Konseyi'ne resmî olarak danıştıktan sonra bu durumların gerektirdiği tedbirleri alır.

Cumhurbaşkanı millete hitap ederek, tedbirler hakkında bilgi verir.

Bu önlemler anayasal kamu makamlarının görevlerini olabildiğince hızlı bir biçimde yerine getirebilmeleri için uygulanır. Bu tedbirlere ilişkin Anayasa Konseyi'ne danışılır.

Parlamento kendiliğinden toplanır.

Olağanüstü yetkilerin kullanılması sırasında Millî Meclis feshedilmez.

Olağanüstü yetkilerin kullanılmaya başlanmasından otuz gün sonra birinci fıkradaki koşulların halen devam edip etmediği hakkında karar verilmesi için konu Millî Meclis başkanı, Senato başkanı, altmış milletvekili veya altmış senatör tarafından Anayasa Konseyi'ne havale edilebilir. Konsey en kısa sürede kararını halka açık şekilde alır. Anayasa Konseyi aynı şekilde böyle bir incelemeyi gerçekleştirmeyi ve kararı vermeyi re'sen olağanüstü yetkilerin kullanılmaya başlanmasından altmış gün sonra ya da bu süre geçtikten sonra herhangi bir zaman zarfında yapabilir."

olağanüstü kararname çıkarma yetkisi (emergency decree authority) veren söz konusu hüküm Fransız siyasi tarihinde Cumhurbaşkanı De Gaulle tarafından 1961 yılında Cezayir'deki bir grup Fransız subayının ayaklanması sırasında işle-tilmiştir¹⁶⁰. Yine Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, ülkenin siyasetine ilişkin önemli konuların görüşülerek karara bağlandığı, hükümetin verdiği kanun tek-liflerinin Meclis Genel Kurulu'na havale öncesi ilk olarak onaylandığı ve kanun hükmünde kararnamelerin / ikincil kanunların çıkarıldığı bakanlar kuruluna cumhurbaşkanının başkanlık etmesi¹⁶¹ de Fransız Cumhurbaşkanının parlamen-tarizm ötesi yetkileri arasındadır¹⁶². Yine Anayasa'nın 12. maddesi ile cumhur-başkanına kendi inisiyatifıyla Millî Meclis'i feshederek genel seçimleri yenileme yetkisi verilmesi de esasen parlamenter hükümet sisteminde görülmeyen mu-azzam bir yetkidir¹⁶³. Nitekim normalde parlamenter hükümet sisteminde görü-len yürütme organının yasama organını feshederek seçimlerini yenileme yetkisi ya başbakanın tavsiyesi/isteği üzerine ya da anayasada belirtilen koşulların gerçekleşmesi üzerine (örneğin 21 gün içerisinde hükümet kurulamama-sı/başbakan seçilememesi) devlet başkanı tarafından kullanılabilir¹⁶⁴. Halbuki

¹⁶⁰ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2024) 292-294; Türker Ertaş, 'Yürütme Organının Asli Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırmalı Anayasal Düzenlerdeki Benzer İşlemlerle Kıyaslanması ve Türk Hükümet Sistemine Etkisi' in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 22-27; Rogoff (n 13) 66-70; John D Huber, 'Executive Decree Authority in France' in John M Carey and Matthew Soberg Shugart (eds), *Executive Decree Authority* (Cambridge University Press 1998) 234-239.

¹⁶¹ 1958 Anayasası'nın 9. maddesi şu şekildedir: "Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu'na başkanlık eder."

¹⁶² András Sajó, *Limiting Government : An Introduction to Constitutionalism* (Central European University Press 1999) 183; Heringa (n 1) 282; Boyron (n 12) 71; Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (n 160) 186.

¹⁶³ 1958 Fransız Anayasası'nın 12. maddesi şu şekildedir:
"Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Parlamento'nun meclislerinin başkanlarının görüşünü aldıktan sonra Millî Meclisi feshedebilir.

Fesihden itibaren en az yirmi, en çok kırk gün sonra genel seçimler yapılır.

Millî Meclis, seçimini izleyen ikinci Perşembe günü kendiliğinden toplanır. Bu toplantı olağan yasama dönemi için öngörülen periyodun dışında yapılırsa onbeş günlük bir süre için kendiliğinden toplantı açılır.

Belirtilen seçimi izleyen yıl içinde herhangi bir fesih yapılmaz."

¹⁶⁴ Bkz. Heringa (n 1) 252-253; Sajó (n 162) 126-127; Bradley and Pinelli (n 8) 663; Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (n 160) 162-164.

1958 Anayasası cumhurbaşkanına, Millî Meclis'in siyasi kompozisyonundan memnun kalmaması durumunda politik bir silah olarak kullanarak yeniden yapılacak seçimler yoluyla Parlamento'nun siyasi yelpazesini değiştirebileceği takdiri bir fesih mekanizması öngörmüştür¹⁶⁵. IV. Cumhuriyet Dönemi'nde parlamentonun feshinin sıkı şartlara bağlanması, Millî Meclis'teki siyasi partilerin hükümetleri düşürme ve hükümetlerin yasama ajandasını kitleleme hususunda tabiri caizse fütursuzca davranmalarına yol açmıştı. Bu açıdan yürütme organına herhangi bir şarta bağlı olmaksızın parlamentoyu fesih yetkisini verilmesi, Millî Meclis'in hükümeti zor durumda bırakma hususunda daha ihtiyatlı davranmasına sebep olacaktır. Yine söz konusu yetkinin bizzat Cumhurbaşkanı'nın inisiyatifine verilmesi de Hükümet-Parlamento arasında bir gerginlik ya da kriz çıkması durumunda cumhurbaşkanına genel seçimleri yenileme suretiyle politik tıkanıklığı giderme imkanı vermektedir. Bununla birlikte Fransız Cumhurbaşkanı'nın bu yetkiyi pek tabii ki kendi politik ajandası doğrultusunda kullanmasına da engel yoktur.

Görüldüğü üzere 1958 Anayasası'nın öngördüğü cumhurbaşkanı, III. ve IV. Cumhuriyet Dönemleri'nin koalisyonların kurulmasında uzlaştırıcı rolü olan, sembolik, aktif politikada yer almayan cumhurbaşkanı görüntüsünden çok uzaktır¹⁶⁶. Burada pek tabii ki Anayasa'nın Cumhurbaşkanı için çizdiği rol ve ona yasama ile yürütme üzerinde bahsettiği yetkiler asli derecede belirleyicidir. Bununla birlikte 1958 Anayasası'nın ilk hâlinin bir yarı başkanlık hükümet sistemi öngördüğünü söylemek güçtür. Nitekim Anayasa'nın ilk hâlinde Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmemekteydi. Cumhurbaşkanı'nın seçim usulünün düzenlendiği 1958 Anayasası'nın ilk hâlinin 6. maddesinin ilk fıkrası "*Cumhurbaşkanı 7 yıllığına Parlamento üyeleri, Denizaşırı Bölgelerin Genel Konseyleri ve Meclisleri ve Belediye Konseylerinin seçilmiş temsilcilerinden oluşan bir seçiciler/delegeler kurulu (electoral college) tarafından seçilir.*" şeklindeydi¹⁶⁷. Halbuki bir hükümet sisteminin yarı-başkanlık sistemi olarak nitelendirilebilmesi için parlamenter sistem tabanlı bir yapı içerisinde cumhurbaşkanına önemli politik-

¹⁶⁵ Bkz. Sajó (n 162) 187.

¹⁶⁶ Bell (n 26) 14.

¹⁶⁷ 1958 Fransız Anayasası'nın ilk hâli için bkz. 'Constitution Du 4 Octobre 1958 Texte Originel' (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/connaitre-le-senat/evenements-et-manifestations-culturelles/les-revisions-de-la-constitution/constitution-du-4-octobre-1958-texte-originel.html#:~:text=La%20France%20est%20une%20République,%2C%20bleu%2C%20blanc%2C%20rouge.>> accessed 15 October 2024.

yönetmelik yetkiler verilmesinin yanında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün benimsenmesi gerekmektedir¹⁶⁸.

1958 Anayasası her ne kadar ilk hâline Fransız Cumhurbaşkanına doğrudan bir demokratik meşruiyet bahsetmese de V. Cumhuriyet'in ilk yıllarının yürütme organı içerisinde cumhurbaşkanı - başbakan/hükümet ilişkileri bakımından bir tür başkanlık sistemi gibi işlediğini söyleyebiliriz. Şöyle ki V. Cumhuriyet tarihinin ilk ve son iki dereceli/seçiciler kurulu nezdinde 21 Aralık 1958 tarihinde yapılan Cumhurbaşkanlığı Seçimleri'nde Charles de Gaulle yaklaşık 80,000 ulusal ve yerel delegeden 62,394 delegenin oyunu alarak, ikinci olan ve 10,355 delege oyu alan Komünist Parti adayı Georges Marrane'nin önünde açık ara farkla Cumhurbaşkanı seçilmiştir¹⁶⁹. Bu oran toplam delegelerin %78,5'ine tekabül ediyordu¹⁷⁰. Cumhurbaşkanı seçilmesi akabinde De Gaulle, 1958 Anayasası'nın Cumhurbaşkanına aktif bir rol veren kilit hükümlerini sistemin parlamenter tabanlı karakterinden farklı bir yöne evrilecek şekilde yorumlamıştır¹⁷¹. Doğrudan değil de dolaylı bir seçimle göreve gelmesi ve demokratik meşruiyetinin esasen bir tür delege meşruiyeti (electoral legitimacy) olması onun siyaset arenasında baskın olması açısından bir engel gibi görünse de De Gaulle, dönemin politik konjonktürü ve kendi kişisel ağırlığını kullanarak yürütme organı içerisinde ön planda bir karakter olmayı başarmıştır. Nitekim De Gaulle, başbakanları Parlamento'daki potansiyel güvenine bakmaksızın kendi inisiyatifiyle atamış¹⁷², daha görevlerinin başında başbakanlardan lüzum görmesi durumunda işleme almak üzerine istifa dilekçeleri istemiş¹⁷³, 1961 Cezayir ayaklanması özünde 4 gün sürmesine rağmen 16. maddenin işletilmesine 5 ay daha devam etmiş¹⁷⁴ ve iki dönem yaptığı cumhurbaşkanlığı süresince dört kez halkoylaması usulünü işletmiştir¹⁷⁵. Yine De Gaulle, başbakanların Parla-

¹⁶⁸ Bkz. Steffen Ganghof, *Beyond Presidentialism & Parliamentarism: Democratic Design & The Separation of Powers* (Oxford University Press 2021) 27-30; Skach (n 8) 13-14; J Tyler Dickovick and Jonathan Eastwood, *Comparative Politics: Integrating Theories, Methods, and Cases* (2nd edn, Oxford University Press 2016) 232; Heringa (n 1) 56-57; McCormick, Hague and Harrop (n 39) 186-187.

¹⁶⁹ '1958 French Presidential Election' (*Wikipedia*) <https://en.wikipedia.org/wiki/1958_French_presidential_election> accessed 15 October 2024.

¹⁷⁰ Skach (n 8) 101.

¹⁷¹ Boyron (n 12) 51.

¹⁷² Boyron (n 12) 52.

¹⁷³ Heringa (n 1) 283.

¹⁷⁴ Huber (n 160) 234.

¹⁷⁵ Boyron (n 12) 52.

mento'dan ziyade bizzat kendisine hesap vermesi usulünü uygulamaya çalışmış ve siyasi karar alma süreçlerinde etkin rol oynamayı tercih etmiştir¹⁷⁶. De Gaulle'ün söz konusu anayasal uygulaması pek tabii ki 1958 Anayasası'nın tesis ettiği *parlamentar mantıktan (parliamentary logic)* uzak kalmıştır¹⁷⁷.

V. Cumhuriyet Dönemi Fransız hükümet sisteminin tam anlamıyla bir yarı başkanlık sistemi karakterine bürünmesi ve güncel hâlini alması 1962 Anayasa Değişikliği ile olmuştur. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi Charles De Gaulle cumhurbaşkanı olması akabinde 1958 Anayasası'nı bir parlamenter rejim anayasasından ziyade başkanlık anayasası gibi yorumlamış ve uygulamıştır. Burada pek tabii ki kendisinin olağanüstü bir siyasi-askeri krizi sonlandırmak için yönetime gelmesi ve Fransa'nın II. Dünya Savaşı kahramanı ile sembolü olması asli rol oynamaktaydı¹⁷⁸. Yine de bir seçiciler kurulu değil de doğrudan halk tarafından seçilerek yoğun bir demokratik meşruiyeti haiz olmak, hâlihazırda yürütme organı içerisinde asli politika belirleyici hüviyetinde hareket eden¹⁷⁹ De Gaulle için hiç de fena olmazdı¹⁸⁰.

Yukarıda belirttiğimiz politik konjonktür ve anayasal uygulamaların ışığında De Gaulle, Anayasa'nın 11. maddesini işleterek Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören anayasa değişikliğini halkoylamasına götürdü. Bununla birlikte De Gaulle'ün söz konusu anayasa değişikliği için 1958 Anayasası'nın 89. maddesi yerine 11. maddesini işletmesi, birtakım eleştiri ve tartışmaları da beraberinde getirdi. Nitekim Parlamento hâlihazırda söz konusu anayasa değişikliğine soğuk bakıyordu¹⁸¹. Nitekim Anayasa'nın 89. maddesi¹⁸² Cumhurbaşkanını tarafından verilen anayasa değişikliği teklifinin halkoylamasına sunulmasından önce Parlamento'nun iki kanadı tarafından da kabul edilmesini şart koşar-

¹⁷⁶ Boyron (n 12) 52.

¹⁷⁷ Boyron (n 12) 52.

¹⁷⁸ Bkz. Boyron (n 12) 51-52.

¹⁷⁹ Bu konu için bkz. Knapp and Wright (n 4) 59-61.

¹⁸⁰ Skach (n 8) 106; Boyron (n 12) 59.

¹⁸¹ Boyron (n 12) 61.

¹⁸² Nitekim (o dönem) 1958 Anayasası'nın 89. maddesinin ilk iki fıkrası uyarınca:

"Parlamento üyeleri ve Başbakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliği teklifinde bulunabilir.

Anayasa değişikliği teklifi veya tasarısı Parlamento'nun iki meclisi tarafından da aynı ibarelerle kabul edilmelidir. Bunun akabinde değişiklik teklifi halkoylamasında kabul edildiği takdirde yürürlüğe girer."

ken 11. madde¹⁸³ kapsamında Cumhurbaşkanı tarafından verilen anayasa değişikliği teklifleri için böylesine bir şart yoktu. Her ne kadar De Gaulle'ün yaptığı gibi tartışmalı bir genişletici yorumla Cumhurbaşkanı seçim usulüne ilişkin bir değişiklik, kamu mercilerinin organizasyonu içerisine sokulabilse de bu denli önemli bir anayasal nitelikteki meselenin 89. madde işletilerek Parlamento'nun da müdahil olduğu bir süreçle kabul edilmesi gerektiği düşüncesi daha baskın ve makul olmalı¹⁸⁴. Bununla birlikte De Gaulle, Parlamento'nun söz konusu değişikliği kabul etmeyeceğini bildiği için Anayasa'nın 11. maddesini işleterek Parlamento'yu devre dışı bırakmak suretiyle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün kabul edilmesini sağladı¹⁸⁵. Bu yöntem De Gaulle'ün bizzat kendi eseri olan anayasayı ihlal etmesi olarak yorumlandı¹⁸⁶. Nihayetinde 28 Ekim 1962 tarihinde yapılan halkoylamasında geçerli oyların %62'sinin evet yönünde çıkması üzerine Fransız anayasal düzeninde hâlihazırda güçlü yönetsel ve teşrii yetkilere sahip Cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği ve Hükümet ile Parlamento karşısında daha da güçlendiği yeni bir dönem başlamış oldu¹⁸⁷.

Charles De Gaulle'ün Cumhurbaşkanlığı yaptığı 1959 - 1969 yılları arasında 1958 Anayasası'nın 5. maddesinin Cumhurbaşkanı için belirlediği *"kamu otoritesinin düzgün bir şekilde işleminde ve devletin devamlılığın sağlanmasında hakemlik yapma"* işlevinin ötesinde cumhurbaşkanının iç ve dış siyasette ana aktör ve aslî politika belirleyici rolünü haiz olması¹⁸⁸, De Gaulle sonrası dönemde de gözlemlenmiştir. Bu husus bilhassa cumhurbaşkanlarının başbakanlar üzerinde kurduğu üstünlük ve nüfus açısından söz konusu olmuştur. Nitekim De Gaulle'den sonra Cumhurbaşkanı olan Georges Pompidou, 1972 yılında Başbakan Jacques Chaban-Delmas'ın görevi bırakmasını sağlamış; 1984 yılında Cumhurbaşkanı François Mitterrand'ın hükümetin ihtilafli eğitim reformuna

¹⁸³ Nitekim (o dönem) 1958 Anayasası'nın 11. maddesinin ilk fıkrası uyarınca:

"Parlamento dönemi/oturumları devam ettiği sırada Hükümetin teklifi üzerine veya Parlamento'nun iki meclisinin ortak teklifi üzerine Cumhurbaşkanı, Resmî Gazete'de yayımlanmak üzere kamu mercilerinin organizasyonu ve bir Toplum/Bağlı Devlet ile ilgili varılan antlaşmaya ilişkin ya da kurumların işleyişine etki edebilecek Anayasa'ya aykırılık içeren bir uluslararası antlaşmanın onaylanması yetkisi verilmesine yönelik bir kanun teklifini halkoylamasına sunabilir."

¹⁸⁴ Boyron (n 12) 61; Knapp and Wright (n 4) 56.

¹⁸⁵ Boyron (n 12) 61.

¹⁸⁶ Knapp and Wright (n 4) 56.

¹⁸⁷ Boyron (n 12) 61; Bell (n 26) 15.

¹⁸⁸ Bu konu için bkz. Bell (n 26) 14-16.

desteğini çektiğini açıklaması ardından Başbakan Pierre Mauroy görevinden istifa etmek durumunda kalmış; 1991 yılında ise bu sefer Başbakan Michel Rocard, Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın gözünden düşmesi sonucunda görevinden ayrılmıştır¹⁸⁹. Bununla birlikte şu husus göz ardı edilmemelidir ki söz konusu başbakanların hepsi dönemin cumhurbaşkanları ile aynı siyasi kökenden ve partiden geliyorlardı. Gerçekten de Chaban-Delmas tıpkı Pompidou gibi Gaullist/Muhafazakâr; Mauroy ve Rocard da Mitterrand gibi Sosyalist idiler. De Gaulle, Senato'nun yetkilerini sınırlandıran bir anayasa değişikliği teklifinin kendisi tarafından halkoyuna sunulması sonucunda reddedilmesi üzerine 1969 yılında cumhurbaşkanlığından istifa etmişti¹⁹⁰. De Gaulle'ün politikadan çekilmesi akabinde politik, ekonomik, sosyal ve hukuki gelişmelerin de ışığı altında Fransız siyasi düzeni ile kurumları git gide modernleşmeye başlamıştır¹⁹¹. 1974 - 1981 yılları arasında Cumhurbaşkanlığı yapan liberal/merkez sağ Valéry Giscard d'Estaing, 1978 Genel Seçimi'nden sol partilerin galip çıkması durumunda ülke yönetiminde onların parti programının uygulanması gerektiğini belirtti¹⁹². Fransa'da 1980'lerden itibaren ise 7 yıllığına seçilen Cumhurbaşkanı ile 5 yıllığına seçilen Millî Meclis çoğunluğu ve Başbakanın farklı siyasi görüşlerden/partilerden olduğu kohabitasyon dönemleri görülmeye başlandı. 1981 ve 1988 yıllarında dönemin Cumhurbaşkanı Mitterrand'ın yaptığı gibi parlamentonun feshedilip Millî Meclis Seçimleri'nin yenilenmesi yoluyla engellenen kohabitasyonlar olduğu gibi Bakanlar Kurulu'nda Cumhurbaşkanı ile Başbakanın birbirlerine tahammül etmek durumunda kaldığı ve bir süre devam eden kohabitasyonlar da görüldü¹⁹³. Söz konusu kohabitasyon dönemlerinde kendi siyasi görüşüne zıt bir parlamenter çoğunlukla karşı karşıya kalan cumhurbaşkanları, Millî Meclis'te hükümeti kuran çoğunluğa saygı duydu ve başbakanların iç siyaseti yönlendirerek ülkeyi yönetmesine razı olmuşlardır¹⁹⁴. Bu şekilde 1958 Ana-

¹⁸⁹ Bell (n 26) 16.

¹⁹⁰ Rogoff (n 13) 34; Boyron (n 12) 53.

¹⁹¹ Rogoff (n 13) 34.

¹⁹² Knapp and Wright (n 4) 34.

¹⁹³ Söz konusu kohabitasyon dönemleri sırasıyla şu şekildedir: Sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand ile Cumhuriyetçi/Muhafazakâr Başbakan Chirac'ın olduğu I. Kohabitasyon Dönemi (1986-1988), Sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand ile Cumhuriyetçi/Muhafazakâr Başbakan Balladur'un olduğu II. Kohabitasyon Dönemi (1993-1995), Cumhuriyetçi/Muhafazakâr Cumhurbaşkanı Chirac ile Sosyalist Başbakan Jospin'in olduğu III. Kohabitasyon Dönemi (1997-2002).

¹⁹⁴ Bu konu için bkz. Rogoff (n 13) 70-77; Heringa (n 1) 283; Boyron (n 12) 54-55; Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (n 160) 187, 314.

yasası'nın esasen özü ve temeli olan parlamenter karakter de gün yüzüne çıkmıştır. Hemen belirtelim 2000 Fransız Anayasal Reformu ile Cumhurbaşkanının 5 yıllığına seçilmesi usulünün getirilmesiyle Fransız siyasetinde kohabitasyonun görülme ihtimali azaltılmıştır¹⁹⁵. Nitekim Cumhurbaşkanı ve Millî Meclis'in görev sürelerinin beşer yıl olması karşısında yeni seçilmiş bir cumhurbaşkanı, güncel politik rüzgarı arkasına alması akabinde Parlamento'yu feshederek yapılacak Millî Meclis seçimlerinde kendi politik hüviyeti ve ajandasıyla uyumlu bir Millî Meclis kompozisyonunun teşekkül etmesini sağlayabilir. Böyle bir durumda da Millî Meclis ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin çok yakın zamanlarda yapılması söz konusu olacaktır. Ancak iki seçim arasındaki söz konusu zamansal yakınlık, cumhurbaşkanının herhangi bir zaman dilimindeki parlamentoyu fesih kararı ile pek tabii ki değiştirilebilir.

3. V. Cumhuriyet Dönemi Fransız Parlamentosu'nun Rasyonelleştirilmiş Karakteri: 1958 Anayasası'nın Kurumsal ve Teşrii Düzeyde Rasyonelleştirilmiş Parlamento Mekanizmaları

1958 Anayasası'na göz attığımızda parlamentonun rasyonelleştirilmesi adına Parlamento'nun yürütme organı lehine güçsüzleştirildiğini kolaylıkla fark edebiliriz¹⁹⁶. Yine 1958 Anayasası'nın parlamentonun rasyonelleştirilmesi araçları ve mekanizmalarının odağında Hükümet ile Parlamento arasındaki ilişkilerin yattığı gözlemlenmektedir. Öncelikle belirtelim 1958 Anayasası, başbakanın ve bakanların atanmaları açısından parlamenter sisteme sadık bir usul benimsemiştir. Nitekim Anayasa'nın 8. maddesi şu şekildedir:

"Başbakan Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Cumhurbaşkanı, Başbakanın Hükümetin istifasını sunması durumunda Başbakanın görevine son verir.

Başbakanın tavsiyesi üzerine bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından atanır¹⁹⁷."

Görüldüğü üzere her ne kadar cumhurbaşkanına yönetsel ve teşrii alanda yukarıda belirttiğimiz önemli yetkiler bahsetse de 1958 Anayasası, Fransız Hü-

¹⁹⁵ Heringa (n 1) 283; Rogoff (n 13) 59.

¹⁹⁶ Rogoff (n 13) 85.

¹⁹⁷ Bununla birlikte söz konusu maddenin De Gaulle'ün Cumhurbaşkanlığı döneminde Cumhurbaşkanının başbakanları kendi inisiyatifine göre atayabileceği ve başbakanın Cumhurbaşkanı istediği sürece görevde kalabileceği şeklinde yorumlandığını belirtelim. Bell (n 26) 16.

kümeti'nin başbakan ve bakanlardan teşekkül ettiğini hükme bağlamaktadır¹⁹⁸. Bu hususta Anayasa'nın 20 maddesi şu şekildedir:

“Hükümet millî politikayı belirleyerek yürütür.

Hükümet kamu hizmetinin ve ordunun idaresinden sorumludur.

Hükümet, işbu Anayasa'nın 49. ve 50. maddelerinde belirtilen usuller dâhilinde Parlamento'ya karşı sorumludur.”

Yukarıdaki hükümleri bir arada değerlendirdiğimizde Fransız anayasal düzeninde bakanlar kurulu ve hükümetin aynı birimler olmadığı sonucuna rahatlıkla varırız. Şöyle ki bakanlar kurulu, başbakan ve bakanların yanı sıra cumhurbaşkanından da teşekkül eden bir kurul olup hükümetin verdiği kanun tekliflerinin ve kanun hükmünde kararname/ikincil kanunların görüşülmesi gibi ülkenin idaresine ilişkin önemli meselelerin karara bağlandığı bir kuruldur. Hâlbuki hükümet, başbakan ve bakanlardan teşekkül etmekte olup millî politikayı belirleyen ve yöneten, kamu hizmeti ile orduyu idare eden ve Parlamento'ya karşı siyasi sorumluluğu bulunan yönetsel birimdir. Nitekim cumhurbaşkanının Parlamento'ya karşı siyasi sorumluluğu yoktur. Yine Anayasa'nın 21. maddesinin ilk fıkrası *“Başbakan, Hükümetin faaliyetlerini yönlendirir. Millî savunmadan Başbakan sorumludur.”* ifadesine yer vermektedir. Görüldüğü üzere Başbakan Fransız Hükümetinin bir nevi başıdır¹⁹⁹. Tüm bu hükümleri bir arada değerlendirdiğimizde 1958 Anayasası'nın esasen ülkeyi yönetme yetkisini hükümete verdiğini söylersek yanlış yapmış olmayız. Nitekim Fransız Anayasası, başbakan ve bakanlardan oluşan hükümete millî/iç politikayı belirleme ve ülkeyi yönetme yetkisi, Cumhurbaşkanına ise devletin ve yürütmenin başı olarak ülkenin yönetiminde etkin ve yönlendirici olma işlevi vermiştir²⁰⁰.

1958 Anayasası'nın öngördüğü rasyonelleştirilmiş parlamento araçları ve mekanizmalarına bakacak olursak öncelikle Fransız Parlamentosu'nun teşrii salahiyetinin hükümetin lehine zayıflatıldığını söyleyebiliriz. Bir kere Anayasa'nın 34. maddesi, yasama organı olan Fransız Parlamentosu'nun kanun çıkara-

¹⁹⁸ Nitekim Anayasa'nın Cumhurbaşkanının seçim usulünü ve yetkilerini düzenleyen m. 5-19 hükümleri “Cumhurbaşkanı” başlıklı II. Bölümde geçerken, m. 20-23 arasında kaleme alınan “Hükümet” başlıklı III. bölüm ise başbakan ve bakanları ele almaktadır.

¹⁹⁹ Heringa (n 1) 280.

²⁰⁰ Bkz. Heringa (n 1) 282-284; Boyron (n 12) 74-77; Rogoff (n 13) 59-60; Knapp and Wright (n 4) 61-63.

racağı alanları sınırlı olarak saymış²⁰¹; 37. maddesi de 34. maddede belirtilenler dışında kalan konuların ancak hükümetin aslı düzenleyici işlemi olan regülasyonlar (*le réglementaire*) ile düzenleneceğini hükme bağlamıştır²⁰². Başka bir ifadeyle Fransız anayasal düzeninde Parlamento'nun kanun / asli nitelikte düzenleyici işlem çıkarma yetkisi tahdidi nitelikte olup, buna karşın Hükümetin ise otonom/asli düzenleyici işlem yetkisi bakiye niteliktedir. Görüldüğü üzere Fransız Anayasası Parlamento'nun yanında Hükümetin de (asli nitelikteki) kural koyma yetkisini açıkça tanımaktadır²⁰³. Üstelik Fransız anayasal düzeninde Parlamento tarafından çıkarılan kanunlar ile Hükümet tarafından çıkarılan regülasyonlar arasında ulusal normlar hiyerarşisi açısından bir altlık-üstlük ilişkisi de yoktur. Nitekim Anayasa'nın 34. ve 37. maddelerinin amacı, hükümete Fransız

²⁰¹ 1958 Anayasası'nın 34. maddesi şu şekildedir:

"Kanun, şu hususlara ilişkin kuralları belirler:

Vatandaşların özgürlüklerini kullanmaları için tanınan kişisel haklar ve temel güvenceler; basın özgürlüğü, bağımsızlığı ve çeşitliliği; millî savunma amacıyla vatandaşlara getirilen kişisel ve mali yükümlülükler

Vatandaşlık, kişinin hal ve ehliyeti, mal rejimi sistemleri, miras ve bağışlar

Ağır suçlar, diğer ana cürümler ve bunların cezaları; ceza muhakemesi; af; yeni kategori mahkemelerin kurulması; yargı organı üyelerinin statüsü

Her tür verginin matrah, tarh ve tahsil usulleri; para basımı

Parlamento meclislerinin üyelerinin, yerel meclislerin, yurtdışında yaşayan Fransız vatandaşları için faaliyet gösteren temsil organlarının seçim sistemi; mahalli idare müzakere meclisleri üyelerinin seçimle geldikleri makam ve görevlerinin şartları

Kamu tüzel kişilerinin kurulması

Silahlı kuvvetler mensupları ve kamu görevlilerine tanınan temel güvenceler Devletleştirme ve özelleştirme

Aynı hüküm uyarınca kanun, şu hususlara ilişkin asli prensipleri belirler: Millî savunmanın organizasyonu

Mahalli idarelerin kendi kendilerini yönetmeleri, yetkileri ve gelirleri

Eğitim

Çevrenin korunması

Mülkiyet rejimleri, mülkiyet hakları, kişisel ve ticari yükümlülükler

Bireysel ve toplu iş hukuku, sosyal güvenlik"

²⁰² 1958 Anayasası'nın 37 maddesi uyarınca;

"Kanun kapsamında belirtilmeyen konular regülasyon kapsamındadır.

Bu konulardaki kanun hükümleri Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra çıkarılan kararname ile değiştirilebilir. Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan bunun gibi hükümler ancak Anayasa Konseyi'nin bunların yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere regülasyon alanında olduğunu tespit etmesi sonucunda kararname ile değiştirilebilir."

²⁰³ Martinez (n 8) 563.

Parlamentosu'nun üzerinde kanun çıkaramayacağı münhasır ve asli nitelikte bir düzenleme / (maddi) yasama alanı bahşetmektedir²⁰⁴. Bu hususun bir yansıması olarak 34. madde kapsamına girmeyen ve esasen regülasyon alanında çıkarılan bir kanun hakkında Fransız Anayasa Konseyi tarafından anayasaya aykırılık kararı verilir²⁰⁵. Görüldüğü üzere Fransız anayasal düzeninde yasama organının/iktidarının genelliği söz konusu değildir²⁰⁶.

1958 Anayasası'nın teşrii alanda yürütme organına bahşettiği diğer bir önemli yetki, 34. madde kapsamında kanun alanına giren konularda Parlamento tarafından çıkarılan yetki kanununa dayanarak kararname (*l'ordonnance*) çıkarmaktır. Anayasa'nın ilgili 38. maddesi şu şekildedir:

“Hükümet, programını uygulamak için normalde kanunla düzenleme alanına münhasır olan bir alanda kararname ile önlemler almak için Parlamento'dan sınırlı bir süre için yetki isteyebilir.

Kararnameler Danıştay'ın (Conseil d'État) görüşü alındıktan sonra Bakanlar Kurulu nezdinde çıkarılır. Bunlar yayımlanmaları üzerine yürürlüğe girerler ancak bunların kabul edilmelerine ilişkin kanun teklifinin yetki kanununun belirlediği tarihe kadar sunulmaması durumunda geçersiz hale gelirler. Bunlar sadece açık ibarelerle kabul edilebilirler.

“Yukarıda birinci fıkrada belirtilen sürenin sona ermesi halinde kanunla düzenlenen alanlarda çıkarılan kararnameler sadece Parlamento'nun çıkardığı kanunlar ile değiştirilebilir.”

1958 Anayasası hükümete sadece münhasır yasama alanı vermekle kalmamış, aynı zamanda bir yetki kanunu üzerine esasen kanun alanında olan konuları da düzenleme yetkisi vermiştir. Söz konusu tercih yasama/kanun gücünde işlem yapma yetkisinin yürütme organına devredilmesini kısıtlayan 1946 Anayasası'nın anlayışından önemli bir ayrılmadır²⁰⁷. Parlamento'dan alınan yetki devri ile çıkarılan bu kararnameler ile kanun hükümlerinin ilga edilip de-

²⁰⁴ Aynı görüşte bkz. Dorsen and others (n 2) 274.

²⁰⁵ Boyron (n 12) 151.

²⁰⁶ Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (n 160) 287.

²⁰⁷ Dorsen and others (n 2) 273; Aslında IV. Cumhuriyet Dönemi'nde de 17 Ağustos 1948 tarihli bir kanunla Hükümete kararnameler yoluyla düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmişti. Ancak V. Cumhuriyet'te bunun anayasal dayanağının olması 1958 Anayasası'nın yasama-yürütme ilişkileri bağlamında yansıttığı anlayış bakımından önemlidir. Huber (n 160) 240.

ğiştirilmesine de bir engel yoktur²⁰⁸. Yine söz konusu kararnameler bizzat hükümetin programının uygulanması amacıyla çıkarılmaktadır. Hemen belirtelim regülasyonların aksine kararnameler bakanlar kurulu nezdinde çıkarıldığı için bunların yürürlüğe girmesi hususunda cumhurbaşkanının imzası şarttır. Bu bağlamda bilhassa cumhurbaşkanı ile başbakanın farklı siyasi partilerden olduğu kohabitasyon dönemlerinde cumhurbaşkanı, başbakan tarafından hazırlanarak bakanlar kuruluna sunulan kararnameleri imzalamaktan imtina edebilir²⁰⁹. Görüldüğü üzere V. Cumhuriyet Dönemi Fransız anayasal düzeninde hükümetin hem asli hem de ikincil nitelikte kanun hükmünde/niteliğinde düzenleyici işlem yapma yetkisi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle Fransız anayasal düzeninde gerek asli gerek ikincil nitelikte olsun, her konuda düzenleme yapma yetkisi yasama organında değil yürütme organındadır.

1958 Anayasası'nın Parlamento'yu teşrii alanda sınırlandırdığı diğer bir alan Parlamento oturumlardır. Anayasa'nın 28. maddesi şu şekildedir:

“Parlamento doğal bir hakkı olarak, oturumlarının devam ettiği yasama dönemi olan Ekim ayının ilk iş gününden Haziran ayının son iş gününe kadar olağan faaliyetlerine devam eder.

Olağan yasama dönemi boyunca Parlamento'nun her bir meclisinin bileşim sayısı 120 günü geçemez. Bileşimlerin olacağı haftalar bizzat meclisler tarafından belirlenir.

İlgili meclisin başkanına danışarak Başbakan veya salt çoğunluğu tarafından bu şekilde bir karar alınması şartıyla her bir meclis söz konusu meclisin ilave gün sayısı kadar toplanmasına karar verebilir.

Oturumların saatleri ve günleri her bir meclisin usul kuralları/iç tüzüklerinde belirlenir.”

1946 Anayasası'nın aksine 1958 Anayasası, Parlamento'nun bileşimde olacağı gün sayısı için asgari değil azami bir sınır belirlemiştir²¹⁰. Bu durum açıkça Parlamento'nun gücünü ve salahiyetini sınırlandırmaktadır²¹¹. Üstelik Parla-

²⁰⁸ Dorsen and others (n 2) 274.

²⁰⁹ Nitekim bu husus parlamenter çoğunluk ile hükümetin Muhafazakâr Parti'de, Cumhurbaşkanlığı makamının ise Sosyalist Parti'de olduğu 1986-1988 I. Kohabitasyon Dönemi'nde yaşanmıştır. O dönemki Cumhurbaşkanı Mitterrand, Başbakan Chirac'ın Fransız endüstrisini özelleştirmeye yönelik hazırladığı kararnameleri imzalamaktan imtina etmiştir. Huber (n 160) 243.

²¹⁰ Bell (n 26) 18.

²¹¹ Bell (n 26) 18.

mento'nun söz konusu anayasal sınırdan fazla günde toplanması başbakanın veya Millî Meclis'in salt çoğunluğunun kararına bağlıdır ki burada söz konusu ilave toplantı kararı genelde başbakanın inisiyatifiyle alınmaktadır²¹². Yine Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca *"Hükümetin, kendisinin belirlediği ve ajandası doğrultusunda talep ettiği şekilde müzakerelerin yapılması ve tekliflerin/tasarıların görüşülmesinde dört haftalık oturumların iki haftasında önceliği vardır."* Buna göre Parlamento çalışmalarının yarısının gündemini belirlemede bizzat inisiyatif sahibi olan hükümettir. Hemen belirtelim 2008 Anayasal Reformu'ndan önce teşrii ajandanın belirlenmesinde öncelik hep hükümette olup parlamenterler bu konuda sadece haftada bir bileşimde inisiyatif sahibi olabiliyordu²¹³. Yine söz konusu maddenin üçüncü fıkrası hükümete; mali kanun tekliflerinin, sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin kanun tekliflerinin, olağanüstü hâle ilişkin kanun tekliflerinin ve ülke dışına 4 aydan fazla asker gönderilmesi durumunda parlamenter iznin alınmasına ilişkin talebin Parlamento'da gündeme alınmasını öne alma yetkisi vermektedir. Kaldı ki Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca *"Parlamento üyeleri tarafından verilen kanun teklifleri (üye teklifleri) ve kanun değişikliği teklifleri, kabul edilmeleri kamu gelirinde azalmaya veya kamu giderinde artışa sebep olacak ise kabul edilmez."* Başka bir ifadeyle kamu giderinde artışa veya kamu gelirinde azalmaya yol açacak bir kanun teklifini ancak hükümet verebilir. Nitekim Anayasa'nın 39. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *"Hem başbakanın hem de Parlamento üyelerinin (milletvekillerinin ve senatörlerin) kanun teklifi verme yetkileri vardır"*²¹⁴.

V. Cumhuriyet Dönemi Fransız Parlamentosu'nun rasyonelleştirilmiş karakteri hususunda göze çarpan diğer bir husus, yasama sürecinde hükümetin inisiyatifiyle Senato²¹⁵'nin Millî Meclis tarafından aşılabilmesidir. İki kanatlı bir ya-

²¹² Bell (n 26) 18.

²¹³ Heringa (n 1) 87.

²¹⁴ Hemen belirtelim Fransız anayasal düzeninde hükümet adına başbakan tarafından verilen kanun tekliflerine kanun tasarısı (legislative project), Parlamento üyeleri tarafından verilen kanun tekliflerine ise kanun teklifi (legislative proposals) denilmektedir. Boyron (n 12) 118.

²¹⁵ Senato, Fransız Parlamentosu'nun üyeleri dolaylı/iki dereceli usulle seçilen üst kanadadır. 2004 yılında kadar senatörler 9 yıllığına seçilmekte ve Senato'nun üçte biri 3 yılda bir yenilenmekteydi. 30 Temmuz 2003 tarihli bir kanun (No. 2003-696) 2011 senatör seçimlerinden itibaren uygulanacak bir reform öngördü. 2011 itibarıyla senatörler 6 yıllığına seçilmekte olup Senato'nun yarısı 3 yılda bir yenilenmektedir. 2008 Anayasal Reformu ile hâlihazırda kanuni düzlemde 348 olan senatör sayısı Anayasa'nın 24. maddesinde de belirtilmiştir. Nitekim 1958 Anayasası'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrası "Senato'nun üye sayısı 348'in üstünde olamaz ve senatörler dolaylı olarak seçilirler. Senato'da Cumhuriyetin bölgesel birimlerinin

pıyı haiz Fransız Parlamentosu'nda bir kanun teklifinin kanunlaşması ve yürürlüğe girmek üzere cumhurbaşkanına gönderilmesi için prensip olarak hem Milli Meclis'in hem de Senato'nun söz konusu teklif metnini aynı ifadelerle kabul etmesi gereklidir²¹⁶. Nitekim Millî Meclis ve Senato bir kanun teklifini aynı ibarelerle kabul etmezse teklif deyim yerindeyse pin pong topu gibi bir meclisten diğerine gidip geri gelir. Bu kısır döngüye *mekik dokuma (navette/shuttle)* denilmektedir²¹⁷. Bununla birlikte böylesine bir durumda Fransız Anayasası, hükümetin tetiklediği özel bir yasama usulü kapsamında Senato'nun aşılması usulüne yer vermektedir. Bu hususta Anayasa'nın 45. maddesi şu şekildedir:

“Her bir hükümet ya da üye kanun teklifi sırayla Parlamento'nun iki meclisinde aynı ibarelerle kabul edilmek üzere gündeme alınır. 40. ve 41. maddelerdeki uygulamalara hanel getirmeksizin gündeme alınan veya sunulan metin ile doğrudan ya da dolaylı bağlantısı bulunan değişiklikler birinci görüşme sırasında kabul edilebilir.

İki meclis arasında anlaşmazlık olması sonucunda, her iki meclis tarafından iki görüşme sonrasında da bir hükümet ya da üye teklifinin kabul edilmemesi ya da her bir mecliste birer kez görüşülmeden sonra iki meclisin de başkanlarının birlikte karşı gelmemesi kaydıyla, hükümet hızlandırılmış prosedürü uygulamaya karar verirse başbakan veya üye teklifleri için birlikte hareket eden iki meclisin başkanları, her bir meclisten eşit sayıda üyeden oluşan ve görevi üzerinde anlaşmazlık olan hükümler ile ilgili bir taslak metin önermek olan ortak bir komisyon kurma yetkisine sahiptir.

temsili sağlar.” ifadesine yer vermektedir. Senatörler, sayısı yaklaşık 150.000 olan ikinci seçmenler/delegeler tarafından seçilir. Söz konusu delegeler Fransa'nın bölgesel idari birimleri bünyesinde oylarını kullanırlar. Şöyle ki senatörlerin çoğu (326 senatör) il olarak çevrebi-leceğimiz Anakara Fransa'sı, Korsika ve Denizaşırı Fransa'daki départements bünyesinde seçilirler. Diğer denizaşırı birimlerin de her biri bir ya da iki senatör seçmektedir. 12 koltuk ise yabancı ülkede yaşayan Fransızları temsil etmek üzere ayrılmıştır. Her il bünyesindeki delegeler/ikinci seçmenler seçim bölgesi o il olan Milli Meclis üyeleri, seçilmiş il meclisi üyeleri, seçilmiş bölge meclisi üyelerini kapsar. Kalan %95 oranındaki delegeler o il bünyesindeki seçilmiş il belediye meclisi temsilcilerinden oluşur. 2 ya da daha az senatör seçen illerde seçim çoğunluk sistemine göre yapılırken (run-off), 2'den fazla senatör seçen illerde nispi temsil sistemi uygulanır. Yurtdışında yaşayan vatandaşları temsil edecek 12 senatör, 150 kişilik seçilmiş özel bir konsey tarafından nispi temsil sistemi ile seçilir. Bu konsey üyeleri yurtdışında yaşayan Fransız vatandaşları tarafından seçilir. Heringa (n 1) 207-208.

²¹⁶ Boyron (n 12) 124.

²¹⁷ Heringa (n 1) 212; Boyron (n 12) 125.

Ortak komisyon tarafından hazırlanan metin, hükümet tarafından her iki meclise de kabul edilmek üzere gönderilir. Bu metin üzerinde hükümetin rızası olmaksızın herhangi bir değişiklik yapılamaz.

Eğer ortak komisyon ortak bir metin üzerinde anlaşamazsa ya da bu metin yukarıdaki fıkrada belirtilen şekilde kabul edilmezse hükümet Milli Meclis ve Senato'da yapılacak yeni birer görüşmeden sonra Milli Meclis'ten nihai karar almasını isteyebilir. Böyle bir durumda Milli Meclis, ortak komisyon tarafından hazırlanan ya da kendisi tarafından kabul edilerek Senato'da değişikliğe uğrayan son metni ele alabilir."

Söz konusu hüküm ilk bakışta biraz karışık görünse de özeti şudur: Bir kanun teklifi Millî Meclis ve Senato'da yapılan ikişer görüşmede de aynı ibarelerle kabul edilmezse başbakan, her iki meclisten eşit üyeden oluşan bir uzlaşma komitesi kurulmasını sağlayabilir. Eğer hükümet meselenin acil olduğunu bildirirse ilgili ortak komite Millî Meclis ve Senato nezdinde yapılan birer başarısız görüşmeden sonra kurulur ki buna hızlandırılmış usul denilmektedir. 2008 Anayasal Reformu ile Millî Meclis ve Senato başkanlarının bir arada itiraz ederek söz konusu hızlandırılmış usulü önleme imkânı getirilmiştir²¹⁸. Söz konusu komite her iki meclisten yedişer üyeden oluşmaktadır²¹⁹. Ortak Uzlaşma Komitesi bir metin üzerinde uzlaşırsa söz konusu uzlaşma kanun taslağı metni hükümet tarafından her iki meclise de kabul edilmek üzere gönderilmektedir. Söz konusu usulün işletilmesi durumunda Ortak Komite'nin genelde bir metin üzerinde anlaşmaya vardığı belirtilmektedir²²⁰. Söz konusu taslak metin üzerinde ancak hükümetin onayıyla değişiklik yapılabilir. Eğer Ortak Uzlaşma Komitesi bir anlaşmaya varamazsa veya Komite'nin gönderdiği metin hükümetin onayı olmaksızın Parlamento kanatlarının herhangi birinde değiştirilirse veya kabul edilmezse iki meclis nezdinde birer başarısız görüşmenin ardından hükümet Millî Meclis'in nihai karar almasını isteyebilir. Böyle bir durumda Millî Meclis'in kanun teklifini kabulü akabinde Senato oylamasına gerek olmadan söz konusu teklif kanunlaşmış sayılır. Millî Meclis nezdindeki nihai oylamada hükümet, Uzlaşma Komitesi'nde kabul edilen metin veya Millî Meclis'in onayladığı son metin arasında tercih hakkına sahiptir. Hükümetin kararıyla Senato'nun aşılması usulü 1958 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden bu yana kanun tekliflerinin yaklaşık %10'unda uygulanmıştır²²¹.

²¹⁸ Heringa (n 1) 212.

²¹⁹ Heringa (n 1) 212; Boyron (n 12) 125.

²²⁰ Boyron (n 12) 125.

²²¹ Heringa (n 1) 212.

C. Değerlendirme

V. Fransız Cumhuriyeti Dönemi'nin anayasal ve kurumsal karakteristiği olan rasyonelleştirilmiş parlamentoya ilişkin usul ve mekanizmalar 1958 Anayasası'nda kendini hemen belli etmektedir. Nitekim Anayasa'nın temel organlara ve kurumsal yapıya ilişkin daha ilk hükümlerinde geleneksel veya Westminster tipi bir parlamenter sistemden farklılaşmalar dikkatlerden kaçmamaktadır. Bu hususta hem cumhurbaşkanına hem de hükümete önemli teşrii yetkilerin verilmesi yanında yasama organı Parlamento'nun teşrii süreçteki inisiyatifinin yürütme organı lehine törpülendiğini görmekteyiz. Bunun arka planında yukarıda da belirttiğimiz üzere IV. Cumhuriyet Dönemi yaşanan hükümet istikrarsızlıkları ile kabine krizlerine engel olma düşüncesi yatmaktadır. Bu bağlamda 1958 Anayasası bir yandan mevcut hükümetin görevde kalmasını sağlamlaştıracak ve hükümet ömrünü uzatacak usuller, diğer yandan da hükümetin programını etkin bir şekilde hayata geçirmesine destek olacak mekanizmalar öngörmektedir. Nitekim hükümet sistemi ister parlamenter ister başkanlık isterse de yarı başkanlık olsun; hükümet, programını hayata geçirmek için yasama organının desteğine muhtaçtır. Nihayetinde hükümetin programında yer alan hususlar, kanun ya da bir kanuna dayanılarak çıkarılan ikincil kanunlar / kararnamele aracılığıyla hayata geçirilebilir. Fransız Anayasası'nda kararnamelerin bizzat hükümetin programının uygulanması amacıyla çıkarılacağı belirtilmesi, bu hususun bir yansımasıdır. Nitekim yasama organının sürekli olarak hükümetin kanun tekliflerini reddetmesi kaçınılmaz olarak yönetim krizlerine yol açacaktır. Zaten parlamenter hükümet sisteminde veya Fransa gibi parlamenter bazlı yarı başkanlık sistemlerinde hükümetin kanun teklifinin reddedilmesi bir güvensizlik emaresidir ve prensip olarak başbakanın istifasıyla sonuçlanır.

1958 Fransız Anayasası hükümete, hem regülasyonlar aracılığıyla asli düzenleyici işlem yapma hem de yetki kanununa dayanarak kanunla düzenleme alanında kararname / ikincil kanun çıkarma yetkisi vermektedir. Bu şekilde Anayasa hükümet ajandasının hayata geçirilmesinde kolaylaştırıcı bir anlayış benimsemiştir. Bu husus sadece hükümet programlarının hayata geçirilmesine değil, aynı zamanda hükümetlerin uzun ömürlü olmasına da hizmet etmektedir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere hükümet programının yasama organı tarafından onaylanması bir güvensizlik emaresidir ve parlamenter çoğunluk ile hükümet arasındaki iş birliğinin sona erdiğini gösterir. Parlamenterlerin kamu gelirinde azalmaya veya kamu giderinde artışa sebep olacak kanun teklifi verememesi ve hükümetin kanun tekliflerinin görüşülmesinde dört haftalık oturumların iki haftasında önceliğinin olması da hükümetin teşrii ajandasını

hayata geçirmesini hızlandırmaya yönelik düzenlemelerdir. Yine kanun yapım sürecinde Senato'nun Millî Meclis tarafından hükümetin inisiyatifıyla aşılabilmesi de teşrii alanda hükümeti güçlendirmeye yönelik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

1958 Anayasası'nın benimsediği rasyonelleştirilmiş parlamento, cumhurbaşkanı açısından da kendisini göstermektedir. Nitekim Fransız Anayasası, cumhurbaşkanına da Parlamento karşısında koz olarak kullanabileceği önemli yetkiler vermektedir. Bunlardan en önemlisi belki de parlamenter hükümet sistemi ile başkanlık hükümet sisteminde söz konusu olmayan devlet başkanının parlamentoyu takdiri olarak feshetme yetkisidir. Cumhurbaşkanı söz konusu yetkiyi hem hükümet ile Parlamento arasında çıkabilecek herhangi bir krizi çözmek amacıyla hem de Millî Meclis kompozisyonunu yeniden dizayn etmek amacıyla kullanabilir. Başka bir ifadeyle, cumhurbaşkanının Millî Meclis seçimini yenileme yetkisini politik saiklerle kullanmasında herhangi bir engel yoktur. Anayasa'nın 16. maddesi kapsamında cumhurbaşkanının olağanüstü hâl ilan ederek gerekli gördüğü tedbirleri alma yetkisinin olması da söz konusu dönemlerde cumhurbaşkanının teşrii bir hüviyet içerisinde faaliyet göstermesini beraberinde getirir. Hükümet tekliflerinin ve ikincil kanunların / kararnamelerin müzakere edildiği bakanlar kuruluna başkanlık etmesi de cumhurbaşkanının hükümet üzerinde kontrol ve gözetiminin olmasına yol açmaktadır.

1958 Anayasası her ne kadar parlamentonun rasyonelleştirilmesi tercihini yansıtırsa ve yürütme organı lehine parlamentonun teşrii kabiliyetini zayıflatsa da Fransız V. Cumhuriyeti'nin parlamenter bazlı bir sistem tesis ettiği gerçeğini inkâr edemeyiz. Nitekim bilhassa Charles De Gaulle'ün Cumhurbaşkanı olduğu V. Cumhuriyet'in ilk dönemleri haricinde esasen yarı başkanlık olan Fransız hükümet sisteminin parlamenter mantıkla işlediğini söyleyebiliriz. Bunun en belirgin kanıtı Fransız siyasetinde yaşanan kohabitasyon dönemleridir. Cumhurbaşkanı'nın Millî Meclis'te kendi siyasi görüşüne aykırı veya zıt bir çoğunlukla karşılaşması durumunda parlamenter çoğunluğun güvenini sağlayan kişiyi başbakan atamak dışında çok da bir alternatifi bulunmamaktadır. Bu husus ise hâlihazırda Anayasa tarafından millî politikayı belirleme ve uygulama yetkisi verilen hükümetin siyasi arenada cumhurbaşkanına kıyasla daha baskın olmasına yol açacaktır. Başka bir ifadeyle, parlamenter çoğunluğun ya da başbakanın kendi siyasi görüşü ile uyumlu olmaması durumunda cumhurbaşkanının baskın politik figür olması çok da yüksek bir ihtimal değildir. Böyle bir durumda cumhurbaşkanı, parlamentoyu feshederek Millî Meclis seçimini yenileme suretiyle Parlamento kompozisyonuna etki etmeyi deneyebilir ancak genel seçim-

lerde arzu ettiği sonucu alacağına garanti pek tabii ki yoktur. Hatta cumhurbaşkanının kanun tasarıları (hükümet teklifleri) ile kararnameleri bakanlar kurulunda imzalamaktan imtina etmesi durumunda dahi hükümet, söz konusu politik ajandayı Parlamento nezdinde üye teklifi ve olağan kanun yapım süreci üzerinden hayata geçirebilir. Hükümet ise nihayetinde hayatta kalmak ve programını yürürlüğe sokmak için parlamenter çoğunluğa muhtaç olduğu için esasen Fransız hükümet sistemi yasama-yürütme ilişkileri açısından Cumhurbaşkanı, Başbakan veya Parlamento'dan herhangi birisinin politik arenada her daim ağır bir şekilde baskın gelmesi üzerine tasarlanmamıştır. Diğer yandan da Fransız anayasal düzeninin hükümet istikrarsızlıklarına ve etkisiz yönetimlere engel olmak amacıyla güçlü ve çarpıcı parlamentonun rasyonelleştirilmesi mekanizmalarına yer verdiği gerçeği de göz ardı edilemez.

III. Fransız Parlamentosu'nun Rasyonelleştirilmiş Niteliğine Çarpıcı Bir Güncel Örnek: Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu

A. Fransız Anayasal Düzeninde Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu Nezdinde Hükümetin Siyasi Sorumluluğu

1958 Anayasası'nın ortaya koyduğu rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu, kendisini hükümetin Millî Meclis nezdinde siyasi sorumluluğunda da göstermektedir. Hükümetin sorumluluğu Fransız Anayasası'nın 49. ve 50. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hususta Anayasa'nın 49. maddesi şu şekildedir:

“Başbakan, Bakanlar Kurulu'nda görüşüldükten sonra Hükümetin programını veya genel bir politika beyanını Millî Meclis nezdinde güven oylaması meselesi yapabilir.

Millî Meclis, güvensizlik önergesi yoluyla Hükümetin sorumluluğuna gidebilir. Söz konusu önerge Millî Meclis üyelerinin en az onda biri tarafından imzalanmadığı takdirde kabul edilmez. Güvensizlik oylaması Meclis gündemine alındıktan 48 saat sonra yapılır. Oylama sonunda sadece güvensizlik oyları sayılır ve güvensizlik oyları Millî Meclis üyelerinin salt çoğunluğuna erişmediği sürece güvensizlik önergesi kabul edilmez. Aşağıdaki fıkra hükmü saklı olmak üzere hiçbir Millî Meclis üyesi bir olağan yasama dönemi boyunca üçten fazla, bir olağanüstü yasama dönemi boyunca ise birden fazla güvensizlik oyu önergesi imzalayamaz.

Başbakan, Bakanlar Kurulu'nda görüşüldükten sonra bir mali kanun teklifinin veya sosyal güvenliğin finansmanı kanun teklifinin geçmesi-

ni/kabul edilmesini Millî Meclis nezdinde güven meselesi yapabilir. Böyle bir durumda izleyen 24 saat içerisinde yukarıdaki fıkrada belirtildiği şekilde gündeme alınan bir güvensizlik önergesi kabul edilmediği takdirde söz konusu kanun teklifi geçmiş/kabul edilmiş sayılır. İlaveten söz konusu usulü Başbakan, her yasama dönemi için bir üye teklifi veya hükümet teklifi için işletebilir.

Başbakan, Senato'dan hükümetin genel politika beyanını onaylamasını isteyebilir.”

1958 Anayasası'nın yasama süreci ve asli kural koyma yetkisi konularının yanında hükümetin Millî Meclis nezdinde sorumluluğunda da rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizmalarına yer verdiğini görüyoruz. Öncelikle yukarıda da belirttiğimiz gibi her ne kadar yarı başkanlık sistemi olarak anılsa da Fransız hükümet sisteminin parlamenter bazlı olduğunu, sorumsuz bir cumhurbaşkanı ile Parlamento'ya karşı sorumlu bir hükümetin varlığından anlamak mümkündür²²². Hükümetin siyasi sorumluluğunda göze ilk çarpan husus 1946 Anayasası'nın aksine 1958 Anayasası'nın hükümetin göreve başlaması için güvenoyu alması şartını öngörmemesidir. Başka bir ifadeyle başbakanın tavsiyesiyle cumhurbaşkanı tarafından atanan hükümet üyelerinin göreve başlamaları için Millî Meclis'ten güven almalarına gerek yoktur²²³. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi IV. Cumhuriyet Dönemi'nde hükümetin kurulması akabinde yapılan güven oylamasında birtakım milletvekilleri, hükümete yönelik daha önce dile getirdikleri desteği çekebiliyordu. Bu da hükümetlerin daha hemen kurulmaları akabinde çözümlerine yol açabiliyordu. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında göze çarpan önemli bir husus, başbakanın hükümetin genel politika beyanını Millî Meclis'e sunmak suretiyle güven meselesi yapma yetkisinin olmasıdır. Hemen belirtelim hükümden de anlaşılacağı üzere başbakanın hükümetin genel politikasını güven meselesi yapması bir zorunluluk değildir; bununla birlikte genel politika beyanı Millî Meclis tarafından reddedilirse başbakan istifa etmek zorundadır. Nitekim 1958 Anayasası'nın 50. maddesi *“Millî Meclis'in güvensizlik önergesini kabul etmesi ve Hükümet programını veya genel politika beyanını desteklememesi durumunda Başbakan Cumhurbaşkanına istifasını sunar.”* ifadesine yer vermektedir. Söz konusu hüküm genelde göreve yeni başlayan başbakanlar tarafından; parlamenter çoğunluğu hükümetin yasama ajandası ile

²²² Boyron (n 12) 79.

²²³ Heringa (n 1) 284.

bağlamak, önemli bir reform öncesi parlamenter desteği tazelemek, görece zayıflamış bir hükümete olan parlamenter desteği gözler önüne sürerek hükümeti güçlendirmek ve esasen cumhurbaşkanı kaynaklı olan bir yürütme politikası hakkında cumhurbaşkanının dikkatini çekmek amaçlarıyla kullanılmaktadır²²⁴. Görüldüğü üzere başbakan, söz konusu mekanizmayı hükümetin lehine ve yararına olduğunu düşündüğü anlarda tetikleyebilmektedir.

1958 Anayasası'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen güvensizlik önergesi ve oylaması usulü de hükümetin lehine olacak şekilde birtakım sıkı şartlara bağlanmıştır. Bir kere güvensizlik önergesinin milletvekillerinin en az onda biri tarafından verilmesi esası benimsenmiş ve bir milletvekilinin bir yasa dönemi içerisinde imza atabileceği güvensizlik önergesi sayısı sınırlandırılmıştır. Yine güvensizlik oylamasının gündeme alındıktan 48 saat sonra yapılması ve Millî Meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu²²⁵ tarafından onaylanması hâlinde kabul edilmesi esası benimsenmiştir. Yapılan oylamada ise sadece güvensizlik oylarının sayılması usulü öngörülmüştür ki buna göre kullanılan çekimser oyların hükümetin lehine bir izlenim oluşturması arzu edilmiştir. Görüldüğü üzere hükümete yönelik güvensizlik önergesi verilmesi ve bunun usulü de Anayasa'nın benimsediği rasyonelleştirilmiş parlamentoya uyumlu olarak düzenlenmiştir²²⁶. Nitekim V. Cumhuriyet Dönemi boyunca Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında Fransız hükümetlerine yönelik tam 65 kez güvensizlik önergesi verilmiş, bununla birlikte gündeme alınan bu önergelerden sadece 1 tanesi, 4 Ekim 1962 tarihinde dönemin Georges Pompidou Hükümeti'ne yönelik olarak kabul edilmiştir²²⁷.

²²⁴ Boyron (n 12) 80.

²²⁵ Hemen belirtelim söz konusu oran, toplantıda olan milletvekillerinin salt çoğunluğu değildir. Ancak söz konusu mutlak çoğunluk sayısı Millî Meclis'in tam üye sayısı 577 baz alınarak hesaplanan 289 da olmayabilir. Söz gelimi istifa, ölüm gibi sebeplerle güvensizlik oylaması sırasında toplantıda olsun ya da olmasın toplam milletvekili sayısı 570 ise güvensizlik önergesinin kabulü için gerekli salt çoğunluk 286'dır.

²²⁶ Heringa (n 1) 284.

²²⁷ Bkz. 'Motions de censure depuis 1958' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/decouvrir-l-assemblee/motions-de-censure-depuis-1958>> accessed 15 October 2024 Söz konusu güvensizlik oylamasında o dönem Millî Meclis'teki tüm milletvekillerinin salt çoğunluğu olan 241 milletvekilinin güvensizlik yönünde oyu gerekiyordu. Güvensizlik oylamasında ise 280 milletvekili güvensizlik oyu vererek Hükümetin düşürülmesini sağlamıştır.

B. Fransız Anayasal Düzeninde Kanun Tekliflerinin Kabulünde Hükümetin Parlamento Karşısındaki Büyük Kozu “Nükleer Seçenek”: Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu Üzerinden Çarpıcı Bir Örnek

1. Bir Rasyonelleştirilmiş Parlamento Mekanizması olarak 1958 Anayasası'nın 49. Maddesinin Üçüncü Fıkrası'nda Düzenlenen Nükleer Seçenek Usulü

1958 Anayasası'nın hükümetin Millî Meclis nezdinde sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesinin üçüncü fıkrasına ayrı bir başlık açmak gerekir. Söz konusu hükümde düzenlenen usul Hükümetin inisiyatifle bir kanun teklifinin Millî Meclis tarafından oylanmadan kabul edilmesini öngörmektedir. İlgili fıkra bakanlar kurulunda ele alınması şartıyla başbakana, bir kanun teklifinin geçmesini Millî Meclis nezdinde güven meselesi yapabilme imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte ilgili anayasal hüküm uyarınca söz konusu teklifin kabulü durumunda hükümetin güven almış olacağı değil, 24 saat gibi kısa bir süre içerisinde gündeme alınan ve kabul edilen bir güvensizlik önergesinin olmaması durumunda kanun teklifinin kabul edileceği kaleme alınmaktadır.²²⁸ Bu yönüyle ilgili rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizması; hem yasama sürecinde hükümete Millî Meclis'i devre dışı bırakarak kanun koyucu gibi hareket etme imkânı tanıdığı hem de hükümete parlamentoyu kontrol etme ve dize getirme gücünü bahsettiği için anti-demokratik, olağandışı veya aşırı nitelikte görülmektedir.²²⁹ Nitekim söz konusu mekanizma, bir kanun teklifinin Millî Meclis'te oylanmaksızın geçmesini sağlamaktadır. İşte bu yüzden söz konusu mekanizmaya politik literatürde *son çare* anlamına da gelen *nükleer seçenek* (*nuclear option*) de denilmektedir.²³⁰

²²⁸ Nitekim benzer bir usul Alman anayasal düzeninde de mevcut olup 1949 Alman Anayasası'nın 68. maddesi bağlamında Federal Şansölye bir kanun teklifinin geçmesini hükümetin güvenine bağlayabilmektedir. Bununla birlikte Almanya'da kanun teklifi Alman Parlamento-su'nun alt kanadı Bundestag'ta oylanmakta ve reddedilmesi durumunda hükümete güvenin de reddedildiği kabul edilmektedir. Fransız anayasal düzeninde ise kanun teklifi oylanmaktadır. Heringa (n 1) 285.

²²⁹ Boyron (n 12) 81, 125; Bell (n 26) 117; John D Huber, 'Restrictive Legislative Procedures in France and the United States' (1992) 86 The American Political Science Review 675, 676; Ozan Ergül, 'Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış' (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 123; Bülent Yücel, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği* (Adalet Yayınevi 2009) 180.

²³⁰ Bu konu için bkz. Türker Ertaş, 'How Emmanuel Macron Reaffirmed the Rationalised Character of the French Parliament' (2023) 13 De Hofvijver <https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vm3da4l2t1nn/nieuws/how_emmanuel_macron_reaffirmed_the> accessed

Nükleer seçenek usulünün tetiklenmesi üzerine, sıcak bakmadığı bir kanun teklifinin geçmemesi için Millî Meclis'in hükümeti düşürmekten başka bir çaresi kalmamaktadır. Ancak hükümetin düşürülmesi de cumhurbaşkanının parlamentoyu feshetmesi mekanizmasını tetikleyebileceği için²³¹ Millî Meclis, m. 49/3'ün işletildiği durumlarda tabiri caizse iki kez düşünmektedir²³². Söz konusu mekanizma bu yönüyle hükümetin oldukça lehinedir²³³. Nitekim nükleer seçenek usulü ile hükümet, Millî Meclisi bertaraf ederek ve Millî Meclis'e rağmen bir kanun teklifinin kabul edilmesini sağlamaktadır²³⁴. Nitekim söz konusu mekanizma hükümetin Millî Meclis nezdinde sorumluluğunun işletilmesi mekanizmasından çok başbakanın elinde olan ve gerekli gördüğünde Millî Meclis karşısında kullanabildiği bir teşrii zorlama mekanizmasıdır²³⁵. Bu sebeple m. 49/3, Hükümet nezdinde Parlamento'ya karşı bir nevi tehdit/şantaj mekanizması olarak da anılmaktadır²³⁶. 1958 Anayasası'nın ilk hâlinde bu usulün başbakan tarafından kullanılma sıklığı ve sayısı hususunda herhangi bir sınır yok iken 2008 Anayasal Reformu ile nükleer seçeneğin kullanımı mali nitelikteki kanun teklifleri hariç olmak üzere yasama dönemi başına bir defa ile sınırlandırılmıştır²³⁷.

Her ne kadar son çare veya nükleer seçenek olarak anılsa da V. Cumhuriyet Dönemi'nde başbakanlar Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasındaki usulü kullanmaktan çekinmemişlerdir. Nitekim söz konusu mekanizma 1958 Anayasası döneminde tam 114 kez işletilmiş, bunların 84'sinde ise hükümet aleyhine güvensizlik önergesi verilmiştir. Yakın tarihe dek bu durumların hiçbirisinde güvensizlik yönündeki oylar milletvekillerinin mutlak çoğunluğunu sağlayamadığı için hükümet düşmemiş ve söz konusu kanun teklifleri kabul edilmiş sayılmıştır. Bununla birlikte nükleer seçenek usulü, 2 Aralık 2024 tarihinde Başba-

15 October 2024; Söz konusu mekanizmada hükümet, bir kanun teklifinin kabulü uğruna düşürülme riskini göze aldığı için nükleer seçenek usulü 'giyotin' olarak da anılmaktadır. Bkz. Huber (n 229) 676; Yücel (n 229) 179-180; Ergül (n 229) 122-123; Kemal Gözler, *Anayasa Hukununun Genel Teorisi*, cilt I (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2011) 628; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (7th edn, Seçkin Yayıncılık 2024) 451.

²³¹ Heringa (n 1) 284; Boyron (n 12) 81.

²³² Boyron (n 12) 81.

²³³ Heringa (n 1) 286.

²³⁴ Boyron (n 12) 81.

²³⁵ Boyron (n 12) 81.

²³⁶ Heringa (n 1) 285.

²³⁷ Heringa (n 1) 211.

kan Michel Barnier tarafından *Sosyal Güvenliğin Finansmanına İlişkin Kanun Teklifi'nin (Social Security Finance Bill for 2025)* Millî Meclis'ten geçmesi için bir kez daha işletilmiştir. Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasının tetiklenmesi akabinde aynı gün Hükümet aleyhine iki adet güvensizlik önergesi verilmiştir. Bu güvensizlik önergelerinden ilki Millî Meclis'teki sosyalist-ekolojist blok bünyesinde Mathilde Panot, Boris Vallaud, Cyrielle Chatelain ve André Chassaigne ile 181 milletvekili tarafından verilmiştir. Hükümete karşı diğer güvensizlik önergesi ise Millî Meclis'teki sağ blok bünyesinde Marine Le Pen ve Éric Ciotti ile 138 milletvekili tarafından verilmiştir²³⁸. 4 Aralık günü ise sosyalist-ekolojist blok bünyesinde verilen güvensizlik önergesi için yapılan oylamada 331 milletvekilinin güvensizlik yönünde oy vermesi karşısında Barnier Hükümeti düşürülmüştür²³⁹. Bu şekilde hâlihazırda azınlık hükümeti olarak görev yapan ve Liberal İttifak ile Cumhuriyetçiler bünyesinde teşekkül eden merkez sağ Barnier Hükümeti, nükleer seçenek usulünün işletilmesi akabinde Millî Meclis tarafından görevden alınan ilk Fransız Hükümeti olmuştur. Yine söz konusu gelişme karşısında henüz 5 Eylül 2024 tarihinde görevine başlamış olan Barnier Hükümeti, V. Cumhuriyet tarihinin en kısa ömürlü hükümeti olarak kayıtlara geçmiştir²⁴⁰.

Nükleer seçeneği en fazla işleten Başbakan 1988-1991 arası görev yapmış olan Michel Rocard olup, kendisinin başbakanlığı döneminde bu usul 28 kez tetiklenmiştir. Yine söz konusu mekanizma özelleştirmeden sağlık sigortasına,

²³⁸ Bkz. Assemblée nationale, 'Adoption d'une Motion de Censure : Le PLFSS 2025 Est Rejeté En Lecture CMP (Art. 49.3) et Le Premier Ministre Doit Présenter La Démission Du Gouvernement (Art. 50)' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/adoption-d-une-motion-de-censure-le-plfss-2025-est-rejete-en-lecture-cmp-art.-49.3-et-le-premier-ministre-doit-presente-la-demission-du-gouvernement-art.-50>> accessed 5 December 2024.

²³⁹ Bkz. Assemblée Nationale, 'Analyse du scrutin n°519' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/scrutins/519>> accessed 5 December 2024. Hemen belirtelim söz konusu oylama sonucunda Hükümet düştüğü için Marine Le Pen ve Éric Ciotti ile 138 milletvekili tarafından verilen güvensizlik önergesinin oylanmasına gerek kalmamıştır.

²⁴⁰ Bkz. Guardian International Staff, 'French Government of Michel Barnier Toppled After Losing No-Confidence Vote - as It Happened' *the Guardian* (4 December 2024) <<https://www.theguardian.com/world/live/2024/dec/04/france-government-vote-no-confidence-barnier-lepen-europe-live>> accessed 5 December 2024; Mariama Darame, 'From Barnier's Use of Article 49.3 to Two No-Confidence Motions: A Day of Upheaval at the Assemblée Nationale' (3 December 2024) <https://www.lemonde.fr/en/france/article/2024/12/03/from-barnier-s-use-of-article-49-3-to-two-no-confidence-motions-a-day-of-upheaval-at-the-assemblee-nationale_6735007_7.html> accessed 5 December 2024.

özel eğitimden askeri planlamaya kadar uzanan geniş bir yelpazedeki kanun teklifleri için işletilmiştir²⁴¹. Bu açıdan 2008 Anayasal Reformu ile söz konusu mekanizmanın işletilmesinin mali kanun teklifleri hariç yasama dönemi başına bir kez ile sınırlandırılması Millî Meclis'in teşrii salahiyetinin güçlendirilmesi açısından önemlidir.

2. Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu'nun Arka Planı ve Kapsamı

Emmanuel Macron, 10 ve 24 Nisan 2022 tarihlerinde yapılan Cumhurbaşkanlığı Seçimi'nin ilk turunda geçerli oyların %73,69'unu, ikinci turda ise geçerli oyların %71,99'unu alarak ikinci kez 5 yıllığına Cumhurbaşkanı seçilmiştir²⁴². Bu şekilde Fransız liberal/merkez siyasetçi, 2002 yılında Jacques Chirac'ın seçilmesinin ardından ikinci kez cumhurbaşkanlığına seçilen ilk kişi olmuştur. Bununla birlikte Macron'un siyasi partisi *Renaissance* ve ittifak yaptığı *the Democratic Movement (Mouvement Démocrate)* ile *Horizons*, iki ay sonra yapılan Millî Meclis Seçimleri'nde aynı başarıyı gösterememiştir. Nitekim birinci turu 12 Haziran, ikinci turu 19 Haziran 2022 tarihlerinde yapılan ve sandığa gitme oranı %47,5'te kalan Genel Seçimler'de Macron'un desteklediği ve partisinin de yer aldığı Liberal İttifak, 477 sandalyeli Millî Meclis'in ancak 245 sandalyesini kazanabilmiştir. Halbuki 2017 Genel Seçimleri'nde o dönemki adıyla *The Republic on the Move - La République En Marche ! (REM)* olan Macron'un partisi, 306 sandalye kazanmıştı²⁴³. Bununla birlikte her ne kadar Millî Meclis'te çoğunluğu kaybetmişse de en çok milletvekiline sahip olmaya devam eden Liberal İttifak, *Renaissance* üyesi milletvekili Élisabeth Borne'un başbakanlığında azınlık hükümeti kurmayı başarabilmiştir²⁴⁴.

Cumhurbaşkanlığı ve Millî Meclis Seçimleri akabinde Emmanuel Macron'un politik ajandasının ana maddelerinden birisi de *Emeklilik Reformu (Pen-*

²⁴¹ Bkz. 'Engagements de Responsabilité Du Gouvernement et Motions de Censure Depuis 1958' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/decouvrir-l-assemblee/engagements-de-responsabilite-du-gouvernement-et-motions-de-censure-depuis-1958>> accessed 15 October 2024.

²⁴² '2022 French Presidential Election', (*Wikipedia*) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=2022_French_presidential_election&oldid=1247723344> accessed 30 October 2024.

²⁴³ Bkz. 'France National Assembly June 2022 | Election Results | France' (*IPU Parline: global data on national parliaments*) <<https://data.ipu.org/parliament/FR/FR-LC01/election/FR-LC01-E20220612>> accessed 30 October 2024.

²⁴⁴ 'Gouvernement minoritaire en France : quels exemples suivre pour Élisabeth Borne ?' (*RTBF*) <<https://www.rtf.be/article/gouvernement-minoritaire-en-france-quels-exemples-suivre-pour-elisabeth-borne-11034018>> accessed 30 October 2024.

sion Reform) idi. Söz konusu reform, hâlihazırda 62 olan emeklilik yaşını 2030 yılına dek kademeli bir şekilde 64'e çıkaracak olan bir sosyal güvenlik kanun tasarısıydı. Nitekim Macron daha 2022 Cumhurbaşkanlığı Seçimi'nin ikinci turu öncesinde Fransa'da emeklilik yaşının 65 olması gerektiğini belirtmişti. Macron'a göre mevcut 62 olan emeklilik yaşı modern Batı'nın standartlarıyla örtüşmemektedir. Yine Macron, Pandemi Dönemi akabinde artan dış borcu karşılamak için vergilerin artırılmasından ziyade emeklilik sisteminde bir reforma daha sıcak bakıyordu. Macron, söz konusu reformun gerçekleşmesi durumunda elde edilecek gelirin okullara ve sağlık sistemine harcanacağını belirtmişti²⁴⁵. Birçok OECD ülkesinde emeklilik yaşının 65'in üzerinde olması da Macron'u söz konusu reforma yönelten etmenlerden birisi olmuştur. Söz konusu reform ile 2027 yılından itibaren emeklilik mali haklarına tam olarak hak kazanmak için gerekli çalışma ve prim ödeme süresinin 41,5 yıldan 43 yıla yükseltilmesi öngörülmüştü. Yine emeklilik reformu, emeklilik fonları/ödemelerinde de artış öngörüyordu. Reform uyarınca elektrik, doğal gaz, metro gibi alanlarda yeni personel alımları da Eylül 2023'ten itibaren geçici süreyle durdurulacaktı²⁴⁶. Liberal hüviyetli söz konusu reform ile cari açığın ve kamu borçlarının azaltılması amaçlanmaktaydı²⁴⁷.

Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu, bilhassa İşçi Sendikaları ve Parlamento'daki sol partiler nezdinde şiddetli itirazlara ve ülke çapında büyük gösterilere sebep olmuştur. Nitekim merkez sağ Cumhurbaşkanı Jacques Chirac ve Nicholas Sarkozy de zamanında emeklilik ile sosyal güvenlik sistemlerini değiştirmek istediklerinde sendikaların yoğun itirazı ile karşılaşmışlardı²⁴⁸. Bununla birlikte Emmanuel Macron, emeklilik reformunun hayata geçirilmesi durumunda mevcut emeklilik sistemi içerisinde Fransa'nın bütçe açığının 2030 yılında 13,5 milyar Avro olacağını vurgulamış ve reformun yürürlüğe girmesi ile aynı yıla gelindiğinde bütçenin bu sefer 0,3 milyar Avro fazla vereceğini

²⁴⁵ Bkz. Claire Catinois, Matthieu Goar and Ivanne Trippenbach, 'The Pension Reform, a Symbol of Macron's Faltering Political Narrative' *Le Monde* (2 February 2023) <https://www.lemonde.fr/en/politics/article/2023/02/02/the-pension-reform-a-symbol-of-macron-s-faltering-political-narrative_6014079_5.html> accessed 30 October 2024.

²⁴⁶ Hervé Boulhol and Monika Queisser, 'The 2023 France Pension Reform' (2023) 2023 130, 130.

²⁴⁷ Bkz. Boulhol and Queisser (n 246) 130-131.

²⁴⁸ Richard Lough, 'Explainer: Why Is Macron in so Much Trouble over Pension Reform?' *Reuters* (20 March 2023) <<https://www.reuters.com/world/europe/why-is-macron-so-much-trouble-over-pension-reform-2023-03-20/>> accessed 30 October 2024.

belirtmiştir²⁴⁹. Hâlihazırda cumhurbaşkanlığının ikinci döneminde olmasından dolayı bir sonraki seçimde aday olmasının söz konusu olmamasının da oluşturduğu rahatlık ile Macron, emeklilik reformunun hukuki sürecinin tamamlanması için tam bir kararlılık içerisinde hareket etmiştir.

3. Emeklilik Reformu'nun Hayata Geçirilmesi ve Rasyonelleştirilmiş Fransız Parlamentosu'nun Bu Süreçteki Rolü

Tarihler 23 Ocak 2023'ü gösterdiğinde Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu *Sosyal Güvenliğin Finansmanının Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı (The Draft Law Amending Financing of Social Security for 2023- Le projet de loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023)* adıyla Bakanlar Kurulu'na sunuldu²⁵⁰. Söz konusu kanun teklifi esasen bir hükümet teklifi olduğu için Parlamento'dan önce Bakanlar Kurulu'nda gündeme alınması gerekiyordu. Yine ilgili kanun teklifi mali bir konuya ilişkin olduğu için Bakanlar Kurulu'nda müzakerelere edilmesi akabinde Millî Meclis'e gönderildi. Nitekim Fransız Anayasası'nın 39. maddesinin ikinci fıkrası mali nitelikteki hükümet tekliflerinin ilk olarak hangi mecliste oylanacağı hususunda hükümete seçme imkânı tanımamaktaydı. Söz konusu fıkra "*Mali kanun teklifleri ve sosyal güvenliğin finansmanı kanun teklifleri ilk olarak Millî Meclis'te gündeme alınır.*" ifadesine yer vermektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 47-1. maddesinin ikinci fıkrası karşısında teklif, 17 Şubat'ta Senato'ya havale edildi²⁵¹. Söz konusu hüküm "*Millî Meclis (sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin) teklifin gündeme alınmasından itibaren 20 gün içerisinde birinci görüşme sonucunda bir karar alamazsa Hükümet kanun teklifini Senato'ya havale eder.*" ifadesine yer vermektedir. Senato'da ise Emeklilik Reformu kanun tasarısı ilk görüşme sonunda ve 16 Mart 2023 tarihinde 112'ye karşı 195 oyla kabul edildi²⁵². Buna göre Emeklilik Reformu'nun kanunlaşarak yürürlüğe girmesi için geriye Millî Meclis tarafından kabul edilmesi kalıyordu.

²⁴⁹ Lough (n 248).

²⁵⁰ Bkz. 'Compte rendu du Conseil des ministres du 23 janvier 2023' (*info.gouv.fr*) <<https://www.info.gouv.fr/conseil-des-ministres/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-23-01-2023>> accessed 31 October 2024.

²⁵¹ Bkz. 'LOI N° 2023-270 Du 14 Avril 2023 de Financement Rectificative de La Sécurité Sociale Pour 2023 - Dossiers Législatifs - Légifrance' <<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000047022789/>> accessed 31 October 2024.

²⁵² Katharine Viner, 'Macron's Pension Reforms Pass French Senate Vote' *The Guardian* (12 March 2023) <<https://www.theguardian.com/world/2023/mar/12/macrons-pension-reforms-pass-french-senate-vote>> accessed 31 October 2024; 'Réforme Des Retraites' (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/leg/tas22-073.html>> accessed 31 October 2024.

Emmanuel Macron'un partisi Renaissance ve ittifakları Millî Meclis'te azınlıkta olduğu için Emeklilik Reformu'nun kanunlaşması, hükümet dışından bir parlamenter destek ile mümkündür. Normalde Hükümet'e böyle durumlarda dışarıdan teşrii desteği o dönem Millî Meclis'te 61 üyesi olan Fransa'nın köklü siyasi partilerinden merkez sağ Cumhuriyetçiler (Les Républicains) vermektedir. Bununla birlikte Cumhuriyetçiler'in Millî Meclis'teki önde gelen siyasetçileri, böylesine tartışmalı bir kanun teklifine evet oyu vermeye çok da istekli olmadıklarını belirttiler²⁵³. Bu durum Cumhurbaşkanı Macron ve Başbakan Borne'un planlarını gözden geçirmeleri anlamına geliyordu. Yukarıda da belirtildiği gibi Macron, var olan sosyal güvenlik mevzuatını revize edecek emeklilik reformunun hayata geçmesini hayati görüyordu. Bunun doğal bir yansıması olarak Başbakan Borne'a Anayasa m. 49/3'ü işletmekte temkinli olmaması gerektiğini açıkça belli etti²⁵⁴. Nitekim Fransız siyasetinde kohabitasyon dönemleri haricinde hükümetin sahip olduğu anayasal yetkilerin kullanımında inisiyatif ve kontrolün cumhurbaşkanlarında olduğu bilinmektedir²⁵⁵. Nihayetinde Bakanlar Kurulu nezdinde müzakere edilmesi ardından Başbakan Borne, Macron'un Emeklilik Reformu kanun tasarısı için Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fırcasını işleterek 16 Mart 2023 tarihinde nükleer seçenek usulünü resmen başlatmış oldu²⁵⁶.

Başbakan Borne tarafından nükleer seçenek usulünün işletilmesinin ertesi günü 17 Mart'ta Hükümet aleyhine iki adet güvensizlik önergesi verildi. İlk önerge merkez ve sosyal liberal politikacılardan oluşan parlamenter grup LIOT'den (for Libertés, Indépendants, Outre-mer et Territoires - Freedoms, Independents, Overseas and Territories) gelirken diğer güvensizlik önergesi ise Marine Le Pen'in politik yelpazenin aşırı sağında (far right) bulunan Ulusal Birlik Partisi'nden (Rassemblement National - National Rally / RN) geldi. Millî Meclis'in 20 Mart'taki bileşimi çok gergin geçerek hararetli tartışmalara sahne oldu.

²⁵³ Hugh Schofield and Paul Kirby, 'France's Macron to Force through Pension Reform with No Vote' *BBC* (16 March 2023) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-64967516>> accessed 31 October 2024.

²⁵⁴ Bkz. 'Macron Goes for Nuclear Option: French Government Overrides Parliament over Pensions' *France 24* (16 March 2023) <<https://www.france24.com/en/tv-shows/the-debate/20230316-macron-opts-for-nuclear-option-french-government-overrides-parliament-over-pensions>> accessed 15 October 2024.

²⁵⁵ Boyron (n 12) 74.

²⁵⁶ Bkz. 'Engagements de Responsabilité Du Gouvernement et Motions de Censure Depuis 1958' (n 242).

Sosyal Liberal Milletvekili Charles de Courson (LIOT), söz konusu usulün işletilmesini, demokrasinin inkar edilmesi olarak nitelendirdi. Marine Le Pen'in Ulusal Birlik Partisi'ne (RN) mensup Milletvekili Laure Lavalette ise Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron'a meydan okuyarak Millî Meclis'i feshetmesini istedi. Cumhuriyetçilere mensup merkez sağ Milletvekili Olivier Marleix ise Macron'un tercih ettiği dayatmacı yöntemin siyasi iradeye zarar verdiğini belirtse de olası bir güvensizlik önergesi oylamasında güvensizlik yönünde oy vermeye sıcak bakmadıklarını, çünkü ülkeyi V. Cumhuriyet'in kurumlarını törpülemek isteyen aşırı sola teslim etmeye niyetlerinin olmadığını belirtti. Nihayetinde yapılan oylamada iki önerge de o dönem Hükümeti düşürmek için gerekli olan 287 kabul oyuna ulaşamadı; Bertrand Pancher ve 90 milletvekili tarafından imzalanarak LIOT bünyesinde verilen güvensizlik önergesi 278 evet oyu alarak, Marine Le Pen ve 87 milletvekili tarafından imzalanarak RN bünyesinde verilen güvensizlik önergesi ise 94 evet oyu alarak reddedildi²⁵⁷. Bu şekilde Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu olarak bilinen Sosyal Güvenliğin Finansmanının Düzenlenmesine İlişkin Kanun Tasarısı, Millî Meclis'ten de geçerek Fransız Parlamentosu'nda kabul edilmiş oldu²⁵⁸.

Dikkat edilirse LIOT tarafından verilen güvensizlik önergesinin sadece 9 oy farkla reddedilmesi karşısında Borne Hükümeti'nin düşürülmekten kıl payı kurtulduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte söz konusu güvensizlik oylaması hem Cumhurbaşkanı Macron'un hem de Macron'un partisi Renaissance'ın başını çektiği Liberal İttifak Hükümeti'nin eskisi kadar güçlü olmadığını gözler önüne sermiştir²⁵⁹. Gerçekten de Emeklilik Reformu'nun teşrii süreci 2017 yılındaki Cumhurbaşkanlığı ve Millî Meclis Seçimleri'nde Fransız geleneksel sol ve sağ partilerini alt eden Macron için hiç de kolay geçmemiştir. Bununla birlikte her

²⁵⁷ Bkz. 'XVIe Législature Session Ordinaire de 2022-2023 Première Séance Du Lundi 20 Mars 2023' (*Assemblée nationale*, 20 March 2023) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2022-2023/premiere-seance-du-lundi-20-mars-2023#3054708>> accessed 15 October 2024; 'Engagements de Responsabilité Du Gouvernement et Motions de Censure Depuis 1958' (n 241).

²⁵⁸ Söz konusu iki oylamada güvensizlik oyu kullanan milletvekillerinin detaylı analizi için bkz. 'Réforme Des Retraites (PLFRSS Pour 2023) : Rejet de Deux Motions de Censure et Adoption Du Texte (Lecture CMP)' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/reforme-des-retraites-plfrss-pour-2023-rejet-de-deux-motions-de-censure-et-adoption-du-texte-lecture-cmp>> accessed 15 October 2024.

²⁵⁹ Clea Caulcutt, 'Macron's Defiant Show of Force in Parliament Exposes a Weakened President' *Politico* (16 March 2023) <<https://www.politico.eu/article/macron-invokes-nuclear-option-to-force-through-his-pensions-reform-in-huge-political-setback/>> accessed 15 October 2024.

türlü engele ve olumsuzluğa rağmen Macron'un, kendi mirasını oluşturma sürecinin ve politik ajandasının önemli bir parçası olan Emeklilik Reformu'nun arkasında durması da dikkatlerden kaçmamıştır²⁶⁰. Nitekim gelecekteki genel seçimlerde kendi partisinin oy kaybına yol açabileceğini öngörmesine rağmen Emmanuel Macron, cari açığı kapatmak için vergileri artırmak yerine çalışan kesimin prim ödeme/kesinti süresini uzatmayı tercih etmiştir. Söz konusu Reform, kanunlaşması akabinde Başbakan Borne ve birtakım milletvekilleri ile senatörler tarafından anayasaya uygunluk incelemesi için Fransız Anayasa Konseyi'ne taşınmış, Konsey ise 14 Nisan 2023 tarihinde Sosyal Güvenliğin Finansmanının Düzenlenmesine İlişkin Kanun'u temel hükümleri de dâhil olmak üzere büyük oranda anayasaya uygun bulmuştur. Anayasa Konseyi emeklilik yaşının kademeli olarak 64'e yükseltilmesini Fransız anayasallık bloğunun bir parçası olan 1946 Anayasası'nın Başlangıç Bölümü'ündeki sosyal hak ve ilkelere²⁶¹ aykırı bulmamıştır. Konsey, söz konusu düzenlemenin ölçsüz olmadığını ve emeklilik sistemindeki mali dengeyi sağlama hususunda yasama organının tercihinin bir yansıması olduğunu belirtmiştir. Aslında Konsey burada yargılanabilir standartların yokluğunu ima ederek bir nevi siyasi sorun öğretisi vurgusu yapmıştır²⁶². Bunun üzerine ilgili kanun, Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron tarafından ısdar edilmesi²⁶³ akabinde 15 Nisan 2023 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²⁶⁴.

²⁶⁰ Caulcutt (n 259).

²⁶¹ Hemen belirtelim 1958 Anayasası metninde temel hak ve özgürlükler katalogu bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın Başlangıç Bölümü 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1946 Anayasası'nın Başlangıç Bölümü ve 2004 Çevre Şartı'na atıf yapmaktadır. Bu şekilde 1789 Bildirisi'ndeki kişi hak ve özgürlüklerinin, 1946 Anayasası'nın Başlangıç Bölümü'ndeki sosyal hakların ve 2004 Çevre Şartı'ndaki üçüncü kuşak hakların Fransız anayasallık bloğu (bloc de constitutionnalité) içerisine dâhil edilerek Fransız Anayasa Konseyi tarafından yapılan denetimde anayasa normu olarak ele alınması söz konusudur. Bkz. Boyron (n 12) 37-43.

²⁶² Bkz. 'Décision N° 2023-849 DC Du 14 Avril 2023 - Communiqué de Presse' (*Conseil Constitutionnel*, 14 April 2023) <[²⁶³ Hemen belirtelim Fransız anayasal düzeninde Cumhurbaşkanının veto yetkisi bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı Parlamento tarafından kabul edilen kanunları bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderebilir ancak Parlamento'nun ilgili metni basit çoğunlukla yeniden kabul etmesi hâlinde kanunu imzalamak zorundadır. 1958 Fransız Anayasası'nın 10. maddesi uyarınca: "Cumhurbaşkanı kanunları, kanunun son halini alması ve hükümete sunulmasını izleyen on beş gün içerisinde ısdar eder. Cumhurbaşkanı bu sürenin tamamlanmasından önce Par-](https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqué/decision-n-2023-849-dc-du-14-avril-2023-communiqué-de-presse#:~:text=14%20avril%202023-,Décision%20n°%202023%2D849%20DC%20du,avril%202023%20%2D%20Communiqué%20de%20presse&text=Par%20sa%20décision%20n°,la%20sécurité%20sociale%20pour%202023.> accessed 15 October 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

C. Değerlendirme

Nükleer seçenek usulünün Fransız Cumhurbaşkanı Emmanuel Macron'un inisiyatifiyle dönemin Başbakanı Élisabeth Borne tarafından tetiklenmesi akabinde söz konusu rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizması, güncel anayasal ve siyasi tartışmaların odağına çekilmiştir. Nükleer seçenek usulünün esasen iki anayasal ve kurumsal boyutu vardır: İlk olarak söz konusu mekanizma hükümette, kanunlaşmasını istediği ancak parlamentodaki desteğinden de emin olmadığı bir kanun teklifini kanunlaştırma imkânı tanımaktadır. Bu yönüyle de Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen usul, hükümetin politik ajandasını hayata geçirmesini sağlayan bir rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizmasıdır. Bu bağlamda hükümetin, Millî Meclis'te kabul edilmeyeceğini düşündüğü bir kanun teklifi hakkında nükleer seçeneği işletmesi daha muhtemeldir. Yoksa hâlihazırda milletvekillerinin salt çoğunluğu tarafından destekleneceği belli olan bir teklif için hükümetin teklife güvenini bağlaması çok daha mantıklı değildir. Bu yönüyle nükleer seçenek usulü bilhassa parlamento nezdindeki güveni ve devamlılığı kırılan azınlık hükümetleri açısından önemli bir anayasal silahtır. Söz konusu usulü işleterek Emeklilik Reformu'nun kanunlaşmasını sağlayan Borne Hükümeti de bir azınlık hükümetiydi. Nitekim söz konusu usulün genellikle azınlık hükümetleri tarafından kullanıldığı belirtilmektedir²⁶⁵.

Nükleer seçenek usulünün diğer kurumsal boyutu ise parlamentonun rasyonelleştirilmesi mekanizmasının ötesinde bir tür parlamentonun devre dışı mekanizması niteliğinde olmasıdır. Nitekim söz konusu usulün işletilmesi durumunda hükümetin düşürülmemesi şartıyla oylama yapılmaksızın bir kanun teklifi Millî Meclis'te kabul edilmiş sayılmaktadır. Bu durumda milletvekillerinin güvensizlik yönünde oy kullanmaları hiç de kolay değildir. Nitekim milletvekilleri m. 49/3'ün işletilmesi durumunda Millî Meclis seçimlerinin yenilenmesi veya

lamenteo'dan kanunun veya kanunun belirli kısımlarının tekrardan görüşülmesini isteyebilir. Bu şekildeki bir yeniden görüşme reddedilemez." Bu konu için bkz. Knapp and Wright (n 5) 89; Heringa (n 2) 213; Bu sebeple Fransız siyasetinde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'nda bir ikincil kanunu imzalamaktan imtina etmesi veya hükümet teklifine karşı çıkması durumunda Başbakan söz konusu meseleyi Parlamento üzerinde üye teklifi verilmesi suretiyle kanunlaştırarak hayata geçirebilir. Bkz. Huber (n 160) 243.

²⁶⁴ Bkz. 'Journal Officiel Électronique Authentifié N° 0089 Du 15/04/2023' (*Accueil Légifrance.fr - le service public de la diffusion du droit*, Avril 2023) <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=3myKrbXvy4utb9_03u4Aeu-nam6aCtsgM2LdqwZyGE> accessed 15 October 2024.

²⁶⁵ Bell (n 26) 117.

politik yelpazede kendilerine daha uzak bir hükümetin göreve gelmesi ihtimallerini göz önüne alarak hareket etmektedir. Bu açıdan 2008 Anayasal Reformu ile mali nitelikli kanun teklifleri ile sosyal güvenliğin finansmanına ilişkin kanun teklifleri hariç olmak üzere nükleer seçenек usulünün işletilmesinin her yasama dönemi başına bir kanun teklifi ile sınırlandırılması önemlidir. Diğer türlü hâlihazırda görevine devam etmek için Millî Meclis çoğunluğunun güvenine ihtiyaç duyan hükümet, Millî Meclis çoğunluğunun desteği olmadan sık sık m. 49/3'ü tetiklemek suretiyle teşrii ajandasını hayata geçirebilecektir. Halbuki parlamenter hükümet sisteminde veya Fransa gibi özü parlamentarizm olan bir sistemde hükümetin teşrii ajandasının parlamento tarafından desteklenmemesi bir nevi güvensizlik emaresidir. Bu açıdan da nükleer seçenек usulünün hükümetler için istisnai durumlarda kullanılabilir bir mekanizma olarak kalması, Fransız hükümet sisteminin parlamentarizm özünün muhafaza edilmesi açısından daha uygundur.

1958 Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen nükleer seçenек usulünün ne denli etkili bir rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizması olduğu, söz konusu usulün Fransız V. Cumhuriyet tarihindeki uygulamasından kolaylıkla anlaşılabilir. Söz konusu usul, kanun teklifinin oylanarak reddedilmesi durumunda hükümetin düşeceği şeklinde de düzenlenebilirdi. Bununla birlikte 1958 Anayasası'nın benimsediği usul, hâlihazırda hükümetin lehine olan bir mekanizmada Parlamento'nun elini iyice bağlayacak şekildedir. Nitekim söz konusu teklifin kabul edilmemesi için Parlamento'nun hükümeti düşürmekten başka bir çaresi yoktur. Bu tercihin bir yansıması olarak yakın tarihe dek nükleer seçenек usulünün tetiklenmesi suretiyle yapılan güvensizlik oylaması sonucunda düşürülen Fransız Hükümeti bulunmamaktaydı. Bu açıdan 4 Aralık 2024 tarihinde Michel Barnier Hükümeti'nin düşürülmesi çok çarpıcı bir gelişme olmuştur. Burada pek tabii 30 Haziran ve 7 Temmuz 2024 tarihlerinde yapılan Genel Seçimler sonunda Millî Meclis yelpazesinin politik olarak keskin farklılıklara sahip sol, merkez ve sağ bloklar nezdinde üç fraksiyona ayrılmasının etkisi büyüktür²⁶⁶. Söz konusu güncel örnek dışında nükleer seçenек usulü Fransız hükümetlerine bilhassa mali ve ekonomik ajandalarını hayata geçirebilmeleri için önemli bir avantaj sağlamıştır. Bu açıdan da nükleer seçenек usulünün, işlevsel bir parlamento-nun rasyonelleştirilmesi mekanizması olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

²⁶⁶ Bkz. 'Législatives 2024: résultats et composition de la nouvelle Assemblée' (*Vie Publique*) <https://www.vie-publique.fr/en-bref/294809-legislatives-2024-resultats-et-composition-de-la-nouvelle-assemblee> accessed 15 October 2024.

Sonuç

Emmanuel Macron'un emeklilik reformunun kanunlaşma sürecinde gördüğümüz gibi Fransız anayasal düzeni yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler bakımından Batı Demokrasilerinde nevi şahsına münhasır bir konumdadır. 1958 Anayasası'nın getirdiği radikal kurumsal ve teşrii yenilikler ışığında Fransız Parlamentosu'nun rasyonelleştirilmiş niteliği, V. Cumhuriyet Dönemi siyasetinde sık sık gözlemlenmiştir. Yukarıda da incelediğimiz Sosyal Güvenliğin Finansmanının Düzenlenmesine İlişkin Kanun'un kabulü aşamasında Hükümet tarafından yapılan manevralar ve nükleer seçenek başta olmak üzere işletilen mekanizmalar bunun en çarpıcı güncel örneğidir.

Fransız Anayasası'nın öngördüğü güçlü yürütme organı ve hükümetin teşrii kabiliyetinin yasama aleyhine güçlendirilmesi sistemi, 2008 Anayasal Reformu ile kısmen törpülense de Fransız anayasal düzeninde yürütme organının hem kurumsal hem de işlevsel düzeyde yasama organına karşı büyük bir üstünlüğü vardır. Nitekim Michel Debré'nin kaleme aldığı rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizmaları hâlen Anayasa'da varlığını sürdürmektedir. Bununla birlikte Fransız anayasal düzeninde yasama ve yürütme organları arasında yine de görece bir denge olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Fransız siyaseti, Cumhurbaşkanı ve Millî Meclis çoğunluğunun siyasi yelpazenin farklı yönlerinde olduğu kohabitasyon dönemlerine sahne olabilmektedir. Böyle durumlarda hükümet sisteminin parlamenter özüne uygun olarak cumhurbaşkanları, farklı siyasi görüşe de mensup olsalar Parlamento'daki çoğunluk partisi üyesini başbakan olarak atamaktadır. Yine 2022 Millî Meclis seçimleri akabinde olduğu gibi Fransız siyasi düzeninde azınlık hükümetleri söz konusu olabilmektedir. 2022 yılında şahit olduğumuz üzere Cumhurbaşkanlığı Seçimi ve Millî Meclis seçimlerinin aynı anda yapılmamasının da bir yansıması olarak Fransız seçmen bir kişiyi azımsanmayacak bir oy farkıyla cumhurbaşkanı seçerken onun partisini Parlamento'da azınlıkta bırakabilmektedir. Yine Fransız anayasal düzeninde cumhurbaşkanının veto yetkisinin olmaması karşısında cumhurbaşkanının hükümet programının uygulanması amacıyla hazırlanan ikincil kanun / kararname taslaklarını veya kanun tasarılarını bakanlar kurulunda engellemesi durumunda, hükümet söz konusu politikayı üye teklifi yoluyla kanunlaştırarak hayata geçirebilir.

IV. Cumhuriyet Dönemi'de sürekli reaktif hareket ederek hükümet istikrar-sızlığına yol açtığı gerekçesiyle V. Cumhuriyet'te rasyonelleştirilmiş bir şekilde düzenlenen Fransız Parlamentosu'nun yetkileri bağlamında yapılan siyasi tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Nitekim dönemin Başbakanı Élisabeth Bor-

ne'un nükleer seçeneği işletmesi sonucunda Millî Meclis'in baypas edilerek emeklilik yaşını 64'e yükselten kanun teklifinin geçirilmesi şiddetli tartışmaların ve protestoların gölgesinde vuku bulmuştur. Bilhassa sol partiler olmak üzere muhalefet söz konusu manevrayı demokrasiye karşı bir hareket olarak belirtmiştir. Yine Anayasa'nın 49. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükümetin güvenini bir kanun teklifine bağlama mekanizmasının modern çağın demokratik standartları açısından demode kaldığı da belirtilmektedir. Bununla birlikte 1958 Anayasası, bir siyasi düzenin parlamenter kökenlerine sadık kalarak istikrarsız hükümet ve güçsüz yürütme olgusuna nasıl reaksiyon verebileceğinin en çarpıcı anayasal örneklerinden birisi olarak karşımızda durmaktadır. Emmanuel Macron'un Emeklilik Reformu sırasında yaşanan hukuki süreç ve siyasi gelişmeler de Fransız Anayasası'nın rasyonelleştirilmiş parlamento mekanizmalarının yürütme tarafından kullanılmasının dikkat çekici bir örneği olarak hafızalara kazınmıştır. Son olarak şu husus vurgulanabilir ki gelecekte Macron'un emeklilik reformunun içeriğine karşı olan yeknesak bir Millî Meclis çoğunluğunun sağlanması durumunda söz konusu reformun ilga edilmesi hususunda hiçbir anayasal ve kurumsal engel yoktur. Nitekim Fransız siyasetinde bilhassa tek bir siyasi partiden veya siyasi yelpazede birbirine yakın partilerden teşekkül eden metanetli bir parlamenter çoğunluğun olması durumunda cumhurbaşkanının söz konusu çoğunluğun politikalarına karşı yapabileceği çok da bir şey bulunmamaktadır.

Kaynakça

- '1958 French Presidential Election' (*Wikipedia*) <https://en.wikipedia.org/wiki/1958_French_presidential_election> accessed 15 October 2024
- '2022 French Presidential Election', (*Wikipedia*) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=2022_French_presidential_election&oldid=1247723344> accessed 30 October 2024
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (7th edn, Seçkin Yayıncılık 2024)
- Assemblée nationale, 'Adoption d'une Motion de Censure : Le PLFSS 2025 Est Rejeté En Lecture CMP (Art. 49.3) et Le Premier Ministre Doit Présenter La Démission Du Gouvernement (Art. 50)' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/adoption-d-une-motion-de-censure-le-plfss-2025-est-rejete-en-lecture-cmp-art.-49.3-et-le-premier-ministre-doit-presente-la-demission-du-gouvernement-art.-50>> accessed 5 December 2024
- , 'Analyse du scrutin n°519' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/scrutins/519>> accessed 5 December 2024
- Baranger D and Murray C, 'Systems of Government' in Mark Tushnet, Thomas Fleiner and Cheryl Saunders (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (Routledge 2013)
- Bell J, *French Constitutional Law* (Oxford University Press 1992)
- Boulhol H and Queisser M, 'The 2023 France Pension Reform' (2023) 2023 130
- Boyron S, *The Constitution of France: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2013)
- Bradley AW and Pinelli C, 'Parliamentarism' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)
- Campbell I, 'French Fourth Republic', *Oxford Reference* (Oxford University Press) <<https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110810104932582>> accessed 20 September 2024
- Catinois C, Goar M and Trippenbach I, 'The Pension Reform, a Symbol of Macron's Faltering Political Narrative' *Le Monde* (2 February 2023) <https://www.lemonde.fr/en/politics/article/2023/02/02/the-pension-reform-a-symbol-of-macron-s-faltering-political-narrative_6014079_5.html> accessed 30 October 2024
- Caulcutt C, 'Macron's Defiant Show of Force in Parliament Exposes a Weakened President' *Politico* (16 March 2023) <<https://www.politico.eu/article/macron-invokes-nuclear-option-to-force-through-his-pensions-reform-in-huge-political-setback/>> accessed 15 October 2024
- 'Compte rendu du Conseil des ministres du 23 janvier 2023' (*info.gouv.fr*) <<https://www.info.gouv.fr/conseil-des-ministres/compte-rendu-du-conseil-des-ministres-du-23-01-2023>> accessed 31 October 2024
- Conseil Constitutionnel, 'Constitution of 4 October 1958' (*Conseil Constitutionnel*) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/constitution-of-4-october-1958>>

- 'Constitution de 1946, IVe République | Conseil constitutionnel' <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique>> accessed 5 October 2024
- 'Constitution Du 4 Octobre 1958 Texte Originel' (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/connaître-le-senat/evenements-et-manifestations-culturelles/les-revisions-de-la-constitution/constitution-du-4-octobre-1958-texte-originel.html#:~:text=La%20France%20est%20une%20République,%2C%20bleu%2C%20blanc%2C%20rouge.>> accessed 15 October 2024
- Darame M, 'From Barnier's Use of Article 49.3 to Two No-Confidence Motions: A Day of Upheaval at the Assemblée Nationale' (3 December 2024) <https://www.lemonde.fr/en/france/article/2024/12/03/from-barnier-s-use-of-article-49-3-to-two-no-confidence-motions-a-day-of-upheaval-at-the-assemblee-nationale_6735007_7.html> accessed 5 December 2024
- 'Décision N° 2023-849 DC Du 14 Avril 2023 - Communiqué de Presse' (*Conseil Constitutionnel*, 14 April 2023) <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqué-decision-n-2023-849-dc-du-14-avril-2023-communiqué-de-presse#:~:text=14%20avril%202023-,Décision%20n°%202023%2D849%20DC%20du,avril%202023%20%2D%20Communiqué%20de%20presse&text=Par%20sa%20décision%20n°,la%20sécurité%20sociale%20pour%202023.>> accessed 15 October 2024
- Dickovick JT and Eastwood J, *Comparative Politics: Integrating Theories, Methods, and Cases* (2nd edn, Oxford University Press 2016)
- Dorsen N and others, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (2nd edn, West Publishing 2010)
- 'Engagements de Responsabilité Du Gouvernement et Motions de Censure Depuis 1958' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/decouvrir-l-assemblee/engagements-de-responsabilite-du-gouvernement-et-motions-de-censure-depuis-1958>> accessed 15 October 2024
- Ergül O, 'Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış' (2002) 51 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99
- Ertaş T, 'Yürütme Organının Asli Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Karşılaştırmalı Anayasal Düzenlerdeki Benzer İşlemlere Kıyaslanması ve Türk Hükümet Sistemine Etkisi' in Oktay Uygun and Egemen Esen (eds), *Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- , 'How Emmanuel Macron Reaffirmed the Rationalised Character of the French Parliament' (2023) 13 De Hofvijver <https://www.montesquieu-instituut.nl/id/vm3da4l2t1nn/nieuws/how_emmanuel_macron_reaffirmed_the> accessed 15 October 2024
- , *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler* (4th edn, Seçkin Yayıncılık 2024)

- 'France National Assembly June 2022 | Election Results | France' (*IPU Parline: global data on national parliaments*) <<https://data.ipu.org/parliament/FR/FR-LC01/election/FR-LC01-E20220612>> accessed 30 October 2024
- 'French Constitution of 1946' (*Wikisource*, 20 September 2024) <https://en.wikisource.org/wiki/French_Constitution_of_1946#Article_29> accessed 23 September 2024
- Ganghof S, *Beyond Presidentialism & Parliamentarism: Democratic Design & The Separation of Powers* (Oxford University Press 2021)
- Ginsburg T and Dixon R, *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing 2011)
- 'Gouvernement minoritaire en France : quels exemples suivre pour Élisabeth Borne ?' (*RTBF*) <<https://www.rtb.be/article/gouvernement-minoritaire-en-france-quels-exemples-suivre-pour-elisabeth-borne-11034018>> accessed 30 October 2024
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, cilt I (Ekin Basım Yayın Dağıtım 2011)
- Guardian International Staff, 'French Government of Michel Barnier Toppled aFter Losing No-Confidence Vote - as It Happened' *the Guardian* (4 December 2024) <<https://www.theguardian.com/world/live/2024/dec/04/france-government-vote-no-confidence-barnier-lepen-europe-live>> accessed 5 December 2024
- Heringa AW, *Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law* (6th edn, Eleven 2021)
- Huber JD, 'Restrictive Legislative Procedures in France and the United States' (1992) 86 *The American Political Science Review* 675
- , 'Executive Decree Authority in France' in John M Carey and Matthew Soberg Shugart (eds), *Executive Decree Authority* (Cambridge University Press 1998)
- Huber JD and Martinez Gallardo C, 'Cabinet Instability and the Accumulation of Experience: The French Fourth and Fifth Republics in Comparative Perspective' (2004) 34 *British Journal of Political Science* 27
- 'Journal Officiel Électronique Authentifié N° 0089 Du 15/04/2023' (*Accueil Légifrance.fr - le service public de la diffusion du droit*, Avril 2023) <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=3myKrbXvy4utb9_03u4Aeu-nam6aCtsgM2LdqyWZyGE=>> accessed 15 October 2024
- Knapp A and Wright V, *The Government and Politics of France* (5th edn, Routledge 2006)
- 'Législatives 2024: résultats et composition de la nouvelle Assemblée' (*Vie Publique*) <<https://www.vie-publique.fr/en-bref/294809-legislatives-2024-resultats-et-composition-de-la-nouvelle-assemblee>> accessed 15 October 2024
- 'Les anciens Premiers et Premières ministres de la Ve République' (*info.gouv.fr*) <<https://www.info.gouv.fr/les-anciens-premiers-et-premieres-ministres-de-la-ve-republique>> accessed 14 October 2024
- 'Les Chefs Du Gouvernement Depuis La IIIème République' (*Site du Premier ministre - portail du Gouvernement français*) <<https://web.archive.org/web/20030424225704/http://www.premier-ministre.gouv.fr/fr/p.cfm?ref=15274>> accessed 26 September 2024

- 'LOI N° 2023-270 Du 14 Avril 2023 de Financement Rectificative de La Sécurité Sociale Pour 2023 - Dossiers Législatifs - Légifrance' <<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000047022789/>> accessed 31 October 2024
- Lough R, 'Explainer: Why Is Macron in so Much Trouble over Pension Reform?' *Reuters* (20 March 2023) <<https://www.reuters.com/world/europe/why-is-macron-so-much-trouble-over-pension-reform-2023-03-20/>> accessed 30 October 2024
- Macridis RC, 'Cabinet Instability in the Fourth Republic (1946-1951)' (1952) 14 *The Journal of Politics* 643
- 'Macron Goes for Nuclear Option: French Government Overrides Parliament over Pensions' *France 24* (16 March 2023) <<https://www.france24.com/en/tv-shows/the-debate/20230316-macron-opts-for-nuclear-option-french-government-overrides-parliament-over-pensions>> accessed 15 October 2024
- Martinez JS, 'Horizontal Structuring' in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)
- McCormick J, Hague R and Harrop M, *Comparative Government and Politics: An Introduction* (12th edn, Bloomsbury Academic 2022)
- Micaud CA, 'The Launching of the Fourth French Republic' (1946) 8 *The Journal of Politics* 292
- 'Motions de censure depuis 1958' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/decouvrir-l-assemblee/motions-de-censure-depuis-1958>> accessed 15 October 2024
- 'November 1946 French Legislative Election' (*Wikipedia*, 26 July 2024) <https://en.wikipedia.org/wiki/November_1946_French_legislative_election> accessed 20 September 2024
- Owen B and McKey-Rodriguez M, *Proportional Western Europe: The Failure of Governance* (Palgrave Macmillan 2013)
- 'Réforme Des Retraites' (*Sénat*) <<https://www.senat.fr/leg/tas22-073.html>> accessed 31 October 2024
- 'Réforme Des Retraites (PLFRSS Pour 2023) : Rejet de Deux Motions de Censure et Adoption Du Texte (Lecture CMP)' (*Assemblée nationale*) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/reforme-des-retraites-plfrss-pour-2023-rejet-de-deux-motions-de-censure-et-adoption-du-texte-lecture-cmp>> accessed 15 October 2024
- Rogoff MA, *French Constitutional Law: Cases and Materials* (2nd edn, Carolina Academic Press 2014)
- Sajó A, *Limiting Government : An Introduction to Constitutionalism* (Central European University Press 1999)
- Schofield H and Kirby P, 'France's Macron to Force through Pension Reform with No Vote' *BBC* (16 March 2023) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-64967516>> accessed 31 October 2024

- Skach C, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic* (Princeton University Press 2005)
- , 'Political Parties and Constitution' in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2012)
- Sutton K, 'Army Administration Tensions over Algeria's Centres de Regroupement, 1954-1962' (1999) 26 *British Journal of Middle Eastern Studies* 243
- Tierney S, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation* Stephen Tierney (Oxford University Press 2012)
- Toubeau S, 'Electoral System Change in Europe since 1945: France' *Electoral System Change in Europe since 1945* <https://www.electoralsystemchanges.eu/Files/media/MEDIA_211/FILE/France_summary.pdf> accessed 17 September 2024
- Tran T-V, 'The Failure of the French Tripartite Experiment in May 1947' (2012) 42 *European History Quarterly* 261
- Vaisse M, 'France and the Suez Crisis' in Roger Louis and Roger Owen (eds), *Suez 1956: The Crisis and its Consequences* (Oxford University Press 1991) <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198202417.003.0007>>
- Vinen R, *Bourgeois Politics in France, 1945-1951* (Cambridge University Press 1995)
- Viner K, 'Macron's Pension Reforms Pass French Senate Vote' *The Guardian* (12 March 2023) <<https://www.theguardian.com/world/2023/mar/12/macrons-pension-reforms-pass-french-senate-vote>> accessed 31 October 2024
- Wikipedia, '1951 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1951_French_legislative_election&oldid=1240068604> accessed 10 October 2024
- , '1956 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1956_French_legislative_election&oldid=1244723361> accessed 13 October 2024
- , '1958 French Legislative Election', *Wikipedia* (2024) <https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=1958_French_legislative_election&oldid=1248847051> accessed 21 October 2024
- 'XVIe Législature Session Ordinaire de 2022-2023 Première Séance Du Lundi 20 Mars 2023' (*Assemblée nationale*, 20 March 2023) <<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/comptes-rendus/seance/session-ordinaire-de-2022-2023/premiere-seance-du-lundi-20-mars-2023#3054708>> accessed 15 October 2024
- Young An N, 'President Vincent Auriol and External Affairs' (1969) 22 *Parliamentary Affairs* 258
- Yücel B, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği* (Adalet Yayınevi 2009)

Anayasa Yargısının Gerekliliği^(*)

Prof. Dr. Hayri KESER^(**)

Ali Kemal AYDIN^(***)

Öz

Anayasa teorisi ve anayasacılık düşüncesi hayatımıza gireli neredeyse üç yüz yıl geçmiş ve bu üç yüz yıl boyunca durmak bilmeyen tartışmaların odağında her zaman devlet, devletin kısıtlanması ve demokrasi olmuştur. İnsanlık tarihi, savaşların, katliamların, soykırımların ve insan hayatının hiçe sayıldığı yüzyıllar geçirmiş, devletler kimi zaman sahip oldukları mutlak güç sayesinde azınlıkları hiçe saymış ve kimi zaman da devlet ile hukuk bütünleşmiştir.

Anayasa mahkemesi, devletin sınırlandırılması felsefesi içinde, devlet güçleri tarafından yapılan işlemlerin, kabul edilen anayasal sınırlara uygunluğunu ve kontrolünü sağlamak için kurulmuştur fakat zamanla anayasa mahkemesinin görevi yalnızca devlet işlemlerinin anayasa uygunluğunun kontrolüyle kalmamış, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin de koruyucusu haline gelmiştir.

Bu yazıda anayasa mahkemesinin gerekliği anayasacılık, demokrasi ve anayasal demokrasi kuramları üzerinden tartışılacak ve demokrasinin klasik kuramı kapsamında anayasa mahkemesinin “anti demokratik” olduğu tezi eleştirilecektir. Anayasacılık teorisinin tarihinden başlayan bu yazıda anayasacılık kuramı ve demokrasi üzerinden

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.09.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 25.10.2024.

Atıf Şekli: Hayri Keser ve Ali Kemal Aydın, ‘Anayasa Yargısının Gerekliliği’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 975, 1012.

DOI: 10.52273/sduhfd..1551009.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: hayrikeser@akdeniz.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8209-1422>.

^(***) Yüksek Lisans Öğrencisi, Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: akemalaydin@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-4510-9664>.

birtakım saptamalar nihayetinde anayasa mahkemesinin gerekliliği hususuna değinilecek ve Doğu Asya'da yaşanmış politik olaylar üzerinden anayasa mahkemesinin "anti demokratik" olduğu iddiasına karşın pratik cevaplar verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Anayasacılık, Kuvvetler Ayrılığı, Anayasanın Üstünlüğü, Demokrasi, Anayasal Demokrasi, Anayasa Mahkemeleri, Anayasa Mahkemelerinin Meşruiyeti.

The Necessity of the Constitutional Review

Abstract

It has been almost three hundred years since the constitutional theory and the idea of constitutionalism entered our lives, and during these three hundred years, the state, the restriction of the state and democracy have always been at the centre of constant debates. The history of humanity has seen centuries of wars, massacres, genocides and disregard for human life, states have undervalued minorities by abusing their absolute power, and sometimes the state and the law have unified.

The constitutional court was established within the philosophy of limitation of the state in order to check the constitutionality of the actions taken by the state powers in accordance with the accepted constitutional limits. Later, the duty of the constitutional court has become more than an institution to check the constitutionality of the state actions, it also has become the protector of the fundamental rights and freedoms of individuals.

In this article, the necessity of the constitutional review will be discussed through the theories of constitutionalism, democracy and constitutional democracy and the thesis that the constitutional court is anti-democratic will be criticised within the scope of the classical theory of democracy. Starting with the history of constitutionalism theory, this article will begin with some determinations on the theory of constitutionalism and democracy, and finally, the necessity of the constitutional court will be discussed and practical answers will be given against the claim that the constitutional court is anti-democratic through political events in East Asia.

Keywords

Constitutionalism, Separation of Powers, Rule of Law, Democracy, Constitutional Democracy, Constitutional Courts, Legitimacy of Constitutional Courts.

Extended Summary

The limitation of the state, in general, has always been a disputed topic in the political sciences. Many theories, starting from ancient philosophy, have been developed to sustain the unending power of the state/

Constitutionalism refers to one of those theories that include a limitation over the state, not only by the power of legislation or judiciary but a limitation concluding all the state powers. To do such a thing, the theory implies that the constitution, mostly constituted by a military group after a coup or because of a revolution, is what gives power to the state and limits the given power of the state, playing an indicator role. The theory implies that anything done by the powers of the state must not infringe the limits of the constitutional boundaries. Moreover, things done by the state are the things that are allowed by the constitution.

The theory itself entails several logical requirements. As stated above, the constitution is the *a priori* blockade against all the actions of the state, therefore it is the most valued rule that the state must obey. It is what creates the state and gives legitimacy to its powers. To infringe this rule not only means that the state is no longer legitimate but also that it has lost its grounding rule. This grounding rule, which is likely to be approved by the people of the country, is to protect the people, not only its citizens, from the state. To achieve this, constitutionalism theory is logically bounded with three main concepts: rigid constitution, the supremacy of constitution and the rule of law.

A rigid constitution is a key factor of the theory, which makes the rules of the constitution solid grounded and makes it difficult to alter. Given the fact that the state has more power than any citizen or establishment in the country, if it is stated that the constitution is the constituter of the state, the rules of it better have more difficult process phases than the ordinary rules. Without this, there is no point in trying to limit the state, where there would be no concrete way to restrain the boundaries of the state since the constitution could be altered in any way politicians want it to be, abolished, or even ignored.

This also uncovers the next term: the supremacy of constitution which means that the constitution is not a simple rule to be altered by the government for the interest of the state or its politicians. It binds the people of the state, protecting the human rights, does not ignore minorities and most importantly, it is the rule of the state that must be obeyed. But there is an issue about the supremacy. Who would be the guardian of it?

The constitutional courts are to take place in this chapter. All the things said to restrain the government are nothing but words until the constitutional courts are assembled. The rigidity of the constitution and the supremacy of the constitution mentioned above, are the basis for the existence of the judicial review, and therefore the constitutional court which is an independent foundation from all the powers of the state, including the judiciary power, having the role of the line drawer of the constitution. It does not only protect human rights, by deciding whether an action or a sentence abridges the constitution but also it does review the legislative process of the

assembly. This concludes the fact that the constitutional court's role on restraints is not limited to the executive power of the state but also applies to the legislative power of it.

The creation of this court took place after the military coup in 1960 and has found itself a place in the new Turkish constitution of 1961 with the growing fear of intolerant and unlimited government using the state powers, therefore the new constitution foresees that legislation must also be restrained. Even though there have been a few criticisms against the court, claiming that its organization and existence are undemocratic, and against the separation of powers, yet, it can be said that the concept of democracy has evolved, becoming more of a social term instead of just a political term. The court, as in the example of Turkey, is mostly assembled after a government that took advantage of the state's powers. In the article, further points of the newer concept of democracy will be examined.

New constitutions bring along new rules and the constitutional courts, which are also likely to be a new institution, are to protect these new rules that may not be embraced by people or old politicians. The court may have the chance to be the guardian, reformer and catalyst of democracies as these examples have been discussed in the article. The court could play the role of the assistant in democratization, guardian and it also could play the role of the promoter of the new regime by abolishing the older rules and dismissing the older politicians who could have anti-democratic thoughts. Further down, these possibilities have been presented with examples from East Asia and Ukraine and the necessity of the constitutional court has been set on a democratic ground.

Giriş

Devlet fikri, Antik Yunan düşünürlerinden Orta Çağ'a, Orta Çağ'dan Aydınlanma Çağı'na kadar her zaman tartışılmalıdır. Devletin, insan karşısındaki gücü neticesinde ortaya çıkan veya çıkabilecek neticeler karşısında onun kısıtlanması için çözüm yolları aranmıştır.

Antik Yunan'da Aristoteles devlet güçleri arasındaki dengeden, Roma zamanında Cicero Tanrısal kaynaklı (Orta Çağ'ın ilahi tanrısından farklıdır) hukuk ve insan ilişkisinden bahsetmiş, Orta Çağ'da ise Tanrının hukukunun tüm kralardan ve soylulardan üstün olduğu fikri öne sürülmüştür.

Aydınlanma Çağı ile Tanrısal hukuk fikrinden uzaklaşmıştır. Aydınlanmacı düşünüş yasaları, anayasaları ve kodifiye edilmiş kuralları aklın eseri görmüş, kurulu düzenin değerleri, gelenekleri ve güç odaklarıyla bağlantıyı koparmaya çalışmıştır¹. İnsan, düşüncenin temeline oturtulmuş ve bunun neticesinde de devletin eylemler ve işlemlerinin insan haklarına uygun olması gerektiği teorisi geliştirilerek, devletin sınırlandırılması ve anayasal bir düzene oturtulması amaçlanmıştır. Devletin eylem ve işlemleri anayasanın izin verdiği ölçüde meşru kılınmıştır.

Fransız İhtilali öncesindeki liberal felsefecilerin devletin kısıtlanması gerektiği yönündeki görüşleri, mutlak iktidar sahiplerinin karşısında yükselmeye başlamıştır. Ardından Amerika Birleşik Devletleri bağımsızlığını kazanmış, bu felsefi akımları kendisine düstur edinerek çalışmalar yürütmüş, devlet başkanının halk tarafından seçildiği ve parlamentonun mutlak yasama gücüne sahip olmadığı bir devlet kurulmuştur.

1803 yılındaki meşhur Marbury v. Madison davasında anayasa yargısının ilk örneği yine Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmış fakat "anayasa yargısı" denilen devlet ve yargının dışında bağımsız bir mahkemenin kurulması yirminci yüzyılı bulmuştur.

Anayasacılık teorisinin getirdiği mantıksal çıkarımlar, devletin sınırlandırılması, anayasanın üstünlüğü ve katı anayasa fikirleri gelişmiştir. Anayasa yargısı düşüncesinin gelişmesi sonucunda kurulan anayasa mahkemeleri (Mahkeme), devletin mutlak gücünü kötüye kullanan hükümetlerin ve bunun sonucunda ortaya çıkan acı tecrübelerin yaşanmaması için tasarlanmıştır. Mahkemeye,

¹ Vergin N, Siyasetin Sosyolojisi & Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar, 6. Baskı, Doğan Kitap 2003, 302.

anayasal düzenin dışına çıkan devlet güçlerinin kontrol altına alınması ve insan haklarının ihlal edilmesi halinde bu ihlallerin düzeltilmesi görevlerini yerine getirerek yeni anayasal düzenin koruyucusu rolü de verilmiştir. Mahkemenin, rejimin güçlendirilmesi, eski rejimin kalıntılarının temizlenmesi ve eski rejimi savunan siyasilerin uzaklaştırılması aşamalarında demokrasiye fayda sağlayacağı öngörülmüştür.

Sonuç olarak anayasanın üstünlüğü ve katı anayasa varsayımları üzerine inşa edilen devlet sisteminde hukuk devleti ilkesinin işlerlik kazanması için anayasa mahkemesine ihtiyaç duyulmaktadır.

I. Devletin Sınırlandırılması ve Anayasacılık

A. Devletin Sınırlandırılması ve Anayasacılık Terimleri

Aziz Augustinus, devlet ve haydutla ilgili satırları yazdığında devletin cebir ile hükmettiği konusunda herhangi bir şüphesi bulunmamaktadır². Burada vurgulamak istenen şeyin, devletin bu cebri kullanırken herhangi bir yasağa takılıp takılmayacağı hususu olduğu söylenmektedir. Büyük İskender ve çete liderinin arasındaki fark ise devletin adil olup olmadığı ve devletin yaptıklarının önünde bir engelin bulunup bulunmadığı olgusuna dayanmaktadır. Çünkü devlet, cebir vasıtasıyla hüküm sürerken “*herhangi bir cebir değil, müeyyide niteliğine sahip olan bir...*” cebir düzenine sahip olmalıdır³.

Duguit’e göre, devletin sınırlandırılma düşüncesi kamu hukukunun ana konusudur⁴. Çünkü devletin işlemleri hukuki bir sınırlamaya tabi tutulmazsa devlet, her şeyi yapabilme gücüne sahiptir. *Duguit*, devletin kısıtlanması için gere-

² “Adalet çıkarıldığında, krallıklar büyük haydut çetelerinden başka nedir ki? Haydut çeteleri de küçük krallıklardan başka bir şey midir? Çete insanlardan oluşur, bir prens (lider) tarafından yönetilir, konfedere sözleşmeyle örgütlenir, ganimet; kabul edilen hukuk ile paylaşılır. Dışarıdaki insanların alınmasıyla bu illet; bölgeleri tutacak, konut kuracak, şehirleri zapt edecek ve insanları kontrol altına alacak kadar güce muktedir olursa açıkça krallık adını alır, çünkü açgözlülüğün kalkmasından dolayı değil de cezasızlığın eklenmesiyle gerçek durum iyice görünür hale gelmiştir. Yakalanmış bir korsanın Büyük İskender’e verdiği şüphesiz yerinde ve doğru bir cevaptı bu. Kral, adama denizi niye kötü emeller için tuttuğunu sorduğunda korsan gururla, “Sen dünyayı ele geçirmekle ne yapmak istiyorsun? Ben bunu ufak bir gemiyle yaptığımdan bana korsan deniyor da sen bunu büyük bir filoyla yaparken sana neden imparator deniyor?” Augustinus A, *The City of God* (Marcus Dods en, Project Gutenberg 2014) 140.

³ Gözler, K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1 (2. Baskı, Ekin 2020) 179.

⁴ Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri* (Süheyl Derbil tr, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1954) 129.

ken ana kural konusunda meşru temellerin önemsiz olduğunu söyler. Çünkü bunun meşru bir sonuç değil, bir gereklilik olduğu inancına sahiptir. Bu inancını ise şöyle dile getirmektedir: “Devletin üstünde bir hukuk vardır, var olması gereklidir.”⁵ 1789 devrimini yapanlar ve liberal devletin temel ilkelerini koyanlar, kralın mutlak otoritesi ve ayrıcalıklı sınıflar karşısında bireyin özgürlüklerini savunurken, onu maddi ve manevi tüm baskılardan kurtarmayı amaçlıyorlardı. Ancak liberal devletin öngördüğü sosyal yapı ve hak ve özgürlük anlayışı zamanla değişmiştir. Bu anlayış devletin yapısı içinde çeşitli amaçlara hizmet eden sosyal ekonomik kuruluşlara yer vermiş, hak ve özgürlükler karşısında karışmama rolünün yerine birtakım olumlu edimlerde bulunma görevi olduğu anlayışını benimsemiştir⁶.

Anayasacılık düşüncesinde, devlet iktidarının belli kurumlarla sınırlandırılması amaçlanmaktadır⁷. Böylelikle devlet iktidarı sınırlandırıldığı takdirde birey hak ve hürriyetlerinin korunacağı düşüncesi ön plana çıkmaktadır. *Gözler*, anayasacılık düşüncesini temel hak ve hürriyetleri korumak ve devlet iktidarını sınırlandırmak amacıyla katı bir anayasa yapılması akımı olarak tanımlamıştır⁸. *Dworkin* ise daha hak temelli bir yorumu tercih ederek, anayasacılık düşüncesinden, çoğunluğunu oluşturan yasama organının, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini çiğnemeyen ve onlardan ödün vermeyen bir sistemi anladığını belirtmiştir⁹.

Anayasacılık düşüncesi her ne kadar bazı düşünürler tarafından kavramsallaştırılmaya çalışılsa da bu çalışmaların çoğunda anayasacılık düşüncesinin kimin tarafından ve nasıl kabul edildiği hususuna değinilmemiştir. Bu iki hususa ise anayasacılık tarihi bölümünde değinilecektir.

B. Devletin Sınırlandırılması ve Anayasacılık Düşüncesinin Kısa Bir Tarihçesi

Politika kitabında yönetim biçimlerini kategorize eden ve onları belli başlı özellikleriyle birleştiren Aristoteles, yönetim biçimleri arasında bir dengeleme yapmaya çalışmıştır¹⁰. Bu dengeleme sonucunda da bahsettiği yönetim biçimlerinin üçünün ahenkli bir şekilde uygulandığı tek bir rejime dönüştürüldüğü

⁵ ibid.

⁶ Göze A, *Liberal Maxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 4. Bası, Beta Basım A.Ş., 2005, 9.

⁷ Lane J. E, *Constitutions and Political Theory* (Manchester University Press 1996) 19.

⁸ *Gözler* (n 2) 145.

⁹ Dworkin R, ‘Constitutionalism and Democracy’ (1995) 3 (1) *European Journal of Philosophy*, 3.

¹⁰ Lane (n 5) 23-24.

Sparta örneğini sunmuştur. Polibios da Roma'nın gücünün zirvesine ulaştığı zamanlarda karma yönetimlerin uygulandığı söylemiştir. Roma, gücünü monarşik (konsüller), aristokratik (senato) ve demokratik (halk meclisi) arasındaki dengeden almıştır¹¹.

Roma hukuku, mutlakiyetçi bir yaklaşımı zaman zaman benimseyen yapısından dolayı Kara Avrupası kapsamında anayasacılık kaynaklarından en tartışmalı olanıdır¹². Roma hukuku, medeni hukuk çerçevesinde büyüyüp gelişmiş ve çağdaş dünyanın anladığı gibi bir anayasa veya idare hukuku düzenlemesi getirmemiştir.

Roma hukukunda anayasacılık düşüncesi, doğal hukuk anlayışı ile oluşmuştur¹³. Stoa felsefesinin Roma'daki temsilcilerinden Cicero'ya göre, "*Yasanın doğası insanın doğasında aranmalıdır. İnsan, tanrısal akli paylaşılan özel bir canlı türüdür ve insanlar adalette birleşerek bir araya gelirler*"¹⁴. Ona göre, hukukun temeli doğada ve dolayısıyla Tanrı'dadır. Tanrısal zihin en yüce yasadır, insan için bilginin zihnindeki yasa kusursuzdur, evrensel ve süresizdir, değiştirilemez nitelik taşımaktadır. Senato, insanları bu yasaya uymaktan alıkoyacak değişiklikler yapmamalıdır. Dahası doğal yasanın, hukuk ve henüz devlet yokken bile varlığı savunulmaktadır.

Lane, erken Orta Çağ'ın Kuzey Avrupası'nda, özellikle Germen kavimleri arasında hukukun üstünlüğü (rule of law) ilkesinin, yani devlet iktidarının belli kuruluşlarla sınırlandırılması düşüncesinin bulunduğunu belirtmektedir. Orta Çağ düşüncesindeki hukuk fikrinin örfi, karaktere sahip olduğunu söyleyen rahipler, bu fikrin krallar ve soyluların dahi üstünde olduğunu eklemektedirler¹⁵. Orta Çağ'da, halk egemenliği veya insanların kendini temsil edecek bir vekile oy verme, ülke yönetiminde söz alma düşüncesi yoktur. Hükümdar, hiçbir insandan daha aşağıda değildir ama hukuk, hükümdarın üstündedir. Söz konusu hukuk ise yazısız ve izahtan varestedir.

Kara Avrupası feodal düzeni, gittikçe örfi bir anlayışı temel almış hukuk düşüncesinden, anayasacılık düşüncesine doğru evrilmeye başlamıştır¹⁶. Feodal kurumlar, hükümdarın gücünün sınırlı olması gerektiği konusunda fikirlerini

¹¹ ibid 24.

¹² ibid 22.

¹³ ibid 23.

¹⁴ Cicero, *Yasalar Üzerine* (C. Cengiz Çevik tr, 4. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 10.

¹⁵ ibid 20.

¹⁶ ibid 21.

değiştirmemiş, hükümdarlar belli yükümlülüklerle bağlı kalmaya devam etmiştir¹⁷. Bu bağlılık, hükümdar ve soylular arasındaki ilişkinin Karolenj İmparatorluğu'nun dokuzuncu yüzyıldaki, Kutsal Roma İmparatorluğu'nun on üçüncü yüzyıldaki çöküşünden sonra daha merkezi bir hale gelmiştir¹⁸. Soylular ve hükümdar arasındaki düalizm, egemenlik konusundaki tartışmalar, iktidarın paylaşılması ve politik ortamdaki güven dengeleri anayasacılık düşüncesinin görülebildiği yerlerden olmuştur¹⁹.

Cicero, Aristoteles ve Orta Çağ düşünürleri anayasacılık ismini telaffuz etmemiş ama devletin kısıtlanması ve kuvvetler ayrılığı ilkesi konusunda fikirler beyan etmişlerdir. Bu gelişmeler, anayasacılık düşüncesinin ayak seslerini oluştursa da 18. yüzyıla kadar kanunlardan daha zor değiştirilebilen ve güvenceler getiren bir yazılı anayasa yapılmamıştır.

1787 ABD anayasasının kurucu babalarından olan James Madison, devletin kısıtlanması gerektiğiyle alakalı düşüncelerini: "*İnsanlar melek olsaydı devlete gerek kalmazdı. Eğer insanlar melekler tarafından yönetiliyor olsaydı devlet üzerinde ne iç ne de dış kısıtlamalara ihtiyaç olurdu*"²⁰ diyerek anayasacılık düşüncesini belirtmiştir.

Fransız Devrimi'nden önce Fransa maliyesinin başına getirilen Becker, asilzadelerden alınan verginin arttırılması ve harcamaların kısıtlanması yoluna gitmişti. Bu tedbirler alınırken araya Amerikan Bağımsızlık Savaşı girmiştir. Savaş sonrasında Becker'in yerine getirilen Charles Calonne, Becker'in asilzadelerden almaya niyetlendiği verginin alınması yönünde adımlar atsa da sonuç yine değişmemiştir. Daha sonra başbakanlık koltuğuna 1787'nin Nisan'ında Étienne Brienne getirilmiştir. Brienne döneminde asilzadelerin bazıları vergi vermeye razı oldular çünkü devlet içerisinde şartlar gittikçe kötüleşiyordu²¹. Asilzadelerden vergi alınması teşebbüsü Paris Parlamentosu'nda büyük bir tepkiyle karşılanmıştır. Sonuçta Paris Parlamentosu'nda vekiller Etats-Généraux'un tekrar kurulması fikrinde birleşmiştir²².

¹⁷ İbid 21-22.

¹⁸ Downing Brian M, 'Medieval Origins of Constitutional Government in the West' (1989) 18 (2) Theory and Society 213-214.

¹⁹ İbid 214-215.

²⁰ Hamilton Alexander, John Jay ve James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund 2001) 269.

²¹ Fahir Armaoğlu, *19. Yüzyıl Siyasi Tarihi* (18. Baskı, Kronik Kitap 2019) 56.

²² İbid 56-57.

Etats-Généraux, üç sınıfın temsilcilerinden kurulmuştur. Bu danışma organı 1614 yılından beri toplanmamıştı ve kimse de bu organın nasıl toplanacağını bilmiyordu. Bu nedenle saray erkanı birtakım tarihçi ve araştırmacıların yardımıyla organı 1789 yılının Şubat ayında topladı ve meclis için seçimler yapılarak 5 Mayıs 1789 tarihinde organ resmen tekrar açılmıştır²³.

Mecliste, oy sayıları ve hangi sınıfın oyunun kaç oya eşit olacağı konusunda uzun tartışmalar olmuştur. Bu sorunun çözümü için halk temsilcileri kendilerini halkı temsil eden kesim olduklarını ve milli iradenin temsilinin kendilerinde olduğunu deklare etmiştir.

Fransa'da yaşanan bütün olayların sonunda 28 Ağustos 1789 tarihinde İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi yayımlanmıştır. Bildirgenin yayımlanışından iki yıl sonra Kurucu Meclis, 14 Eylül 1791 tarihinde anayasayı hazırlamış, anayasa kralın onayıyla yürürlüğe girmiştir. Fransız Devrimi ile devletin kısıtlanması fikri hem fiilen hem de teorik olarak gerçekleştirilmiştir. Kurucu Meclis, anayasayı yaptıktan sonra görevine son vererek bayrağı Yasama Meclisi'ne devretmiştir²⁴.

C. Devleti Sınırlandırma Düşüncesinin Tezahürleri

1. Anayasacılık

Yukarıda tanımlanan anayasacılık fikrinin temelinde mutlak bir iktidara sahip devletin kısıtlanması fikri yatmakta ve bu fikrin hayata geçebilmesi için birtakım ilkelere ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü anayasacılık fikri, kendi başına iktidarın mutlak gücünü sınırlamaya yetmemektedir. İktidarın sınırlandırılması için, anayasanın üstünlüğü ve doğal olarak katı ve yazılı bir anayasaya ihtiyaç duyulmaktadır²⁵. Anayasaya atfedilmiş bu üstünlük, siyasal sürecin işleyişinde görev alanların ve politik güce sahip olanların, anayasa ilkelerine uygun davranmalarını sağlamıştır. Böylece anayasanın belirlediği sınırlar ve verdiği görevler içinde kalması yoluyla keyifliğinin önlenmesi amaçlanmaktadır.

a. Anayasanın Üstünlüğü

Fransa'da Etats-Généraux gibi kurucu meclislerin oluşturulması ile darbe sonrasında cuntaların devlet iktidarını ele almasının prensipleri aynıdır. Kurucu meclis, kendinden önceki iktidarın -en azından Etats-Généraux örneği kapsa-

²³ ibid 57.

²⁴ ibid 61.

²⁵ Gözler (n 2) 143.

mında- yapıp ettiklerinden hoşnut değildir ve eski rejimin sınırsız güç ve yetkilerinden hoşnutsuzdur. Eski rejimin kurucu felsefeye aykırı bir yönetim prensibi benimsemesi sonucunda, cunta rejimi, iktidarı kurucu felsefeye geri döndürmek istemiş ve yeni iktidarların kurucu felsefeden şaşmaması için daha katı ve yazılı hükümler getirmiştir.

Anayasa metinlerini kanunlardan ayıran ölçüt sadece yazılı olmaları değil, kanunların aksine siyasal ve bireysel (temel hak ve özgürlükler ile vatandaşların devlete katılımı gibi) hükümler de ihtiva etmeleridir. Bu hükümlerin konuluş amacı devlet organlarının sınırlarının çizilerek politik aktörlerin bu sınırlar içerisinde hareket etmesini sağlamaktır. Bunları gerçekleştirebilmek için anayasanın normal kanunlar gibi değiştirilememesi gerekmektedir. Bunun için katı anayasalar bir çözüm yolu olarak tasarlanmıştır.

b. Katı Anayasa

Üstün olduğu iddia edilen bir anayasanın hükümleri, yasama organı tarafından kolayca değiştirilebilirse devleti kısıtlamak adına oluşturulmuş anayasanın işlevsel anlamının kalmadığı söylenebilir. Çünkü yasama organının, yürütme organını oluşturan siyasi parti veya siyasi figürün etkisi altında olması halinde, anayasa, siyasi tehditlere karşı korunamayacaktır. İktidarı sınırlandırmak için oluşturulan anayasanın, siyasi güçleri elinde bulunduranların keyfiliğine meşruiyet sağlamaktan başka işlevi kalmayacaktır. Böylelikle anayasa, çoğunluğun istediği her şeyi yapabileceği bir yasaya dönüşebilme ihtimalini de içinde barındırmaktadır²⁶. Keyfiliğin ve anayasanın yapımından sonra gelecek olan siyasal iktidarın güç taşmalarının engellenmesi anlamında kısıtlı devlet idealini yaşatmak için katı bir anayasa gereklidir.

Katı bir anayasa oluşturmak için anayasalarda, anayasa değişikliklerinde normal kanunları yapmak için gerekenden daha fazla oy oranı (Anayasa m.175/I) belirlenebilir, halkoylaması (Anayasa m.175/IV, V) öngörülebilir. Anayasalarda değiştirilemeyecek madde veya ilkelere (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın ilk dört maddesi, Federal Alman Anayasası'nın 1 ve 20. maddelerindeki prensiplere aykırı anayasa değişikliği yasağı gibi) yer verilebilir. Ya da anayasanın kabulünden bir süre geçmedikten sonra değişiklik yapma yasağı, anayasanın belirli dönem veya durumlarda değiştirilmesi yasağı getirilebilir. Kabul edilen anayasa değişikliklerinin kesinleşebilmesi için belli bir süre sonra parlamen-

²⁶ Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım* (4. Baskı, Seçkin 2021) 137.

to tarafından tekrar kabul edilmesi şartı, devlet başkanının veto yetkisi (Anayasa m.175/III uyarınca Türkiye cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerini geciktirici veto yetkisi vardır), federal ülkelerde anayasa değişikliklerinin kabul edilebilmesi için federe devletlerin onayı gibi hükümler de katı anayasanın göstergelerindedir.

Devletin kısıtlanması düşüncesi, yalnızca yürütme erkinin kısıtlanması için getirilmemiştir. Anayasacılık, parlamentoda çoğunluğa sahip kitlenin kendi çıkarları için azınlığa karşı bir tiranlık oluşturmasının engellenmesinde de etkin bir rol oynamaktadır²⁷. Aynı zamanda yasama organının azınlık temel hak ve özgürlüklerini en az yürütme kadar tehdit edebileceği hususu da mevcuttur²⁸. Anayasacılık düşüncesi, devletin tüm erklerinin sınırlandırılması gayesiyle, erk ayırmaksızın sınırlama yoluna giderek seçilmiş parlamento organı üzerinde de birtakım kısıtlamalar koymuştur. Çoğunluğun yönetme hakkı, azınlıkların da çoğunluk haline gelebilmesi için serbestçe faaliyette bulunabilmeleri ölçüsünde kısıtlanmıştır²⁹. Zira kaynağını bireylerin serbest iradesinden almayan ve serbest iradeleri ile değiştirilemeyen bir çoğunluk iradesi gerçek ve geçerli bir çoğunluk iradesi sayılamayacaktır. Liberal devlette çoğunluk idaresinin meşruiyeti siyasal temsil sistemi, kuvvetler ayrılığı, çift meclis sistemi, hukukilik ilkesi, birey hak ve özgürlükleri gibi demokrasinin temel ilkeleri ile sağlanacaktır³⁰.

2. Kuvvetler Ayrılığı

Kuvvetler ayrılığı, anayasacılık düşüncesinin yapı taşlarından birisidir. Bu ilkenin geçmişi, yine yazılı anayasalar tarihinin öncesine dayanmaktadır.

Aristoteles, anayasa yapıcılarının dikkate alması gereken yönleri ve yönetimin nasıl işlediğini anlatmak için üçlü bir ayrıma gitmiştir³¹. Bu ayrımın, günümüzdeki kuvvetler ayrılığı ilkesine kadar benzer olduğunu söylemek güçtür ama önemi büyüktür³².

²⁷ Loughlin M, *Sword and Scales* (Hart Publishing 2000) 189.

²⁸ Dede K, "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme" (2014) 4 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 135.

²⁹ Özbudun E, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (Yetkin Yayınları 2019) 27.

³⁰ Göze 23.

³¹ Aristoteles, *Politika* (Furkan Akderin tr, 4. Baskı, Say Yayınları 2018) 148.

³² Uslu F, "Anayasacılık Düşüncesi ve Anayasacılığın Bazı Araçları" (2023) 13 (25) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107, 123.

John Locke, her ne kadar yargı erkini Aristoteles kadar katı surette ayırmamış ve günümüz standartlarına göre muğlak bırakmış olsa da yasama³³ ve yürütme³⁴ kuvvetlerini tasniflemiştir. Fakat Locke'un teorisinde yasama organının yürütme organına karşı bariz bir üstünlüğü vardır. Çünkü Locke, yürütmenin yasamanın belirlediği alanlarda işlem yapması gerektiğini düşünmektedir.

Çağdaş anayasa teorisinde kuvvetler ayrılığı ilkesini tarihsel ve teorik açıdan en yakın tasnifleyen Montesquieu olmuştur. Yasama, yürütme ve yargı birbirinden kesin sınırlarla ayıran Montesquieu bu kuvvetlerin birbiriyle olan ilişkisini özgürlük çerçevesinde değerlendirmiştir³⁵. Ona göre, devlet içerisindeki güçler dengelenmeli ve sınırlandırılmalıdır³⁶.

Kuvvetler ayrılığı, devlet iktidarının paylaşılması, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek elde toplanmayarak farklı organlara dağıtılmasıyla devletin mutlakiyetini engellemektir. Anayasacılık düşüncesinde devlet güçleri kısıtlanmalıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi ise bu kısıtlamanın pratik hayata geçirilmesidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, tek organın tek işleve sahip olmasını gerektirmektedir³⁷.

Günümüzde siyasi partiler ve yürütme organı ilişkileri Montesquieu'nun ortaya koyduğu kuvvetler ayrılığı teorisinden uzaklaşma eğilimindedir. Yasama ve yürütme organlarındaki baskın siyasi partiler yasama ve yürütme güçlerini birbirine yaklaştırmaktadır. Çünkü siyasi parti disiplini altında örgütlenen hükümet ve yasama bu iradeye bağlı olarak hareket etmeye başlamıştır³⁸. Yasama ve yürütme arasında süregelen bir yekpareliğin gittikçe arttığı söylenebilir³⁹. En nihayetinde bu bağlılık, kuvvetler ayrılığı ilkesinin öngördüğü yasama ve yürütme organları arasındaki ayrılığın yumuşamasına da neden olmuştur. Bu sebeple monarşilerin elindeki mutlak iktidarı parçalamak ve bu iktidarı sınırlandırmak için ortaya atılan bu fikir şu anki siyasi düzlemde amacını yerine getirmekte başarılı olamamaktadır⁴⁰. Yasama ve yürütme organları arasındaki yu-

³³ Locke J, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (Fahri Bakırcı tr, Serbest Kitaplar 2019) 153.

³⁴ ibid 154. Dahası için bkz. ibid 160. Yasamanın üstünlüğüyle alakalı olarak ibid 171.

³⁵ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* (Berna Günen tr, 3. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları 2019) 198.

³⁶ Uslu (n 29) 128.

³⁷ Anayurt (n 24) 388.

³⁸ Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (18.Baskı, Yetkin 2018) 39.

³⁹ Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi* (n 27) 25.

⁴⁰ Anayurt (n 24) 396.

muşamanın neticesinde kuvvetler ayrılığı ilkesinin sunmuş olduğu çözüm yolu, yasama ve yürütme çoğunluğunun tek bir parti elinde olması ihtimalleri karşısında etkisiz kalmaktadır. Bu birlikteliğin sonucunda, öngörülen siyasal denetim yolundan beklenen faydanın gerçekleşmesi zordur⁴¹. Çünkü parlamenter sistemlerde yasama organı, kendi içerisinden çıkardığı ve güven verdiği yürütme organı ile paralel çalışır hale gelmiştir. Bu değişim, anayasa yargısı ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle çözülmeye çalışılmaktadır⁴².

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, anayasada kendine yer bulmuş olsa da yürütme organının yasama organının yapması gerekenleri yapması veya aynı şekilde yasamanın yürütmeye özgülenmiş işlemleri yerine getirmesi halinde ne olacaktır? Bu iki kuvvetin kendilerine verilen görevleri yerine getirmesi için yürütme ve yasama organının dışında teşkilatlanmış daha bağımsız bir güce ihtiyaç vardır.

Günümüzde yürütme organı, yasama organının daha üstünde konumlanmış haldedir çünkü devletin icrai olanakları yürütmenin elindedir. Yürütme organı, sistem içerisindeki gücünü genişletme ve hatta yasama organına ait olan işlevleri dahi yerine getirmeye çalışmaktadır⁴³. Bu iki güç kendilerine tanınmış sınırların dışına çıkabilecektir ve dahası, bu iki gücün ortaya koyduğu eylemleri denetleyecek hiçbir oluşumun bulunmaması halinde temel hak ve hürriyetler tehdit altında olacaktır. Bunun için 19. yüzyılda ortaya çıkmış kuvvetler ayrılığı teorisinin üstüne bir şeyler eklenmeli ve bu iki gücün ortasında, bağımsız ve ikisine karşı da sorumlu olmayan bir uzlaşmacı yapı konumlanmalıdır.

Anayasa mahkemesi, bu yumuşayan ilişkinin dengelenmesi ve frenlenmesi konusunda da büyük bir fırsat sunmaktadır. Aynı zamanda bu ilişkileri kontrol altında tutabilecek bir role sahip yetkilerle donatılmaktadır⁴⁴. Zira parlamenter sistemlerde devleti hukukla bağlamak neredeyse imkânsız hale gelmiştir⁴⁵. Siyasi partilerin aldığı kararlar hem yasama hem de yürütme organında çoğunluğu elde ettikten sonra, ülke siyasetini belirleyici rol oynamaya başlamıştır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi sayesinde anayasal organların güç ve yetkileri anayasada sayılmaya başlamıştır. En nihayetinde de bu güçler, anayasa tarafından

⁴¹ Uslu (n 29) 119.

⁴² Anayurt (n 24) 398.

⁴³ ibid 399.

⁴⁴ Brewer-Carrias A. R., *Judicial Review Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses* (Fundacion Editorial Juridica Venezolana 2014) 185.

⁴⁵ Erdoğan M, *Anayasal Demokrasi* (5. Baskı, Siyasal Kitabevi 2003) 204.

verilen görevleri yerine getirirken anayasayı yorumlayarak hareket etmek zorundadırlar⁴⁶. Çünkü anayasa, kendi kendisine yorum yapmaz. Anayasal güçler, anayasayı yorumlarken Anayasaya uygun davranmak zorundadırlar. Anayasa, hiçbir kuvvete sınırsız güç ve yetki bahsetmemelidir. Anayasal kuvvetler, anayasadan aldıkları yetkileri kullanır iken keyfiliğe yönelmemeli ve anayasa hükümlerini ihlal etmemelidirler⁴⁷. Kuvvetler ayrılığı ve anayasanın üstünlüğü ilkeleri, bütün devlet güçlerinin anayasaya uygun davranması gerekliliğinin doğal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu güçler arasındaki koordinasyonu sağlamak, aralarındaki problemleri çözmek ve eylemlerinin anayasa uygunluğunu tespit etmek için nihai sonucu söyleyecek bir kuruma gereksinim duyulmaktadır⁴⁸. Bu kurum, iki anayasal kuvvetten ayrı, tarafsız ve bağımsız şekilde teşkilatlanmış anayasa mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Hukuk Devleti

Hukuk devleti, Aziz Augustinus'un belirttiği kralın adil olması gerekliliği anlayışından, günümüzde devletin kendi meşruiyetine dayanak bulduğu ilkelerden birisi haline gelmiştir. Devlet, hukuk devleti gayesinde hukuka dayanan ve onun sayesinde var olan bir yapı haline gelmiştir⁴⁹. Devletin meşru temelleri anayasanın belirlediği ölçüler içine bir nevi hapsedilmiş ve devletin meşruiyeti anayasal temeller üzerine oturtulmuştur.

Bu tanımdan, hukuk devletinin hukuku olan devlet olduğu gibi bir yanlışlığa da düşülmemesi gerekmektedir. Anayasaya sahip olan ve anayasasında hukuk devleti olduğunu iddia eden ülkelerin bir kısmında hukuk devletinin kırıntısına dahi rastlamak güçtür. Hukuk devleti idealine dayanan bir devletin hukuku, belli başlı temel ilkelere dayanmalıdır. Devlet, kendi zeminini yıkmamak ve halkın gözünde kendisini amacından sapmış bir mahiyete bürümek için bu ilkelere uymak zorundadır. Çünkü devlet mevzubahis anayasaları kendiliğinden kabul etmiş değildir. Anayasa yapımı her zaman demokratik süreçlerden geçmemiştir. Genelde anayasalar, mevcut düzeni ortadan kaldıran darbeci yahut devrimci gruplar tarafından yazılmış ve halk oylaması neticesinde de yürürlüğe koyulmuştur. Halkın kabul oyunu aldıktan sonra bu anayasalar, yeni rejimin belirleyicisi ve

⁴⁶ Freeman S, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review" (1990) 9 (4) Law and Philosophy 327, 357.

⁴⁷ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 42) 85-86.

⁴⁸ Freeman (n 43) 357.

⁴⁹ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 42) 113.

onun haritası haline gelmiştir. Örneğin, 1982 yılında Türkiye’de gerçekleşen askeri darbe sonucunda hazırlanan yeni anayasa 7 Kasım 1982 günü halk oylamasına sunulmuş ve bu anayasa %91,37 gibi yüksek bir çoğunlukla halk tarafından kabul edilmiştir. 1982 Anayasası yapıldığı tarihten bu yana onlarca kez değişikliğe uğramış olsa da 7 Kasım tarihinde halk tarafından kabul edilmiş olması bu anayasayı bir anayasa yapmakta ve devleti, bu anayasanın zeminine oturtmaktadır.

Analojik olarak bakıldığında 1982 darbesinden sonra kurulan Milli Güvenlik Konseyi (MGK), anayasacılık tarihi bölümünde aktarılan Etats-Généraux’un Türkiye’deki bir tezahürü olarak görülebilir. MGK, herhangi bir dayanağa sahip olmadan kendisini kurucu bir güç olarak tanımlamış ve kendisini hukuk düzeninin üstünde ilan ederek bir anayasa düzenleme işine girmiştir. Etats-Généraux’un yaptığı anayasa kral tarafından onaylanmasına karşılık MGK’nun yaptırdığı anayasa halk tarafından kabul edilmiş ve geçerlilik kazanmıştır. Böylece MGK, hukukun üstünde bir güç olarak yarattığı anayasayı halk nezdinde meşrulaştırmış ve anayasal bir devlet ortaya koymaya çalışmıştır. Anayasal devletin bağlı olduğu kurallar ve sınırlar, halk tarafından kabul edilen anayasa ile belirlenmiştir. Bu kural ve sınırlar, MGK’nin yaptığı ve halkın onayladığı anayasadan başkası değildir. Devletin temel organları, anayasa kapsamında sınırlandırılmak istenmiştir.

Hukuk devleti ilkesi, anayasa mahkemesinin devletin sınırlandırılması amacı ile birlikte, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması yolundaki evrime de ön ayak olmuştur. Hukuk devleti ilkesi ve demokratik devlet ilkeleri birbirine gittikçe yaklaşmıştır⁵⁰.

Fakat salt hukuk devleti ilkesinin anayasa metninde yazılması ile devletin hukuki sınırlar içinde tutulacağına garanti yoktur. Anayasal düzenlemelerde belirtilen ilkeler tek başına hiçbir şeyi dizginleyememektedir. Yasama ve yürütme organları birbirlerinin hukuki alanına müdahale etmemelidir. Yasama ve yürütme organları, kendilerine sınırlar çizen anayasaya aykırı faaliyette bulunmalarını engellemek için başka bir şeye daha ihtiyaç vardır: Bu da anayasa yargısıdır.

4. Anayasa Yargısı

Metin, anayasal devletin yapı taşlarını, anayasanın normatifliği, anayasanın üstünlüğü ve anayasa yargısı olarak saymıştır⁵¹. Anayasa yargısı, anayasanın

⁵⁰ Aliefendioğlu Y, “Hukuk Devleti” (2005) 1 (4) Demokrasi Platformu 251, 253.

⁵¹ Metin Y, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu” (2016) 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 92.

üstünlüğü prensibinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkeleri ile de sıkı bağlantı içerisinde⁵². Anayasa yargısının varlığı, sınırlı devlet anlayışına sahip bir ülkede, anayasanın korunması ve üstünlüğünün sağlanması için de gereklidir⁵³. Parlamenter sistemlerde işlerlik kazanan parti içi disiplin ile yasama ve yürütme organlarının neredeyse bütünleşmesiyle ortaya çıkan tabloda anayasa mahkemesinin önemi daha da artmaktadır. Zira yürütme organı ile bütünleşmeye başlayan yasama organının, yürütme organını denetleme yetkisi hala mevcut olsa da bu denetleme yetkisinin kullanım amacı siyasi çıkarlar için kullanılmaya müsaittir⁵⁴.

Anayasa mahkemeleri, günümüzde, anayasanın üstünlüğü prensibi sonucunda ortaya çıkmıştır. Her ne kadar anayasa mahkemeleri için "... kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle ilgili yargı organıdır" tanımı yapılmış⁵⁵ da olsa, anayasa mahkemeleri günümüze bu görevin ötesine geçmiş ve kişisel özgürlüklerle siyasal katılımı da güvence altına alan⁵⁶ organlar haline dönüşmüştür. Çünkü anayasalar yalnızca siyasi organların nasıl kısıtlandığını belirtmekle yetinmemektedir. Anayasacılık düşüncesi kapsamında anayasalar salt devleti kısıtlayan metinler olmanın da ötesinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerini de devletin karşısında güvence altına almaya başlamıştır⁵⁷.

Anayasacılığın gereklerinden olan anayasanın üstünlüğü ve anayasanın katılığı ilkeleri, şekilsel olarak anayasa yargısının varlık nedenini oluşturmaktadır⁵⁸. Bu ilkeler, Marbury v. Madison davasında ABD Yüksek Mahkeme başyargıcı John Marshall tarafından şöyle ifade edilmiştir:

"... Anayasa, ya olağan şekillerde değiştirilemeyen üstün ve yüce bir kanundur, ya da olağan kanunlar gibi yasama organı tarafından istenildiği zamanda değiştirilebilen normal kanunlarla aynı seviyede bir kanundur. Mahkemeler anayasayı dikkate alacaksa ve anayasa, yasanın yaptığı diğer tüm kanunlardan üstünse anayasa hükmünün

⁵² Brewer-Carrias (n 41) 263.

⁵³ Uslu (n 29) 118.

⁵⁴ Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi (n 27) 26.

⁵⁵ Gözler, K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 2 (2. Baskı, Ekin 2020) 698.

⁵⁶ Yüksel (n 48) 96.

⁵⁷ Kaya S. B, "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm" (2015) 19 (3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 357.

⁵⁸ Gözler (n 2) 106.

ve olağan kanunun aynı olaya uygulanması gerektiği durumlarda anayasa hükümleri uygulanmalıdır⁵⁹.”

Anayasa mahkemeleri, kısıtlanan devletin organlarının anayasaya uygunluğu konusunda garantörlük görevi görmektedir. Anayasa Mahkemelerinin çıkışında yatan temel sebep totalitarizmin yıkılarak demokrasinin ve ihlal edilmiş hak ve özgürlüklerin yeniden tesis edilmesidir⁶⁰. Aynı zamanda bu mahkemeler, devrim sonrasında kurulmuş demokratik rejimdeki bürokratların hepsinin yeni rejimin savunucuları olamayacağı hususunda belirttiği gibi, yeni rejimin eski bürokratlara karşı savunulmasında da büyük bir rol oynamaktadır.

II. Türkiye’de Anayasa Mahkemesinin Tarihçesi ve Yargısal Görevleri

Türkiye’de anayasa mahkemesinin kuruluş amacını, anayasal sınırlamaların ötesine geçen bir rejimin engellenmesi ve anayasayı ihlal edebilecek bir rejimin tekrar oluşmamasının önlenmesi olduğu söylenebilir. 27 Mayıs 1960 hükümet darbesinden sonra Yüksek Öğretim Üyelerinin hazırladığı anayasa taslağında anayasa mahkemesine yer verilmiştir⁶¹. 1924 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde çoğunluğun egemen olduğu yasamanın önünde etkin hiçbir sınırlamanın bulunmayışı, anayasa mahkemesi düşüncesinin temelini oluşturmuştur⁶². *Maruste*’nin işaret ettiği ve anayasa mahkemesinin çıkış noktası olarak belirlediği olay ile *Özbudun*’un söyledikleri ve Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun gerekçeleri birbiriyle uyumaktadır⁶³.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda: “Meclisteki ezici çoğunluğa dayanan siyasi iktidarın memlekette tam bir tahakküm kurması”, “çoğunluğun her şeye muktedir olabileceği kanaati” ile “azınlığın hakir görülmesi” gibi gerekçeler sayılmıştır⁶⁴.

⁵⁹ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803), <<https://www.archives.gov/milestone-documents/marbury-v-madison>> Erişim Tarihi: 22.01.2024.

⁶⁰ Maruste R, ‘The Role of the Constitutional Court in the Democratic Society’ (2007) (13) *Juridica International* 8, 10.

⁶¹ Özbudun E, “Türkiye’de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri” (2012) (68) *Liberal Düşünce Dergisi* 5, 7.

⁶² ibid 7.

⁶³ ibid 9-10.

⁶⁴ ibid 8.

Raporda belirtilen meclisteki ezici çoğunluk ifadesi, komisyonun kendiliğinden ürettiği bir kavram değildir. 1950 seçimlerinde Demokrat Parti, %55 oy oranıyla mecliste bulunacak toplam 487 milletvekilinin 416'sına sahip olmuştur. 1954 seçimlerinde oy oranı artarak %58,4 olan Demokrat Parti, bu kez 541 milletvekili koltuğunun 503'ünü kazanarak tabiri caizse yürütme ve yasamayı tek elde birleştirmiştir. Bu dönemde uygulanan çoğunlukçu seçim sisteminin adaletsiz sonuçlar ortaya çıkardığı da unutulmamalıdır. Çünkü siyasi partiler aldıkları oy oranlarında parlamentoda temsil edilmemiştir.

Bu tarihsel süreçte kendisine yer edinen anayasa mahkemesi, somut ve soyut norm denetimi yaparak anayasal yargı faaliyetlerini sürdürmüştür. Anayasal yargının ilk türü, 1803⁶⁵ yılında ortaya çıkan klasik Amerikan sistemidir⁶⁶. Amerikan sisteminde, derecesine bakılmaksızın tüm yargı organlarının anayasal değerlendirme (judicial review⁶⁷) yapma yetkisi vardır.

Amerikan modeli anayasa yargısında Kara Avrupası sisteminin aksine yalnızca somut norm denetimi mevcuttur. Anayasal denetimin yapılabilmesi için derdest bir davada anayasaya aykırılık iddiasının bulunması gerekmektedir⁶⁸.

Kara Avrupası anayasa yargısı, Amerikan anayasa yargısının aksine devletin yargı kuvvetinin dışında, merkezi bir oluşumdur. Bu sistem, Avusturya Sistemi olarak adlandırılrsa da Çekoslovak Anayasa Mahkemesi daha önce kurulmuş fakat faaliyete geçememiştir. 1938 yılında kapatılmış, ancak 1968 yılında faaliyete geçebilmiştir.

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Hans Kelsen'in anayasanın üstünlüğü ve bu üstünlüğün yargısal koruyucusu fikirleri sonucunda oluşturulan mahkeme, somut norm denetimi yoluna sahip olmamış, ancak meclis ve temyiz makamlarının itirazları neticesinde incelemeler yapmıştır. Anayasa yargısının doğuşu her ne kadar 20. yüzyılın ilk çeyreği de olsa, Avrupa için anayasa yargısının önemi

⁶⁵ Chemerinsky E, *Constitutional Law Principles and Policies*, (5. Baskı, Wolters Kluwer 2015) 74 ve devamında bu davanın detaylarına ve yorumlarına ulaşılabilir.

⁶⁶ Lane (n 5) 154.

⁶⁷ "Judicial review" tabirinin Türk hukukunda karşılığı anayasa yargısı gibi görünse de bu tabirin karşılığı "Anayasal Değerlendirme" olacaktır. Çünkü ilk derece mahkemelerinin yaptığı bu değerlendirme sonucunda bulacağı bir anayasaya aykırılık, kesin hüküm teşkil etmeyecektir. İlk derece mahkemesinin verdiği karar temyiz edilir ve temyiz mercii anayasal değerlendirme hakkında bir karar verebilir. Bu durumda ilk derece mahkemeleri, hükmün anayasaya aykırı olduğuna dair yalnızca bir inceleme yapmış olmaktadır.

⁶⁸ Gözler (n 52) 741.

faşizm, nazizm, totalitarizm ve bunların İkinci Dünya Savaşı'nda beraberinde getirdiği yıkım sonucunda fark edilmeye başlanmıştır⁶⁹. İnsan haklarının önem kazanmasıyla beraber anayasa yargısı hızla yayılmıştır⁷⁰. Bunun neticesinde de hukukun yanılmazlığı düşüncesi kökten değişmiş, mit ve teorilerin birçoğu rafa kaldırılmıştır⁷¹. Rousseaucu millet iradesinin temsili parlamento ve millet iradesinin yanılmazlığıyla kesinliği tekrardan incelenmeye başlanmıştır⁷².

A. Norm Denetimi

27 Mayıs 1960 yılında gerçekleşen hükümet darbesi sonucu yapılan anayasa ile Türk siyasal hayatına giren Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasa uygunluğunu denetleyebildiği gibi anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu da denetleyebiliyordu. Fakat 20.09.1971 tarih ve 1488 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti'nin Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hakkında Anayasa Değişikliği" sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerini yalnızca şeklen inceleyebileceği hususunda değişiklik yapıldı.

Günümüzde Anayasa'nın 148'inci maddesinin 2. fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, meclis içtüzüğü değişikliklerini esasen, anayasa değişikliklerini ise yalnızca şeklen inceleyebileceği belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesi şeklen denetimde, kanunlar için son oylamanın ön görülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı, anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarında denetim yapabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi norm denetimini iki yolla yapabilmektedir. Bunlar soyut ve somut norm denetimi şeklinde gerçekleşmektedir. Soyut ve somut norm denetimleri, hem parlamentonun gücünü kısıtlamak hem de hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi amacıyla getirilmiştir. Anayasanın üstünlüğü prensibi neticesinde yapılacak olan hukuk normlarının uyması gereken ve içinde kalması gereken alanın dışına çıkılması bu denetim modelleri ile önlenmeye çalışılmaktadır. Normlar hiyerarşisinde, anayasanın altında yer alan kurallar anayasal sınırların dışına taşmamalıdır.

⁶⁹ Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi* (n 27) 50.

⁷⁰ Yüksel (n 48) 91.

⁷¹ Brewer-Carrias (n 41) 180.

⁷² ibid 180.

1. Soyut Norm Denetimi

Anayasa Mahkemesi parlamento tarafından yapılmış kanunları *a priori* bir yolla denetlemekte, Anayasanın 150. maddesi gereğince yalnızca kendisine getirildiğinde normları denetleyebilmektedir:

“Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.”

Mahkeme, meclis tarafından yapılmış kanunları yargılamaya konu olmamış herhangi bir olay gerçekleşmeden incelemektedir. Dava açma yetkisi cumhurbaşkanına, mecliste en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarında milletvekiline verilmiştir. Anayasanın 151. maddesi uyarınca soyut norm denetimi yapılabilmesi için davanın, iptali istenen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yahut içtüzüğün Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren altmış gün içinde açılması gerekmektedir.

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açma süresi ise *“... kanunların yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı dava açılmaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme yalnızca kanunlar açısından geçerlidir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve içtüzüklere karşı açılacak şekil bozukluğuna dayalı iptal davalarında genel kural olan altmış gün hesabı yapılmalıdır⁷³.

2. Somut Norm Denetimi

Türk Anayasa Mahkemesi, anayasada belirtilen süreler içinde açılmayan iptal davaları haricinde kanunları başka yollardan da denetleyebilmektedir. Mahkemelerde uygulanmakta olan kanunun somut olaya uygulanması sırasında anayasaya aykırılığın ortaya çıkması halinde yapılan bir denetim türüdür.

Somut norm denetimi, görülmekte olan bir yargılama esnasında yargılamada uygulanacak olan kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin anayasaya aykırılık iddiasının gün yüzüne çıkması halinde cereyan etmektedir. Aynı

⁷³ Gözler, K, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2019) 1141.

zamanda anayasaya eklenmiş olan geçici 21. maddenin F fıkrası uyarınca 9 Temmuz 2018 tarihinde yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler de yürürlükten kaldırılmadıkça somut norm denetimine tabidir.

Somut norm denetiminin işlenmesi için gereken unsurlar; görülmekte olan bir davanın olması, davaya bakan bir mahkemenin olması ve anayasaya aykırılık teşkil edecek kanun ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin o davada uygulanabilir olması gerekmektedir. Davada uygulanacak olan kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün anayasaya aykırı olduğu ya mahkeme tarafından saptanmalı yahut taraflar tarafından yapılan aykırılık iddiasının anayasanın 152. maddesinin ilk fıkrası uyarınca mahkeme tarafından ciddi olduğu kanısına varılmalıdır.

Taraflarca öne sürülen aykırılık iddiası mahkemece dikkate alınır veya mahkeme re'sen aykırılık olduğunu ileri sürüp mevzu bahis kanun veya kararnameyi Anayasa Mahkemesine gönderdiği vakit mahkeme 152. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca beş ay boyunca Anayasa Mahkemesinin karar vermesini beklemektedir. Eğer Anayasa Mahkemesi tarafından bu beş aylık süreçte karar verilmezse mahkeme, davayı yürürlükteki hükümlere göre sonlandırır fakat mahkeme için esasını sonlandırmadan Anayasa Mahkemesinin karar vermesi durumunda mahkeme, bu karara uymak zorundadır.

Anayasa'nın 152. maddenin son fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen esastan red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmeden aynı kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünün Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde incelenmesi mümkün değildir.

B. Bireysel Başvuru

12 Eylül 2011 tarihinde kabul edilen anayasa değişiklikleri neticesinde bireysel başvuru yolu Türk hukukuna girmiştir. Kısıtlanan ve gücü frenlenmeye çalışılan devlet güçlerinden parlamento, anayasa mahkemesi kanalıyla yasama yetkisi anlamında mutlak gücünü kaybetmişti. Bireysel başvuru yolu ise, idarenin işlem ve eylemleri karşısında temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş kişilerin çözüm aradığı ikincil nitelikli bir yol olmuştur. Aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın beşinci maddesinde, devletin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma görevinden bahseder. Bununla bağlantılı olarak da ikinci maddede belirtilen hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan bireysel başvuru yolundan bahsedilebilir.

Kişiler, Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ihlal edilen temel hak ve özgürlükleri neticesinde tüm yargı yollarını tüketmeden bireysel başvuru yoluna gidememektedir. İhlal edilen temel hak ve özgürlüklerinin yalnızca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası kapsamında değil, aynı zamanda bu temel hak ve özgürlüklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da olması gerekmektedir. 6216 numaralı kanunun 45. maddesi, anayasa hükmünde belirtilmemesine rağmen bireysel başvuruya konu edilebilecek temel hak ve özgürlükleri yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile sınırlandırmamış, bu temel hak ve özgürlüklerin sınırını “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında” olarak genişletmiştir. Bu düzenleme ile anayasadaki belirsizlik de ortadan kaldırılmış ve protokoller ile tanınmış temel hak ve özgürlükler de bireysel başvuru konusu edilmiştir⁷⁴.

Bireysel başvuru, anayasa sınırları kapsamında hareket etmesi gereken devletin işlem veya eylemi sonucunda temel hak ve özgürlükleri ihlal edilmesine karşın buna olağan yargıda bir çözüm bulamayan kişiler için tasarlanmış son bir çıkış kapısıdır⁷⁵. Bu çıkış kapısı, *Aydın’ın* da haklı olarak belirttiği gibi temel hak ve özgürlüklerin hukuk devletindeki vazgeçilmez konumunun temsilcisidir⁷⁶. Çünkü devletin yapması gereken görev ve yetkiler anayasada öngörülen sınırları aşmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan başvuru ile yapacağı inceleme sonucunda 6216 numaralı kanunun 50. maddesi uyarınca başvuru konusunun temel hak ve özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğine kararı vererek şunlara hükmedebilir:

- i. İhlal mahkeme kararından kaynaklanıyorsa ihlal ve sonuçların kaldırılması için yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi, (6216 numaralı kanun m.50/2-c.1)
- ii. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı hallerde başvurucu lehine tazminat veya genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesidir.

⁷⁴ Erdinç T, “Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)” 2015 6 (20) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 87, 105.

⁷⁵ Aydın Ö. D, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru” (2011) 15 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 126.

⁷⁶ ibid 105. Bireysel başvuruya konu olan temel hak ve özgürlüklerin listesi için bkz. ibid 127-134.

III. Anayasa Mahkemesinin Anti Demokratik Olduğu Yönündeki Eleştiriler

A. Kuvvetler Ayrılığı Temelli Eleştiri

Anayasa mahkemelerinin norm iptaline karar vermeleri halinde yargının, yasamaya müdahale ettiği eleştirisi yapılmaktadır⁷⁷. Bu eleştirinin temelinde Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı ve en nihayetinde de Fransız İhtilali sırasında alevlenmiş millet iradesini yansıtan parlamento düşüncesi yatmaktadır. Yasamanın, millet iradesi tarafından seçildiği ve dolayısıyla yanılmayacağı, hatta bu düşünce kapsamında yasama kuvvetinin bir tür efsane boyutuna çıkarıldığı görülmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki yalnızca yasama değil, diğer organlar da meşruiyetini doğrudan ya da dolaylı olarak halktan almaktadır ve dahası halk tarafından seçilerek meşruiyetini kazanan yasama ve yürütme organları, mahkemeye üye seçerek anayasacılık düşüncesi kapsamında kendilerine verilen kısıtlı rolü oynamaktadır.

Anayasa mahkemesinin anti demokratik olduğu yönündeki yaklaşımın bir diğer kaynağı da seçilmiş parlamentonun yaptığı işlemler sonucunda herhangi bir yükümlülük tehdidiyle karşılaşmayacak olan mahkeme üyelerinin parlamentonun yaptığı yasaları iptal edebilmesinden doğduğu yönündedir. Fakat bu iddianın temeli yine parlamentonun yanılmazlığı hususuyla ilişkilidir. Parlamentolar yanılmaz değildir. Parlamentolar, anayasaya aykırı, kişi hak ve özgürlüklerini yok sayan ve hatta kendi rejimlerine uygun olmayan normlar dahi ihdas edebilirler ve bunun karşısında bir dengeleyici unsur olmadığı takdirde parlamentolar kendi sınırlarını belirleyen anayasal normları dahi değiştirip sınırlarını aşma eğilimi gösterebilme imkânına sahiptirler.

Millet iradesi kapsamında yüceltilen ve anayasa yargısının kapsamı dışında bırakılmaya çalışılan yasama işlemleri, anayasanın üstünlüğü ilkesi ile çelişme ihtimalini içinde barındırmaktadır. Halkın iradesiyle seçilen organlar, bir süre sonra halkın iradesine yaslanarak yalnızca millet iradesini ve halk olarak nitelendirilen seçmenlerle beraber azınlığın da iradesini yok sayarak kendi iradelerini yüceltme ve neredeyse kendi sözlerini hukuk yapmışlardır. Örneğin Weimar Almanya'sı ve Faşist İtalyan parlamentoları kuruluş amaçlarının aksine özgürlüğün garantörleri olamamış, tam aksine bu parlamentolar çoğunluğun iradesiyle totaliter rejimlerin konsolidasyonunu sağlamış ve halktan alınan gücün tek bir

⁷⁷ Gözler K, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" (2015) 61 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 131, 155.

kişide birleştirilmesinde önemli rol oynayarak ülkelerini, totaliter bir korku imparatorluğuna dönüştürmüştür. Aynı zamanda halkın iradesini temsil ettiği iddia edilen parti mensuplarının birçoğu da- en azından 20. yüzyılın totaliter ülkeleri - aslında halkın iradesi değil partinin iradesi olmaktan öteye gidememiştir.

Birkaç paragraf üstte belirtildiği gibi, anayasa mahkemelerinin çıkış noktası aslında millet iradesi hakkındaki mistik övgünün ve parlamento egemenliğinin mutlak üstünlüğü düşüncesinin terk edilmesidir. Çünkü anayasacılık olgusuyla gelişen aksi düşünce, yalnızca yürütme, yargı organları değil, yasama kuvvetinin de bireysel özgürlükleri ihlal edebileceği kanaati bulunmaktadır⁷⁸. Almanya ve İtalya, yaşanan büyük acı ve yıkımın tarihi tecrübelerinden sonra 1920'lerde kabul edilen anayasa yargısını anayasalarında ihtiva etmekle kalmamış, daha kısıtlayıcı ilkeleri de kabul etmiştir⁷⁹. Çünkü pratikte, özgürlüğün yalnızca hukukla korunması herhangi bir güvence getirmemiştir. *Madison*, Avrupa bunu fark etmeden yaklaşık iki yüz yıl önce bunu şu şekilde açıklamıştır:

“... Parşömenden başka bir şey olmayan bu güvencelere bel bağlamak ve bu organların devletin anayasasında sınırlarını belirtmek, sınırlarını aşan güce karşı yeterli olacak mıdır? ... Ama tecrübe bize göstermektedir ki, düzenlemenin yeterliliği haddinden fazla abartılmıştır: devletin daha güçlü üyeleri karşısındaki güçsüzler için daha yeterli bir savunma gerekmektedir. Yasama organı faaliyet alanını durmadan genişletmekte ve tüm gücü hızla kendisine çekmektedir...”⁸⁰”

Tarihsel olaylar parlamento ve millet iradesinin yanılmazlığı düşüncesinin doğru olmadığını göstermektedir. Parlamentolar, katı anayasa hükümlerini ihlal edebilmektedir.

Geleneksel kuvvetler ayrılığı teorisinde yargı, en zararsız organ olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Zira yargı kuvvetinin kararları kendi başlarına icrai bir nitelik taşımamaktadır. Devletin diğer güçleri yargı kararlarının icrasında rol almadıkları takdirde mahkeme kararının hükmü etkin bir rol oynamayacaktır. Bu durumda anayasa ve anayasanın üstünlüğü ilkeleri içi boş kavramlar haline dönüşecektir.

⁷⁸ Uslu (n 29) 135.

⁷⁹ Brewer-Carrias (n 41) 181.

⁸⁰ Hamilton, Jay and Madison (n 18), 256.

⁸¹ Brewer-Carrias (n 43) 183.

Anayasa mahkemelerinin, klasik kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği yönündeki görüş, yukarıda belirtildiği gibi, 19. yüzyıl siyasi düşüncesinin ürünüdür. Oysa çağdaş anayasal devletlerde kuvvetler ayrılığının temel prensibi güçlerin birbirini frenlemesidir. Bu frenlemenin yalnızca kısıtlayıcı ögeler içerdii fikrine kapılmanın yanlış olduğu söylenebilir. Anayasa mahkemeleri, sadece anayasal organların yetkilerini kısıtlamakla kalmaz aynı zamanda anayasa ile yetkilendirilen organların birbirlerinin görev alanlarına müdahale etmesini önleyerek bu organların görev alanlarını da korumaktadır⁸². Anayasal organların, güç ve yetkileri anayasal düzenlemelerle kısıtlanmaya çalışılmaktadır. Devletin işleyişi bu kısıtlamalar ile daha güçlü hale getirilmesi amaçlanmakta ve anayasal organların işleyişi için konulan kurallar, demokrasinin işlerlik kazanabilmesine de hizmet etmektedir⁸³. Devlet organları arasında hakemlik görevini üstlenebilecek mahkemelerin yokluğu durumunda bu organlar arasındaki güvenceden söz edilememektedir⁸⁴.

B. Rejim Değişikliği

Anayasacılık düşüncesi ve anayasa mahkemesi fikri, devrim ve darbe sonucunda rejim değişikliğine uğramış ülkelerde yeni demokratik rejimin pekiştirilmesi ve devamlılığı için gereklidir⁸⁵. Anayasacılık kavramı, keyfi ve mutlak iktidarlara engel oluşturmaktadır. Anayasal kurallar ile sınırlı devlet anlayışı anayasallık denetimi ile sağlanmaktadır. Bu yaklaşım tarzı anayasa mahkemelerinin kuruluşunda zemin hazırlamıştır.

Yeni rejimle hedeflenen anayasal devletin gerçekleştirilmesi ve anayasa mahkemelerinin verdiği kararların faydalı olabilmesi için, anayasa mahkemesinin siyasal organlardan bağımsız bir yargı organı niteliğini taşıması gerekmektedir. Çünkü yeni kurulan rejim ve kabul edilen anayasa ile yapılan güç dağıtımı anayasa mahkemesinin diğer organlardan ve hatta yargı organından bağımsız olmasını gerektirmektedir. Yeni rejim ve diğer politik kurumlar, eski bürokratların hepsinin tasfiye edilememiş olması ve bu kurumlarda hala çalışabiliyor olması ihtimali karşısında bu bürokratların yeni rejimi benimseme konusunda

⁸² Yüksel (n 48) 96.

⁸³ Loughlin (n 25) 190-191.

⁸⁴ Erdoğan M, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi" (2005) 54 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 58, 3.

⁸⁵ Horowitz D. L, "Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers" (2006) 17 (4) Journal of Democracy 125, 125-126.

çekimser davranabilecekleri gerçeği bulunmaktadır. Yeni rejimin kabul edilmesinde ve anayasanın kabulüyle ülkenin görünürdeki siyasi rejiminde herhangi bir değişiklik olmaksızın gerçekleştirilen bu süreçte amaç, eski rejimden kalan ve rejim değişikliğinden önce sınırlılık yönünden şüphe duyulan devletin, devlet organlarının ve bu organlarda çalışmayı sürdüren bürokratların anayasa mahkemesi tarafından dizginlenmesi ve yeni rejime adapte edilmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır.

Anayasa mahkemeleri, kabul edilen yeni rejimin geçiş sürecinde düşünce özgürlüğü, serbest siyaset ortamı ve sınırlı devlet fikrinin uygulanmasında temel rol oynamaktadır⁸⁶. Daha önce sessiz kalmış ve baskılanmış mahkemeler, yeni üyelerin de gelmesiyle beraber kümülatif olarak, verdikleri kararların neticesinde kendilerini daha güçlü hissedecek ve yeni döneme daha iyi ayak uyduracaktır⁸⁷. Çünkü eski rejimde baskılanmış veya kararlarına riayet edilmemiş mahkemelerin kararları, kabul edilmiş yeni rejimde bir yol gösterici haline gelecek, yeni rejimde uzlaştırmacı bir tavır takınması rejimin kabulü sonrasında çıkacak uyuşmazlıkları çözecektir. Bu çözümler ise aşağıda başlıklar halinde örneklendirilecektir.

C. Demokrasi Düşüncesinin Değişimi ve Yöntemi

Anayasa mahkemeleri, anayasacılık düşüncesi kapsamında ortaya çıkan sınırlı devlet, anayasal devlet, anayasanın üstünlüğü ilkeleri ve anayasal demokrasi kavramının bir gereği ve sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Anayasal devlet ve demokratik devlet kavramlarının iki ayrı düşünceye dalalet ettiği söylenebilir. Anayasal devlet hukukla bağlı devlet anlamında kullanılmaktadır. Özgür ve adil seçimlerin olması demokratik devlet ile kaynaşmıştır⁸⁸.

Anayasa mahkemeleri kurulduğu anayasal zemin üzerinde, halk tarafından seçilmiş kişilerin aldığı kararları iptal edebilmekte ve atanmışların seçilmişlere üstünlüğünün somut bir örneği olmaktadır⁸⁹. Bu eleştiri, hâkimlerin sorumlulukları kapsamında ortaya çıkmaktadır. Zira parlamento üyelerinin sorumluluğu, halk tarafından tekrar seçilememe müeyyidesine bağlanmıştır. Halk, yaptıkları-

⁸⁶ Ginsburg T, "The Politics of Courts in Democratization: Four Junctures in Asia" in Kapiszewski D, Silverstein G, Kagan RA (eds), *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective* (Cambridge University Press 2013) 51.

⁸⁷ ibid 51-52.

⁸⁸ Yüksel (n 48) 94.

⁸⁹ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 42) 85.

nı beğenmediği parlamento üyelerini diğer oylamada seçmeyebilir fakat aynı-
nı anayasa mahkemesi üyeleri açısından yapamamaktadır. Bu açıdan bakıldı-
ğında anayasa mahkemelerinin demokratik olmadığı yönündeki eleştirilerin
haklılık payı bulunmaktadır. Demokrasi, yalnızca çoğunluğun aldığı kararların
uygulandığı bir yönetim olarak tanımlandığı takdirde anayasa yargısı bu açıdan
anti demokratik olacaktır⁹⁰. Fakat bu eleştirilerin gerçekten haklı olup olmadığının
öğrenilmesi için demokrasi ve anayasal demokrasi kavramlarının incelen-
mesi gerekmektedir.

Demokrasi ve çoğunluğun yönetimi girift tanımlar olsa da birbirinden farklı
anlama gelmektedir. Demokrasi, çoğunluğun yönetimi ve çoğunluğun sahip
olduğu parlamentonun egemenliği anlamına gelecek olursa, burada demokra-
sinin klasik tanımıyla azınlıkların demokratik yollarla başa gelebilmesi şansı
bulunmayacaktır.

Demokrasi, meşru çoğunluğun, belli başlı koşullar altında yürütme gücüne
sahip olmasıdır⁹¹. *Dworkin*, yukarıda bahsi geçen çoğunluğun ezici yönetimi
karşısında oluşan anayasacılık ve onun garantörlerinden katı anayasalara atıf
yaparak çoğunluğun, gelecekteki seçimleri engelleyemeyeceği ve azınlıkları,
haklarından mahrum edemeyeceği düzenlemelere ihtiyaç olduğunu belirtmek-
tedir⁹². Çünkü demokrasi yalnızca prosedürel kuralların olduğu bir yönetim
değildir. Demokrasinin yapı taşları, vatandaşların özgürlük ve bağımsızlıklarının
olduğu bir düşünce olarak görülebilir. Bu yapı taşları ise kişinin kendi kaderini
ve geleceğini kendisinin belirlemesi ön plana çıkmaktadır. Hukuk kuralları konu-
lurken ve vatandaşların hayatını etkileyecek sosyal kurumlar oluşturulurken,
politik işlemlere vatandaşlar katılabilmelidir⁹³.

Liberal ve demokratların çatıştığı nokta bu gücün çoğunluğun elinde oldu-
ğu noktasında değildir. İki ekol de gücün seçimle gelmiş çoğunluk tarafından
kullanılmasında hem fikirken dogmatik demokratların (Hayek'in onlara hitap
ettiği şekilde) aksine liberaller, anayasacılık düşüncesinin bir ürünü olarak ço-
ğunluğun yapacaklarının bir sınırı olmasını gerektiğini söylemektedir⁹⁴. Dogma-
tik demokrasi, aşkın güçlerin olmadığı bir sistemi hayal ederken aslında aşkın

⁹⁰ Freeman (n 43) 330-331.

⁹¹ Dworkin (n 7) 1.

⁹² ibid 1-2.

⁹³ Freeman, (n 43) 330-331.

⁹⁴ Hayek F. A, *The Constitution of Liberty* (University of Chicago Press 1978) 106; Göze, 9.

bir sistemin kapısını da aralamaktadır⁹⁵. Çatışmanın çözümlenmesi gereken yer de güç taşmasının önlenmesidir. Vatandaşların bireysel özgürlüklerini ve politik katılımlarının kullanılması sırasında diğer bazı bireysel ve politik hakların değiştirilmeye veya yasaklamaya tabi olmaması gerekmektedir⁹⁶. Çünkü tüm vatandaşlar, eşit katılım ilkesi gereğince, demokratik bir oluşum içinde yaşamalıdır.

Demokrasilerde, biraz üstte anayasanın anti demokratik olduğu sonucuna çıkılabilecek akıl yürütmede bahsedildiği gibi, bütün vatandaşlar, eşit şekilde, anayasal ve diğer normların yapılmasında, yapılan norm ve anayasal hükümlerin sonuçlarında ve bunlara uyma konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Bu demokrasinin anayasal bir gerekliliğidir⁹⁷. Fakat anayasa mahkemeleri de tam aksine vatandaşların verdiği kararı iptal edebilmektedir. Bu iptalin ardından mahkeme üyelerinin sorumlu olup olmadığını tartışmanın da bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü mahkeme kararını çoktan vermiş ve demokratik politik haklarını bu karardan önce kullanmış olan vatandaşların katılımı iptal edilmiştir⁹⁸.

Anayasa mahkemesinin icra ettiği işlemin niteliğini anlayabilmek ve demokratik meşruluğundan bahsedilmek için demokrasinin yöntemsel (procedural) ve ön şartlı demokrasi olarak açıklanmasına ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁹.

Yöntemsel demokrasi, herkesin politik olarak karar sürecine özgürce katılma, diğer bireyleri kanunların ve sosyal politikaların yapım sürecinde etkileme hakkına sahip olduğu ve kararların basit çoğunluk (bare majority) tarafından alındığı bir yönetim sistemidir¹⁰⁰. Bu sistemde kişilerin politik prosedürlere girme hakları dışında diğer hiçbir faaliyet sonucunun üzerinde bir kısıtlama bulunmamaktadır¹⁰¹.

Ön şartlı demokrasi, anayasanın yorumlanması görevinin yalnızca yasama kuvveti tarafından yapılması gerektiği hususu üzerinde durmaktadır. Bunun anlamı, anayasal sınırların ve anayasa içeriğinin yalnızca anayasa tarafından kısıtlanmaya çalışılan yasama gücü tarafından yapılmasıdır¹⁰².

⁹⁵ ibid 106-107.

⁹⁶ Freeman (n 43) 332.

⁹⁷ ibid 334.

⁹⁸ ibid 334-335.

⁹⁹ Demokrasinin komünal ve istatistiksel ayrımı için bkz. Dworkin (n 7) 5-6.

¹⁰⁰ Freeman (n 43) 334-335.

¹⁰¹ ibid 335.

¹⁰² ibid 335-336.

Anayasa mahkemesinin anti demokratik olduğu hususu, demokrasinin üstte yapılan iki tanımı doğrultusunda yapılabilir. Çünkü demokrasi, iki tanımda da usuli birer şart üzerine kurulmuştur¹⁰³. Bu iki demokrasi tanımından yola çıkıldığında, her iki tanımın da demokrasiyi anlatmakta ve onu belli bir koşullandırma durumuna sokmakta zayıf kaldığı konusunda itiraz edilebilmektedir. Çünkü demokrasi, yalnızca usuli işlemlerin yapıldığı ve bu usuli işlemlerin nasıl yapılacağına kararının alındığı bir sistemden ibaret değildir. Yukarıda belirtilen tanımlar bu noktayı atlamakta ve demokrasinin yalnızca tek bir özelliğine yoğunlaşarak diğer önemli hususları göz ardı etmektedir¹⁰⁴. Demokrasinin işleme için gerekli temel hak ve özgürlükler göz ardı edilmemelidir. Demokratik rejimin işleyişi için gerekli arka plan ise demokrasinin çalışması için oluşturulmuş anayasa hükümleri ve demokrasi için getirilen düzenlemeler unutulmamalıdır¹⁰⁵.

Prosedürel ve ön şartlı demokrasilerin göz ardı ettiği bir diğer nokta da alınan kararların anti demokratik olması durumunda ne yapılacağı hususudur. Demokratik bir rejimin gereklerinden olan oy hakkı vatandaşların elinden alınırsa ne olacaktır? Yasama kuvveti, vatandaşları, cinsiyet ve ırklarına göre sosyal ve politik haklarından mahrum bırakmaya kalkmamalıdır. Demokrasi, yalnızca politik katılımın eşit olduğu bir ilke anlamına gelmemektedir. Böyle bir anlayışın kabul edilmesi durumunda, vatandaşların anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerinin korunması olmayacaktır¹⁰⁶. Hukuk devleti ilkesinin anayasada yer alıyor olması, yasama organı tarafından, adil yargılanma hakkının, masumiyet karinesinin, kanunların geriye uygulanmaması gibi ceza ve hukuk devleti gerekliliği ilkelerinin ihlal edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bundan dolayı da yasama kuvveti de kısıtlanmıştır. Yasama organı kendi yetkisini kendisi tayin edip kurucu iktidar rolüne bürünmemelidir¹⁰⁷. Yasama organı, kimin kiminle evlenip evlenemeyeceğine, kimin ne yiyeceğine, kimin nerede yaşayabileceğine ve kimin ne iş yapabileceğine demokratik bir rejimde müdahale etmemelidir. Çünkü demokratik rejimlerde politik gücün kullanımı sınırlıdır ve sosyal düzenin tek yönlü olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bu soruların cevaplandırılması eşit politik katılım veya çoğunlukla açıklanması bazı zorlukları da ihtiva etmektedir.

¹⁰³ ibid 336.

¹⁰⁴ ibid 336.

¹⁰⁵ ibid, 336.

¹⁰⁶ ibid 338.

¹⁰⁷ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi* (n 42) 86.

¹⁰⁸ Freeman (n 43) 338-339.

Demokrasilerin tanımından yola çıkarak savunulan şey, toplumun kendi fikrini belirtmesinin en iyi yolunun, herkesin kendi düşüncesinin eşit şekilde değerlendirilmesi ve bu düşüncenin ağırlığının geçerlilik kazandırılmasıdır¹⁰⁹. En nihayetinde de bu düşünce bireylerin tekil haklarından ziyade toplumsal kararların karşısında bireysel seçimlerin ve doğal olarak da bireylerin çoğunluğun iradesinde erimesi olacaktır.

Günümüzde demokrasi bu iki tanımın çok ötesinde, anayasacılık düşüncesiyle karışmış durumdadır. Anayasal devlet ve demokratik devlet birbirinden çok farklı anlamlara geliyor gibi görünse de bu iki kavram günümüzde beraber uygulama alanı bulmaktadır¹¹⁰. Çünkü anayasacılık anlayışı devleti kısıtlarken bu devleti demokratik bir devlete uyarlamaya çalışmaktadır¹¹¹. Yukarıda tartışılan dogmatik demokrasinin göz ardı ettiği hususları da koruma altına alan ve aynı zamanda vatandaşların yönetimde söz sahibi olmasını sağlayabilecek rejim olan anayasal demokrasi, bunları gerçekleştirirken rejimde hakem rolünü oynayacak aktör anayasa mahkemesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, parlamentonun egemenliğinin karşısında durmakta, parlamentonun yaptığı yasaların anayasa çerçevesinde geçerliliklerini kontrol etmektedir. Bununla birlikte prosedürel ve ön şartlı demokrasilerin a priori olarak kabul ettiği siyasal katılımın güvencesini de sağlamaktadır. Ayrıca azınlık haklarını koruyarak onların da toplum içinde var olabilmesini temin etmektedir¹¹². Bu açıdan anayasal demokrasilerde anayasa mahkemeleri gerekli bir unsurdur¹¹³.

D. Anayasa Mahkemesinin Demokratikleşme Sürecindeki Rolü

Darbe veya devrimler sonucunda ortaya çıkan yeni rejimlerde, hedeflenen demokratikleşme hareketinin gelişmesinde, Anayasa Mahkemesinin önemli bir rolünün olduğu söylenebilir. *Ginsburg*, demokratikleşmeyi üst yönde tetikleyen mahkemeler, otoriter konumu garanti altına almak için alt yönde tetikleme yapan mahkemeler ve alt yönde tetikleme yapan demokratik konsolidasyon mahkemeleri şeklinde üçlü bir ayırım yapmaktadır¹¹⁴.

¹⁰⁹ ibid 340.

¹¹⁰ Yüksel (n 48) 94.

¹¹¹ Erdoğan M, *Anayasa Hukuku* (7. Baskı, Orion Kitabevi 2011) 116.

¹¹² Yüksel (n 48) 96.

¹¹³ ibid 92-93.

¹¹⁴ Ginsburg (n 84) 47.

1. 2004 Ukrayna Olayları

Anayasa mahkemeleri, hükümetin hangi kuralları ihlal ettiği konusunda, muhalefetin neyin ihlal edilip edilmediği konusundaki kararsızlığını giderebilir ve aykırılığı vatandaşların gözünde görülür kılabılır. Aynı zamanda mahkemenin kararları, muhalefetin ve aktivistlerin yapacağı protestolarda onlara destek niteliğinde bir gerekçelendirme de yapabilir. Demokratikleşmeyi yukarı yönde tetikleyen mahkeme kararlarından olan bu olaya örnek olarak 2004 yılında Ukrayna'da yaşanan Turuncu Devrim ve mahkemenin bu konudaki kararı verilebilir. Söz konusu olaylarda, Başkan Kuchma, kendi yerine gelecek lideri belirlemek için Viktor Yanukovych'i desteklemiş ve muhalefet de 2004 yılında, geniş çapta gösteriler düzenleyerek mahkemeden bu seçimin iptal edilmesini istemiştir.

Mahkeme, 3 Aralık 2004 tarihinde, siyasi çıkmazı çözmek için seçimlerin yenilenmesi gerektiğine karar vermiştir. Yenilenen seçimler sonucunda muhalefet adayı Victor Yushchenko seçimleri kazanmış ve mahkeme devamında Yanukovych'in yaptığı başvuruları reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, siyasi güçteki değişikliği tetiklemiş, diktatörlüğe geri dönmenin önünü tıkararak demokratik sürecin devamını sağlamayı da başarmıştır. Mahkemenin bu kararı, demokrasiyi yukarı yönde tetikleyen bir karar olmuş ve verdiği karar Ukrayna muhalefetinin de elini güçlendirmiş ve onları cesaretlendirmiştir. Mahkemenin aldığı karar ile Ukrayna yalnızca devlet başkanını seçmemiş, aynı zamanda muhalefetin de yarışta olabileceği şeffaf bir seçim ortamını sağlamıştır¹¹⁵.

2. Kore'de Demokratik Rejimin Kuruluşu

1987 yılında Kore'deki askeri yönetim 35 yıl sonra yıkılmış ve vatandaşlar politik özgürlüğün uygulanması için eylemlere başlamıştır. Nihayetinde askeri lider Doo-hwan sahip olduğu görevi selefi Roh Tae Woo'ya devretmiş ve Woo da iki muhalefet partisiyle bir anlaşma yaparak demokratik bir rejimin kurulmasına ön ayak olmuştur. Anayasa Mahkemesi, kurulan yeni demokratik rejimin tıkanığı her noktada yardım için çağırılmış ve mahkemenin verdiği kararlar aslında yeni rejimin uygulanması ve eski rejimden kalan birçok şeyin devre dışı bırakılarak anayasal rejimin devamını sağlamaya yardımcı olmuştur. Mahkemenin bu kararları neticesinde ceza ve idari yargılama hukukunda değişiklikler yapılmıştır. Mahkeme bu sürecin yaşanmasında demokratik konsolidatör rolünü üstlenmiştir¹¹⁶.

¹¹⁵ Ginsburg, n (84) 49.

¹¹⁶ ibid 53.

3. Tayvan'da Çok Partili Hayata Geçiş

Tayvan tek partili devletten çok partili demokratik hayata geçmiştir. Bu ülkede mahkeme, demokratikleşme sürecin yaşanmasında önemli bir rol oynamıştır. Mahkeme, tek parti iktidarı sürecinde Leninist bürokratlar ve kurumların eylemlerine karşı çok fazla eylemde bulunmamıştır. Ancak 1985 yılında Başkan Ching-kuo'nun rejimin devamlılığı için gücü halka geri verme kararından sonra mahkemenin üstlendiği rol belirginleşmiştir¹¹⁷.

Tayvan mahkemesi, tek parti rejiminden kalan ve rejimin gözcülüğünü yapan ve medya kuruluşları gibi hareket eden kurumları anayasaya aykırı bularak tek tek kapatmış, ceza alanındaki savcı ve emniyet güçlerini hâkim incelemesi altına almıştır¹¹⁸. Mahkemenin bu eylemleri, ülkenin demokratikleşmesi yolunda neler yapılabileceğini göstermektedir.

2004 yılında Tayvan seçimlerinin arifesinde, 2000'de yüzde 39 oy oranıyla seçilmiş olan ve görevini devam ettiren Chen, 19 Mart 2004 tarihinde, seçimlerden bir gün önce, Başkan Yardımcısı Annette Lu ile üstü açık bir jeep ile seyahat ederken saldırıya uğrayarak yaralanmıştır. Ertesi gün yapılan sayım sonucunda Lu ve Chen, otuz bin civarında oy farkı ile seçimleri kazanmıştır. Seçimlerin ardından muhalefet, Tayvan Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak seçimlerin manipülasyonu için böyle bir yola gidildiği iddiasında bulunmuştur¹¹⁹.

Chen ve yardımcısına düzenlenen saldırıdan sonra, muhalefetin çoğunluğunu oluşturduğu parlamento, cinayetin araştırılması için özel bir komisyon kurmuştur. Parlamentodaki bazı temsilciler Council of Grand Justice'a başvurarak bu komisyonun anayasallığının denetlenmesi gerektiğini iddia etmiştir¹²⁰. Mahkeme, Chen'in başkanlığının düşmesi konusundaki isteği reddetmiştir. 2004 yılı sonunda Tayvan Anayasa Mahkemesi, başkanın görevini sürdürmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Tayvan'da gerçekleşen olayların neticesinde anayasa mahkemesi potansiyel bir krizi önleyerek demokratik bir konsolidatör rolü oynamıştır¹²¹. Açıklanan olaylarda anayasa mahkemeleri kendilerine verilen görevleri yerine getirerek bir tarafın çalışanı olmaktansa olayları prensipler üzerinden sonuca bağlamıştır.

¹¹⁷ ibid 56.

¹¹⁸ ibid 56.

¹¹⁹ Ginsburg (n 84) 57.

¹²⁰ Ginsburg (n 84) 57.

¹²¹ ibid 58.

Doğu Asya'da geçen bu örneklerde anayasa mahkemeleri, uyguladıkları prensipler neticesinde demokrasilere karşı herhangi bir tehdit oluşturmamış, aksine onların devamlılığını sağlayacak katkıyı sunmuş ve onu korumuşlardır. Mahkemeler, ulaştıkları hükümlerde kendilerine verilen yetkinin ötesine geçemedikleri sürece demokrasiye bir hanel getirmemişlerdir¹²².

Sonuç

Devlet ve organlarının görev ve yetkilerinin anayasal sınırlar içerisinde kalmalarının sağlanması ve sınırlandırılmaları için tarih boyunca kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti gibi birtakım fikirler ortaya atılmıştır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi, uygulanan hükümet sisteminin niteliğine göre sınırlarını yitirmiş, hukuk devleti ilkesi ise tek başına katı bir sınırlama koyamamış ve devleti dizginleyememiştir.

Hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek ve otoriter rejimlerin tekrar başa geçmesini engellemek için tarihi süreç boyunca geliştirilen anayasa mahkemeleri ise hukuk devleti ilkesinin koruyucuları haline dönüşmüştür. Mahkemeler gerek Türkiye'de gerekse Avrupa'nın diğer ülkelerinde anayasayı ihlal eden ve hatta yok sayan hükümetlerin devrilmesi veya değiştirilmesi sonrasında benzer hükümetlerin devletin gücünü kötüye kullanamaması için getirilen pratik çözüm yollarından birisidir. Türkiye'de Mahkemeler, devlet güçlerinden yasamanın yaptığı kanunların yargısal incelemesini hem kanunlaştırma süreci bitiminde hem de mahkemelerde somut olaylar neticesinde yapabilmekte; Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnamelerin uygunluğunu da denetleyebilmektedir. Mahkeme, yasama ve yürütme kuvvetlerinin anayasal sınırların dışına taşmasının önüne geçmeye çalışmaktadır.

Mahkemeler, kurulduğundan beri anti-demokratik olduğu gerekçesiyle eleştirilere konu edilmiştir. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi bu problem demokrasiden ne anlaşıldığına bağlıdır. Günümüzde demokrasi yalnızca siyasal sistemin halk tarafından belirlenmesinin ötesinde, siyasal ve toplumsal sistemin kültürel bir parçası haline gelme eğilimi göstermektedir. Anayasa mahkemeleri, meşruiyetini demokrasiden yahut cumhuriyetten değil, kurucu iktidarların hedeflerinden ve en nihayetinde de halk oylamasından almaktadır.

Devlet organlarının güç ve yetkilerinin anayasal düzenlemeler çerçevesinde sınırlandırılması ve yaptırıma bağlanması gerekmektedir. Temel hak ve öz-

¹²² Metin (n 48) 95.

gürlüklerin korunması esastır. Bu koruma, tarafsız ve bağımsız organlarca yapılmalıdır. Denetimi yapan organın yargısal bir organ olması esastır. Devletin sınırlandırılması, temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda yargısal denetim şarttır. Hukuk devleti ilkesi açısından denetimi yapacak olan mahkemenin genel mahkeme ya da özel mahkeme olması fark etmemektedir. Önemli olan husus devletin sınırlandırılması ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması hususunda yargısal denetimin yapılması ve bunun bir yaptırıma bağlanmasıdır. Anayasa yargısının varlığından ve denetim yetkisinden geri dönüş olmamalıdır.

Kaynakça

- Aliefendioğlu Y, "Hukuk Devleti", 2005, 1, (4), Demokrasi Platformu, 251-264
- Anayurt, Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 4. Baskı, Seçkin 2021, 137
- Aristoteles, *Politika*, (Furkan Akderin tr, 4. Baskı, Say Yayınları, 2018)
- Armaoğlu F, *19. Yüzyıl Siyasi Tarihi*, 18. Baskı, Kronik Kitap, 2019
- Augustinus A, *The City of God*, Marcus Dodds en, Project Gutenberg, 2014
- Aydın Ö. D, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", 15 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, 121-170
- Brewer-Carrias. A. R, *Judicial Review Comparative Constitutional Law Essays, Lectures and Courses*, Fundacion Editorial Juridica Venezolana, 2014
- Chemerinsky E, *Constitutional Law Principles and Policies* 5. Baskı, Wolters Kluwer 2015
- Cicero, *Yasalar Üzerine*, (C. Cengiz Çevik tr, 4. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, 2019)
- Dede K, "Anayasal Yargının Demokratik Meşruiyeti: Eleştiri ve Yanıtlar Üzerine Bir Değerlendirme", 4 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, 125-148
- Downing B. M, 'Medieval Origins of Constitutional Government in the West' (1989) 18 (2) *Theory and Society* 213-247
- Downing BM, 'Medieval Origins of Constitutional Government in the West', 18 (2) *Theory and Society* (1989), 213
- Duguit L, *Kamu Hukuku Dersleri*, Süheyl Derbil tr, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954
- Dworkin R, "Constitutionalism and Democracy", 3 (1), *European Journal of Philosophy* 1995, 2-11
- Erdinç T, "Karşılaştırmalı Olarak Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı (Anayasa Şikâyeti)", 6 (20) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, 87-138
- Erdoğan M, *Anayasal Demokrasi*, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2003
- , "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", 54 (3), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, 58-79
- , *Anayasa Hukuku*, 7. Baskı, Orion Kitabevi, 2011
- Freeman S, "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", 9 (4) *Law and Philosophy*, 1990, 327-370
- Ginsburg T, "The Politics of Courts in Democratization Four Junctures in Asia", *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*, Cambridge University Press, 2013
- Göze A, *Liberal Maxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 4. Bası, Beta Basım A.Ş, 2005

- Gözler K, "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu", 61 (3), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2015, 131-166
- , *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt 1,2, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020
- , *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019
- Hamilton Alexander, John Jay ve James Madison, *The Federalist* (Liberty Fund 2001) 269., 2001
- Hayek F. A, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1978
- Horowitz D. L, "Constitutional Courts: A Primer for Decision Makers", 17 (4), Journal of Democracy, 2006, 125-137
- Kaya S. B, "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm", 19 (3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, 355-402
- Lane J. E, *Constitutions and Political Theory*, Manchester University Press, 1996
- Locke J, *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, Fahri Bakırcı tr, Serbest Kitaplar, 2019
- Loughlin M, *Sword and Scales*, Hart Publishing, 2000
- Maruste R, "The Role of the Constitutional Court in the Democratic Society", (13) Juridica International, 2007, 8-13
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, (Berna Günen tr, 3. Baskı), İş Bankası Kültür Yayınları, 2019
- Özbudun E, "Türkiye'de Anayasa Yargısının Doğuşu: 1961 Anayasası Üzerindeki Kurucu Meclis Görüşmeleri", (68) Liberal Düşünce Dergisi, 2012, 5-18
- , *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018
- , *Anayasacılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, 201
- Uslu F, "Anayasacılık Düşüncesi ve Anayasacılığın Bazı Araçları", 13 (25), Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 107-148
- Vergin N, *Siyasetin Sosyolojisi & Kavramlar, Tanımlar, Yaklaşımlar*, 6. Baskı, Doğan Kitap 2003
- Metin Y, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, 89-130

Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde “Olgu”yu Ölçü Alabilir Mi?*

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA**

Öz

Anayasa hukuku yerleşik ilke, norm ve kurumlardan oluşmaktadır. Bu doğrultuda geliştirilen bir anayasal kurum kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir. Anayasa yargısı bir yandan devletin yerleşik temel kurumları arasındaki ihtilafları karara bağlarken diğer yandan devletin temel kurumları ile vatandaşlar arasındaki uyumsuzlukları çözer. İşte buradaki yetki birer anayasa yargısı kurumu olan anayasa mahkemelerine aittir. Anayasa mahkemeleri anayasalarda kendilerine çizilen sınırlar içinde anayasal denetim gerçekleştirirler. Çalışmamıza konu edilen esas sorun, anayasa mahkemelerinin kanunların anayasaya uygunluk denetiminde normatiflik kapsamına toplumsal gerçekliği, yani olgusal olanı dâhil edip edemeyeceğine dairdir. Elbette anayasa mahkemeleri yetki alanları zorunlu olarak sınırlı yargısal kurumlardır. Ancak bu mahkemelerin anayasa hukuku açısından yargısal inceleme yetkisine sahip olduğu durumda normatifliği belirlemede ve bunu değiştirmede yetkili bir organ olduğu söylenmelidir. Aksi takdirde anayasal denetimin işlevsel bir şekilde gerçekleştirilmesi imkân dâhilinde olmaz. Öte yandan Türk doktrininde de bu bakımdan bir boşluk bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmadaki konuyu ele almak kaçınılmaz olmuştur. Bu sebeple aşağıda önce temel oluşturmak bakımından pozitivistin temel kavramları olan “olgu” ve “norm” incelenmiştir. Ardından hukuksal pozitivism meselesi ele alınmış ve daha sonra normativist pozitivism konu edinilmiştir. Daha sonra ise tüm bu operasyonel kavramların anayasa yargısındaki işlevsel değeri sorgulanmıştır. Nihayet Türk Anayasa Mahkemesinin güncel bir kararı tüm bu bağlamlarda tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Pozitivism, Hukuksal Pozitivism, Normativist Pozitivism, Anayasa Yargısı, Türk Anayasa Mahkemesi.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.06.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 01.09.2024.

Atıf Şekli: Semih Batur Kaya, ‘Anayasa Mahkemeleri Norm Denetiminde “Olgu”yu Ölçü Alabilir Mi?’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1013, 1045.

DOI: 10.52273/sduhfd..1494558.

(**) Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Balıkesir, Türkiye.

E-posta: semih.batur@yahoo.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5888-1750>.

Can Constitutional Courts Take “Fact” as a Measure in Norm Supervision?

Abstract

Constitutional law consists of established principles, norms and institutions. A constitutional institution developed in this direction is the judicial review of the constitutionality of laws. The constitutional judiciary, on the one hand, decides disputes between the established basic institutions of the state, and on the other hand, resolves disputes between the basic institutions of the state and citizens. The authority here belongs to the constitutional courts, which are constitutional judicial institutions. Constitutional courts carry out constitutional review within the limits drawn for them in the constitutions. The main problem that is the subject of our study is whether constitutional courts can include social reality, that is, the factual, within the scope of normativity in the constitutionality review of laws. Of course, constitutional courts are judicial institutions whose jurisdictions are necessarily limited. However, it should be said that these courts are an authorized body to determine normativity and change it in cases where they have the authority to review in terms of constitutional law. Otherwise, it would not be possible to carry out constitutional review in a functional manner. For this reason, below, “fact” and “norm”, which are the basic concepts of positivism, are examined first to provide a basis. Then, the issue of legal positivism was discussed and then normativist positivism was discussed. Later, the functional value of all these operational concepts in constitutional jurisdiction was questioned. Finally, a current decision of the Turkish Constitutional Court has been discussed in all these contexts.

Keywords

Positivism, Legal Positivism, Normativist Positivism, Constitutional Judiciary, Turkish Constitutional Court.

Extended Summary

Legal positivism necessarily starts with a theory about the existence of a legal system. This may mean the internal cycle of a normative whole. But the normative complex ultimately regulates people's actions and transactions. Even so, authorization is required to establish norms and principles. Those who are authorized regulate the implementation of the rules. In order for this mechanism to function, authorized persons must refer to social rules. Therefore, the basis of legal positivism is a series of factual relations. This also ensures that rule enforcers comply with the set rules.

In this regard, the explanation of constitutional jurisdiction within legal positivism is a popular starting point. However, in our opinion, if the constitutional judiciary claims to be comprehensive within the above framework, it cannot separate the norms that have the capacity to correct any behavior from the factual reality. Likewise, if the constitutional judiciary claims constitutional superiority, that is, if it has the power to regulate the establishment and implementation of operational and operational institutionalized mechanisms through its own judicial activity, it cannot keep the factual reality separate. Finally, if the constitutional judiciary has the characteristics of clarity and discrimination, that is, if it wants to eliminate norms that do not belong to the legal system, then it must take into consideration the factual reality as well as the norm.

In this case, constitutional control has to be based on social reality, that is, the phenomenon, and take it as a reference. In fact, legal positivism can only truly function through the social facts that source the norm (i.e. certain speech acts, actions, etc.) in addition to legal norms. This has been the case at least since Roman law. Indeed, if, for example, those who apply Roman norms recognize Consul Aquilio as the social lawgiver and he expresses his will in the appropriate framework by saying "I declare this rule providing for the payment of compensation to such and such victims", such a declaration of will is accepted as a reality before normative statement. As such, the existence of legal norms appears as a social phenomenon. This reality should not be ignored in the constitutional judicial review.

As a result, constitutional courts should be able to perform judicial review of socially based reality, as well as how to interpret social facts that recognize (non-socially based) moral standards such as human dignity or due process. Because the constitutional judge cannot exclude the place of the participants, that is, social actors, in determining normativity. Ultimately, legal contents point to a problem regarding social realities.

As a result, constitutional law consists of established principles, norms and institutions. A constitutional institution developed in this direction is the judicial review of the constitutionality of laws. The constitutional judiciary, on the one hand, decides disputes between the established basic institutions of the state, and on the other hand, resolves disputes between the basic institutions of the state and citizens. The authority here belongs to the constitutional courts, which are constitutional judicial institutions. Constitutional courts carry out constitutional review within the limits drawn for them in the constitutions. The main problem that is the subject of our study

is whether constitutional courts can include social reality, that is, the factual, within the scope of normativity in the constitutionality review of laws. Of course, constitutional courts are judicial institutions whose jurisdictions are necessarily limited. However, it should be said that these courts are an authorized body to determine normativity and change it in cases where they have the authority to review in terms of constitutional law. Otherwise, it would not be possible to carry out constitutional review in a functional manner. For this reason, below, “fact” and “norm”, which are the basic concepts of positivism, are examined first to provide a basis. Then, the issue of legal positivism was discussed and then normativist positivism was discussed. Later, the functional value of all these operational concepts in constitutional jurisdiction was questioned. Finally, a current decision of the Turkish Constitutional Court has been discussed in all these contexts.

In this respect, returning to the subject again, of course, as per normative positivism, the validity of a norm requires its definition in terms of another norm. However, as we mentioned in the explanations above, it cannot be said that this issue reveals an irrefutable postulate. Therefore, the relationship between the norm and the phenomenon cannot be said to be as strict as claimed. The norm is not static and the law does not have a status quo structure. Indeed, if the opposite were always true, the “living document” interpretation method of the European Court of Human Rights (ECtHR) would have no function. In many of its decisions and the interpretation method it uses in these decisions, the ECHR examines the practice, that is, the phenomenon, in the member countries. A similar situation also applies to the constitutional judiciary. Therefore, a correct understanding of the norms subject to constitutional review may be possible by monitoring the implementation of the norms. As a matter of fact, in this regard, for example, the 1787 US Constitution cannot be expected to respond to the needs of the day in an abstract manner, independently of its implementation.

Giriş

Anayasa hukuku hukuk içinde yerleşik ve asli normlar, ilkeler ve kurumlar dizisini uhdesinde barındırır¹. Anayasa hukukunun bu bağlamdaki en temel kurumlardan birisi de anayasa yargısıdır.

Sıradan anlamda yargı, devletin yurttaşları arasındaki anlaşmazlıkları çözme yetkisi ise, anayasa yargısı, devletin, ana kurumları arasındaki veya devletin ana kurumları ile yurttaşları arasındaki, çözülebilecek anlaşmazlıkları çözme yetkisidir. O halde bu yetki, gerektiği gibi, bu temel kurumlardan birine, yani anlaşmazlıkları hukuka başvurarak çözmekle görevli kuruma, yani anayasa mahkemelerine devredilir². Anayasal denetim yoluyla anayasa mahkemeleri anayasalarda belirlenen yetki çerçevesinde çözülebilecek her türlü anlaşmazlığı (başta norm denetimi ve bireysel başvuru olmak üzere) çözme konusunda devletin orijinal yetkisini kullanmaktadırlar.

Çalışmamıza konu teşkil eden sorun, anayasa mahkemelerinin anayasal denetimde normatiflik kapsamına toplumsal gerçekliği, yani olgusal olanı dâhil edip edemeyeceğine ilişkindir. Elbette anayasa mahkemeleri yetki alanları zorunlu olarak sınırlı yargısal kurumlardır. Fakat bu mahkemelerin anayasa hukuku açısından yargısal inceleme yetkisine sahip olduğu durumda normatifliği belirlemede ve bunu değiştirmede yetkili bir organ olduğu söylenmelidir. Aksi halde anayasal denetimin işlevsel bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olmaz.

Öte yandan temel gündemi anayasal hakların uygulanması olan ve hatta bu yüzden kuvvetler ayrılığı gibi devletin yapısal organlarına yetki ve görev dağılımının denetimini gerçekleştiren anayasa mahkemeleri yargısal denetimini yaparken hukuksal formalizmin³ kısıncında kalmadan sosyal ve bunun hukuksal yansımalarını yorum kisvesi altında dikkate alarak işlevlerini yerine getirmelidir. Bu durum anayasa yargıcının hakları garanti edici ve gerçekleştirici rolünü de pekiştirecektir.

¹ John Gardner, 'Can There be a Written Constitution?' (2011) (1) Oxford Studies in Philosophy of Law 1, 12.

² Dan Mafora, 'Whose Constitutional Jurisdiction Is It Anyway? Courts of a Similar Status to the High Court and Other Tribunals' (2023) 13 Constitutional Court Review 327, 331.

³ Hukuksal formalizm hukuk düzeninin yalnızca normlardan müteşekkil olduğunu varsaymaktadır. Buna göre yargıç, yalnızca yürürlükteki normların sözcüsü konumundadır. Haliyle yargıç hukuk yaratmamalıdır. Böyle olunca da dinamik ve değişen koşullara rağbet edilmemelidir. Bkz. Sercan Gürler, 'Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı' (2008) LXVI (2) İÜHF 91, 91.

İşte çalışmamız tüm bağlamlarda anayasa yargısının denetim yetkisini sorgulamakta ve anayasal denetimde olgusal gerçekliğin de dikkate alınabileceğini ileri sürmektedir.

I. Pozitivizmin Operasyonel Bir Aracı Olarak “Olgu” ve “Norm”

A. Ön Mesele: Pozitivizm

Pozitivizmin genellikle iki farklı anlamı vardır. Birincisi, insan bilimleri alanında doğa bilimlerinin bir taklidi biçimini ifade eder. Bu tanımlamaya göre Hobbes muhtemelen ilk pozitivisttir. Pozitivizm ayrıca daha geniş anlamda metafizik karşıtı bilgi anlayışlarına da atıfta bulunabilir. Buradaki fikir, “ilk nedenler” veya “nihai nedenler” hakkında hiçbir bilginin olamayacağı, şeylerin “özü” hakkında olumlu bir bilginin olamayacağı ve tüm bu tür soruların bilimden yasaklanması gerektiğidir⁴. Bu bağlamda pozitivizmin kuramlaştırıp somutlaştıran düşünür August Comte olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar daha sonraki mantıksal pozitivistten farklı olan pozitivistliğe ilişkin kendi konumu artık kendi başına geniş çapta anlaşılmasa da, o aynı zamanda pozitivist felsefenin temel kurucularından biri olarak felsefe tarihindeki önemli konumuyla da geniş çapta tanınmaktadır. Şu halde sosyoloji pozitivist ilkeleri tanıyan ilk disiplin değildir; ancak Comte kendisini doğuracak matrisi yaratmak için “pozitivizm” adını verdiği, bunları tamamen bilinçli bir şekilde uygulayan ilk kişidir⁵.

Pozitivizm, nedensel ve açıklayıcı faktörler (bağımsız değişkenler) ve sonuçlar (bağımlı değişkenler) arasında işlevsel ilişkilerin türetilebildiği, genellikle niceliksel olarak ifade edilen *a priori* (önsel) hipotezleri doğrulamak için *hipotetik-dedüktif* yöntem⁶ dayanır. Ancak pozitivist araştırmalar her zaman niceliksel yöntemlere dayanmaz. Örneğin, bir müdahalenin etkilerini nitel analiz yoluyla inceleyen deneysel bir çalışma, pozitivist paradigmaya uymaktadır. Pozitivist paradigmanın⁷ temel amacı, sonuçta söz konusu fenomenin tahmin edil-

⁴ Johan Heilbron, ‘Auguste Comte and Modern Epistemology’ (1990) 8 (2) *Sociological Theory* 153, 154.

⁵ Mike Gane, *Auguste Comte* (Routledge 2017) 51.

⁶ Bu yöntem, söz konusu hipotezin, tümevarımsal olarak kurulmuş daha üst düzey hipotezlerden çıkarmak olarak tanımlamak şeklinde açıklanabilir. Bkz. Walter L. Wallace, *The Logic of Science in Sociology* (Routledge 1971).

⁷ Kuhn’a göre paradigma temelde teorik bir çerçevedir. Bilimsel araştırma için bir dizi hipotez, ontoloji, epistemoloji ve yöntemlerin toplamını sağlar ve araştırmacılar tarafından genel olarak kabul edilir. Bkz. Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (The University of Chicago Press 2015).

mesine ve kontrol edilmesine yol açan açıklayıcı ilişkiler veya nedensel ilişkiler üretmektir⁸. Öyle ki Kant, "akıl yasaları doğada bulmaz, tam tersine doğaya dikte eder"⁹ diyerek fenomenin tahmin ve kontrol edilmesine yönelik yasanın özne-dışı bir salt mutlaklıktan arı olduğunu ima eder.

Görüldüğü gibi pozitivism, teorilerin doğruluğunun ampirik olarak doğrulanması gerektiğine inanan ampirist felsefeden kaynaklanmaktadır. Ayrıca buna göre, pozitivismın doğa bilimi kavramına bağlı olduğunu, nesnelere içinde ve arasında mantıksal ilişkilerin olması gerektiğini, nesnelere araştırılmasının bu ilişkileri bulmak ve bunları rasyonel araçlarla bilimsel olarak doğrulamak olduğunu söyleyebiliriz. Bu, araştırmacıya tekrarlanan istatistiksel sonuçlara ve genellemelere dayanarak evrensel yasalar ve sonuçlar çıkarma konusunda rehberlik eder. Ne var ki buna karşılık, "yorumlayıcılığın (interpretivism)" kökleri sembolik etkileşimciliğin yanı sıra, değer ve teori açısından tarafsız gerçeklerin var olmadığına ve insanların nesnelere bakış şeklinin nesnelere doğasını belirlediğine inanan fenomenolojiye dayanır. Bu paradigmanın araştırmacıları arayışa motive ettiğini söylenmektedir. Bu bağlamda daha fazla derinlik kazanmak için belirli sosyal bağlamların farklı yorumlarını dikkate almak gerekir¹⁰. Bu da bizi fenomene ilişkin ontolojik¹¹ yaklaşımların farklılığını kabule götürmektedir.

Öte yandan Comte'un sosyolojiye pozitivism ile birlikte katkıları yadsınamaz. Fakat bir o kadar Comte'un etki ettiği disiplin hukuktur. Burada daha sistematik ve daha ayrıntılı kavramlar formüle edilmiştir. Comte'un Newton fiziğinden esinlenerek geliştirdiği pozitivist kuram hukukta kayda değer atılımlar gerçekleştirmiştir. Bu sayede hukuk daha da akademik bir disiplin haline gelmiştir ve hukuksal pozitivism gelişmiştir. Bu doğrultuda hukuksal pozitivism sosyolojik pozitivismın ötesine geçmiştir; zira hukuksal pozitivism bilimsel ifadelerin bilimsel olmayan ifadelerden ayırt edilebilmesini sağlayacak evrensel kriterlerin mevcut olduğu fikrini ve yine indirgemeci ideali de reddetmiştir. Buna göre hukuksal bilginin temeli tarih dışı bir

⁸ Yoon Soo Park, Lars Konge ve Anthony R. Artino, 'The Positivism Paradigm of Research' (2020) 90 (5) *Academic Medicine* 690, 690-691.

⁹ Aktaran Özün Çetinkaya, 'Karl Popper'in Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası' (2014) (19) *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 103, 110.

¹⁰ Ma Junjie ve Ma Yingxin, 'The Discussions of Positivism and Interpretivism' (2022) 4 (1) *Global Academic Journal of Humanities and Social Sciences* 10, 10.

¹¹ Heidegger'e göre ontoloji, gerçekliğin özü olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla ontoloji, belirli bir olgunun varlığının doğasını belirlemekle ilgilenir. Epistemoloji ise gerçeğin bilim adamları tarafından nasıl bilindiğini ifade etmektedir. Bkz. Martin Heidegger, *Being and Time*, (John Macquarrie ve Edward Robinson edn, Blackwell 1962).

fenomende değildir; hukuk bilimi diğer bilimlerle mantıksal bir temelde birleşemez. Dolayısıyla hukukta hakikat, esasen zamandan bağımsız ve evrensel bir kriterde aranmaz. Bu nedenle hukuk bilimi, olgusal bir süreç olarak görülmelidir. Kuramlar ve kavramlar değişir; şu halde hukuk bilimi ile ilgili herhangi bir ifade evrensel ile ilgili değil, olgusal süreçlerle ilgili bir ifade olmalıdır.

B. Pozitivizmin Hukuka Aktarılması: Hukuksal Pozitivizm

Reisman'ın belirttiği üzere, "*Hukuk teorisi veya içtihat, ancak mesleğimiz ve toplumumuz için sorunların çözümüne katkıda bulunuyorsa önem taşır. Aksi takdirde, bunun hukuk fakültesi müfredatına dâhil edilmesinin ve topluluklarına ve yurttaşlarına hizmet etmeye hazırlananların dikkatini gerçekten önemli konulardan uzaklaştırmasının hiçbir nedeni yoktur*¹²." Bu bağlamda Mirfield "*Ortalama bir hukukçunun sürdürdüğü genel olarak oldukça sıradan yaşamı, bir rahibin ofisinden ziyade bir tesisatçının işine daha yakın olarak kabul etmenin daha doğru olduğunu düşünüyorum*¹³." demektedir. Bu ifadeler hukukun pozitivist yaklaşımla ele alınmasını gerektirmektedir.

Peki hukuki pozitivizm nedir ve ne iddia eder? Hukuki pozitivizmin aldığı iddia edilen çeşitli biçimlerin incelenmesi başlı başına bir kitabı doldurabilir ancak bu biçimlerden ikisi özellikle önem arz etmektedir.

Tarihsel olarak pozitivizm doğal hukuka zıt olarak gelişmiştir; dolayısıyla pozitivizmin kökenini anlamak için onun karşı çıktığı iddiaları anlamamız gerekir. Doğal hukukun kendisi, öne sürdüğü iddialarda pek açık değildir; bu belirsizlik, doğal hukukun çoğu zaman basitçe ahlakın ontolojisinin bir açıklaması olarak anlaşılması ve hukukun karakterini daha dar bir anlamda açıklamakla büyük ölçüde ilgilenmemesi gerçeğiyle daha da kötüleşir. Pek çok teoriyene göre "doğal hukuk", sıklıkla "ahlaki gerçekçilik" bayrağı altında yürüyen nesnelci meta-etik iddialar kümesi için yararlı bir etikettir¹⁴. Böyle olmakla doğal hukuk, kategorik olmayan ve yasal kaynaklık da eden ahlaki zorunluluklardan ileri gelir. Ne var ki hukuk sistemi olarak düşündüğümüz modern sosyal kurumların karakteri hakkında çok az iddiada bulunduğunu da belirtmek gerekir.

¹² W. Michael Reisman, *Jurisprudence: Understanding and Shaping Law: Cases, Readings, Commentary* (Printing Edition 1987) 11.

¹³ Peter Mirfield, 'In Defense of Modern Legal Positivism' (1989) 16 (4) Florida State University Law Review 985, 986.

¹⁴ Bkz. Lloyd L. Weinreb, 'Natural Law and Rights', in Robert P. George (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992), 278-280.

Ayrıca Lon Fuller'in doğal hukukun usule ilişkin versiyonunda hukuk, yine esas itibarıyla ve tesadüfi olarak değil, Fuller'in maddi ahlaka araçsal olarak yardımcı olduğuna inandığı usul adaletinin özellikleri tarafından tanımlanmaktadır. Yine de, tüm usule ilişkin kadrosuna ve Fuller'in usul adaleti ile maddi adalet arasındaki ilişkiye ilişkin iddialarının kabul edilen tüm ampirik olumsuzluğuna rağmen, Fuller hâlâ ahlak olarak düşündüğü şeyin belirli özelliklerinin hukukun temel bileşenleri olduğunu savunur¹⁵ ve dolayısıyla bizzat hukuk fikrinin temel özellikleri buna entegre eder. Gerçi yine de, ister maddi ister usuli olsun, ahlakın, tüm olası dünyalardaki tüm olası hukuk sistemlerinde yasallığın doğruluk koşullarından biri olduğu iddiası, ahlakın bazı (olası) hukuk sistemlerinde yasallığın bir kriteri olmadığını gösterilmesiyle basitçe yanlışlanmaktadır. Nitekim Coleman, bunun, pozitivistizmin bir normun ahlakının mutlaka onun yasallığının bir koşulu olmadığı görüşüne bağlı olduğu anlamına geldiğini belirtmektedir. Ancak sonuçta pozitivism, bazı yasal rejimlerde bir normun yasallığının o normun ahlakına bağlı olabileceği ihtimalini göz ardı etmez. Ancak burada önemli bir fark, pozitivistizmin bir normun ahlakının, onun yasallığının gerekli bir koşulu olduğunu reddetmesidir¹⁶.

Dolayısıyla bazı hukuk sistemlerinde ahlakın yasallığın bir kriteri olduğu ortaya çıksa bile bu gerçek, doğal hukuk teorisinin temelinde yatan kavramsal ve koşulsuz iddiaları ortaya koymak için yeterli değildir. Örneğin Jules Coleman, David Lyons, Philip Soper ve Wil Waluchow gibi teorisyenlere ve onların bu konudaki en önemli ataları Hans Kelsen'e göre hukuki pozitivism, bu temel doğal hukuk iddiasını reddetmesinde var olur ve bu nedenle kendisini bulur. Ahlakın hukuk fikrinin zorunlu (ya da olumsal olmayan, esaslı ya da *a priori*) bir bileşeni olmadığı iddiası olarak tanımlanır¹⁷. Başka bir deyişle, hukuk ve ahlak kavramsal olarak ayrı kalır; hukuki pozitivistizmin bu versiyonunun savunduğu tek şey budur.

Böyle bir hukuki pozitivism anlayışı pekâlâ ahlaki nedenlerden dolayı geliştirilmiş olabilir ve bazı modern pozitivistlerin paylaştığı ortak amaç, kavramsal düzeyde hukukta zorunlu olarak veya doğası gereği iyi olan bir şeyin olduğu fikrini çözmeye çalışmaktır. Bu (ahlaki) amacı paylaşanlar için, hukuk kavramının tarihsel, ampirik veya mantıksal olarak gerekçelendirilenden daha fazla

¹⁵ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) 30-106.

¹⁶ Jules L. Coleman, 'Rules and Social Facts' (1991) 14 (3) Harvard Journal of Law and Public Policy 703, 716.

¹⁷ Frederick Schauer, 'Legal Positivism as Legal Information' (1997) 82 (5) Cornell Law Review 1080, 1085-1086.

ahlaki iş yapmak olarak anlaşılması konusunda ısrar etmek önemlidir¹⁸. Böyle olmakla pozitivist argümanın karşı karşıya olduğu paradoksun güçlendiği söylenebilir. Ahlak dışı durumun bir kısmıyla ilgili olarak ahlaki bir tartışma yapmak zorunda kalılabileceğini yukarıda ortaya koymuştuk. Öyle ki MacCormick, “Şimdi şunu da ekliyorum ki, pozitivist tez için, yani hukuk ve ahlakın aynı olması gerektiği tezi için bile, bizim argümanımız (ya da argümanımızın temel bir parçası), hukuku belirli bir şekilde kavramsallaştırmaya yönelik pratik ve ahlaki bir argümandır.” demektedir¹⁹. Hukuki ahlak dışılığın pozitivist yönüne ilişkin en iyi durumun en azından bazı ahlaki argümanlar içerdiğini belirttikten sonradır ki, ahlaki düzenin yıkılması tezi için pozitivism, yapması gerekenleri hukuksal pozitivism yaklaşımıyla açıklamaktadır.

Nihayetinde, olumsuzlanmasına dayanan her kavramda olduğu gibi hukuki pozitivismin bu şekli anlaşılması da ancak karşı çıktığı doğal hukuk paradigması kadar önem arz etmektedir. Fakat hukuki pozitivismin bu portresinin fonksiyonel değeri, onun karşı karşıya getirildiği doğal hukuk paradigmasının hukuk evrenindeki işlevsizliğine bağlıdır, ne var ki bu tezin geçerli olup olmadığı henüz açık değildir. Her ne kadar ahlakın hukukun özünde arzu edilir olduğu yönündeki iddialar modern hukuk teorisinde neredeyse hiç eksik olmasa da, “ahlak dışı hukuk” ifadesinin tezat teşkil ettiği husus; (a) kültürlerarası bir olgusal ahlakın var olduğu ve (b) bu kültürlerarası olgusal ahlakın bileşenlerinden birinin, tam anlamıyla hukukun temelinde iyiliğini istediğidir.

C. Hukuksal Pozitivismin Özel Bir Görünümü: Normativist Pozitivism

Hukuki pozitivism teorisine ilk sistematik açıklamasını veren on dokuzuncu yüzyıl İngiliz ahlak ve hukuk filozofu John Austin, iradeci hukuk ile normativist hukuk arasında ayırım yapmıştır. Analitik hukuk, “olduğu haliyle hukukun” kavram ve yapılarının analiziyle ilgilenir. Normatif içtihat, hukukun değerlendirici eleştirisini içerir ve dolayısıyla “olması gerektiği gibi hukuk” hakkındaki iddiaları temsil eder. Austin’in bu ayrımı yapması, onun hukuk felsefesi anlayışının tamamının doğal hukuk teorisinin reddini içerdiğini açıkça göstermektedir²⁰. Hu-

¹⁸ Frederick Schauer, ‘Rules and the Rule of Law’ in Tom D. Campbell (ed), *Legal Positivism* (Routledge 1999) 695.

¹⁹ Neil MacCormick, ‘A Moralistic Case for A-Moralistic Law’ (1985) 20 (1) *Valparaiso University Law Review* 1, 11.

²⁰ Jeffrie G. Murphy ve Jules L. Coleman, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (Westview Press 1990) 19.

kuksal pozitivizm geleneği esasen “olduğu şekliyle hukuk” olarak adlandırılır; çünkü buna göre hukuk, insan otoritesi tarafından belirlenir, öne sürülür veya konumu verilir. Ne var ki normativist pozitivizm²¹ bundan bazı noktalarda ayrılsa da esas özünü her zaman için korumaktadır.

Bu bakımdan pozitivist hukuk anlayışı ekseninde normatif pozitivizmin erdemlerine değinmek gerekir. Bu doğrultuda Finnis’e göre²² ilk olarak, “*Hukuk, insan etkileşimlerine tanım, özgüllük, açıklık ve dolayısıyla öngörülebilirlik getirir...*”. İkinci olarak bu anlayış, kuralların hukuken geçerli olarak tanımlanabileceği bir araç sağlar. Üçüncüsü, hukuk kuralları, bireylerin hukuki etkisi olan hukuki işlemleri gerçekleştirmelerine olanak tanır (örneğin, bir kişi bir sözleşme yapabilir, satış veya satın alma yapabilir, vb.). Dördüncüsü, hukuk özel bir teknikle insan etkileşimleri düzenine “kesinlik ve öngörülebilirlik” getirir. Beşincisi, bu teknik, her pratik sorunun geçerli olduğu çalışma varsayımıyla güçlendirilir ve bu şekilde koordinasyon sorunu, her bakımdan bazı hukuki işlemler tarafından sağlanır. Finnis’e göre bu noktaların tümü, normatif pozitivist hukuk anlayışının erdemlerini temsil etmektedir.

Bir normun içeriğinin esas olarak izin verilen, yasaklanan veya zorunlu eylem türlerinden oluştuğu varsayılır. Bu varsayım, pozitivizminin dayandığı temel önermeyi, yani hukukun normatif bir fenomen olduğunu ortaya koymaktadır. Normatifliğin hukukun gerekli ama yeterli olmayan özelliklerinden biri olduğuna dair teorik hipotez de söz konusudur. Bu doğrultuda Zorzetto şunu demektedir²³:

²¹ Waldron’a göre “normatif pozitivizm”, yalnızca hukuki pozitivizm doktrinine ilişkin bir iddidir. Bu iddia, pozitivist içtihadın erdeminin, değerlendirmeden kaçınması ve hukuk sistemlerini ideal olarak olması gerektiği gibi değil, olduğu gibi tanımlaması olduğudur. Bkz. Jeremy Waldron, ‘Kant’s Legal Positivism’ (1996) 109 (7) Harvard Law Review 1535, 1540. Esasen normatif hukuki pozitivizm yeni bir doktrin değildir. Gerçekten de bu etiketleme, hem Kelsen’in hem de Hart’ın çalışmalarında daha gelişmemiş bir biçimde bulunabilir. Bkz. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight, California University Press 1967); HLA Hart, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1961). Fakat Waldron, bunu kendi başına teorik bir konum olarak geliştirme görevini üstlenmiştir. Bunu yapmak için Kant’ın çalışmalarını pozitivist hukuk anlayışının onaylanması olarak yorumlamıştır. Waldron’un normatif hukuki pozitivizm formülasyonu, özüne göre özetlemek gerekirse, kimliği prensipte tartışmaya konu olmayan sabit bir otoriter normlar dizisi sağlaması yoluyla, pozitivist hukuk anlayışının bir erdemi olduğu iddiasıdır. Buna göre bu normlar dizisi yoluyla ihtilaflar çözüme kavuşturulur. Şu halde bu husus Waldron’a göre pozitivist hukuk anlayışının “erdemi”dir.

²² John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011) 268269.

²³ Silvia Zorzetto, ‘Normative Legal Positivism: from Metaphysics to Politics’ (2021) (54) *Isonomia* 134, 134-166, s. 140-141.

“Olası yanlış yorumlamaları önlemek için: Hukuki pozitivist görüşüme göre, hukukun normatif bir şey olduğu yönündeki bu teorik hipotez, esasen tanımlayıcı bir metafizik tezdır. Sağduyuya dayalı inançlar, yürürlükteki yasayı bulmak için sosyal gerçekliğin hangi alanına bakmamız gerektiğini bize söyler. Bu ortak deneyim, gözlerin ve ellerin yerini alan çok sayıda maddi ipucuyla destekleniyor. Görme ve dokunma gibi duyularımız, maddi nesnelere bilme sürecimizle ilgilidir, ancak metafor biçimi dışında yasanın varlığıyla ilgili değildir. Bu görüş, bireyler için var olanın gerçekçi (yani tanımlayıcı metafiziksel) açıklayıcı duruşuyla tutarlıdır. Hukukun bir şey olduğu ve insan davranışını düzenlemek için tasarlandığı, hukuk teorisinin (özellikle pozitivistimin) yüzleşmesi gereken genel ve ampirik bir gerçektir. Bu nedenle, hiçbir özcü anlamı yoktur. Bu, bir yerlerde normatifliğin veya hukukun özünün var olduğu fikrine bağlılık anlamına gelmez. Hukukun zorunlu olarak normatif olduğu varsayımı, onu başka yollarla veya başka bakış açılarından inceleme olanağını engellemez.”

Ancak normatifliğin hukukun gerekli, ancak yeterli olmayan özelliklerinden biri olduğu yönündeki teorik hipotezin, hukuk ile ahlak arasında zorunlu bir bağlantı anlamına gelmediğini de açıkça belirtmek gerekir. Normatiflik ahlaki alana çökmez ve basitçe etikle özdeşleştirilemez (dolayısıyla “normativite kavramı zorunlu olarak ve yalnızca ahlaki bir özelliğe gönderme yapmaz²⁴”). Normatiflik evreni birçok alandan oluşur. Hukuki normatiflik bunlardan biridir. Bu bakış açısına göre ahlak (veya etik) ve hukukun spesifikasyonları olduğu genel bir kategori olarak normatiflik -yani pratik akıl- fikri ortaya konulabilir. Bu kurgudan tutarlı bir şekilde “hukuk normlarının bir yanda sosyal gerçeklere, diğer yanda ahlaki normlara indirgenemezliği” tezi türemektedir²⁵.

Belirtildiği gibi burada normatif hukuki pozitivistimi, hukuk normlarıyla ilgili olarak ontolojik ve epistemik konuların karıştırılmasına karşı uyarıda bulunarak tanımlamak gerekir. Bu bağlamda normativizmin, normların varlığı sorununun normların bilgisi sorununa dönüştüğü veya tam tersi anlamına gelmediğini belirterek bu ayrım savunulabilir²⁶. Bununla birlikte, normativizme bağlılığın, varoluş ile araştırılan veya üzerinde spekülasyon yapılan şeyin bilgisi arasındaki ilişkinin nasıl tasarlandığını etkilediğini belirtmek gerekir. Belirtildiği gibi, nor-

²⁴ ibid 141.

²⁵ ibid 141.

²⁶ Aktaran ibid 142.

matif hukuk pozitivizminin metafizik varsayımı, yani hukuk normlarının varlığının doğası gereği pratik-kavramsal olduğu yönündeki varsayım, bunları bilmek için kullanılabilir yöntem temelden etkilemektedir²⁷.

Şu halde hukuk normlarının varlığını ampirik veya mantıksal/biçimsel olarak kanıtlamanın veya doğrulamanın bir yolu olmadığı gibi, ilgili bilişsel yetenek, ampirik fenomenlere veya mantıksal-biçimsel sorulara uygulanan yöntem ve araçlara göre tasarlanamaz. Normatif bir perspektiften hukuk normlarının varlığına ve anlaşılmasına ilişkin herhangi bir açıklama, hukuku toplumsal pratiğin ve onun kurumsal boyutunun bir parçası olarak ele alınarak başlamalıdır; burada hukuk normları eylem temelidir²⁸. Dolayısıyla normatif yükümlülüklerin ve daha genel olarak normların varlığının toplumsal bir uygulamaya bağlı olduğuna katılmak gerekir.

Kaldı ki, sosyal işleyişteki aktörlerin belirli bir zaman ve mekânda kendi kanunları olmayan şeyler hakkındaki inançları (örneğin, geçmiş tarihsel deneyimler, farklı hukuk sistemleri, bazı kendine özgü ahlaki inançlar vb.) hukukun kendisini etkilemektedir. Ayrıca insanlar, sürekli bir norm koyma süreci içinde zaman zaman pozitif hukukun belirli sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesine katkıda bulunurlar. Bu bakımdan Zorzetto şunu ortaya koymaktadır²⁹:

“Bu aktivite doğa bilimlerinde ve formel bilimlerde kullanılan herhangi bir ispat, tümdengelim, tümevarım veya başka herhangi bir yöntemle karşılaştırılmaz. Hukuku ayırt etme yeteneği neredeyse ilkel ve düşüncesiz olsa da, kültürel olarak yüklü olsa bile, bir hukuk normunu tanımlama yeteneği karmaşık ve yansıtıcıdır. Uygulamada takip edilen kararlılığa adanmış çok sayıda sözleşme, kural ve kriterin kavranmasını ve anlaşılmasını gerektirir. Hukuk kurallarının belirlenmesi, hem hukuk uzmanları hem de uzman olmayanlar tarafından yaparak öğrenme yolunu izleyen yansıtıcı bir faaliyettir.”

Öte yandan elbette hukukun normatifliği sorununu, hukuki zorunluluk veya hukukun normatif gücünün doğasıyla veya deyim yerindeyse eyleme yönelik hukuki nedenlerin doğasıyla ilgili bir sorun olarak görmek gerekir. Fakat hemen vurgulamak gerekir ki burada söz konusu olan genel olarak normatiflik değil, hukuki normatifliktir. Hukuki normatifliğin, özellikle ahlaki normatiflik hariç, diğer

²⁷ ibid 142.

²⁸ ibid 142.

²⁹ ibid 142-143.

normatiflik türlerinden daha güçlü olduğu söylenebilir. Bunun nedeni, hukukun, zorunlu olarak ahlaki ve diğer eylem nedenlerini gölgede bıraktığını iddia etmesidir. Yani, hukuk, aşırı durumlar dışında, yasal ve ahlaki eylem nedenleri arasındaki çatışmaları hukuka uygun olarak kabul etmez. Ne var ki bu husus, mahkemelelerin bakış açısına göre, hâkime belirli ahlaki argümanları dikkate alma yetkisi veren yasal bir norm bulunmadığı sürece bu böyledir³⁰. Bu bakımdan kanaatimizce hukuki bir kararın, aynı zamanda ahlaki ve olgusal açıdan da gerekçelendirilmediği sürece hukuki olarak gerekçelendirilemeyeceğini söylemek gerekir. Gerçekten de normatif gerekçelendirmeye ilişkin bu ahlaki anlayış önemlidir; çünkü normatif kararların çoğu zaman insanların yaşamları üzerinde önemli bir etkisi vardır ve bu nedenle ahlaki gerekçelendirmeye ihtiyaç duyarlar³¹. Elbette ahlaki anlayışla ilgili sorun, Michael Moore'un belirttiği gibi, "söz konusu kurala ilişkin her şeyin dikkate alındığı bir değer yargısını" içerdiğinden, yargıcın hiçbir zaman nihai sonuca ulaşamayacak gibi görünmesidir³². Keza kararlar için aranan gerekçenin genel anlamda ve sınırsız bir gerekçe değil, yerleşik ve iyi kurumsallaşmış bir hukuk düzeni içindeki gerekçe olması, uyumsuzlukların makul ölçüde belirli ve nihai şartlarda çözülmesinin makul olasılığı konusunda bazı iyimserlikleri teşvik eden bir gerçektir³³. Ne var ki açık olgusal durumların belirlediği bir ortamda normatifliğin katı uygulaması daha büyük sorunlar getirebilir. Ayrıca mantıksal açıdan kolay bir davada mahkemenin sorumluluğunun ahlaki açıdan çoğu zaman olduğundan daha basit olduğunu varsaymaya teşvik etmesi sorunu basite indirgeyebilmektedir. Oysaki hukuki sorunlar her zaman için içinden rahatça çıkabilecek gibi olmaz. Dolayısıyla her zaman için Raz'ın söylediği üzere, "Hukukun normatifliği sorunu, hukuku veya hukuki durumları tanımlarken normatif dilin kullanımını açıklama sorunudur"³⁴ diyemeyiz.

³⁰ Torben Spaak, 'Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification' (2003) 16 (4) Ratio Juris 469, 478.

³¹ David Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge University Press 1993) 133-134.

³² Michael Moore, 'Law as Justice' in E. F. Paul, F. D. Miller ve J. Paul (eds), *Natural Law and Modern Moral Philosophy* (Cambridge University Press 2001) 144.

³³ Neil MacCormick, 'Why Cases Have Rationes and What These Are' in L. Goldstein (ed), *Precedent in Law* (Clarendon 1987) 16167.

³⁴ Raz'a göre, "Kanunların geçerli normlar olduğu gerçeğinin hiçbir zaman bir açıklama olarak kabul edilemeyeceği pekâlâ ileri sürülebilir. Normatif dilin yaygın kullanımının açıklaması, o dili kullananların (haklı veya haksız) inançlarında bulunmalıdır. Hukuk kuralları eylem için geçerli neden olabilir veya olmayabilir. Ancak bunun, normatif dilin hukuki bağlamda kullanımının açıklanmasıyla ilgisi yoktur." Bkz. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Princeton University Press 1990) 170.

II. Hukuk Kuramı Açısından Anayasa Yargısının Anlam ve Amacı: “raison d’etre”

A. Anayasa Yargısının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1610 Tarihli Bonham Davası’na yönelik uyuşmazlık, Cambridge mezunu Thomas Bonham’ın Londra’da görev yapacak hekimlerin çalışma izinlerini veren, bu alana ilişkin düzenlemeler yapmaya ve gerektiğinde ceza vermeye yetkili London Royal College of Physicians’ın (LRPC) lisans vermemesine rağmen Londra’da çalışmak istemesi sonucunda tutuklanarak cezaevine konması ve bir de para cezasına çarptırılması karşısında bu karara karşı bir yargı yerine başvurulmasından doğar. LRPC, yetki alanı içinde ve mesleki konularda düzenleme ve cezalandırma yetkisini haiz bir meslek birliği niteliğindedir. Bonham’ın açmış olduğu davada LRPC yetkilileri, vermiş oldukları kararın yasal bir temelini bulduğunu, ilgili kanunun kendilerine görev alanları dâhilinde düzenleme ve cezalandırma yetkisini verdiği belirtmişlerdir. İlgili kanun ayrıca düzenlenmiş olan para cezasının bir kısmının da onu düzenleyenlere ait olacağını emretmektedir. Önüne gelen davada Yargıç Coke hiç kimsenin kendi davasında aynı zamanda müşteki, savcı ve hâkim olamayacağını bu tür bir düzenlemenin tarafsızlık ilkesi ile de bağdaşmayacağını, “kendi davasında yargıç olamamak” ilkesinin “common law (ortak hukuk)” ilkesi olduğunu ortaya koymuştur. Yargıç Coke’a göre, “Common Law” a uygunluk, kanunların, yani yasama iradesinin geçerliliğinin ön koşuludur. Ne zaman ki bir kanun ortak yarara ve akla aykırı olur veya hukukun amacına aykırılık oluşturur veya gerçekleştirilmesi imkânsız bir konuyu düzenlerse artık kanunun “Common Law” a uygunluğu sorgulanabilecek ve geçersizliği de ilan edilebilecektir³⁵.

Coke Bonham kararında yasama iradesini üstün bir hukuk kuralı karşısında ikinci nitelikte görmüş ve ortak yarar ve akılla bağdaşmayan normlarının geçerli olmadığını düşüncesini ortaya koymuştur³⁶. Yargıç Coke’a göre, “*Hukuk anlayışımızda birçok durumda, ‘ortak hukukun’ Parlamento Kanunlarını kontrol edeceği ve bazen bunları tamamen geçersiz olduğuna hükmedeceği anlaşılmaktadır. Çünkü bir Parlamento Kanunu ortak hukuk ve akla aykırı olduğunda veya gerçekleştirilmesi imkânsız bulunduğu, ortak hukuk bunu kontrol edecek ve*

³⁵ Onur Sır, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Adalet Yayınevi 2011) 218. Ayrıca bkz. F. T. Theodore Plucknett, ‘Bonham’s Case and Judicial Review’ (1926) 40 (1) Harvard Law Review 30, 32-34.

³⁶ Raoul Berger, ‘Doctor Bonham’s Case: Statutory Construction or Constitutional Theory’ (1969) 117 (4) University of Pennsylvania Law Review 521, 521-522.

yargıç bu doğrultuda bu tür Kanunların geçersiz olduğuna karar verecektir³⁷.” Rowles v. Mason Davası sırasında Coke, bir kez daha ortak hukukun *“hem yasa-yı hem de geleneği düzelttiğini, çünkü yasada bir aykırılık veya gelenekte mantıksızlık varsa, Bonham Davasında olduğu gibi ortak hukukun buna izin vermediğini”* ileri sürmüştür.

Sir Edward Coke tarafından rapor edilen Bonham Davası (1610), genellikle mevzuatın yargısal denetiminin ilk örneği olarak kabul edilmiştir. Hukukçular, özellikle de Amerika Birleşik Devletleri’ndekiler, yargıçların anayasaya aykırı kanunları iptal etmelerine izin veren bir genel hukuk emsali olarak bunu ele aldılar³⁸. İngiliz ve Kıta Avrupası hukuk çalışmalarından elde edilen güncel kanıtları kullanıldığında, Bonham Davasının esasen o zamanlar yaygın olarak kabul edilen doğal hukuk ilkelerine dayandığını ve bu ilkelerin modern anlamda yargısal incelemeyi benimsemekten uzak olmadığını söylemek gerekir. Bu argümanımız dört noktaya dayanmaktadır. Birincisi, Coke’un doğal hukukun varlığını kabul etmesi ve bunu kendi yazılarında kullanması; ikincisi, Bonham Davası’ndaki olguların doğal olarak doğa hukukunun parlamento kararlarına uygulanmasına elverişli olması; üçüncüsü, o dönemde anlaşıldığı üzere, doğal hukuk, kanunların yargı yoluyla geçersiz kılınmasına kapı aralaması. Bu nedenle çağdaş ortamında Coke doktrini, Parlatentonun üstünlüğüyle uyumlu ve fakat doğal hukukçu yaklaşımla ortak hukuku önceleyen bir anlayışa dayanmaktaydı. Dolayısıyla buradaki durum, doğal hukuk kanunlarının ve tatbikî bu doğrultuda geliştirilen olguların somut olaylarda³⁹ nasıl uygulandığını iyi bir şekilde göstermektedir.

³⁷ R. A. Edwards, ‘Bonham’s Case: The Ghost in the Constitutional Machine’ (1996) 11 (1) The Denning Law Journal 63, 63.

³⁸ R. H. Helmholz, ‘Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature’ (2009) 1 (1) Journal of Legal Analysis 325, 325.

³⁹ Hukuki realizm bakımından olgusal gerçeklik, genellikle Thucydides, Machiavelli ve Nietzsche ile ilişkilendirilebilen oldukça farklı bir entelektüel geleneği yansıtır. Bu bağlamda olgusal gerçekliğin iki temel bileşeni söz konusudur. Buna göre olgular, şeylerin gerçekte ne şekilde olduğunu romantik veya ahlaki yanılsamalar olmadan tanımlamayı ve ele almayı amaçlar. Hukukun ve yasal kurumların gerçekte nasıl olduğunu bilmek istiyorsak bunları olgusal olarak ele almalıyız. Olgular normatif bir canlandırmaya konu edilebilirler, ancak bunlar olguların izahını tam anlamıyla karşılamazlar. Kısacası, buradaki olgusal olan fizikselcilğe, yani yalnızca fiziksel olayların ve özelliklerin gerçek olduğu görüşüne de bağlı değildir. Çünkü olgusal bakımdan başarılı deneysel bilimlerin ontolojileri üzerinde bir kısıtlama olarak alındığını ve artık indirgenmemiş psikolojik veya zihinsel olguların davranışçılığın aksine insan fenomenlerinin bilimsel anlayışının merkezinde olduğunu söyleyebiliriz. Bkz. Brian Leiter, ‘What is Realist Theory of Law’ (2020) 6 (1) Journal of Institutional Studies 334, 335. Örneğin hukuksal bağ-

Öte yandan 1803 tarihli “Marbury v. Madison” davasında ABD Yüksek Mahkemesi normların anayasaya aykırılığına hükmetme yetkisini eline aldı⁴⁰. Amerika Yüksek Mahkeme Yargıçlarından John Marshall 1803 tarihli “Marbury v. Madison” davasında anayasanın üstünlüğü ilkesine gönderme yaparak Amerikan Anayasasında açıkça öngörülmediği halde, anayasaya aykırı normların mahkemeler tarafından uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. Bu tarihten sonra Birleşik Devletlerde bütün yargıçların bakmakta oldukları davalarda uyguladıkları normların anayasaya aykırı olup olmadığını inceleme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiş bu şekilde Birleşik Devletlerde normların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yaygınlaşarak devam etmiştir⁴¹.

Marbury v. Madison kararı anayasacılık doktrini açısından en temel kilometre taşlarından biridir. Çünkü bu karar anayasa yargısının var oluş gerekeceğini günümüzde bile çürütülmesi mümkün olmayan sağlam bir mantıksal tutarlılık içinde ortaya koymuştur. Kararı kaleme alan Yargıç Marshall, anayasal bir demokrasinin gereklerini oldukça başarılı bir şekilde formüle etmiş anayasal demokrasilerin çoğunlukçu bir niteliğe bürünmesini önleyecek güvenceleri tek tek sıralamış ve anayasa yargısını bu bağlam içerisine oturtmayı başarmıştır⁴².

Marbury v. Madison davasına konu olan olaylar Korucu izlenerek⁴³ özetle şu şekilde ortaya konulabilir: 1800 yılında yapılan genel seçimlerde Federalistler yenilgiye uğramış ve Cumhuriyetçi Partinin adayı Thomas Jefferson Başkan seçilmiştir. Yeni seçilen başkan görevi eline almak üzere olduğu sırada Şubat 1801’de Federalistler yeni bir kanun (Judiciary Act) çıkartarak kimi yargı mercilerine atama yapma hakkı elde etmişlerdir. Başkanlık görevini devretmek üzere olan John Adams, bu kanuna dayanarak sulh hâkimliğine 42 kişinin atamasını yapmış ve bu atamalardan bir kısmı ilgililerine tebliğ edildiği halde bir kısmı tebliğ edilememiştir. Başkan Jefferson göreve başladığında, son dakika nitel-

lamda Hart, hukukun çoğunlukla mahkemelerin dışında işlediğini; mahkemelerin içinde bazı kararların hukuken belirsiz olduğunu; hukukun doğasının, özellikle yetkililerin davranışları ve tutumları hakkındaki psiko-sosyal gerçekler açısından doğal olarak açıklanabilir olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007) 17-18.

⁴⁰ Saikrishna B. Prakash ve John C. Yoo, ‘The Origins of Judicial Review’ (2003) 70 *The University of Chicago Law Review* 887, 887.

⁴¹ Levent Gönenç, ‘Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı’ (2010) 2 *Tepav Anayasa Çalışma Metinleri* 1, 7.

⁴² Serdar Korucu, *Yargısal Aktivizm* (Seçkin Yayıncılık 2014) 26.

⁴³ ibid 27-28.

ğindeki bu işlemlerin kimilerini iptal etmiştir. Atama işlemleri tamamlandığı halde, kendisine tebligat yapılmadığı için göreve başlama imkânı bulamayan William Marbury ise Federal Yüksek Mahkemeye başvurarak, tayin kararlarının ilgililere tebliğ edilmesine yönelik emredici bir karar alınmasını talep etmiştir. Senato ve Temsilciler Meclisinde çoğunluğu ele geçiren Cumhuriyetçiler ise açılan bu davaya oldukça sert bir tepki göstermişler ve davanın aleyhlerine sonuçlanması durumunda kararı uygulamayacaklarını belirtmişler ve bu arada 1801 tarihli Kanunu ilga etmişlerdir. Konuyla ilgili hukuki tartışmalar ve siyasi gerginliğin yoğun bir şekilde geliştiği bu tür bir ortamda toplanan Federal Yüksek Mahkeme davacı Marbury'nin hakkının ihlal edildiğini ve taleplerinde haklı olduğunu tespit etmiştir. Daha sonra davacının doğrudan Yüksek Mahkemeye başvurmasına olanak sağlayan 1789 tarihli Kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir ve bu kanunu uygulamayı reddetmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme bir taraftan Federalistler tarafından atanan ancak göreve başlatılamayan Marbury'nin haklı olduğuna karar vermiş bir taraftan da talebin dayanağını teşkil eden kanunu anayasaya aykırı bulmuş ve Cumhuriyetçilere yönelik herhangi bir yaptırım uygulamaktan kaçınmıştır. Federal Yüksek Mahkemenin bu kararıyla birlikte Cumhuriyetçiler davayı kaybetmemiş ancak Federalistler çok daha büyük bir kazanım elde ederek Cumhuriyetçilerin ağırlıkta olduğu yasama organının yargısal denetime tabi olmasını sağlamışlardır.

Marshall kanunların anayasaya aykırı olup olamayacaklarını ve olması durumunda yargısal denetimin yapılacağını ve dolayısıyla anayasanın üstünlüğünü bu kararında oldukça etkin bir biçimde ortaya koymuştur. Marshall tezini şu şekilde ortaya koymuştur:

“Anayasa ya alelâde kanunlar gibi değiştirilemeyen üstün bir kanundur yahut da yasama kuvvetinin dilediği zaman değiştirebileceği, alelâde kanunlarla aynı seviyede bir tasarruftur. Bu şıklardan birincisi doğru ise, yasama organının Anayasaya aykırı olan tasarrufları kanun değildir. İkinci şık doğru ise, yazılı Anayasalar, mahiyeti icabı sınırlandırılması imkânsız olan bir kuvveti sınırlandırmak üzere milletlerin giriştiği manasız teşebbüslerdir. Yasama organının selâhiyetleri muayyen ve mahduttur ve bu hudutların karıştırılmasını ve unutulmasını imkânsızlaştırmak içindir ki, yazılı bir anayasa yapılmıştır. Bu hudutlar sınırlandırılmak istenilen kuvvet tarafından istenildiği gibi aşılabilecekse kuvvetleri sınırlandırmanın ve bu sınırları yazılı olarak göstermenin ne manası kalır? Kanun yapan kimseler için bu sınırlara riayet mecburî olmazsa, yasak olan tasarruflarla caiz ve meşru olan tasarruflar aynı bağlayıcı kuvvete malik

bulunursa, selâhiyetleri mahdud bir hükümet ile selahiyetleri hudutsuz mutlak bir hükümet arasındaki fark ortadan kalkar. Şu hakikat, aksi iddia edilemeyecek kadar aşikârdır: Ya Anayasaya aykırı olan her teşrii tasarruf (yasama tasarrufu) murakebeye tabidir yahut da yasama organı Anayasayı alelâde bir kanunla değiştirebilir. Kaza kuvvetinin başlıca vazife ve selâhiyeti hukukun ne olduğunu beyan etmektir. Bir hukuk kaidesini muayyen hadiselere tatbik eden kimseler, ister istemez bu kaideyi tefsir edeceklerdir. Birbiriyle çarpışan iki kanun karşısında kalınca, mahkeme bunlardan her birinin tatbik sahasını ayırmaya mecburdur. Bir kanun Anayasaya aykırı olursa, muayyen bir hadise hakkında kanunda da Anayasada da tatbik edilecek hüküm varsa, mahkeme ya bu davayı kanuna göre hallederek Anayasayı ihmal edecek yahut da Anayasaya göre hallederek kanunu ihmal edecektir. Bu, doğrudan doğruya kaza vazifesinin kendisidir, özüdür. Şu halde, mahkemeler Anayasayı nazarı itibare alacaklarsa ve Anayasa yasama uzvunun alelâde tasarruflarından üstünse, kanunla Anayasanın çarpışması halinde, hadise kanuna göre değil Anayasaya göre çözülmelidir⁴⁴.”

Görüldüğü gibi Coke, Bonham Davası’nda parlamenter yasaları uyulması gereken “üstün hukuk” olarak görmüş ve “Coke doktrini” doğal hukuk düşüncesi ile bütünleşerek Birleşik Devletlerde anayasa yargısını kuran Yargıç Marshall’ın 1803 tarihli “Marbury v. Madison” kararının kaynakları arasında yerini almıştır. Dolayısıyla Çağlar’ın da belirttiği gibi bu oluşun altının çizilmesi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi formülünün anayasa teorisine bir “amerikan katkısı” olmadığını da gösterir. Marshall’ın kararı şüphesiz önemli bir yeniliktir ancak gerisinde özellikle orta çağ düşüncesinin geliştirdiği üstün hukuk teorisi ve bu teorinin yasama iradesinin üstünlüğünün ve pozitif hukukun üstünlüğünü getiren 1688’in “Glorious Revolution”u ve bir yüzyıl sonrasında Fransız İhtilaline kadar, sayısız uygulaması da vardır⁴⁵.

Marbury v. Madison Kararı “olgu temelli” bir hukuksal çıkarıma işaret etmektedir. Burada olgusal gerçekliğin tespitinin bir muhakeme yolu kullanılmıştır. Çünkü Marbury’deki olguların ne olduğu düşünüldüğüne bağlı olarak bu dava, yargı bağımsızlığının ve hukukun siyasetten ayrılmasının sembolü, diğer yandan

⁴⁴ *Marbury v. Madison* kararının Türkçe çevirisi için bkz. Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi* (Ankara Üniversitesi SBF Yayınları 1951) 169-171.

⁴⁵ Bakır Çağlar, ‘Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar’ (1985) 6 (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 29, 31-32.

siyasetin kaçınılmaz etkisine dair aydınlatıcı bir vaka çalışmasıdır. Dolayısıyla vaka, gerçekten de yargısal karar alma süreci, mahkemelerin hukuku siyasetten tamamen ayırma konusundaki yetersizliklerini, her ne kadar kendi yargısal retoriklerinde bu gerçeği defalarca gizlemeye çalışsalar da, ortaya koymaktadır. Bu, Marbury'deki gerçeklerin tamamen geleneksel bir açıklamasıdır. Peki, burada mahkemelerin “yasanın ne olduğunu söylemesi” mi gerekir, yoksa demokratik bir toplumda mahkemelerin rolü hakkında oldukça farklı bir şey mi ortaya koyar? Marbury'ye yol açan siyasi anlaşmazlığın, olgusal gerçekliğin hukuki önemiyle oldukça ilgili olduğunu söylemek gerekir. Şu halde kanaatimizce davaya ilişkin normatif olanın yanında olguların dikkate alınması gerekliliği karşısında; mahkeme tarafından, yazılan metnin okunmasından elde edilebilecek normatif muhakemenin yeterli olması fikrinde ısrar etmek ve normatifliği dış olgularla desteklememek hukuki argümantasyonun sağlanmasında zayıflığa işaret edecektir.

B. Anayasa Yargısının Kurucu Hedefi

Amerikan ve Fransız devrimci hareketlerini destekleyen siyasi değerler, Thomas Paine'in *İnsan Hakları* adlı eserinde somut ve popüler bir ifadeye kavuşmuştur. Paine, halk egemenliği ilkesi ve ticaretin hızla gelişmesiyle yönlendirilen ve bizi “evrensel uygarlığa” yönlendiren yeni bir hükümet sisteminin artık hayata geçmekte olduğunu savundu. Eski hükümet sisteminin, “bir varsayım olduğunu” öne süren Paine, gücün kendini gerçekleştirmek için yeni düzende toplumun ortak yararı için bir yetki devrini öngörmek zorunda olduğunu vurgulamaktaydı. Buna göre eski sistem “savaş sistemini sürdürmekteydi”, yeni sistem ise “barışı teşvik etmektedir”; eskisi “ulusal önyargıları teşvik etmekteken” ve yenisi “evrensel toplumu teşvik etmektedir⁴⁶.” Bununla birlikte doğal haklar doktrini 18. yüzyılın sonlarında gelişmesine rağmen sürekli saldırılara da maruz kalmıştır. Gerçekten de Jeremy Bentham, bu fikre “retorik saçmalık” diyerek alay etmiştir⁴⁷, ancak retorik saçmalığın çoğu zaman ideolojik ve kurumsal anlam ifade edebileceği de göz ardı edilmiştir.

Bu doğrultuda anayasa yargısının hedefi hak ve özgürlükleri gerçekleştirmektir⁴⁸. Nitekim Hekimoğlu'na göre insan haklarına dayanan bir sistemde,

⁴⁶ Bkz. Thomas Paine, *Rights of Man* (Oxford University Press 1995) 83.

⁴⁷ Aktaran Martin Loughlin, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Hart Publishing 2000) 200.

⁴⁸ Gücün genişletilmesi özgürlüğün kısıtlanmasını gerektirdiğinden, anayasacılığın amacının özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla gücün kullanılması üzerinde kontroller sağla-

değerler hiyerarşisinin en üstünde üstün bir kural niteliğinde olmak üzere temel hak ve özgürlükler bulunur ve devlet organlarının tüm tasarruflarının ona uygun olarak gerçekleştirilmesi zorunluluğu vardır. Bu zorunluluğun doğal bir neticesi olarak yalnızca yürütme organının değil, yasama organının işlemlerinin de anayasada yer alan hak ve özgürlüklere uygun şekilde yapılması gerekmektedir. İşte devlet organlarının otoritesi karşısında bireylerin hak ve hürriyetlerinin etkili bir biçimde korunması maksadıyla ilgili organlarca ve özellikle yasama organı tarafından yapılan işlemlerin anayasaya uygunluğunun denetlenmesine anayasa yargısı denir. Zira anayasa mahkemesinin temel varlık sebebi (raison d'être) siyasi otoriteye karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma fonksiyonunu yerine getirmek ve böylelikle hem halkın özgürlüğünün hem de hukuk devletinin güvencesini temin etmektir. Bağımsız bir merci olarak anayasa mahkemesi, yine anayasada bulunan hak ve özgürlüklerin geçerliliğini sağlamak görevini yerine getirecektir. Şu hâlde temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayarak, hukuki güvenliği ve barışı gerçekleştirmek anayasa yargısının varoluş nedenini oluşturur. Bu bakımdan anayasa yargısının var oluş nedeni özgürlükleri koruma işlevinde saklı bulunmaktadır⁴⁹.

Öte yandan, “*Hangi anayasaya sahip olursak olalım, anayasal teori önemli olacaktır. Sahip olduğumuz Anayasa, en iyi şekilde belirsiz olarak tanımlanan hükümlerle doludur. Ulusun dilini ve yasalarını anlayan kişi, açık bir yorum kuralları dizisi sağlanmadıkça bu cümlelerde yine de birçok farklı anlam bulabilir. Bu kuralları sağlamak ve dolayısıyla anayasa yargısına esaslı desteği sağlamak muhtemelen anayasa teorisinin yerine getirmesi gereken en hayati görevdir*”⁵⁰. İşte anayasa teorisinin bunu ortaya koymak için kullandığı iki temel parametre de norm ve olgudur.

Anayasa yargısı siyasal ve hukuksal olanın kesişiminde işlev gören kuruma işaret etmektedir. Fakat anayasal denetim, ne denli siyasal olana yaklaşırsa

mak olması gerektiği savunulur. Ancak siyaset ve hukuk üzerine gerçekleştirilen kapsamlı tartışmalarda (örneğin Montesquieu) hak kavramına pek değinilmemekteydi. Ne var ki geriye dönüp bakıldığında haklar oldukça önemli görünmektedir, çünkü günümüzde anayasacılığın genellikle hakların korunmasıyla bağlantılı olduğu varsayılmaktadır. Loughlin ise anayasacılık idealinin sınırlı hükümet kaygısından bireysel hakların korunmasına doğru kaydığını belirtmektedir. ibid 197.

⁴⁹ Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları* (Detay Yayınları 2004) 14.

⁵⁰ Stephen L. Carter, ‘Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle’ (1984-1985) 94 (4) Yale Law Journal 821, 821.

hukukun üstünlüğü ile ihtilaf yaşama ihtimali o derece artar. Burada hemen belirtelim ki, “insanın değil, hukukun üstünlüğü⁵¹” formülü aynı zamanda siyasetin de hukuk karşısında altta kaldığını söylemektedir.

Başka bir deyişle, hukukun üstünlüğü, keyfi ya da sınırlanmamış güçle ve salt siyasal iktidarla tezat oluşturur; dolayısıyla anayasal yargının meşru olabilmesi için hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olması gerekir. Ayrıca belirtelim ki, Amerika’nın hukukun üstünlüğü (rule of law) anlayışı, Almanya’nın *Rechtsstaat* ve Fransızların *fiat de droit* anlayışından (hukuk devleti) farklıdır. Bu nedenle, hukuka uygun olmak için, anayasal yargının Amerika Birleşik Devletleri’nde Fransa veya Almanya’dakinden farklı gereklilikleri yerine getirmesi gerekebilir. Elbette kanun yapmak siyasidir ve demokratik olarak çıkarılan kanunlar da çoğunluğun iradesini temsil etmeleri bakımından siyasidir. Ayrıca, belirli yasaların uygulanması ve icrası yoluyla belirli bir siyasi vizyon veya gündem daha da ileriye götürülebilir⁵². Ancak siyasetin ötesinde kalması gereken, hukukun öngörülebilirliği, uygulanabilirliği, yorumlanması ve icrasidir.

Yukarıda değinilen ideal anayasal denetim, Alman *Rechtsstaat* ile Amerikan hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde kurulmasına göre farklı şekilde değerlendirilecektir. En iyi uyum, 1848’de Almanya’da başlatılan burjuva devriminin başarısızlıkla sonuçlanmasıyla ortaya çıkan Alman ideal *Rechtsstaat* anlayışı olacaktır. Anayasal bir demokrasi kurma çabalarında hayal kırıklığına uğrayan Alman burjuvazisi, devlet yönetiminin garanti altına alınmasına karar verdi. Hükümdarın keyfi veya kişisel yönetiminin aksine hukuksal yönetimde karar kılındı. Bu nedenle, ideal biçimiyle *Rechtsstaat*’ın pozitivist “hukukun üstünlüğü” yerine ideal anlamda “hukuk yoluyla devlet yönetimi” olarak belirtilmesi daha uygundur⁵³. Gerçi pozitivist yönüyle *Rechtsstaat*, Almanların kanunlar

⁵¹ Örnek için bkz. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 163 (1803).

⁵² Michel Rosenfeld, ‘Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts’ (2004) 2 (4) I-CON 633, 639.

⁵³ Özbudun’a göre, hukuk devleti ve onun bir unsuru olarak anayasa yargısı, pekişmiş bir demokrasinin temel şartlarından biridir. Hukuk devleti ve dolayısıyla anayasa yargısı pekişmiş bir demokrasinin diğer şartları olan sivil toplumun ve siyasi toplumun özerkliği açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Ergun Özbudun, ‘Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü’ (2007) 24 Anayasa Yargısı Dergisi 359, 361. Nitekim Duran da bu bağlamda “...anayasa yargısı denilen denetim yolu, bilindiği gibi, ‘hukuk devleti’ ilkesini tümüyle gerçekleştirmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur” demektedir. Lütfi Duran, ‘Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu’ (1984) 1 Anayasa Yargısı Dergisi 57, 57. Yine Özbudun anayasa yargısını “hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale” olarak belirtmektedir. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016) 403.

yoluyla yönetilmesinde ve yargılama işlevinin yasama organından ayrı olmasında ısrar ederek, yukarıda bahsedilen ideale, yani hukukun siyasetten ayrı olması idealine zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla normatif *rule of law*'a göre *Rechtsstaat*, mevzuata yönelik anayasal itirazlara kapı kapatmamanın yanında olgusal olanın referans alınmasını da içermektedir.

Bu bağlamda siyasal olanın anayasallaştırılması, tamamen biçimsel anayasal kısıtlamalardan ağırlıklı olarak maddi anayasal normlara doğru bir geçişle teşvik edilir. Dolayısıyla burada anayasanın yalnızca şekli sınırlamalara bağlı biçimde tasavvuru anayasal denetimin siyasileşme fırsatını en aza indirecektir. Ne var ki insan onurunu öncelikli bir anayasal “değer” olarak yücelten Alman Anayasası gibi bir anayasada, ifade özgürlüğü ve eşitlik hakları gibi çok çeşitli temel haklar korunmaktadır. Ayrıca anayasal ilkelerin dikey olduğu kadar yatay etkilere de sahip olduğu düşünülür. Böyle olmakla da dar anlamıyla hukukun üstünlüğü bağlamında siyasete bırakılacak olanların çoğu anayasal bir boyut kazanacak ve dolayısıyla anayasal yargıya konu olacaktır. Sonuç olarak temel anayasal ilke ve değerler veya bunların yorumlanması konusunda bir bölünme olduğunda olgusal gerçeklikler de⁵⁴ referans noktaları oluşturacaktır.

Anayasal denetim “hak temelli” yaklaşım⁵⁵ dikkate alındığında yalnızca normatif bir incelemeyle yetinememektedir. Zaten olgusal gerçekliğin incelen-

Anayasa Mahkemesi de bir kararında “Anayasa’nın 2. maddesinde sözü geçen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp işlem ve eylemleri yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, yasaların Anayasa’ya uygunluğunun yetkili organlarca denetlenebilmesi gerekir. Bu denetim engellenmiş ise, temel hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla güvence altına alınmış olduğundan söz edilemez.” biçiminde değerlendirmede bulunmuştur. E 2002/121 K 2002/62, 9.7.2002.

⁵⁴ Doktrinde bunun tersi de savunulmuştur. Buna göre anayasal devletin esas temeli anayasanın normatifliğinden ve bu bağlamda anayasal üstünlüğün sağlanmasından ileri gelir. Anayasanın normatifliği, anayasanın yazılı olarak bir bildirme ya da bir siyasal program olmayıp bağlayıcı niteliği haiz temel kurallar olduğunu belirtir. Burada anayasanın üstünlüğü ile ise de anayasanın normlar hiyerarşisinde en üstte bulunmasını ifade eder. Bkz. Yüksel Metin, ‘Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu’ (2012) 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, 92. Gözler’e göre de anayasa yargısı normların anayasa-ya uygun olması zorunluluğunun bir neticesi olarak görülebilir. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Ekin Yayınları 2011) 699-700.

⁵⁵ Bkz. Mehmet Turhan, ‘Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı’ (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379, 379-404.

mesi görüşünü mahkemeler özellikle “ölçülülük ilkesi⁵⁶” bağlamında yaptığı denetimle de ortaya koymaktadır. Keza haklar modelinin yanında başlıca anayasal dayanağı olan egemenlik⁵⁷ ve yetki paylaşımı da olgusal incelemeye konu olabilmektedir. Bu hususlar, anayasal denetime kaynaklık eden felsefi doktrinlerin özel işlevleriyle de tamamen tutarlıdır.

III. Anayasa Mahkemesinin “HAGB Kararı” Üzerine Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi, 20 Temmuz 2022 Tarihli ve E. 2021/121, K. 2022/88 sayılı kararı ile 5237 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinin 12. fıkrasındaki “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir” hükmünü iptal etmiştir. Söz konusu bu iptal kararı doktrinde tartışmaya yol açmıştır.

Her şeyden önce bu çalışmayı kaleme almamıza neden olan ve doktrinde tartışma konusu yapılan Anayasa Mahkemesinin ilgili kararındaki paragrafı olduğu gibi alalım. Anayasa Mahkemesi şunu demektedir⁵⁸:

*“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. **Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir.** Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır.”*

Mevcut tartışmada Kemal Gözler’e göre, “‘Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir’ fıkrasının nesi Anayasaya aykırıdır? Anayasa-

⁵⁶ Özellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri için bkz. Yüksel Metin, ‘Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?’ (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 1-74.

⁵⁷ Ayrıca bkz. Henry P. Monaghan, ‘Constitutional Adjudication: The Who and When’ (1973) 82 (7) The Yale Law Journal 1363, 1386-1389.

⁵⁸ E 2021/121 K 2022/88, 20.7.2022.

ya aykırı olan şey, bu fıkra değil, TBMM'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı etkili bir başvuru yolu öngörmemesidir. Bu 'öngörme-me' hâli, yani düzenleme yokluğu ise bir norm değil, bir olgudur. Olgudan normatif sonuç çıkarılamaz. Böyle bir şey, olgusal dünya ile normatif dünya arasında geçiş olmadığı yolundaki Hume kanununa aykırıdır⁵⁹.” Bu, ayrımların daha önce bilinmediği anlamına gelmesede de gerçekten de Hume, sadece olan cümlelerinden olması gereken cümlelerini türetmenin mümkün olmadığını ünlü bir şekilde öne sürmüştür⁶⁰. İşte buradan hareketle Kelsen, olgular ve normlar arasındaki ayrımı saf hukuk teorisinin başlangıç noktalarından biri haline getirmiştir. Ne var ki Hume Kanunu eleştiriye açıktır. Nitekim Maattanen şunu ileri sürmektedir⁶¹:

⁵⁹ Bkz. Kemal Gözler, ‘Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine’ (2023) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023.

⁶⁰ Bkz. David Hume, *A Treatise of Human Nature* (OUP 1978) Book III Part I Section I.

⁶¹ David Hume olgular ve normatif değerler arasındaki keskin ayrımıyla ünlüdür. Bizden kasıtlı bir cinayeti düşünmemizi istemekte ve bunu incelerken kişinin yalnızca belirli tutkuları, güdüleri, iradeleri ve düşünceleri bulabileceğini, ancak “nesneyi düşündüğünüz sürece kötülüğün sizden tamamen kaçtığını” iddia etmektedir. Yani ahlaksızlık, ölüyü incelerken görülebilecek bir gerçek değildir. Dolayısıyla değerler gerçekler dünyasına ait değildir. Bir sonraki sayfada Hume, değerlerin gerçeklerden çıkarılamayacağı ilkesini sunuyor: olan ya da olmayandan olmamalı. Eğer öncüller herhangi bir değer bildirimini içermiyorsa, o zaman bu tür ifadeler sonuçlara eklenemez. Doğru. Bunu haklı çıkaracak hiçbir çıkarım kuralı yoktur. Ancak Hume’un argümanı sorgulanabilir. Hume’un tutumundaki zayıflık, Hume’un argümanın bu iki kısmı arasında yazdıkları incelenerek bulunabilir. Ona göre kötülük ve erdem, “modern felsefeye göre nesnelardaki nitelikler değil, zihindeki algılar olan” seslere, renklere, sıcağa ve soğuğa benzetilebilir. Dikkat edilmesi gereken ilk şey, ısı ve soğuğa ilişkin bu görüşün, ısının moleküler hareket olarak çağdaş tanımına pek uymadığıdır. Daha önemli bir nokta, Hume’un burada kendisini dışsal ve içsel arasında keskin bir ikileme adanmıştır. Olgular dünyası “dışarıdadır” ve deneyimler (algılar) dış dünyadan kesin olarak ayrılmış olan zihindedir. Gerçekler ve değerler arasındaki ikilik, dışsal ve içsel arasındaki ikiliğe dayanmaktadır. İkinci ikilik iyi nedenlerle sorgulanabilir. Dahası Hume’un duyu algısı olarak deneyim kavramı iki açıdan hatalıdır. Birincisi, o günlerde duyu organlarına ilişkin genel anlayış, onların pasif bir şekilde dünyadan girdiler almasıydı. Çağdaş standartlara göre bu kesinlikle yanlış. Duyu algısı aktif ve yapıcı bir süreçtir ve diğer zihinsel kapasitelerden ayrı olarak işlemez. İkincisi, Hume, yalnızca dünyayı algılamakla kalmayıp aynı zamanda olayların gidişatına aktif olarak katılan bedenlenmiş varlıklar olduğumuz gerçeğini görmezden gelir. Duyu algısı olarak deneyim kavramı çok dardır. Eylemin rolü dikkate alınmalıdır. Şu halde gereksiz ikilemlerin reddedilmesi bizi farklı işaretleme araçlarının aracılık ettiği organizma çevre etkileşimiyle karşı karşıya bırakır. Felsefi natüralizm, ayırma ve bölümlere ayırma yerine süreklilikler ve bağlantılar arar. Sürekliliklerden biri doğa ile doğanın bir ürünü olarak anlaşılan kültür arasındadır. Faaliyet, evrimin erken evrelerinde aracılı hale gelir. Kültürel aracılık bazı şeyleri kökten değiştirir ama dil ve diğer sembolik sistemler, en yüksek matematiğe kadar, özel bir sosyal ve kültürel çevre olarak tek bir hayvan türü tarafından yaratılır. Diğer bir süreklilik ise bilgi edinmenin çeşitli düzeyleri arasındaki sürekliliktir. Operasyonel bilgi anlayışı, Isaac Newton’dan Albert Einstein’a ve nükleer fiziğe ka-

“David Hume’a göre değerler, olgular dünyasına ait değildir ve olgulardan türetilmez. Ancak Hume’un argümanı şüpheli varsayımlara dayanmaktadır. Onun duyu algısı olarak deneyim anlayışı hatalıdır. Çağdaş standartlara göre bu tamamen yanlıştır çünkü duyu organları pasif olarak dünyadan girdi alan kanallar değildir. Eylemin rolünü dikkate almadığı için çok dardır. Dahası, Hume’un argümanı dışsal ve içsel arasındaki ikiliğe dayanmaktadır. Zihin, gerçeklerin dış dünyasından kesinlikle ayrılmıştır. Bu, deneyimlerin, ağların ve fikirlerin gerçekler dünyasına ait olmadığını gerektirir. Nedensellik ve değerler tam anlamıyla algılanamaz. Bu nedenle ampirik bilgiin kapsamı dışındadırlar. Hume’un varsayımları reddedilebilir. Sonuç olarak zihin cisimleşmiştir ve bedenler gerçekler dünyasına aittir. Bedenleşmiş zihinler de öyle. Deneyim kavramının genişletilmesi, deneyim kapsamına nedensellik ve değerleri getirir. Günlük olarak çeşitli uygulamalarla deneyimlenirler. Yaşamsal ihtiyaçlara ilişkin değerler biyolojik gerçeklere dayanmaktadır. Daha genel olarak, eğer kişi bilginin nesnesi olarak algıların gizli nedenlerini reddederse, gerçekler ve değerler arasındaki ilişki analiz edilebilir. Bunun alternatifi bilginin operasyonel anlayışıdır. Bilmek sorunlu bir durumdan, sorunların çözüleceği gelecekteki koşullara ilerlemek için ne yapılmasını gerektiğini bilmektir.”

Kanımızca olgu ve norm arasında boşluklar olmasa da ayrımlar hakkındaki tartışma metodolojik açıdan önemlidir, çünkü sorunun olgularla mı yoksa normlar ve değerlerle mi ilgili olduğuna bağlı olarak farklı yöntemlerin mevcut olduğu görülmektedir. Örneğin, olgusal konuların ampirik bilimler tarafından ele alınabileceği, normatif ve değerlendirmeye yönelik konuların ise ampirik olmayan bir bilim gerektirdiği veya hiçbir şekilde bilimsel bir şekilde ele alınmayacağı varsayılır. Ne var ki söz konusu bu dikotomi anayasal denetimde her zaman geçerlilik taşımamaktadır. Hage’nin belirttiği üzere⁶², ayrımların önemi ve bunlara bağlı metodolojik sonuçlara rağmen olguların, normların ve de-

dar fiziğin ilerleyişini analiz edilerek geliştirilmiştir. Ancak bu analizin sonucunun günlük deneyimlerden sosyal çalışmalara ve doğa bilimlerine kadar her düzeyde uygulanabilir olduğu varsayılmaktadır. Aynı şey, şüpheli inançları daha iyi inançlarla değiştirmek için yinelenen çıkarıcı çıkarımlar hakkındaki görüşler için de geçerlidir. Olgular ve değerler arasındaki bağlantı, deneyimlerin dünyadaki gerçekler olduğunu kabul ettiğimizde netleşir. Dünyayı deneyimleyenler için deneyimlerin bir değeri vardır. Pentti Mattanen, ‘Facts and Values After David Hume’, (2023) (36) Int. J. Semiot Law 17, 17-18.

⁶² Jaap Hage, ‘Facts, Values and Norms’ (2023) <https://www.jaaphage.nl/pdf/FactsValuesNorms.pdf> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023.

ğerlerin doğasına ilişkin yeterli açıklık bulunmadığı görülmektedir. Örneğin normlar, davranışı emretmeleri anlamında her zaman normatif midir? Güç veren normlar olamaz mı? Peki, Birleşik Krallık'ta soldan araç kullanılması gerektiği bir gerçek olabilir mi? Bu ve benzeri soruları cevaplamak için en azından olgular, değerler ve normlarla ilgili iyi bir kavramsal çerçeveye ihtiyacımız var.

Ertuğrul Uzun'un da belirttiği üzere⁶³, “Bir normun hukuk normu olduğunu söylememize yarayan her şey, bir hukuk kaynağıdır. Dolayısıyla yazılı hukuk kurallarının varlığına ilişkin kaynak kurallarından dilbilgisine, yorum ilkelerinden mantık ve informel mantık ilke ve kurallarına ve hatta değer yargılarına ilişkin pratik tartışmanın kurallarına kadar pek çok argüman hukuk kaynağı olarak nitelenebilir. Bu kaynakların bağlayıcılıkları ve birbirlerine nispetle ağırlıkları da hukukun kaynağı doktrininin çözmeyi vaat ettiği konulardandır.” Hukuk kaynağının bu denli çeşitliliği karşısında anayasal denetimde hukuk normunun uygulanma biçiminin de bir karşılığı olması gerekir. Zaten bu bakımdan norm da, kişilerin içselleştirilmiş bir yükümlülük dolayısıyla, dâhili yasal yaptırımlardan ileri gelen ve her ikisinden ötürü takip etmek zorunda hissettikleri biçimsel ve maddi değeri olan sosyal düzenliliklere atıfta bulunur.

Elbette bu şekilde tanımlanabilen normun, tek bir sosyal bilim yapısının dahi bu denli çok farklı davranışı aydınlatmaya muktedir olup olmadığı makul olarak merak edilebilir. Hukuk teorisyenleri, dinsel, cinsel, etnik ve ideolojik gelenekler gibi farklı sorunları ele almak için normları kullandıklarından, belki de norm kavramını farklı olgusal geçişe işaret etmek için ortaya koyduklarından söz edebiliriz. Gerçekten de normlar, kafa karıştırıcı olan olguları açıklamak için formüller sundukları söylenmelidir. Bu bağlamda hukuksal normların toplumsal olgulara yaptığı atıfların görünüşte anormal olan sonuçlara nihai bir yanıt haline gelmesi riski de vardır⁶⁴. Başka bir deyişle, aslında hiçbir şeyi açıklamamaları tehlikesi var.

Bununla birlikte tam bu konuda Tolga Şirin'in norm kavramına ilişkin yaklaşımını da ortaya koymakta fayda vardır. Şirin'e göre⁶⁵, “Mesela bir yargı organının, bir kişiyi bir cezaya mahkum ettiği bir karar, bir bakıma kanunun uygulama-

⁶³ Ertuğrul Uzun, ‘Hukuk Normu Üzerine Bir Not’ (2014) 1 (6) Hukuk Kuramı 38, 41.

⁶⁴ Bu konuda bkz. Cass R. Sunstein, ‘Social Norms and Social Rules’ (1996) 96 Columbia Law Review 903, 945.

⁶⁵ Tolga Şirin, ‘Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir ‘Saptırmama’ Denemesi’ (2022) <https://www.tolgasirin.com/post/normveolgu> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022.

masıdır. Öte yandan, söz konusu karar, bir gereklilik (sollen: -meli/-malı) getirdiği için diğer bir bakıma normdur. Geçerliliğini bir başka normdan (örneğin yargıcın nasıl karar vermesi gerektiğini söyleyen ve bu kararın bağlayıcı olduğunu öngören bir normdan) alan bu karar, konu ettiği kişi yönünden bir 'olması gereken' (örneğin para ödemesi veya doğrudan yahut belli bir hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı sürede bazı eylemlerde bulunması durumunda hapse girmesi gerektiği kuralı) getirmektedir. Üstelik kendisine uyulmaması durumunda başka bir yaptırımın (örn. yargı kararını uygulamama suçu) beraberinde geldiği bu kararları 'norm' olarak görmek durumundayız. Hal böyleyken norm kavramı, pekala yargı kararlarını da içermektedir. Öte yandan, nasıl ki Anayasa'nın bir hükmünü o hükümle ilgili kanunlara da bakarak anlamaya çalışırsak; bir kanun hükmünü de o kanunla ilgili yargı kararlarına bakarak anlamamız mümkündür."

Öte yandan Kelsen'in esas gayesi hukuksal olanı siyasal olandan ayırmak olmuştur. Buna göre hukuk bilimi, kendisel olarak hukuk normunun şekli yapısını incelemelidir. Normun muhtevasında sosyal, ekonomik ve düşünsel unsurlar yer alabilir. Ne var ki bu unsurlar görecelidir ve siyasal olana göre konum alabilir. Dolayısıyla hukuk bilimi normun muhtevası ile ilgilenmemeli ve bu sayede politikacının aracı olmamalıdır. Şu halde hukukun gayesi ve muhtevası türünden metajuridik (hukuk ötesi) problemlerle ilgilenilmemelidir. Hukuk bilimi, hukukun normatif yapısını dikkate alıp uygulamaya dâhil ederken hukuku göreceli unsurların dışında değerlendirerek geçerli ve etkili olup olmadıklarına bakar⁶⁶. Gerçekten de hukuk kuralı kesin (emperatif) bir buyruk değil, varsayımsal (hipotetik) buyruklara işaret etmektedir. Ne var ki hipotetik buyrukların uygulamadaki işleyişi esasen normun biçimsel yapısının bir uzantısı konumdadır. Aksi bir yaklaşım teknik-robotik bir anlayışa neden olur ki bu da olgusal gerçeklikle bağdaşmaz. Hemen belirtelim ki bu kanımızla biz *Kelsenci* normlar hiyerarşisi düzeneğini reddetmemekteyiz. Elbette normlar hiyerarşisine harfiyen uymak zorunludur. Fakat anayasal denetim söz konusu olduğunda ve yorum mefhumu söz konusu olduğunda "işleyişin" teknik bir yapıdan öte sonuçlar doğuracağını söylemek gerekir. Anayasa Mahkemesi, bir yasanın geçerli ve etkili olabilmesi için anayasaya uygunluğu denetler. Bu, Kelsen'in çekincesindeki politik menfaat ve irrasyonelliğe varan çatışmaları içermek anlamına gelmez. Aslında Anayasa Mahkemesinin "uygulama"yı dikkate alıp değerlendirmesi ilgili

⁶⁶ Niyazi Öktem, 'Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı' (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi 265, 266-267.

hukuk normunu rasyonelleştirme çabasıdır. Ayrıca bu husus metajuridik kapıyı açmamasının yanında keyfiliği de önler. Haliyle bu da *Kelsen*ci hukuk devletinin gerçekleşmesine aracılık dahi eder.

Konuya yeniden dönersek, elbette normatif pozitivizm gereği bir normun geçerliliği bir diğer norm üzerinden tanımlanmasını gerektirir. Ancak yukarıdaki açıklamalarda da değindiğimiz üzere bu husus aksi ileri sürülemez bir postulat ortaya koyduğu söylenemez. Kerem Altıparmak'ın da belirttiği üzere norm ile olgu arasındaki ilişki ileri sürüldüğü denli katı olduğu söylenemez. Norm statik değildir ve hukuk da statükocu bir yapı arz etmez. Gerçekten de aksi her zaman için geçerli olsaydı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) “yaşayan belge” yorum yönteminin hiçbir işlevi kalmazdı. AİHM pek çok kararında ve bu kararlarda kullandığı yorum yönteminde üye ülkelerdeki uygulamayı, yani olguyu incelemeye almaktadır⁶⁷. Benzer durum anayasa yargısı için de geçerlidir. Dolayısıyla da anayasal denetime konu alınan normların doğru bir şekilde anlaşılabilmesi için de normların uygulanmasının izlenmesi ile olanaklı olabilir. Nitekim bu hususta örneğin 1787 ABD Anayasasının uygulamadan bağımsız olacak şekilde ve soyut manasıyla günün gerekliliklerine yanıt oluşturması beklenemez.

Sonuç

Hukuki pozitivizm mecburi olarak bir hukuk sisteminin varlığına dair bir kurum ile yola koyulur. Bu normatif bir bütünün kendi içindeki döngüsü anlamına gelebilir. Fakat normatif kompleks netice itibarıyla kişilerin eylem ve işlemlerini düzenler. Böyle olmakla da norm ve ilkelerin oluşturulması için yetkili kılınma gerekir. Yetkili kılınanalar oluşan kuralların uygulanmasını düzenler. Bu mekanizmanın işleyebilmesi için de yetkilendirilen kişilerin sosyal kuralları referans alması zorunludur. Haliyle hukuksal pozitivizmin temelini olgusal ilişkiler dizisi teşkil etmektedir. Bu aynı zamanda kural uygulayıcılarının belirlenen kurallara uyumunu da sağlamaktadır.

Bu doğrultuda anayasa yargısının hukuksal pozitivizm içindeki izahı popüler bir çıkış noktasıdır. Fakat anayasa yargısı kanaatimizce yukarıdaki çerçevede kapsamlılık iddiasını taşıyorsa herhangi bir davranışı düzelleme kapasitesine sahip normları olgusal gerçeklikten koparamaz. Keza anayasa yargısı anayasal

⁶⁷ Kerem Altıparmak, ‘Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? -Kemal Gözler’e Bir Cevap’ (2022) https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/#_ftnref14 Erişim Tarihi 30 Aralık 2023.

üstünlük iddiasını da ileri sürüyorsa, yani eylemsel ve işlemsel kurumsallaşmış mekanizmaları kendi yargısal faaliyeti ile kurulmasını ve uygulanmasını düzenleme gücünü barındırıyorsa, yine olgusal gerçekliği ayırık tutamaz. Nihayet anayasa yargısı eğer açıklık ve ayırıştırıcı vasfını haiz ise, yani hukuk sistemine ait olmayan normları ayıklamak istiyorsa, bu durumda da normun yanında olgusal gerçekliği dikkat almak zorundadır.

Şu halde anayasal denetim toplumsal gerçekliğe, yani olguya da dayanmak ve bunu referans almak zorunda kalır. Zaten hukuksal pozitivizm, hukuksal normların yanında norma kaynaklık eden toplumsal olgular (yani belirli söz edimlerini, eylemleri vb.) aracılığıyla ancak gerçek anlamda işlerlik gösterebilir. Bu en azından Roma hukukunda beri böyledir. Gerçekten de örneğin eğer Roma normlarını uygulayan kişiler, Konsül Aquilio'yu toplumsal yasa koyucu olarak tanıyorsa ve o da buna uygun çerçevede "şu veya bu mağdurlara tazminat ödenmesini öngören bu kuralı beyan ediyorum" şeklinde iradesini ortaya koyuyorsa, bu tür bir irade beyanı, söz konusu normatif ifadeden önce bir gerçeklik olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Böyle olunca da hukuksal normların varlığı, sosyal bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. İşte anayasa yargısı denetiminde bu gerçekliği göz ardı etmemelidir.

Netice olarak insan onuru veya yasal süreç gibi (sosyal temelli olmayan) ahlaki standartları tanıyan sosyal gerçeklerin nasıl yorumlanacağı konusunun yanında sosyal temelli gerçekliğin yargısal denetimini de anayasa mahkemeleri gerçekleştirebilmelidir. Çünkü anayasa yargıcı normatifliği belirlemede katılımcıların, yani sosyal aktörlerin yerini dışlayamaz. Nihayetinde hukuki içerikler sosyal gerçekliklere dair bir soruna işaret eder.

⁶⁸ Örnek için bkz. Jorge Luis Fabra-Zamora, 'Legal Positivism as a Theory of Law's Existence: A Comment on Margeret Martin's *Judging Positivism*' (2021) (55) *Isonomia* 193, 198.

Kaynakça

- Altıparmak K, 'Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? -Kemal Gözler'e Bir Cevap' (2022) https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/#_ftnref14 Erişim Tarihi 30 Aralık 2023
- Berger R, 'Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory' (1969) 117 (4) *University of Pennsylvania Law Review* 521-545
- Carter S L, 'Constitutional Adjudication and the Indeterminate Text: A Preliminary Defense of an Imperfect Muddle' (1984-1985) 94 (4) *Yale Law Journal* 821-872
- Coleman J L, 'Rules and Social Facts' (1991) 14 (3) *Harvard Journal of Law and Public Policy* 703-725
- Çağlar B, 'Yeni Anayasacılık Üzerine Notlar' (1985) 6 (1-3) *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 29-42
- Çetinkaya Ö, 'Karl Popper'in Yönteminde Hipotetik-Dedüktif Formun Bilimsel İnşası' (2014) (19) *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 103-119
- Duran L, 'Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu' (1984) 1 *Anayasa Yargısı Dergisi* 57-87
- Edwards R A, 'Bonham's Case: The Ghost in the Constitutional Machine' (1996) 11 (1) *The Denning Law Journal* 63-90
- Fabra-Zamora J L, 'Legal Positivism as a Theory of Law's Existence: A Comment on Margeret Martin's *Judging Positivism*' (2021) (55) *Isonomia* 193-211
- Feyzioğlu T, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakebesi* (Ankara Üniversitesi SBF Yayınları 1951)
- Finnis J, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford University Press 2011)
- Fuller L L, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969)
- Gardner J, 'Can There be a Written Constitution?' (2011) (1) *Oxford Studies in Philosophy of Law* 1-42
- Gönenç L, 'Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı' (2010) 2 *Tepav Anayasa Çalışma Metinleri* 1-29
- Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt II* (Ekin Yayınları 2011)
- Gözler K, 'Anayasa Mahkemesinin Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Üzerine' (2023) <https://www.anayasa.gen.tr/hagb.htm> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023
- Gürler S, 'Çağdaş Hukuki Formalizm ve Ernest Weinrib'in Yaklaşımı' (2008) LXVI (2) *İÜHF* 91-128
- Hage J, 'Facts, Values and Norms' (2023) <https://www.jaaphage.nl/pdf/FactsValuesNorms.pdf> Erişim Tarihi 29 Aralık 2023
- Hart HLA, *The Concept of Law* (Clarendon Press 1961)
- Hekimoğlu M M, *Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları* (Detay Yayınları 2004)

- Helmholz R H, 'Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature' (2009) 1 (1) Journal of Legal Analysis 325-354
- Heidegger M, *Being and Time*, (John Macquarrie ve Edward Robinson edn, Blackwell 1962)
- Heilbron J, 'Auguste Comte and Modern Epistemology' (1990) 8 (2) Sociological Theory 153- 162
- Hume D, *A Treatise of Human Nature* (OUP 1978)
- Junjie Ma J ve Yingxin M, 'The Discussions of Positivism and Interpretivism' (2022) 4 (1) Global Academic Journal of Humanities and Social Sciences 10-14
- Kelsen H, *Pure Theory of Law* (Max Knight, California University Press 1967)
- Korucu S, *Yargısal Aktivizm* (Seçkin Yayıncılık 2014)
- Kuhn T S, *The Structure of Scientific Revolutions* (The University of Chicago Press 2015)
- Leiter B, *Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy* (Oxford University Press 2007)
- Leiter B, 'What is Realist Theory of Law' (2020) 6 (1) Journal of Institutional Studies 334
- Loughlin M, *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics* (Hart Publishing 2000)
- Lyons D, *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge University Press 1993)
- Määttänen P, 'Facts and Values After David Hume' (2023) (36) Int. J. Semiot Law 17-29
- MacCormick N, 'A Moralistic Case for A-Moralistic Law' (1985) 20 (1) Valparaiso University Law Review 1-43
- MacCormick N, 'Why Cases Have Rationes and What These Are' in L. Goldstein (ed), *Precedent in Law* (Clarendon 1987)
- Mafora D, 'Whose Constitutional Jurisdiction Is It Anyway? Courts of a Similar Status to the High Court and Other Tribunals' (2023) 13 Constitutional Court Review 327-362
- Metin Y, 'Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu' (2012) 2 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-130
- Metin Y, 'Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke Midir?' (2017) 7 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-74
- Mike G, *Auguste Comte* (Routledge 2017)
- Mirfield P, 'In Defense of Modern Legal Positivism' (1989) 16 (4) Florida State University Law Review 985-999
- Monaghan H P, 'Constitutional Adjudication: The Who and When' (1973) 82 (7) The Yale Law Journal 1363-1397
- Moore M, 'Law as Justice' in E. F. Paul, F. D. Miller ve J. Paul (eds), *Natural Law and Modern Moral Philosophy* (Cambridge University Press 2001)
- Murphy J G ve Colman J L, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence* (Westview Press 1990)

- Öktem N, 'Hukuk Felsefesi ve Anayasa Yargısı' (1991) 8 Anayasa Yargısı Dergisi 265-318
- Özbudun E, 'Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekışmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü' (2007) 24 Anayasa Yargısı Dergisi 359-364
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin Yayınları 2016)
- Paine T, *Rights of Man* (Oxford University Press 1995)
- Park Yoon Soo, Konge Lars ve Artino Anthony R, 'The Positivism Paradigm of Research' (2020) 90 (5) Academic Medicine 690-694
- Plucknett F T, 'Bonham's Case and Judicial Review' (1926) 40 (1) Harvard Law Review 30- 70
- Prakash S B ve Yoo J C, 'The Origins of Judicial Review' (2003) 70 The University of Chicago Law Review 887-982
- Raz J, *Practical Reason and Norms* (Princeton University Press 1990)
- Reisman W M, *Jurisprudence: Understanding and Shaping Law: Cases, Readings, Commentary* (Printing Edition 1987)
- Rosenfeld M, 'Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrasts' (2004) 2 (4) I-CON 633-668
- Schauer F, 'Legal Positivism as Legal Information' (1997) 82 (5) Cornell Law Review 1080- 1110
- Schauer F, 'Rules and the Rule of Law' in Tom D. Campbell (ed), *Legal Positivism* (Routledge 1999)
- Sır O, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Adalet Yayınevi 2011)
- Şirin T, 'Norm Kavramına Dair Düşünceler: Gözler-Altıparmak Tartışmasına Dönük Bir 'Saptırmama' Denemesi' (2022) <https://www.tolgasirin.com/post/normveolgu> Erişim Tarihi 30 Aralık 2022
- Spaak T, 'Legal Positivism, Law's Normativity, and the Normative Force of Legal Justification' (2003) 16 (4) Ratio Juris 469-485
- Sunstein C R, 'Social Norms and Social Rules' (1996) 96 Columbia Law Review 903-968
- Turhan M, 'Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı' (2007) 62 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 379-404
- Uzun E, 'Hukuk Normu Üzerine Bir Not' (2014) 1 (6) Hukuk Kuramı 38, 38-41
- Zorzetto S, 'Normative Legal Positivism: from Metaphysics to Politics' (2021) (54) Isonomia 134-166
- Waldron J, 'Kant's Legal Positivism' (1996) 109 (7) Harvard Law Review 1535-1566
- Wallace W L, *The Logic of Science in Sociology* (Routledge 1971)
- Weinreb L L, 'Natural Law and Rights', in Robert P. George (ed), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Clarendon Press 1992)

Sosyal Devlette İnsan Onurunun Korunması Bağlamında Borçlunun Haczedilmezlikten Feragati^(*)

Doç. Dr. Bilge BİNGÖL SCHRIJER^(**)

Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN^(***)

Öz

Sosyal devlet düzeninde alacaklı ve borçlu arasındaki ilişki hassas bir dengede cereyan etmektedir. İcra sisteminin temeli borcun ödenmesi ve bu sayede ekonomik sistemin sağlıklı bir şekilde işlemesi fikrine dayanmaktadır. Ancak bu sistemin insan hakları ile temellendirilmiş bir anlayışla yürütülmesi gerekmektedir. Borcun ödenmesi açısından zorlayıcı son aşama olan haciz ise insan onuru ile doğrudan bağlantılıdır. Haciz işleminde borçlunun malları ya da gelirleri devlet gücü ile borcuna karşılık olarak cebren kendisinden alınır. Hukuk sistemi, söz konusu cebri işlemin sınırını “insanca yaşam”, “asgari yaşam” gibi kavramlarla çizmiş olsa da kavramların soyutluğu uygulamanın önemini ortaya çıkartmaktadır. Uygulamada ise yargı yerleri sıklıkla “asgari yaşam standardı” kavramına atıf yapmaktadır. Ancak söz konusu kavramdaki “asgari” sözcüğü retorik olarak “dibe doğru yarış” fikrini ortaya çıkartmaktadır.

İcra İflas Kanunu’nda haciz ve insan onuru ilişkisinin belirlediği en hassas hususlardan birisi de Kanun’un 83/a maddesinde düzenlenen haczedilmezlikten feragat kurumudur. Haczedilemez mallar, insan onuru ile temellendirilmiş bir sosyal devlet düzeninde

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 01.11.2024.

Atıf Şekli: Bilge Bingöl Schrijer ve Özgür Aydın, ‘Sosyal Devlette İnsan Onurunun Korunması Bağlamında Borçlunun Haczedilmezlikten Feragati’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1047, 1091.

DOI: 10.52273/sduhfd..1559408.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: bilgebingol@akdeniz.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2338-6199>.

^(***) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: xozaydin@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9827-5015>.

kişilerin “onurlu” bir yaşam sürmeleri için devlet tarafından korunan bir garantidir. Ancak hukuk sistemi söz konusu garantiden belli koşullar altında feragat edilmesine izin vermiştir. Üstelik böylesine önemli bir irade beyanının zımnen yapılmış olacağı dahi hukuk sisteminde kabul edilmektedir ki kanımızca bu husus sosyal bir hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Haczedilmezlikten feragat olgusu sosyal devlet ilkesi ve insan onuruna aykırıdır. İcra ve İflas Kanunu’nda 2023 yılında haczedilemez mallar ile ilgili önemli bir değişiklik yapılmıştır. Değişikliğin gerekçesi insanın onurlu bir yaşam sürmesidir. Ancak feragat kurumuna ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Onuru, Sosyal Devlet, İnsan Hakları, Haciz, Haczedilmezlikten Feragat.

Protection of Human Dignity in the Social State in the Context of the Debtor's Waiver of Non-Seizability

Abstract

In a social state order, the relationship between the creditor and the debtor takes place in a delicate balance. The enforcement system is based on the idea of debt repayment and thus the healthy functioning of the economic system. However, this system must be carried out with an understanding grounded in human rights. Seizure, which is the last coercive stage in terms of debt repayment, is directly related to human dignity. In the seizure process, the debtor's property or income is forcibly taken from him/her by the power of the state in return for his/her debt. Although the legal system draws the boundaries of this forcible action with concepts such as "humane life" and "minimum life", the abstractness of the concepts reveals the importance of the application. In practice, jurisdictions frequently refer to the concept of "minimum standard of living". However, the word "minimum" in this concept rhetorically reveals the idea of a "race to the bottom".

One of the most sensitive aspects of the relationship between attachment and human dignity in the Enforcement and Bankruptcy Code is the waiver of non-seizability regulated in article 83/a of the Law. In a social state based on human dignity, non-seizable property is a guarantee provided by the state for individuals to live a "dignified" life. However, the legal system permits the waiver of this guarantee under certain conditions. Moreover, it is accepted in the legal system that such an important declaration of will is tacitly made, which in our opinion is incompatible with the principle of a social rule of law. The phenomenon of waiver of non-seizability is contrary to the principle of social state and human dignity. An important amendment was made to the Enforcement and Bankruptcy Code in 2023 regarding non-seizable property. The justification for the amendment is to ensure a dignified life for human beings. However, no regulation has been made regarding the institution of waiver.

Keywords

Human Dignity, Social State, Human Rights, Seizure, Waiver of Non-Seizability.

Extended Summary

In the field of economy, people's debt relations are regulated by the rules of law and certain rights and freedoms are secured. However, the interests involved in the debt relationship and which ones to give weight to will be shaped according to the ideology underlying the legal rules that regulate relations between individuals.

The recognition that the state has certain "duties" to ensure that people have a dignified and humane life is what distinguishes the "social state" from the "social aid state". The principle of the social state reflects an understanding that the principle of equal protection of law must be complemented by de facto equality. In other words, the social state removes the obstacles to the development of humans' material and spiritual existence and strives to provide equal opportunities in life to people who are not born into this world under equal conditions.

In the seizure process, the social state protects people with certain legal guarantees. The law should not serve the "satisfaction of revenge and violence" in people, but rather the fair balancing of interests between individuals. However, balancing the interests between debtors and creditors in a welfare state is a very difficult matter. As much as the "bad creditor" and "poor debtor" approach is objectionable in the enforcement process, instrumentalizing the seizure process as "revenge against the debtor" is incompatible with the principles of the rule of law and the social state. In this respect, the Enforcement and Bankruptcy Law aims to protect human dignity by providing a legal guarantee for the goods that cannot be seized during the seizure process. However, after doing so, it regulated the issue of "waiver of non-forfeiture" in Article 83/a.

In 2023, the phrase "necessary property" was replaced with the phrase "personal property" in article 82 on non-seizable property. The justification for the amendment was the guarantee of a dignified life for human beings. The concept of a minimum standard of living is different from the concept of a dignified existence. The word "minimum" in the concept of "minimum standard of living" has been criticized in German legal literature. The idea of "minimum" rhetorically implies that something should be "minimized". As a word, it means "the least or minimum". According to Herberger, this concept starts a "race to the bottom" as it raises the question in the human mind, "how much can be the least?". Herberger argues that the focus here should not be on "the minimum necessary for human existence" but on "the requirements for a dignified existence". The seizure process should not result in the exclusion of the person from social and political life and should not result in limiting the person's control over his/her own life to the point of ending his/her hope.

Another problem is the uncertainty of the legal safeguards that will guide the discretionary power of the bailiff in terms of the property to be seized during the seizure process. Of course, the bailiff is obliged to exercise his discretion within the framework of the law and by observing the principle of proportionality. However, there are many judicial decisions regarding non-seizable property. What is important here is that the wording of the Code should include expressions prohibiting the seizure from serving to "satisfy the feeling of revenge" in individuals. In practice, the economic

value of the property is the basis for the seizure of property. Therefore, in the absence of guiding principles in the law, the principle of “personal property cannot be seized” introduced by the 2023 regulation will cause problems in its implementation, especially when the case law is taken into consideration.

For comparison, the approach of the German Civil Procedure Code (Zivilprozessordnung, § 811) is noteworthy in terms of protecting the human right to a dignified existence. According to the relevant Code, after listing the property that cannot be seized (§ 811, paragraph 4), the following statement follows: “property needed by the debtor for a lifestyle and household that cannot be considered modest should not be attached if it is clear that their sale would bring a sum disproportionate to their purchase price.” This article reflects the idea that the “minimum standard of living” has a different content than the “minimum standard of living”. Namely, if the money to be obtained from the sale of the debtor’s household goods, which may not be considered modest, will be disproportionately lower than the amount the debtor paid for it, the property in question should not be seized. There is a subtle but, in our opinion, important difference to be noted here “in relation to being a social state of law”. However, this statement is also a legal guarantee that the seizure will not serve as a means of “revenge”. In other words, the debtor’s property that exceeds a modest lifestyle cannot be seized “just to get back at him”; the economic value of the sale of such property must be taken into consideration.

In Turkish law, “the amount of the sale of the goods” is considered a matter of jurisprudence when deciding which household goods may or may not be seized; in German law, the law states that the “difference between the initial purchase price and the final sale price of the goods” should be taken into consideration. At first glance, this issue does not seem to make any practical difference. However, in terms of both legal certainty and procedural economy, it would be positive to have a legal regulation on this issue in Turkey. If the Law includes such a proportionality provision regarding the value of the goods to be seized, disputes and confusion during enforcement proceedings may be reduced and consistency in court decisions may be ensured. If there is such a provision regarding the value of the goods to be subject to seizure, debtors may object less to the process and the enforcement process may be accelerated, as there will be a clearer criterion regarding what is exempt from seizure. This would mean less resource expenditure in the judicial sphere.

Giriş

Ekonomi, insan yaşamının büyük bir bölümünü meşgul eden önemli bir etkinlik alanıdır. Bu alanda insanların borç ilişkileri hukuk kuralları tarafından düzenlenir ve belli hak ve özgürlükleri de güvence altına alınır. Ancak borç ilişkisinde yer alan menfaatlerin neler olduğu ve hangilerine ağırlık verileceği sorusu, bireyler arası ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının (özellikle borçlar hukuku, sözleşmeler hukuku, ticaret hukuku gibi) temelindeki ideolojiye göre biçimlenecektir. Bu bakımdan toplumda adil bir paylaşımı hedefleyen *sosyal devlet ilkesini temel alan bir anayasal düzenin* borç ilişkilerine atfettiği değer ile hak ve özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması için devletin müdahalesini en aza indirmeye çabalayan *liberal ideolojinin* borç ilişkilerine atfettiği değer birbirinden farklı olacaktır. Bu farkın iyi biçimde okunabildiği alanlardan birisi de içinde borçlu, alacaklı ve devlet¹ olarak üç taraf barındıran haciz sürecidir.

Haciz, alacaklının belli haklarını korumak ve ekonomik yaşamın sağlıklı biçimde devamını sağlamak için devletin sahip olduğu *meşru şiddet kullanma tekelini* doğrultusunda gerçekleşen, borçlunun mallarına, borcuna karşılık olarak zorla el konulmasını sağlayan hukuki bir kurumdur. Haciz süreci, modern hukuk sistemlerinde belli ilkelere dayalı usul kurallarıyla düzenlenmesine karşılık, kamu hukuku, hak ve özgürlüklerin kullanımı ve insan onuruna yönelik çok çeşitli tartışmalı hususlar barındırmaktadır². Çalışmamız, haciz sürecinin aşamalarından, borçlunun, kanun tarafından haczi yasak olan malların haczedilmezliğinden feragati olgusunu, sosyal devlette insan onurunun korunması hedefi doğrultusunda inceleyip değerlendirme gayesindedir.

Haczedilmezlikten feragat dikkatle ele alınması gereken ve özen gösterilmediği takdirde insan onuruna aykırı durumların ortaya çıkabileceği bir alandır. Haczedilmezlikten feragat aynı zamanda çalışmanın üzerine inşa edildiği *insanın onurlu bir varoluşu gerçekleştirilme hakkı* ile yakından ilişkilidir³. Nitekim

¹ Burada devletin bir taraf olması menfaat sahibi anlamında değil, borçlu ve alacaklı ilişkisinde belirleyici olmasından dolayıdır. Devletin de kuşkusuz haciz sürecinde menfaatinin olduğu tartışılabilir. Örneğin haciz işlemi nedeniyle acze düşen borçlulara sosyal yardımların yapılması gerekliliği, devletin kasasından daha çok para çıkması anlamına gelecektir. Ancak devlet “kasadan çıkacak parayı hesaplayarak” haciz sürecine yaklaşamaz. Devlet insanların bir arada yaşamasını mümkün kılan, adil bir sosyal düzen kurmak üzerine kurulmuş bir örgüttür.

² Marie Herberger, *Menschenwürde in der Zwangsvollstreckung: Zur Genese und teleologischen Strukturierung des Vollstreckungsschutzes* (Mohr Siebek 2022) 7 vd.

³ Hukuk sistemlerinde daha çok “asgari yaşam standardı” kavramı kullanılmaktadır. Ancak kavrama ilişkin bazı sorunlu yönler çalışmamın 101 no.lu dipnotun olduğu bölümde ele alınmıştır.

İcra ve İflas Kanunu (İİK) bu düşünceye dayanarak, borçlunun kimi mallarının hacze konu olamayacağını düzenledikten sonra (İİK, md. 82), borçlunun ancak belli koşullar altında haczedilmezlikten feragat edebileceğini düzenlemiştir (İİK, md. 83 vd.). Bu düzenlemenin arka planında insan haklarına dayalı bir sosyal devlet fikri bulunmaktadır. Ancak özellikle borçlunun haczedilmezlikten feragatine yönelik şartlar, borçlunun öznel durumunun göz önünde bulundurulmasını da gerektirmektedir. Hemen başta belirtmeliyiz ki, borçlunun haczedilmezlikten feragatinde insan onurunun korunması gerekliliği tartışılırken “kötü alacaklı” ve “zavallı borçlu” gibi ötekileştirici bir yaklaşım benimsenmemektedir⁴.

Çalışmamızda devletin, insan onurunun korunması bakımından ekonomik yaşama müdahale edebileceği alanlardan birisi olan haciz sürecine yönelik insan hakları perspektifinden bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu doğrultuda önce sosyal devletin hak ve özgürlükler ile harmanlanmış ekonomi anlayışı ile insan onurunun korunması arasındaki ilişki ele alınacak, ardından alacağın haczine ilişkin süreçte sosyal devletin konumu haczedilmezlikten feragat kurumu bağlamında irdelenecektir.

I. Sosyal Devlette Hak ve Özgürlüklerin Temeli Olarak İnsan Onurunun Korunması İlkesi

Sosyal devlet, insan onuruna yaraşır bir hayatın sürdürülebilmesi amacıyla, sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini meşru gören bir anlayışı ifade etmektedir⁵. Sosyal devlet, bireylere yalnızca klasik hak ve özgürlükleri tanımlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamayı, hatta üçüncü kişilerden gelebilecek meşru müdahaleler karşısında acze düşecek insanları korumayı gaye edinen devletti işaret etmektedir. Bu yönüyle sosyal adalet ilkesini benimseyen sosyal devlet, sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf düşenlerin yanında olmayı ve onları korumayı benimseyen devlet anlayışını yansıtmaktadır⁶. Sosyal devletin ekonomik

⁴ Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Adalet Yayınevi 2010) 33; Herberger (n 2) 34.

⁵ Sosyal devlette, kapitalist sistemin özel mülkiyet hakkı, girişim ve çalışma özgürlüğü gibi temel ilkeleri korunmakla birlikte devletin bu alanlara sahip olduğu kurum ve araçlarıyla yoğun biçimde müdahalesi söz konusudur. Sosyal devlette ekonomik alana müdahalenin meşruiyetine ilişkin açıklamalar için bkz: Coşkun Karaca ve Yeşim Çam, ‘Türkiye’de Sosyal Devlet Anlayışının Değerlendirilmesi’ (2019) Ocak-Haziran (176) Maliye Dergisi 72, 75.

⁶ Türk Anayasa Mahkemesi de 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde vermiş olduğu kararlarında sosyal devlet kavramını açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi, sosyal devletin kişi ile toplum arasında denge, emek ile sermaye arasında denge, çalışanların insanca yaşamaları, çalışma

ve sosyal hayata müdahale yoluyla, sınıf çatışmalarını yumuşatıcı ve toplumsal bütünleşmeyi sağlayıcı bir işlevi bulunmaktadır.

Sosyal devletin ekonomik ve sosyal hayata yaptığı müdahaleler nedeniyle, 19. yüzyılın jandarma devlet anlayışından ayrıldığı söylenebilir. Liberal düşünceden esinlenen jandarma devlet anlayışı, devletin görevlerini dışarıya karşı savunma, içeride düzen ve güvenliği sağlama ve adaleti gerçekleştirme ile sınırlandırmıştır. Devletin ekonomiye müdahalesi gereksiz olduğu kadar, ekonominin doğal dengesini bozacağı için zararlı görülmektedir. Bu noktada sosyal devlet, liberal devletten önemli ölçüde farklılaşmış ve devletin ekonomiye müdahalesi bir istisna olmaktan çıkarak, devletin sosyal amaçlarına ulaşmada kullandığı araç haline gelmiştir. Devlet, sermaye sınıfı ve emekçi sınıflar arasında oluşabilecek mücadeledeki pasif konumundan sıyrılmış ve bu sınıfların çıkarları arasında denge sağlamaya yönelik aktif bir politikaya dâhil olmuştur⁷.

Sosyal devlet, hem liberal devletten hem de sosyalist devletten farklıdır. Sosyalist devlet; üretim araçları üzerinde özel mülkiyeti tamamen veya büyük ölçüde kaldıran, ekonomik hayatın düzenini serbest rekabete değil merkezi planlamaya bırakan devlet modelidir⁸. Buna karşılık sosyal devlet, üretim araçları üzerinde özel mülkiyeti kaldırmaz ve girişim özgürlüğünü tanır. Ekonomik hayatın düzeni esas itibarıyla serbest rekabete ve ekonominin kurallarına bağlıdır. Sosyal devlette ekonomi kolektivist bir tarzda örgütlenmemiştir. Devletin sınıfsız bir toplumun koşullarını yaratma gibi bir görevi olmadığı gibi, sosyal devlet bu sınıflı toplumun sürekliliğini kabul ederek şekillenmektedir⁹. Sosyal devlette sınıfsız bir toplumun koşullarını oluşturmaya çalışmak, aynı zamanda bireysel hak ve özgürlüklere aykırı olacaktır. Bu nedenle, esasında liberal devletin temel yaklaşımını benimsemekle birlikte, onun krizlerine çözüm üretmek niyetinde olan sosyal devletin, sosyalist devletle aralarında felsefi ve düşünsel anlamda temel farklılıklar vardır.

hayatının istikrar içinde gelişmesi, çalışanların korunması, işsizliğin önlenmesi ve milli gelirin daha adil dağılımının sağlanması, sosyal adalet ve sosyal güvenlik ihtiyacının karşılanması, toplumsal kutuplaşmaların azalmasına özen gösterilmesi gibi görevlerini saymıştır. Bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Yapı Kredi Yayınları 2004) 103-104.

⁷ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 6) 104.

⁸ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 6) 104.

⁹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 6) 104.

Sosyal devlette liberal devletin, soysal, ekonomik ve siyasi yapısı ile hak, özgürlük ve eşitlik anlayışı korunmuştur. Ancak öğretilerdeki yeni görüşlerle birlikte, değişen ekonomik ve sosyal koşullara da uygun olarak, liberal devletin temel yapısında ve anlayışında değişiklikler olmuştur¹⁰. Bu, devletin giderek pozitif bir nitelik kazanması süreci, liberal düşüncedeki yavaş ve evrimsel bir gelişimin sonucudur. Pozitif görevler üstlenen devlet, giderek toplumun ekonomik ve sosyal hayatının tamamlayıcı parçası haline gelmeye başlamıştır. Devlet artık sadece ekonomik kuralların işleyişini sağlamakla yetinmemekte, bunun yanında yurttaşları için daha iyi bir hayatın geliştirilmesinde de rol almaktadır. Devlet, bu şekliyle her ne kadar özgürlüklerin potansiyel bir ihlal edicisi kabul edilse de bazı sosyal amaçların (özgürlüğü desteklemek, sosyal adalet, çalışma hayatını düzenlemek gibi) gerçekleştirilmesi için aktif görevler üstlenmektedir¹¹. Diğer bir ifadeyle liberal devlette “zorunlu bir kötü” olan ve özgürlüklerin kullanılmasına “seyirci kalmak zorunda” olan devlet, artık gerçek özgürlüğün koşullarını sağlamakla görevli devlet haline gelmiştir.

İkinci Dünya savaşından sonra sosyal devlet ilkesi Batı demokrasilerinde geniş oranda kabul edilmiş ve yapılan yeni anayasalarda sosyal haklara ayrıntılı yer verilmiştir¹². Bu dönemde sosyal devlet anlayışının tam anlamıyla hayata geçirildiği görülür. Batı toplumlarında sosyal devletin kapsamının, etkinliğinin ve uygulamalarının genişletildiği 1945-1970 yılları arasında sosyal devletin “*altın çağ*” gözüyle bakılmaktadır. Gelişmiş Batı toplumlarının çoğunda yaşlılık, mاللullük, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortaları kurulmuş; refah artışına bağlı olarak, geniş toplum kesimlerinin durumlarının iyileştirilmesine ve refahın tabana yayılmasına yönelik sosyal harcamalarda artışlar olmuştur.

Sosyal devlet bireylere insan onuruna yaraşır asgari yaşam standartlarını sağlamaya yönelik bir devlet modeli olması nedeniyle, kişilerin hem kişisel ve siyasal haklarını hem de sosyal ve ekonomik haklarını güvence altına almaktadır. Esasında sosyal devleti farklı kılan husus kişisel ve siyasal hakları korumakla beraber, sosyal ve ekonomik haklara yer vermesidir. Nitekim sadece kişisel ve siyasal haklara yer verilerek, insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam standardı-

¹⁰ Ayferi Göze, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet* (6. Baskı, Beta Yayınları 2010) 203.

¹¹ Andrew Vincent, *Modern Politik İdeolojiler* (Arzu Tüfekçi çev, Paradigma Yayınları 2006) 77-78.

¹² Göze (n 10) 214.

nın sağlanması mümkün değildir. Dolayısıyla sosyal devletten bahsedebilmek için kişisel ve siyasal hakların yanında sosyal ve ekonomik haklara yer verilmesi, bireylere her iki hak kategorisinin birlikte tanınması gerekmektedir¹³. Sosyal Devlet anlayışı; temel hak ve özgürlüklerinin korunması, sosyal ve ekonomik hakların sağlanması bakımından devlet müdahalesini dostça bulmaktadır¹⁴.

Sosyal devletin gereği olarak kişisel, siyasal, sosyal ve ekonomik hakların bir arada sunulması çağdaş insan hakları anlayışının da bir gereğidir. Nitekim sosyal ve ekonomik haklar da tıpkı kişisel ve siyasal haklar gibi insan onurundan kaynaklanmakta ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Dolayısıyla çağdaş insan hakları anlayışını benimseyen sosyal devlet, insan haklarının tam anlamıyla korunabilmesi için, kişisel ve siyasal hakların, sosyal ve ekonomik haklarla tamamlanmasını ve bu hak kategorileri arasında bir öncelik-sonralık ya da önem sırası yapılmamasını öngörmektedir. Sosyal devlet anlayışı; temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığını benimsemekle birlikte, toplumun refahını ve huzurunu arttırmak için, ekonomik, sosyal ve kültürel hayata dair devlet müdahalelerini yerinde bulan yaklaşımdır¹⁵.

Sosyal devletin gereği olarak tanınması gereken hakların hangileri olduğu ve bu hakların ne ölçüde tanınması gerektiği hususu ise değişiklik gösterecektir. Zira insan hakları anlayışı da değişen sosyal ve ekonomik koşullara bağlı olarak değişiklik gösterebilmekte ve kendini oluşturan yeni koşullara uyarlayabilmektedir¹⁶. Ayrıca anlamlarının belirlenmesi yorumu gerektiren “*insan onuruna yaraşır bir yaşam seviyesi, sosyal adalet, maddi eşitlik*” gibi kavramlardan ne anlaşıldığına bağlı olarak, bu haklar ve içerikleri, zamana ve yere göre farklılık gösterebilecektir¹⁷.

¹³ Ali Tarık Gümüş, ‘Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü’ (2010) 18 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 141.

¹⁴ Göze (n 10) 207.

¹⁵ Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (1. Baskı, XII Levha Yayınları 2009) 55 vd.; Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Ahmet Mumcu çev, 4. Baskı, İnkılap Yayınları 2002) 218 vd.

¹⁶ Örneğin internete erişim hakkı bu açıdan değerlendirilebilir. Bu yönde görüşler için bkz. Z. Emre Kurt, ‘Ucuz, Sansürlü ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı’ (2015) (2) Ankara Barosu Dergisi 287; İsmail Yüksel, ‘İnternete Erişim Hakkı’ (2022) (3) Ankara Barosu Dergisi 141, 159-160.

¹⁷ Sosyal devletin tanınması gereken hakların ne olduğu konusunda tam bir açıklık olmamakla beraber devlet, insanın olanaklarını gerçekleştirebilmesine fırsat veren bir teşekkül olarak ele alındığında belli haklar karşımıza çıkmaktadır. Burada asıl sorun insan haklarının temellendirilmesiyle ilgilidir. Kuçuradi, insan haklarının temellendirilmesinde, hukuk sistemlerinde ekonomik, sosyal ve kültürel haklar olarak düzenlenenleri, dolaylı kişi haklarının ön koşulu olarak

Sosyal devlette her ne kadar mülkiyet ve miras hakları, girişim özgürlüğü ve çalışma ve sözleşme özgürlükleri tanınmış olsa da bu hak ve özgürlüklerin ortak yarar, başkalarının özgürlüğü, insan onuru ve daha fazla eşitlik gibi gerekçelerle sınırlanması mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu haklar liberal devlette kabul edildiği gibi doğal hak niteliğinde değildir. Örneğin 1982 Anayasası 35. maddesinde mülkiyet ve miras haklarını, 48. maddesinde de çalışma, sözleşme ve girişim özgürlüklerini düzenlemektedir. Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkraları sosyal devlet ilkesi gereğince, bu hakların kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanımının kamu yararına aykırı olamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla sosyal devlette mülkiyet hakkı, mutlak ve sınırsız nitelikte olmayıp, çeşitli ödev ve yükümlülükleri de içeren bir statü niteliğindedir. Benzer şekilde girişim özgürlüğü de milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun olarak (AY. m. 48/2) kanunla sınırlanabilecektir¹⁸.

Sosyal devlette bireylere hukuk kuralları çerçevesinde sağlanan özgürlüğün, mutlu olmak ve maddi manevi varlığını geliştirmek için yeterli olmadığı; devletin yoksul, engelli ve yardıma muhtaç diğer kişilerin gelişmesini sağlamak için maddi gerekli koşulları hazırlaması gerektiği anlaşılmıştır¹⁹. Tüm bu amaçlarla sosyal devlet bireylerin insanca yaşayabilmesi için, onların zorunlu ihtiyaçlarını karşılamayı kendisine görev bilen devlettir. Bireylerin insanca yaşayabilmesi ve gerçek

ele almaktadır. Kuçuradi'ye göre, "temel kişi haklarının bir bölümü, kişilerde insanın yapısal olanaklarının doğrudan doğruya korunmasına ilişkin istemlerdir: kişiler insanın bu olanaklarını gerçekleştirir ve gerçekleştirirken, onlara 'hiç kimse' tarafından dokunulmaması isteminde bulunurlar ... Diğer bölümü ise, kişilerin insanın yapısal olanaklarını gerçekleştirip gerçekleştirebilmesinin genel ön koşullarıyla ilgili istemlerdir. Beslenme, sağlık, eğitim, çalışma gibi haklar, bu tür haklardandır ... bunlar ancak dolaylı olarak: bir ülkede devletçe tanınan haklarla: sosyal, ekonomik ve bazı siyasal haklar ile, bazı kurum ve kuruluşlar aracılığıyla korunabilirler." Kuçuradi'ye göre sosyal adaletsizliğin nedenlerinden birisi de bu ön koşulların (ekonomik, sosyal, siyasal hakların), dolaylı korunan temel kişi haklarıyla ilgisinin hesaba katılmamasıdır. İoanna Kuçuradi, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 2007) 13-14.

¹⁸ Liberal devletin mutlak ve sınırsız mülkiyet hakkına yönelik çeşitli eleştiriler daha sosyal bir liberalizmi savunan yazarlar tarafından dile getirilmiştir. Bunlar öncelikle doğal hakların sosyal talepler olmadığını ve ortak iyiyle uyumlu olması gerektiğini savunmuşlardır. Eğer bir kısım insan diğerlerinin özgürlüklerini engelleyecek ve diğerleri üzerinde kendi iktidarlarını kuracak şekilde mülkiyet hakkına sahipse, bu gerçek bir hak değildir. Çünkü haklar ortak iyiye ve sosyal kabule bağlıdır. Özgürlük başkalarının özgürlüğünün kaybı ile kazanılamaz. Ayrıca eğer mülkiyet özgürlüğün bir ön şartıysa, o zaman toplumun bütün üyeleri ortak iyi aracılığıyla, yurttaşlarına özgürlük araçlarını sağlayan yükümlülükleri olduğunu kabul etmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vincent (n 11) 67-68.

¹⁹ Göze (n 10) 209.

anlamda özgürlüğe kavuşabilmeleri için onlara sosyal güvenlik, sağlık, eğitim, konut, çalışma, adil ücret, dinlenme hakkı vb. gibi sosyal ve ekonomik haklar tanınmalıdır. Bu anlamda sosyal devlet toplumdaki her kesimi olduğu gibi, özellikle ekonomik açıdan güçsüz olan kesimleri, başkalarına bağlı olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksulları korumakla yükümlüdür²⁰. Aksi takdirde ekonomik açıdan zayıf halk kitlelerinin insan onuruna yaraşır şartlarda yaşayabilmeleri için gerekli şartlar oluşturulamayacak, kişisel ve siyasal haklar kâğıt üzerinde kalan boş bir kalıp olmaktan öteye gidemeyecektir.

Bu çerçevede sosyal devletin, sosyal ve ekonomik hayatın zorunlu kıldığı hak ve özgürlükleri uygulamaya geçirmesi gerekmektedir. Böylelikle liberal dönemde soyut biçimde ele alınan birey; gerçek hayatta, içinde bulunduğu sosyal ve somut şartlar çerçevesinde ele alınmış olacak, devlet önceki tutumundan farklı olarak müdahaleci bir tavır sergileyecektir. Sonuç olarak kişilere tanınan hak ve özgürlükler sadece bir azınlık tarafından değil, herkes tarafından kullanılabilir²¹ hukuki olanaklar niteliğine kavuşacaklardır.

Sosyal devlet insan onurunu koruma amacının gereği olarak, bireyler arasındaki gelir eşitsizliklerini azaltmak suretiyle, milli gelirin adil dağılımını sağlamaya çalışır. Bununla birlikte sosyal devlet düşüncesinde adil gelir dağılımı, liberal düşüncede olduğu gibi piyasa mekanizmasının işleyişine müdahalede bulunulmadığı zaman, kendiliğinden ortaya çıkacak bir sonuç değildir. Sosyal devlet anlayışına göre, serbest piyasa mekanizmasının doğal işleyişi her zaman adaletsiz sonuçlar yaratabilir. Dolayısıyla adil bir gelir dağılımını gerçekleştirmek için ekonomiye müdahale etmek, sosyal devlet için bir zorunluluk taşımaktadır. Bu nedenle devletin piyasaya müdahalede pasif tutumunu terk ederek aktif müdahalelerde bulunması, sosyal devlet anlayışının bir gereği olarak belirmektedir. Sosyal devlet yoksulluğu kaldırmayı ve herkesin milli gelirden anlamlı bir pay almasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun içinse milli gelirden yoksul kesimlere gelir transferleri yapılacak ve onların da insan onuruna yaraşır asgari koşullarda yaşaması sağlanacaktır.

Sosyal devletin insan onurunu korumaya yönelik asgari yaşam standartlarını koruma kaygısı, somut olarak haciz mahalinde kendisini göstermektedir. Haciz mahali, alacaklının menfaati ile borçlunun acze düşmesi arasında bir yerde konuşlanmaktadır. Alacaklı, alacağına devletin meşru gücünü kullanarak

²⁰ Göze (n 10) 210.

²¹ Gümüş (n 13) 121-122.

elde etme amacı güderken, borçlu onurunun kırılmasından ve acze düşmekten kaçınma beklentisiyle meşru devlet otoritesine teslim olmuş durumdadır. Devlet otoritesi, iki menfaat arasında dengeyi gözeterek meşruiyetini sürdürmek amacındadır. Bu noktada devletin yasa yapıcı gücü önem kazanmaktadır. Zira, sosyal devlet ve “asgari yaşam standardı” kavramı her ne kadar Anayasa’nın 5. maddesi temelinde ele alınsa da kavramın hukuki çerçevesi belirsizliğini korumaktadır. Gerek haciz işlemleri gerek çeşitli sosyal ve ekonomik haklar bakımından yargıya intikal etmiş bir meselede hangi somut taleplerin insan onuruna yaraşır asgari yaşam standardı kapsamında ele alınacağı hem yürürlükteki kanunlara hem de yargı yerlerinin yorum ve tutumuna bağlı olarak değişecektir²². Bununla birlikte söz konusu süreçte, alacaklı, borçlu, üçüncü kişiler ve toplumun genelinin menfaatleri arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu da haciz meselesinde alacaklı, borçlu ve aile fertleri gibi üçüncü kişilerin yanında kamu yararının da gözetildiği bir yorum yapılmasını gerektirecektir.

II. Sosyal Devlette Devletin Pozitif Yükümlülükleri

İnsan haklarının korunmasını yalnızca devletin hak ve özgürlüklere müdahalesini en aza indirerek sağlayan yaklaşım artık günümüzde terkedilmiştir. Bu yaklaşım yerini klasik olarak müdahaleden bağımsız olması gereken -ifade özgürlüğü gibi- haklarda dahi, hakkın etkin bir biçimde kullanılabilmesi için devletin

²² Bu hususta Alman Federal Yüksek Mahkeme’nin Harz IV isimli kararları incelenebilir. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010-1 BvL 1/09-Rn. 1-220, <https://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109.html> Erişim Tarihi 16 Eylül 2024. Federal Yüksek Mahkeme bu kararda “asgari yaşam standardı” kavramının hukuki çerçevesine dair önemli tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, “İnsan onuruna uygun bir asgari geçim güvencesine yönelik doğrudan anayasal yardım talebi, yalnızca insan onuruna uygun bir varlığın sürdürülmesi için hayati önem taşıyan araçları kapsar. **Hem bireyin fiziksel varlığını, yani gıda, giyim, ev eşyası, barınma, ısınma, hijyen ve sağlığı kapsayan hem de insanların zorunlu olarak sosyal ilişkiler içinde var oldukları göz önüne alındığında, insanlar arası ilişkileri sürdürme ve sosyal, kültürel ve siyasi hayata asgari düzeyde katılma olanağını sağlayan tek tip bir temel hak güvencesiyle [vurgular eklenmiştir] asgari geçimin tamamını garanti altına alır.**” Hartz IV kararı, 135. paragraf. Söz konusu yaklaşım hacizde de uygulanmaktadır.

Öte yandan konunun bir yönü ekonomik ve sosyal hakların (ya da olumlu edim gerektiren hakların) dava edilebilirliği tartışmasını içermektedir. Bkz. Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2007) 143-152; Zülfiye Yılmaz, ‘Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları’ (2014) 72 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 695; Bertil Emrah Oder, ‘Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar’ (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199; Engin Yıldırım, ‘Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)’ (2014) 30 (1) Anayasa Yargısı 153.

müdahalesinin gerekliliğine bırakmıştır. Devletin insanların onurlu ve insanca bir yaşama sahip olmaları için bir takım “ödevlerinin” var olduğunun kabul edilmesi, sosyal devleti, *sosyal yardım devleti* olgusundan ayıran bir özelliktir²³.

Sosyal yardım devleti, 19. yüzyılın anayasalarında geçerli olan, klasik liberalizmin yeterince gideremediği, eğitim, sağlık ve çalışma koşulları gibi alanlardaki sosyal sorunlara çözüm getirmeyi amaçlayan bir devlet yaklaşımını ifade etmektedir²⁴. Ancak bu dönemdeki düzenlemeler, zamana ve koşullara göre geçici önlemler almak için yapıldığından, önceden düşünülmüş planlı bir siyasetin ürünü olarak ortaya çıkmamıştır. Sosyal yardım devleti, “yardım eden” bir devlettir. Oysa 19. yüzyılın ardından gelişen sosyal devlet ilkesi, devletin artık “yardım etmekle” yetinemeyeceği fikrine dayanarak, kanun önünde eşitlik ilkesinin fiili eşitlikle de tamamlanmasını gerektiren bir anlayışı yansıtmaktadır²⁵. Bu açıdan sosyal devlet ilkesinin temelinde, özel mülkiyetin kutsal ve dokunulmaz bir hak olmadığı, verginin sosyo-politik bir niteliğinin olduğu, siyasal demokrasinin, sosyo-ekonomik demokrasi ile tamamlanması gerektiği ve devletin eşitlik ve özgürlük ilkesine yeni bir anlam vermesi gerektiği fikirleri yer almaktadır²⁶. Bir başka ifadeyle, sosyal devlet insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesinin önündeki engelleri kaldıran ve bu dünyaya eşit şartlarda doğmayan insanlara, yaşamda eşit fırsatlar sunmak için çabalayan bir devlet olarak 20. yüzyıl anayasalarında yerini almaya başlamıştır.

Sosyal devlet ilkesinin yerleşmeye başladığı 20. yüzyılın ikinci yarısında, Birleşmiş Milletlerin (BM) çabaları ve ardından Avrupa Konseyinin de BM’nin hak ve özgürlükler alanındaki yaklaşımını benimsemesiyle, devletin insan hakları bakımından *pozitif yükümlülükleri*²⁷ uluslararası insan hakları hukukunun temel öğretisi olarak kabul edilmiştir²⁸. Bu bakımdan devletlerin saygı gösterme, ko-

²³ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (5. Baskı, Beta 1989) 413; Oktay Uygun, ‘Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi’ içinde İoanna Kuçuradi (ed), *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar* (Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları 2011, 67, 94-95.

²⁴ Göze (n 23) 413.

²⁵ Göze (n 23) 413.

²⁶ Göze (n 23) 413.

²⁷ Pozitif yükümlülük kavramının tartışmalı olması hakkında bkz. Cengiz Arıkan ve Ogün Oktay, ‘Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı (AİHM ve AYM’nin İctihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım)’ (2023) 3 (1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 109, 117-118.

²⁸ Tüm süreç için bkz. Burcu Değirmencioğlu, ‘Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: ‘Pozitif Yükümlülük Doktrini’ ve Türkiye’ye Yansıması’ (2021) 39 İnsan Hakları Yıllığı 55, 72-78.

ruma ve gereğini yerine getirme biçiminde üç tür yükümlülüğü kabul edilmektedir²⁹. İnsan haklarının korunması bakımından devletin pozitif yükümlülükleri, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal, Kültürel Hakları Komitesi'nin çeşitli genel yorumlarında³⁰ ve Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun (ICJ) hazırladığı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hak İhlallerine İlişkin Maastricht Kılavuz İlkelerinde³¹ açıkça yer almaktadır. Buna göre, söz konusu üç yükümlülükten birinin dahi yerine getirilmemesi, hakların ihlalini ortaya çıkartacaktır.

BM'ye göre, *saygı gösterme yükümlülüğü*, devletin haklardan yararlanılmasına müdahale etmekten kaçınmasını gerektirir. Örneğin, devletin keyfi biçimde zorla tahliyeler gerçekleştirilmesi barınma hakkına saygı gösterme yükümlülüğüne aykırı olarak, hakkı ihlal etmektedir³². Bu bakımdan bireyin mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili olan haciz işlemi sırasındaki hukuka aykırılıklar ve keyfi davranmaya varan uygulamalar, devletin saygı gösterme yükümlülüğü bakımından mülkiyet hakkını ihlal edebilir. *Koruma yükümlülüğü*, devletin bu hakların şirketler ya da silahlı gruplar gibi üçüncü taraflarca ihlal edilmesini önlemesini gerektirmektedir. *Yerine getirme yükümlülüğü* ise, devletin bu hakların tam olarak gerçekleştirilmesi için uygun yasal, idari, bütçesel, yargısal ve diğer tedbirleri almasını gerektirmektedir³³. Bunlarla birlikte her üç tür yükümlülük de davranış ve sonuç yükümlülüğü içermektedir. Davranış yükümlülüğü, belli bir hakkın kullanılabilmesi için makul olarak hesaplanmış bir eylemi -örneğin belli bir hakkın kullanılması için bir politika ya da eylem planı oluşturulması gibi- gerektirmektedir; sonuç yükümlülüğü ise, devletin belli bir standardı karşılamak için belirli hedeflere ulaşmasını gerektirmektedir³⁴.

Devletin sahip olduğu bu yükümlülüklerin taşıyıcıları hem yasama organı hem idare hem de yargı organlarıdır. Bununla birlikte devletin insan hakları yükümlülükleri bakımından devletin etkin bir mevzuat oluşturması, mevzuatı

²⁹ Değirmencioğlu (n 28) 72-78.

³⁰ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 12, 14 ve 19 No.lu Genel Yorumlarında söz konusu üç yükümlülüğe de atıf bulunmaktadır.

³¹ International Commission of Jurists, *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (1997) <<https://icj2.wpunet.unhcr.org/wp-content/uploads/1997/01/economic-social-and-cultural-rights-compilation-thematic-report-1997-eng1.pdf>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2024, 79.

³² International Commission of Jurists (n 31) 83.

³³ International Commission of Jurists (n 31) 83.

³⁴ International Commission of Jurists (n 31) 83.

doğru bir biçimde uygulaması ve uygulamayı da etkin bir biçimde denetleyecek kurum ve mekanizmaların oluşturulmuş olması gerekmektedir³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de BM'ye benzer biçimde devletin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hakların etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına alma yükümlülüğünün, devlet için *pozitif yükümlülükler* doğurabileceğini kabul ederek, devletin pasif kalamayacağı kimi durumlarda eylemler ve ihmaller arasında bir ayırım yapılamayacağını belirtmektedir³⁶.

İnsan haklarının etkin korunması bakımından devletin pozitif yükümlülüklerine yapılan vurgu, klasik olarak hakları kullanabilmek için devletin karışmaması gerekliliğine yapılan vurgunun yetersizliğini ortaya koyması bakımından önemlidir. Pozitif yükümlülükler öğretisi, yaşam hakkı gibi devletin dokunmaması gereken temel haklar bakımından da hakkın etkin bir biçimde korunabilmesi için devletin etkin bir soruşturma ve kovuşturma sistemi oluşturması gerekliliğini kabul etmektedir³⁷. Ancak pozitif yükümlülükler kavramı, öğretide devletin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin sınırını ve uluslararası bir sözleşmeden doğan sorumluluğun kapsamını belirsizleştirdiği yönünde eleştirilmektedir³⁸.

Kanımızca devletin yükümlülükleri Anayasa'nın 5. maddesinde anlamını bulan sosyal devlet ilkesi ve sosyal devlette insan onurunun korunması temelinde ele alınabilir. Çünkü insan hakları hukukunda temel problemlerden birisi, devletin insan haklarını korumak için bireyler arası ilişkilere ne ölçüde müdahale edebileceğine ilişkindir. Hatta bu nedenledir ki *ölçülülük* denetimi, insan hakları yargılamasındaki temel öğelerindendir. Ölçülülük denetiminde çatışan iki menfaatten hangisine neden müdahale edileceği ve hangisinin neden daha fazla korunacağı ikna edici biçimde açıklanmaya çalışılmaktadır. Ölçülülük ilkesi icra hukukundaki temel ilkelerden birisidir ve hukuk devletin anlamını bulduğu

³⁵ Yüksel Metin, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7 (27) Uluslararası İlişkiler 111, 113 vd.; Arkan ve Oktay (n 27) 117-118.

³⁶ AİHM'nin birçok kararında pozitif yükümlülüklerden söz edilmektedir. Mülkiyet hakkı bakımından tartışmalar için bkz. Arkan ve Oktay (n 27) 120-125. Aynı zamanda bkz. Fuklev v. Ukraine, application No. 71186/01 (ECHR, 7 June 2005), para. 90; Case of X and Y v. The Netherlands, application no. 8978/80 (ECHR, 26 March 1985), para. 23.

³⁷ Bu bakımdan AİHM'nin sıklıkla atıf kalan Opuz kararı örnek verilebilir. Opuz v. Türkiye, Basvuru no. 33401/02 (ECHR, 9 Haziran 2009), para. 145, 148, 149 vd.

³⁸ Arkan ve Oktay (n 27) 118. Eleştiriye göre, AİHM, var olan haklara içtihat yoluyla yeni öğeler ekleyerek hakların sınırını genişletmekte ve bu şekilde devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerinin öngörülemez olmasına yol açmaktadır.

hukuki güvenlik ilkesi ile de doğrudan bağlantılıdır. Dolayısıyla burada sorulması gereken önemli soru, borçlunun şahıs ve malvarlığına yapılan müdahalenin hangi sınırdan sonra hukuka aykırı olacağıdır³⁹.

III. Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Haciz

Haciz kurumuna ilişkin devletin yükümlülükleri öncelikle insan hakları temelli bir cebri icra sisteminin oluşturulmasını ve kanunda insan hakları temelli haciz hükümlerinin yer almasını gerektirmektedir. Bu bakımdan icra hukukunda haczi caiz olmayan mal ve haklara yer vermiştir⁴⁰. Ancak yalnızca bu nitelikte bir yasal düzenleme yeterli olmayıp, kanunun uygulanması sırasında da sosyal devlet ilkesinin bir gereği olan *insanca yaşama standardının* dikkate alınması gerekmektedir. Bu bakımdan İİK'nun 85. maddesinde icra müdürüne verilen alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatleri sağlama yükümlülüğü oldukça önemlidir. Ancak Yargıtay'ın, söz konusu açık hükme rağmen daha çok alacaklının menfaatine ağırlık veren bir biçimde, icra müdürünün haczedilmezlik kuralını re'sen gözetemeyeceğini ve alacaklının gösterdiği malları haczetmesi gerektiğini kabul ederek, borçlunun bu hususu haciz işlemi ardından şikâyet yoluyla ileri sürebileceği yönünde kararları bulunmaktadır⁴¹. Bu durumun ise, Anayasa'da düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırılık teşkil ettiği açıktır. Sosyal devlet ilkesi gereğince haciz işleminde alacaklının menfaati korunurken, borçlunun ve ailesinin de topluma muhtaç hale getirilmemesi -bir başka ifadeyle insan onurunun korunması- gerekmektedir. İcra müdürüne takdir yetkisinin verilmiş olmasının anlamı budur⁴².

Nitekim, Yargıtay'ın söz konusu uygulaması karşısında durumun açıklığa kavuşturulması için 2012 yılında kabul edilen 6352 sayılı kanunla İİK'nun 82. maddesinde değişiklik yapılmış ve icra müdürüne haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirme ve buna göre talebin kabulüne veya reddine karar verme yetkisi açıkça maddede yer almıştır⁴³.

³⁹ Mesut Köksoy, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet Yayınevi 2018) 51.

⁴⁰ Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Baskı, Beta 2016) 144; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku* (11. Bası, On İki Levha 2024) 169.

⁴¹ Köksoy (n 39) 48-49. İcra müdürlerinin görevleri ve hukuk sistemindeki konumları ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (İstanbul Üniversitesi, 2004) 31-34.

⁴² Çiftçi (n 4) 77-78.

⁴³ Köksoy (n 39) 49.

Öte yandan insan hakları hukukunda devletin yükümlülükleri her devlet organı için geçerli olduğundan yalnızca kendisine takdir yetkisi tanınan haciz memuru değil -haciz kararı verecek olan mahkeme dahil- icra sürecinde yer alan her süjenin, borçlunun haciz süresince korunmak istenen menfaatine yönelik bir amaç gütmesi gerekecektir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adli ve idari makamların *keyfi davranma yasağına* aykırılık olarak nitelenebilecek her türlü eylem ve işlemi devletin sorumluluğunu doğuracaktır. Bir başka ifadeyle icra dairesi görevlilerinin görevlerini ifa ederken hukuka aykırı eylem ve işlemlerde bulunarak bir zarar meydana getirmeleri durumunda, bireyin mülkiyet hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ya da adil yargılanma hakkı gibi temel hakları ve hukuki güvenlik ilkesi zedelenebilir. Bu durumda icra dairesi görevlilerinin kusurlu davranışlarından olumsuz etkilenen bireylerin tazminat davası açabilecekleri İİK 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bireyin zararının tam olarak karşılanması özellikle hukuk düzenine güveninin sağlanmasına hizmet ederek hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir⁴⁴.

IV. Sosyal Devlette Borçlu - Alacaklı Arasındaki Menfaat Dengesi ve Haciz

İnsanlar çeşitli sebeplerden ötürü maddi yetersizlik yaşadığında bir diğer kişiden borç almak durumunda kalabilir. Söz konusu sebepler borçlu olma durumuna ilişkin hukuk kurallarının uygulanmasını etkilemese de psikolojik olarak borçlu olmak bir insana elem ve ızdırap veren bir durumdur. Ancak ticari yaşamın olağan bir biçimde devam edebilmesi için borçların zamanında ödenmesi bir devletin ekonomik sisteminin istikrarı bakımından da oldukça önemlidir. Borç ilişkisinde borçlunun menfaati kadar alacaklının menfaati ve hatta toplumun ve acze düşen kişilere daha çok sosyal yardım yapması gerekeceğinden devletin de genel menfaati söz konusudur⁴⁵. Bu nedenle borçlunun borcunu ödeyemediği durumlarda kamu gücü devreye girerek alacaklının alacağını elde etmesine yardımcı olur.

Borçlunun mallarına rızası dışında el konulması işlemi hacizdir. Ancak günümüzde modern kanunlarda kimi sosyal, insani ve ahlaki düşüncelerle borçlunun bazı mallarına ve haklarına el konulması yasaklanmıştır. Söz konusu yasak haczedilmezlik olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Haciz işlemi icra müdürlüğü aracılığıyla yapı-

⁴⁴ Köksoy (n 39) 267.

⁴⁵ Herberger (n 2) 23.

⁴⁶ Gökhan Taneri, *Uygulamadan Örnek Hükümler BAM ve Yargıtay Kararlarıyla Haczedilmezlik Şikâyeti* (Seçkin Yayınları 2020) Önsöz.

lan bir memur işlemidir; bu nedenle söz konusu işlemin hukuka aykırı olduğu düşünüldüğünde bu işleme karşı icra mahkemesinde bir şikâyet davası açılabilir⁴⁷. Öte yandan haciz, niteliği itibarıyla devletin insan yaşamına zor kullanarak müdahale ettiği bir alan olduğu için, kamu gücünün insan yaşamına müdahalesinin doğru oranının araştırıldığı ölçülülük değerlendirmesi önem kazanmaktadır⁴⁸.

Ölçülülük ilkesi, borçlunun yaşamına müdahaleyi talep eden alacaklı, müdahaleyi gerçekleştiren devlet ve müdahalenin yapıldığı kişi olan borçlu arasında bir *dengenin* gözetilmesini gerektirir. Buradaki önemli soru borçlunun yaşamına yapılan müdahalenin nereye kadar hukuka uygun olarak değerlendirilmiştir. Özekes burada kanuna uygunluk ile hukuka uygunluk arasındaki ayrıma dikkati çekerek kanuna uygun kabul edilen her şeyin insan yaşamı bakımından meşru olmayabileceğini ve bu nedenle de insan haklarını zedeleyebileceğini belirtmektedir⁴⁹. Dolayısıyla icra hukuku bakımından *ölçülülük* ilkesi sosyal devlet ve insan hakları zemininde yapılacak bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. İcra işleminde temel hakların ihlali söz konusu olduğunda bir değerlendirme yapılarak duruma göre işlemin iptali herhangi bir süreye tabi tutulmayabilir, hatta işlem yok hükmünde sayılabilir⁵⁰.

Borçlu alacaklıya karşı belli bir sorumluluğunu yerine getir(e)memiş kimse- dir. Bu açıdan borçlu, günümüzde alacaklıya karşı *malvarlığı* ile sorumludur. Ancak malvarlığı ile sorumlu olma fikri yüzyıllar içinde insan hak ve özgümleri için verilen şiddetli mücadeleler sonunda mümkün olabilmiştir. Eski çağlarda kimi istisnaları⁵¹ olmakla birlikte, borçlunun borcundan dolayı *şahısvarlığı* ile sorumlu olması fikri; modern hukuk sistemlerinde ise borçlunun *malvarlığı* ile sorumlu olması kabul edilmiştir. Malvarlığı sorumluluğunun ise, günümüzde özellikle insan onurunun korunması fikri ile belli sınırlamalara tabi olması kabul edilmiştir. Modern hukuk sistemlerinde yer alan kimsenin borcundan dolayı

⁴⁷ Taneri (n 46) 39.

⁴⁸ Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Adalet Yayınevi 2009) 207.

⁴⁹ Özekes (n 48) 208.

⁵⁰ Özekes (n 48) 235.

⁵¹ Örneğin Babil kralı Amni-Şaduqua (Hammurabi'den 100 yıl sonra yaşamıştır), her ne kadar o zaman köle ticareti devam etmiş olsa da çıkardığı bir kanunla borç yüzünden kendisini ve ailesini satan bir kimsenin köle statüsüne girmesini yasaklamıştır. Bkz. Gülnihal Bozkurt, 'Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik' (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, 78. Yine Eski Yunan uygarlığından Solon da borcunu ödeyemeyen Atinalıların köle olması kuralını kaldırmış ve borç yüzünden köle olan Atinalıları azat etmiştir. Ancak borç yüzünden kölelik uygulamasına Solon'dan sonra devam edilmiştir. Bozkurt (n 51) 90.

özgürlüğünden mahrum bırakılmaması (Anayasa, md. 38/8) ve borçlunun ancak belirli mallarının haczedilebilir olması (İİK, md. 82, md. 83) güvenceleri insanların insanca yaşayabilecekleri ve maddi-manevi gelişmelerinin önündeki engellerin devlet tarafından kaldırılacağı bir sistemin temel ilkelerindedir.

Borçlu olan bir kimsenin borcundan dolayı belirli bedensel cezalara tabi olması Roma hukukunda XII Levha Kanunlarında yer almıştır. Bu dönemde borçluyu parçalamak, öldürmek ya da köle olarak satmak gibi uygulamalar mevcut olmuştur⁵². Bu gibi uygulamaların sembolik birer anlamının bulunduğu kabul edilebilir. Özellikle borçluyu parçalara ayırmak, ona ızdırap vermek gibi uygulamaların yasalar tarafından kabul edilmiş olması, hukuk kurallarının, *alacaklının borcunu ödemeyen borçluya karşı güttüğü intikam hissini tatmin etmesine*⁵³ hizmet etmektedir. Ancak insan haklarına dayanan bir hukuk sisteminin en temel özelliği belki de hukukun, insanlardaki *öç alma duygusunun* bir ifadesi olmasına yol açacak uygulama ve düzenlemelere yer verilmemesidir.

Orta çağ ve mutlak monarşilerin hüküm sürdüğü yeni çağın hukuk sistemlerinde yer alan kimi uygulamalar, bireylerdeki öç alma duygusunun tatminine izin veren sembolik uygulamalardır. Özellikle belli suçlara karşı öngörülen ceza türleri bireyin kınanması ve lanetlenmesi amacını aklılara getirmektedir. Örneğin, aynı nitelikteki suçlardan dolayı soylu ve asilzadelerin boynu kesilirken, çiftçiler ipe asılır; kiliseye karşı gelenler yakılırken, krallığa karşı gelip vatana ihanet edenler asılır; düşman askerler öncelikle asılıp idam edilir, ardından yakılır⁵⁴. İşte bu örneklerde bir bireye yaptığını ve -borcunu ödememek gibi- yapmadığını ödetmek için öngörülen belli uygulamalarda “suçlu” ya da “borçlu” ilan edilen kişiden sembolik bir öç alma ile ikinci bir kızma duygusunun ifadesi ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Ancak insan haklarına dayalı modern hukuk sistemlerinin temel gayesi insanı birey olarak ele almak ve onların vazgeçilemez bir takım doğal haklarının olduğunu kabul etmektir. Hukuk, insanlardaki **öç alma ve şiddet duygusunun tatminine** değil, bireyler arası menfaatlerin adil olarak

⁵² Türkan Rado, ‘Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı’ (1944) 10 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 229, 232-233, 236. Öte yandan XII Levha Kanunlarının borçlunun borcuna karşılık bedeninin parçalanmasına izin vermesi hususunun mistik ve dini bir anlam ifade ettiği yönünde iddialar da bulunmaktadır. Bu tartışma ve fikir için bkz. Rado (n 52) 237.

⁵³ Rado (n 52) 237.

⁵⁴ Joel Feinberg, ‘The Expressive Function of Punishment’ içinde Joel Feinberg, Jule Coleman (eds), *Philosophy of Law* (7. Baskı, Thomson Wadsworth 2004) 763.

⁵⁵ Feinberg (n 54) 763.

dengelenmesine hizmet etmelidir⁵⁶. Nitekim Wilhelm von Humboldt'a göre devlet, zarar gören kişinin (alacaklının) zararını tazmin etmenin adil bir yolunu bulmalı, *bir intikam arzusunun*, aslında haklı olan bir talebi (alacaklının alacağını elde etmesi), adaletsizlik bahanesine dönüştürmesine izin vermemelidir. İki kişi arasında (alacaklı ve borçlu) bir üçüncü tarafın müdahalesinin ve hakemliğinin söz konusu olduğu her durumda, intikam bahanesinin teşvik edilmesi tehlikesi bulunmaktadır⁵⁷.

Eski hukuk sistemlerinde kölelik de borçlunun borcuna karşılık olarak şahısvarlığı ile sorumluluğuna bir örnek teşkil etmektedir. Eski Hint uygarlıklarında bir kimse borcuna karşılık kendisi köle olabileceği gibi, çocuklarını ya da evlatlıklarını da köle olarak verebilmekteydi⁵⁸. Benzer şekilde eski Çin, Mezopotamya⁵⁹, Antik Yunan, Roma ve İbrani uygarlıklarında da borca karşılık kölelik yaygın birer uygulama olmuştur⁶⁰. Ancak bu sistemlerde dahi borçlu tamamen alacaklının insafına terk edilmemiştir. Örneğin İbrani hukukunda, Yahudilerin kendilerini çok nadir durumlarda borcuna karşılık köle olarak satabileceği düzenlenmesine rağmen, köle olan kişinin akrabalarının ve İbrani toplumunun tümünün o kişiyi fidye vererek kölelikten kurtarma yönünde dini yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmiştir⁶¹.

Roma hukukundaki haciz işlemi de borçluyu koruyan birtakım güvencelere sahip olmuştur. Örneğin Roma uygarlığında her şeyden önce cebri icra süreci devletin yargı organı olan *magistra* önünde başlatılabilmıştır⁶². Bununla birlikte

⁵⁶ Öte yandan menfaatlerin adil olarak dengelenmesi fikri insan haklarını menfaat teorisi ile açıklayan bir anlayışı yansıtmaktadır. Ancak bunun aksine, "menfaatlerine rağmen başka türlü de eyleyebilen" bir insan anlayışı da hukuk sisteminin temeli olabilir. "Menfaatlerine rağmen başka türlü de eyleyebilen bir insan" fikri ve insan haklarının insan onuru ile temellendirilmesi hakkında bkz. Zeynep İspir, *İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru Kavramı* (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017) 237.

⁵⁷ Wilhelm von Humboldt, *Devlet Faaliyetinin Sınırları* (Bahattin Seçilmişoğlu çev, 3. Baskı, Liberte Yayınları 2013) 227-228.

⁵⁸ Bozkurt (n 51) 67-68.

⁵⁹ Eski Mezopotamya uygarlıkları, Sümerler, Akatlar, Babil ve Asur uygarlıkları olarak Bozkurt'un kölelikle ilgili araştırmasında ele alınmıştır. Tüm bu uygarlıklar da borcuna karşılık kölelik uygulanmaktaydı. Bkz. Bozkurt (n 51) 69-80.

⁶⁰ Bozkurt (n 51) 80 vd.

⁶¹ Bozkurt (n 51) 81.

⁶² Çiftçi (n 4), bu hususun günümüzdeki icra-iflas hukukundan daha güvenceli bir sistem olduğunu belirtmektedir. Çiftçi'ye göre, ilamsız icra takibiyle aslında borçlu olmayan bir kişiye karşı da bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan icra takibi başlatılmasının ve o kişinin evine / işyerine girilerek bütün malvarlığının bir mahkeme kararı olmaksızın haczedilebilmesinin hukuk sistemimizde mümkün olması, alacaklının keyfi tutumu karşısında borçluyu korumak bakımından önemli bir yetersizliktir. Çiftçi (n 4) 22, dipnot 76.

borçlunun alacaklı magistra'ya gitmeden 30 günlük bir borcu ödeme süresi de bulunmaktaydı. Borçluyu borcundan kurtaracak bir kefilin bulunabilmesi ya da borçlunun pazar yerine götürülerek orada borcunu ödeyecek birisini bulabilmesine imkân tanınması gibi uygulamalar alacaklı ve borçlu arasındaki menfaati bir ölçüde de olsa dengelemeye ilişkin uygulamalar olarak değerlendirilebilir⁶³. Hatta Roma hukukuna göre borçlu borcundan dolayı hapsedildiğinde borçlunun ayağına takılan zincirlerin ağırlığı ile alacaklının borçluya hapsedildiği süre boyunca günlük vereceği buğday miktarının da belirlendiği görülmektedir⁶⁴.

Özellikle 19. yüzyıla kadar alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide alacaklıların menfaatine ağırlık verildiği görülmekle birlikte, borçlunun da menfaatlerinin dikkate alındığı düzenlemelere rastlanılmaktadır. 1215 tarihli Magna Carta Libertatum da bunlardan birisidir. Magna Carta Libertatum'un 9. paragrafı⁶⁵, borçlunun borcunu ödemeye yetecek kadar taşınır malı olduğu sürece, herhangi bir arazisine ya da kirasına el konulamayacağını güvence altına almaktadır⁶⁶. Bu hükmün amacı bir insanı temel geçim araçlarından mahrum etmemekle birlikte, o dönemde temel geçim aracı olarak tüccar sınıfın gelirlerinin değil, arazinin dikkate alındığını hatırlatmakta fayda vardır⁶⁷.

İslam hukukuna göre de borçluyu koruyucu belli güvenceler söz konusudur. Örneğin haciz işleminin Osmanlı Devleti'nin yargılama makamı olan kadı

⁶³ Çiftçi (n 4) 23.

⁶⁴ Rado (n 52) 237, Çiftçi (n 4) 24.

⁶⁵ Magna Carta'ya yapılan atıflar hukuk kitaplarında genellikle "madde" ibaresini kullanmaktadır. Ancak Magna Carta'nın orijinal metninde madde numarası bulunmamaktadır. Bu numaralandırma daha sonra metnin Latince'den İngilizce'ye çevirisindeki versiyonlarında yer almaktadır. İncelemek için bkz. Birleşik Krallık Ulusal Arşiv web sitesi <<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2024.

⁶⁶ 9. Paragrafın tam hali şu şekildedir: "*Borçlunun borcunu ödemeye yetecek taşınır malları olduğu sürece, ne biz ne de yetkililerimiz bir borcun ödenmesi için herhangi bir araziye veya kiraya el koymayacağız. Borçlunun kefilleri, borçlunun kendisi borcunu ödeyemediği sürece takip edilemez. Eğer borçlu imkânsızlıklar nedeniyle borcunu ödeyemezse, kefilleri borcundan sorumlu olacaktır. Eğer kefiller isterlerse, borçlu kendilerine olan yükümlülüklerini yerine getirdiğini göstermedikçe, onun için ödedikleri borcun karşılığını alana kadar borçlunun topraklarına ve kiralalarına sahip olabilirler.*" Birleşik Krallık Ulusal Arşiv web sitesi <<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2024.

⁶⁷ H. V. Wiseman, 'Magna Carta Efsanesi' (Münci Kapani çev) Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağan (Ajans-Türk Matbaası 1966) 467.

tarafından yapılması ve yalnızca ilamlı icra usulünün uygulanması, borcundan dolayı hapis cezası öngörülmesine rağmen yine de borçlunun haczedilemeyecek belli mallarının olduğunun kabul edilmesi gibi uygulamalar alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkide borçluyu korumaya yönelik uygulamalar olmuştur⁶⁸. İslam hukukunda da yiyecek, bireyin hayatını devam ettirebileceği oturacak, yakacak, giyecek gibi eşyaların haczedilemeyeceği kabul edilerek, borçlunun haciz işlemleriyle tamamen topluma muhtaç hale gelmesinin önüne geçilmiştir⁶⁹.

Türk hukukunda Cumhuriyetin ilanıyla birlikte 1924 yılında İsviçre’den iktibas edilen ilk İcra İflas Kanunu’nun⁷⁰ ardından 1932 yılında kabul edilen 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu -yıllar içinde değişikliğe uğrasa da- halen yürürlüktedir. 2004 sayılı İİK’da borçlunun haczedilemeyecek mal ve hakları düzenlenerek borçlunun asgari bir yaşam standardı sürdürebilmesi korunmak istenmiştir. Ancak güncel İİK’nun ilk kanundan ayrıldığı en temel husus, alacaklıyı “kötü niyetli borçluya” karşı korumak amacıyla yapılan düzenlemelere sahip olmasıdır. Dolayısıyla İİK temelinde borçluyu baştan kötü niyetli kabul eden bir zihniyete sahip olduğu yönünde eleştirilmektedir⁷¹. Bu dönemde henüz sosyal devlet ilkesinin anayasal nitelikte ilke olmadığını ve insan haklarının korunması fikrinin de uluslararası alanda gelişmediğini hatırlatmakta fayda vardır.

Bununla birlikte Özkes’e ve Çiftçi’ye göre, özellikle daha sonraki dönemlerde ekonomik sistemden ve krizlerden yoğun biçimde etkilenerek değişikliğe uğrayan İİK, ekonomik olarak üstün baskı gruplarının siyasi iktidarı kendi çıkar-

⁶⁸ Çiftçi (n 4) 29.

⁶⁹ Çiftçi (n 4) 29. Mecelle’nin 998. ve 999. maddelerinde de borçludan haczedilecek eşyalara yer verilmiştir. 998. maddeye göre borçlunun önce taşınır eşyaları satılacak, o yeterli olmadığı takdirde taşınmaz mallara geçilecektir. Ayrıca 999. maddeye göre de borçlunun değerli bir giyim eşyası ya da değerli taşınmazı (örneğin evi) satılıp, ona daha az değerli olan yeni bir giysi ya da ev alındıktan sonra kalan para ile alacaklılara borcun ödeneceği düzenlenmektedir. Cengiz İlhan, *Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Aslı ile Birlikte Tam Metin* (Yetkin Yayınları 2011) 301.

⁷⁰ 1929 tarih ve 1424 sayılı İİK’nun 69. maddesinde, İsviçre’den alınan hükümlerle uyumlu olarak, borçluya hacizden bir gün önce haczin yapılacağına haber verilmesi gerekliliğini düzenlemektedir. Ancak İsviçre toplumunda uygulanabilen bu hüküm, ülkemizde ne yazık ki kötüye kullanılmış ve icra memurlarının ertesi gün hacze gittiklerinde haczedilecek eşya bulamamaları ile karşılaşmalarına yol açmıştır. Buna ek olarak sürecin alacaklı aleyhine oldukça yavaş işlemesi eleştirileri de o yıllarda yeniden bir İİK’nun kabul edilmesinde etkili olmuştur. Çiftçi (n 4) 32.

⁷¹ Çiftçi (n 4) 33. Öte yandan icra takibinin çabuk ve etkili olmasına ilişkin önlemlerde kanunda yer almıştır. Çiftçi (n 4) 34. İlerleyen yıllarda bankacılık hizmetleri ile ilgili konular ve bankaların kötü yönetilmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik durum ve 2000’li yılların başında yaşanan ekonomik kriz sebebiyle İİK değişikliklere uğramıştır. Çiftçi (n 4) 35-37.

ları doğrultusunda ve daha çok günlük ve anlık ihtiyaçlara cevap verecek biçimde yönlendirmesiyle değiştirilmiştir⁷². Bu durum da alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına yol açarak devletin bireyler arası ilişkilere müdahalesinin bir *öç alma duygusunun* tatminine dönüşmemesi gerekliliğine temelden aykırı bir durum ortaya çıkartmaktadır.

Öte yandan İİK'nun 80. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alan, icra memurunun, borçlunun şahsına ve mallarına karşı gerektiğinde kuvvet kullanma yetkisi, insan onuruna aykırı bir uygulama olarak değerlendirilmektedir⁷³. İlam-sız icra usulünde daha da problemlili hale gelen bu hüküm alacaklıya, devlet makamları aracılığıyla adeta bir "yargısız infaz"⁷⁴ yapma olanağı sağlayabilmektedir. Nitekim benzer görüşte olan Yargıtay, 1999 yılında, -her ne kadar doğrudan borçluya ilişkin olmasa da- haciz aşamasında bireylerin konut dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkının korunmasına atıf yaparak, evinin kapısı kırılarak eşyalarına zorla el konulan üçüncü kişinin manevi tazminat talebini haklı bulmuştur. Bu davada Yargıtay ayrıca temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahaleler bakımından ölçülülük ilkesine uyulmadığını da belirtmiştir⁷⁵.

Sosyal devlette borçlu ve alacaklı arasındaki menfaat dengesinin kurulması oldukça zor bir meseledir. Bu hususta, emekli aylığının haczedilmesine ilişkin tartışmalar örnek verilebilir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesi⁷⁶, borçlunun itiraz etmesi halinde emekli aylığının haczedilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu hüküm hakkında 2011 yılında Anayasa'nın 2. (devletin temel nitelikleri) ve 10. maddelerine (eşitlik) aykırı olduğu gerekçesiyle

⁷² Muhammet Özkes, 'İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi' (2007) Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 97, 97. Çiftçi (n 4) 39-40.

⁷³ Çiftçi (n 4) 99, 274.

⁷⁴ İlam-sız icra takibinin ve haciz memurunun sahip olduğu kimi yetkilerin yargısız infaz teşkil edip etmeyeceği hakkında bir değerlendirme için bkz. Oğuz Atalay, 'İlam-sız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?' (2004) (1) Hukuk Perspektifleri Dergisi 67, 67-69.

⁷⁵ Bu davada asıl borçlunun haczedilen malları borcun tamamını karşılamaya yetmeyince, borçlunun telefon rehberinden bulunan üçüncü bir kişinin evine zorla girilip eşyalarının haczedilmesi durumu söz konusudur. Yargıtay 4 HD, 1953/5125, 01.06.1999. Karar hakkında ayrıca bkz. Çiftçi (n 4) 277, dipnot 55.

⁷⁶ "Madde 93- (Değişik birinci fıkra: 17.4.2008'5754/56 md.) Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. (Ek cümle 18.2.2009'5838/38 md.) Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir."

iptal davası açılmış, Anayasa Mahkemesi anayasa aykırılık sorununu ayrıca 13. (temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması) ve 35. maddeler (mülkiyet hakkı) bakımından da incelemiştir. Mahkeme'ye göre, emekli aylığı için öngörülen haciz yasağı sosyal devletin bir gereği olarak -aynı zamanda iptal davasına konu olan hükmün mutlak olmayıp, borçlunun muvafakati halinde haczin yine de mümkün olması nedeniyle- Anayasa'nın anılan hükümlerine uygundur. Anayasa Mahkemesi burada Anayasa'nın, devletin temel amaç ve ödevlerini düzenleyen 5. maddesine atıf yapmış ve aynı zamanda itiraz konusu kuralla öngörülen haciz yasağının devletin pozitif yükümlülüğün bir gereği olduğunu belirtmiştir⁷⁷. Karşıyoda ise alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulmasının zorluğu vurgulanmış ve alacaklının da acze düşmüş olabileceğinin hem kanun koyucu hem de Anayasa Mahkemesi tarafından göz ardı edildiği belirtilmiştir.

*“İptal isteminin reddine ilişkin gerekçede, yaşlılık aylığının, kişinin insan onuruna uygun **asgari yaşam düzeyini sürdürebilmesi için gerekli olduğu düşüncesine dayanılmış, ancak bunun istisnası olabileceği ve nafaka borcunun ödenmesi için yaşlılık aylığının kısmen haczedilebilmesinin Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe dahi, alacaklının ve borçlunun menfaatleri arasında sosyal hukuk devleti gereklerine göre bir denge kurulması ihtiyacına işaret etmektedir. Halbuki iptal istemine konu kural, belki de sigortalı olmayan, hiçbir geliri de bulunmayan alacaklının alacağını tahsil edememesi halinde nasıl bir zarurete duçar olacağını da sorgulama gereği duymaksızın, borçlu lehine mutlak bir koruma sağlamaktadır. Alacaklı her zaman zengin ve güçlü olmayabileceği gibi, borçlu, üzerine kayıtlı ve haczi kabil hiçbir malı olmayan ancak gerçekte çok iyi koşullarda yaşayan bir kişi de olabilir. Bu nedenle, alacak hakkına getirilen bu sınırlamada, sosyal devlet gereklerinden kaynaklandığı söylenebilecek, açık bir kamu yararı mevcut değildir. ‘Alacaklının alacağını borçlunun diğer gelirleri veya malvarlığından alabileceği’ varsayımı ise hukuksallık ve nesnellikten uzaktır. Devletin ‘sosyal devlet’ gereklerini, hukukunu korumakla mükellef olduğu diğer vatandaşlarının sırtından gerçekleştirmesi, sonuçta o devletin hem ‘sosyal’ hem de ‘hukuk devleti’ olmaktan çıkmasına yol açacaktır [vurgular eklenmiştir]⁷⁸.”***

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi, E 2009/19 K 2011/4, 06.01.2011.

⁷⁸ Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşıoy yazısından alıntıdır. Vurgu, yazarlar tarafından eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi, E 2009/19 K 2011/4, 06.01.2011.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı özellikle alacaklı ve borçlunun menfaatleri arasında, herhangi bir gerekçelendirme yapılmaksızın borçlu emekliler lehine bir tercihte bulunulması anlamına geldiğinden eşitlik ilkesine aykırı olduğu yönünde eleştirilmiştir⁷⁹. Hem kanun koyucunun⁸⁰ hem de Anayasa Mahkemesi'nin ülkemizdeki fazla sayıda emeklinin, -ne yazık ki- bankalara olan kredi borçlarını düşünerek bir karar verdiği yönünde tahminde bulunabilir⁸¹. Ancak sosyal bir hukuk devleti olmak, elbette alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin, her iki tarafın menfaatini de gözetecek bir biçimde yasalara yansıtılmasını veya hiç olmazsa siyasi bir tercihte bulunurken bunun gerekçesinin bir takım sosyolojik ve bilimsel verilerle desteklenerek açıklanmasını gerektirir⁸².

V. Haciz Sürecinde Temel Haklar ve 'Onurlu Bir Varoluş' Hakkı

Haciz sürecindeki menfaat dengesi, tarafların sahip olduğu ve haciz nedeniyle müdahale edilen temel haklar kapsamında irdelenebilir. Bu açıdan öncelikle her iki tarafın adil yargılanma ve mülkiyet hakları devlet tarafından etkin bir biçimde korunmalıdır. Öte yandan sosyal bir devlette temel haklar özellikle insanın "onurlu bir varoluş hakkı" ile birlikte ele alındığında etkin bir şekilde korunabilir.

⁷⁹ Gökçen Topuz, '5510 Sayılı Kanunda Öngörülen Emekli Aylığının Haczedilmezliği Kuralı ve Bu Kuralın Anayasaya Uygunluğu Üzerine Düşünceler' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3017, 3041. Anılan hükmün aynı zamanda alacaklının mülkiyet hakkını ihlal ettiği ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu da belirtilerek Anayasa Mahkemesi'nin kararı eleştirilmektedir. Özellikle İİK'nun 83. maddesinde alacaklının ve borçlunun menfaatlerini dengeli bir biçimde korunması için borçlunun maaşının bir kısmının haczine izin verildiği ve bu nedenle emekli borçluların maaşının haczedilemeyeceğini düzenlemenin, alacaklının mülkiyet hakkına yapılan hukuka aykırı bir müdahale teşkil ettiği belirtilmiştir. Topuz (n 79) 3045.

⁸⁰ 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. madde gerekçesinden, emekli aylığının haczine izin verilme nedeni anlaşılmamaktadır. Bu konudaki tartışma için de bkz. Topuz (n 79) 3039.

⁸¹ 2022 yılında Türkiye'de kredi ve kredi kartı borçları nedeniyle takibe uğrayan vatandaş sayısı 4 milyona ulaşmıştır. Haber için bkz. 'Kredi ve kredi kartı borçları nedeniyle 4 milyon 130 bin kişi yasal takipte' (31 Mart 2022) <<https://medyascope.tv/2022/03/31/kredi-ve-kredi-karti-borclari-nedeniyle-4-milyon-130-bin-kisi-yasal-takipte/>> Erişi Tarihi 30 Eylül 2024. Nitekim Taneri'nin Haczedilmezlik Şikâyeti isimli eserinde "Haczedilmezlikten Önceden Feragat" bölümünde sunulan örnek Yargıtay kararları, anılan 93. madde ile ilgili olup, örnek davaların bankalara kredi borcu olan emeklilerle ilgili olması dikkat çekicidir. Bkz. Taneri (n 46) 122-126.

⁸² Bu konu kanımızca hukuk ve toplumsal koşullar arasındaki ilişkiyle de ilgili bir meseledir. Toplumsal bir sorunun çözümü için, toplumda yer alan menfaatlerden birisine öncelik tanıyan genel geçer bir yasa yapıldığında (örnek olaydaki 93. madde gibi), ilgili yasa siyasi bir tercihten ibaret olacağı için, yasanın neden belli bir menfaate öncelik verdiğinin, Anayasa'ya ve hukuka uygun bir biçimde açıklaması gerekmektedir.

Onurlu bir varoluş kavramı, asgari yaşam standardı kavramından farklı bir kavramdır. Hukuk sisteminde sıklıkla Anayasa'nın 5. maddesi kapsamında "asgari yaşam standardı" ya da "asgari yaşam düzeyi" kavramı kullanılmaktadır. Özellikle sosyal güvenlik hukuku ve vergi hukuku gibi alanlardaki uyuşmazlıklarda bu kavrama atıf yapılmıştır⁸³. Benzer şekilde insan onurunu anayasal sistemin omurgasına oturtan Alman hukuk sisteminde de göç, iltica ve sosyal güvenlik hukuku gibi alanlarla bağlantılı olarak "asgari yaşam düzeyi/standardı" gündeme gelmiştir⁸⁴. Ancak söz konusu "asgari yaşam standardı" kavramındaki "asgari" sözcüğü Alman hukuk literatüründe eleştiriye uğramıştır. "Asgari" fikri retorik olarak herhangi bir şeyin "en aza indirilmesi" gerektiğine işaret etmektedir⁸⁵. Sözcük olarak da "en az ya da minimum" anlamına gelmektedir. Bu kavram insan zihninde, "en az ne kadar olabilir?" sorusunu canlandırdığı için aslında "dibe doğru bir yarışı" başlatmaktadır⁸⁶. "En az ne kadar olabilir?" sorusu ile "Bir insanın insanca var olabilmesi için nelere ihtiyacı vardır?" soruları

⁸³ Sosyal güvenliğin tanımını yaptığı kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2008/57 K 2010/26, 04.02.2010; Anayasa Mahkemesi, E 2021/5 K 2023/109, 01.06.2023, para. 9: "*Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve **asgari hayat standardını** güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak ve/veya diğer araçlarla, kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza, ölüm ve işsizlik gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.*"

Benzer şekilde vergilendirme ve sosyal güvenlik ilişkisi kurulan karar hakkında bkz. Anayasa Mahkemesi, E 2017/117 K 2018/28, 28.02.2018.

⁸⁴ Kavram Alman hukuk literatüründe ve özellikle yargı kararlarında "Existensminimum" olarak kullanılmaktadır. İlerleyen paragraflarda irdelenmiştir.

⁸⁵ Herberger (n 2) 18.

⁸⁶ Herberger (n 2) 18. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin sosyal güvenlik ile ilgili kimi kararlarında sosyal güvenlik sisteminin yapısının ülkedeki ekonomik koşullara bağlı olduğunu söylemesi dikkat çekicidir. İnsan zihni, ekonomik kriz dönemlerinde "en fazla 'nelerden' vaz geçilebilir?" sorusunu sorduğunda birçok şeyin vazgeçilebilir olduğu sonucuna kolaylıkla ulaşabilir. "*Anayasa, kişilere sağlanacak sosyal güvenlik hakkının ölçüleri konusunda ayrıntılı ilkeler koymamıştır. Sosyal güvenlik sisteminin yapısını **ekonomik ve sosyal koşulların belirleyeceği** bilinen bir gerçektir. Çünkü sosyal güvenlik programlarıyla ekonomik ve sosyal yapı karşılıklı etkileşim içindedir (AYM, E.2019/46, K.2020/55, 15/10/2020, § 14). Anayasa'nın kişilere sağlanacak sosyal güvenlik hakkının ölçütleri konusunda ayrıntılı ilkeler koymadığı hususu da dikkate alındığında işsizlik sigortasından yararlanmanın şartlarının yumuşatılmasının veya ağırlaştırılmasının istihdam, iş gücü verimliliği, gelir dağılımı, enflasyon, ücretler vd. üzerindeki etkilerini değerlendirmek ve buna göre bu şartları belirlemek, bu bağlamda Fonun istihdamın artırılması amacıyla kullanılmasını sağlamak hususlarının **kanun koyucunun takdirinde olduğu kuşkusuzdur** (kısmen bkz. AYM, E.2008/57, K.2010/26, 4/2/2010)." Anayasa Mahkemesi, E 2021/5 K 2023/109, 01.06.2023, para. 11.*

retorik bakımdan oldukça farklıdır. Herberger burada asıl odağın, “insanca var olmak için gerekli olan asgari bir sınırdan” değil, “onurlu bir varoluşun gerekliliklerinde” olmasını savunmaktadır. Elbette kimi güvencelerin bir sınırı olacaktır ancak yazara göre bu sınırlar “minimize etme eğilimi” baskın olmaksızın, “onurlu bir varoluşun güvence altına alınması” çerçevesinde somutlaştırılacaktır⁸⁷.

Haciz sürecinde borçlunun ve alacaklının temel hakları onurlu bir varoluşu gerçekleştirebilme çerçevesinde ele alınmaktadır⁸⁸. Bu doğrultuda borçlunun, haciz sürecinde müdahale edilebilen yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı⁸⁹, mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, bilim özgürlüğü ve eğitim hakkı, bilgi edinme hakkı, asgari ücret, hatta ailenin korunması, çocuğun hakları gibi çoğu temel hak aslında “insanca yaşama” ve “insan onuru” temelinde korunmalıdır. Tüm bu temel haklar bir insanın insanca yaşaması için sahip olması gereken haklardır⁹⁰. Bir başka ifadeyle hukuk sistemi insan hakları ile, insan hakları da insanın onurlu bir yaşam sürmesi ile temellendirilmektedir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi de kimi kararlarında insan onurunu toplumsal göreceliğe tabi olmayan, temel hakların temellendirilmesinde başvuru bir olgu olarak ele almaktadır⁹¹. Dolayısıyla örneğin, bilgi edinme ve haberleşme özgürlüğünden söz ederken, borçlunun “bilgi edinme açısından onurlu bir

⁸⁷ Herberger (n 2) 18.

⁸⁸ Herberger (n 2) 25.

⁸⁹ Nilüfer Boran Güneysu, ‘İcra ve İflâs Kanunu’nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi’ (2004) 6 (1) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 172, 174.

⁹⁰ Burada aslında insan haklarının temellendirmesi problemi bulunmaktadır. Kanun koyucunun takdirine bırakılan meselelerde kanun koyucunun takdirinin sınırını elbette anayasal düzen oluşturmaktadır. Bu ise ancak insan onuru ile temellendirildiğinde insan haklarına dayalı bir çözüm üretebilir. Hukuk sistemine yönelik bu tartışma hakkında bkz. İspir (n 56).

⁹¹ Semih Batur Kaya, ‘Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye’deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz’ (Güz 2022) 9 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 335, 347, 348. Karar örnekleri için bkz. Özel istihdam büroları ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi, E 2016/141 K 2018/27, 28.02.2018. Askeri Ceza Kanunu’nda düzenlenen kimi disiplin cezalarının Anayasa’ya aykırılığı ile ilgili olarak bkz. Anayasa Mahkemesi, E 1962/132 K 1966/29, 28.06.1966. Bu kararda Anayasa Mahkemesi, insan onurunun toplumsal göreceliğe tabi olmadığını belirtmektedir. “İnsan Haysiyeti’ kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi gelenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmektedir.”

varoluşa sahip olma hakkından” söz edilmektedir⁹². Ya da konut dokunulmazlığı ve barınma hakkından söz ederken “evde onurlu bir varoluş” temel alınmaktadır⁹³. Ya da kişi dokunulmazlığından söz ederken, “kişinin onurlu bir yaşam sürbilmesi için manevi ve duygusal bağlarının” da dikkate alınması gerekmektedir. İcra hukuku sistemlerinde haczi caiz olmayan mallara yer verilmesinin nedeni de borçlunun varlığını devam ettirebilmesini korumaktır. Ancak yine de haciz işlemi bakımından vurgulanan “asgari yaşam”, “en az ne kadar olabilir?” sorusunu zihinlerde canlandırmaktadır.

Alacaklı ise, devletin sahip olduğu meşru şiddet tekeli nedeniyle -ihkak-hak yasak olduğundan- devlete ve hukuki süreçlere bir güven duymaktadır. Alacaklının alacağı devlet tarafından alınması ve kendisine iade edilmesi yönündeki beklentisi hem adil yargılanma ve hem de mülkiyet hakkının konusunu oluşturmaktadır. Borçlar hukuku kapsamında alacak hakları da anayasal mülkiyet hakkının norm alanı içinde korunmaktadır. Adil yargılanma hakkı ise, etkili hukuki korunma hakkını ve bu kapsamda etkili icra hakkını da içermektedir. Dolayısıyla icra sürecinde yapılan her itiraz, icra sürecinin durması, haciz süreci ve haczedilmezlik olgusu alacaklının söz konusu temel haklarına bir müdahale teşkil edecektir. Ancak Herberger’e göre, alacaklı ve borçlunun temel hakları arasındaki çatışmayı gidermeye yönelik düşünülecekse, söz konusu müdahalenin hukuka aykırılığı değerlendirilirken yalnızca o andaki icra takibine odaklanılmaması gerekmektedir. Dolayısıyla bir icra takibinin başarısız olması, uzun vadede icranın mümkün olmayacağı anlamına gelmeyecektir. İcra emri geçerliliğini koruduğu sürece, zaman içinde borçlunun koşulları değiştikçe, icra takibinin seyri de değişecektir⁹⁴.

VI. Onurlu Bir Varoluş Hakkı Bakımından Uygulama

Yargıtay kararlarında ve İİK’nın gerekçesinde sıklıkla atıf yapılan “alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması” hususu “sosyal devlet” ve “insan hakları” temelinde dikkatle ele alınmalıdır. İnsan onurunu temel alan bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan sosyal devlet, haciz sürecine özellikle “temel

⁹² Örneğin televizyon, bilgisayar, telefon gibi eşyaların haczedilmesi sürecinde kişinin bilgiye erişim hakkı gündeme gelmektedir. Bu konuda detaylı tartışma için bkz. Erdem Akyazılı, ‘Akıllı Telefonların Haczi’ (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan 2835, 2842.

⁹³ Herberger (n 2) 25.

⁹⁴ Herberger (n 2) 27.

haklar ve onurlu bir varoluş” perspektifinden bakabilen devlettir. Nitekim Türkiye’de haciz sürecinin ve özellikle konutta haczin bir “taciz aracı” haline gelmesi, alacağın tahsilindense borçluya karşı bir “öç aracı” ya da “rezil etme aracı” olarak kullanılması eleştirileri⁹⁵, 2023 yılında haciz süreciyle ilgili bazı mevzuat değişiklikleriyle sonuçlanmıştır⁹⁶. Konumuz bakımından önemli olan husus haczi mümkün olmayan eşyalarla ilgili olan İİK md. 82/3 hükmünde yapılan değişikliktir. Buna göre, metinde yer alan “bireyleri için **lüzumlu eşya**; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri” ibaresi çıkartılarak; “bireylerine ait **kişisel eşya** ile ailenin ortak kullanımına hizmet eden tüm ev eşyası” şeklinde değiştirilmiştir. İlgili değişikliğin gerekçesinde ise, kişilerin, asgari yaşam standardının korunarak, insan onuruna yakışır bir şekilde hayatlarını idame ettirebilmelerinin koruma altına alındığı belirtilmiştir⁹⁷. TBMM tutanakları ve kanun teklifi gerekçesinde anılan madde değişikliği ile ilgili başkaca bir açıklama bulunmamaktadır. Söz konusu değişikliğin konumuz açısından değerlendirilebilmesi için 2023 değişikliğinden önceki durum hakkında kısa bir tartışma yapılması gerekmektedir.

Onurlu bir varoluş kavramına yapılan atıf, kavramın hukuki çerçevesini sorgulamayı gerektirmektedir. Nihayetinde somut uyuşmazlıkların konusu neyin nasıl haczedilip edilmediği olmaktadır. Türk hukuku bu hususta icra müdürüne belli bir takdir yetkisi tanımıştır (İİK md. 82/4) ancak icra müdürünün haczedilmesine ya da haczedilmemesine karar verdiği hususlar üzerine çok sayıda yargı kararı da bulunmaktadır⁹⁸.

2023 değişikliğinden önceki Kanun metninde “lüzumlu eşya” ibaresi bulunmaktaydı. Dolayısıyla burada temel sorunlardan birisi “nelerin” insanın onurlu bir varoluşu sürdürebilmesi için mutlaka gerekli olduğu olmuştur. Bu

⁹⁵ Güneysu (n 89) 175; Muhammet Özkes, ‘Konutta Haciz ve Konut (Meskeniyet) Haczi Üzerine (Paket Paket Gelen Yargıya Eleştiri ve Değerlendirme’ (2023) 2 <<https://www.linkedin.com/in/muhammet-%C3%B6zkes-3b613b1a6/recent-activity/all/>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2024.

⁹⁶ İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 28.30.2023, RG 05.04.2023/32154.

⁹⁷ TBMM (2023), 435 No.lu Komisyon Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6, sayfa 11. Ayrıca bkz. TBMM Tutanak Dergisi (27 Mart 2023) 79. Birleşim, sayfa 9 <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c126/tbmm27126079.pdf>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2024.

⁹⁸ İcra müdürünün takdir yetkisi hususunda icra müdürlerinin mesleğe seçimi ve eğitimi büyük önem kazanmaktadır. Konu hakkında genel olarak bkz. Volkan Özçelik, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi* (Adalet Yayınevi 2014).

hususta haciz sürecinde elbette somut vakaya göre değerlendirmeler yapılmaktaydı. Örneğin Yargıtay çeşitli kararlarında⁹⁹, kural olarak ev eşyasının haczedilemeyeceğini, ancak aynı amaca hizmet eden birden fazla eşya olması durumunda bunların haczedilebileceğini düzenleyen İİK md. 82/3'e atıf yaparak kimi ev eşyalarının haczedilebileceğini hükme bağlamıştır. Bir başka kararda ise, "fiyatı yüksek, muhafaza ve paraya çevrilmesi kolay, alıcısı bulunabilecek olan LCD, Plazma TV, kurutma makinası gibi eşyalar, maddede (İİK, md. 82/3) öngörülen amacın dışında borçlu ve ailesi için gerekli, zorunlu mallardan değildir" diyerek bir kişi ve ailesi için neyin gerekli ve zorunlu olduğunu kolaylıkla tespit edebilmiştir¹⁰⁰. Öte yandan Yargıtay'a göre gerekli eşyanın değeri fazlaysa, muhafazası ve paraya çevrilmesi kolaysa ve alıcısı bulunabilecekse yine vakaya özgü olarak haczedilmesi mümkün olmaktadır¹⁰¹. Bu hususta İİK'nda açık bir düzenleme olmadığı gibi, icra memuruna bir takdir tanınmıştır.

⁹⁹ Yargıtay, 12 HD, E 2015/1100 K 2015/10128, 17.04.2015.

¹⁰⁰ Yargıtay 12 HD, E 2013/3365 K 2013/12821, 04.04.2013.

¹⁰¹ Yargıtay 12 HD, E 2013/3365 K 2013/12821, 04.04.2013: "İİK'nun 82/3. (Değişik: 6352 Sayılı Kanun madde 16) maddesi gereğince para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri haczedilemez.

Takip hukukunda, asıl olan borcun ödenmesi olup, alacaklının alacağına kavuşması için gerekli takip işlemleri yapılırken borçlunun ve birlikte yaşadığı diğer aile fertlerinin yaşamlarını sürdürebilmesi için zorunlu olan eşyaların haczedilmeyerek kendilerine bırakılması gerekir. Anılan madde ile amaçlanan; alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin sağlanarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması, haczinde ekonomik yarar bulunmayan ya da muhafazasında ve satışında güçlük çekilen eşyaların hacizlerinin önlenmesidir. Bu bağlamda; borçlu ve aile bireyleri için gerekli olan eşyaların lüzumlu olup olmadığı tespit edilirken, alacaklının da alacağına fiilen kavuşmasını engelleyecek amacı aşan uygulamalardan kaçınılarak taraflar arasındaki menfaatler dengesini de hukuk düzeni içinde korumak gerekir.

Öte yandan her ne kadar İİK'nun 82. maddesine 6352 Sayılı Yasanın 16. maddesi ile eklenen son fıkrasında, icra memuruna haczi talep edilen malların haczinin caiz olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisi verilmiş ise de; verilen bu takdir yetkisi keyfiliğe de yol açmamalıdır.

Somut olayda; borçlunun evinde 06.12.2012 tarihinde yapılan haciz sırasında, 5 adet klima, 2 adet masaüstü bilgisayar, iki adet televizyon ve birer adet bulaşık makinası ve kurutma makinasının haczedilmesi istenilmiş, icra müdürünce talep reddedilmiştir. **Koltuk takımı, buzdolabı, çamaşır makinası, bulaşık makinası, fırın, halı vb. gibi ev eşyaları lüzumlu eşya olup, haczedilmeleri mümkün değil ise de; fiyatı yüksek, muhafaza ve paraya çevrilmesi kolay, alıcısı bulunabilecek olan LCD, Plazma TV, kurutma makinası gibi eşyalar, maddede öngörülen amacın dışında borçlu ve ailesi için gerekli, zorunlu mallardan değildir.** Ayrıca haczi istenen aynı nitelikte olan eşyalardan birden fazla bulunması durumunda bunlardan değeri daha düşük, satılması ve muhafazası zor olanın borçluya bırakılması, diğerlerinin haczedilmesi

Lüzumlu eşya, lüzumsuz eşya konusu Yargıtay'ın içtihadıyla açıklığa kavuşturulmuştur. İnsan yaşamının değişen niteliği gereği Kanun'un bu şekilde genel nitelikli ifadeler kullanması anlaşılabilir. Örneğin elli yıl önceki lüzumlu eşyalar ile günümüzdeki lüzumlu eşyalar aynı değildir. Ancak bu uygulamadaki sorunlu yön, ölçüt olarak "eşyanın değerinin fazla olması ve satımının kolay olması" gibi, borcun ödenmesini temel alan bir yaklaşımın benimsenmiş olmasıdır. Yargı yerleri her ne kadar kararlarda borçlunun temel hakları ve asgari bir yaşam standardı çerçevesinde haczin gerçekleştirilmesi gerektiğinden söz etse de, "eşyanın değerinin fazla olması" retoriği, önceki bölümde ele aldığımız haczedilebilirliğe karar verirken ortaya çıkan "dibe doğru yarış" tehlikesini içermektedir. Cebri icra hukukunun temel amacı borcun ödenmesi olduğundan Yargıtay'ın geliştirdiği bu ölçüt anlaşılabilir. Ancak 2023 değişikliğinden önceki İİK md. 82'nin lafzı, kanımızca insanın onurlu bir varoluşunu garanti alan yaklaşımdan yoksundu. Dolayısıyla 2023 değişikliği ile "lüzumlu eşya" kavramı yerine "kişisel eşya" kavramı insanın onurlu bir varoluş hakkının korunması yaklaşımına daha yakındır. Ancak elbette "kişisel eşya" kavramından ne anlaşılacağı da somut vaka temelinde yine icra müdürleri ve yargı yerlerince belirlenecektir.

Konu hakkında kısa bir kıyaslama yapmak üzere burada Alman Medeni Usul Kanunu'nun yaklaşımından söz etmek gerekmektedir. Alman hukuk sisteminde insan onuru temel bir değerdir ve asgari yaşam standardı (*Existensminimum*¹⁰²) sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku, nafaka hukuku ve icra hukuku bakımından değişik biçimlerde ele alınmaktadır¹⁰³. Kavram, sosyal güvenlik ve nafaka hukukunda devletin insana "yardım etmesi" yönüyle, vergi hukukunda da "devletin bireyi var olmak için gerekli asgari gelirden mahrum bırakmaması" yönüyle ele alınmaktadır¹⁰⁴. Tüm bu hukuk alanlarında devletin bireye karşı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Herberger'e göre icra hukukunda da vergi hukukundaki gibi bir yaklaşım söz konusudur. Yani, devlet icra aygıtını, borçlunun var olmak için gerekli asgari gelirden mahrum bırakacak bir şekilde tasarlayamaz. Bu nedenle de haczedilemez mallarla ilgili hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak icra hukukundaki ilişki yalnızca devlet ve borçlu arasındaki ikili bir

gerekir. Kaldı ki, borçlu vekili de haciz sırasında; diğer eşyaların haczine karşı çıkılsa da "...bir adet televizyonun dışındaki eşyaların haczedilebilirliği söz konusudur" şeklinde beyanda bulunmak suretiyle haciz yapılmasına karşı çıkmamıştır."

¹⁰² Bu kavram bir terim olarak Türkçedeki asgari yaşam standardı kavramına karşılık gelmektedir. Kavram, "var olmak için gerekli asgari şartlar" anlamında çevrilebilir.

¹⁰³ Herberger (n 2) 14-17.

¹⁰⁴ Herberher (n 2) 15.

ilişki değil; alacaklı-devlet-borçlu arasındaki üçlü bir ilişkidir. Bu nedenle alacaklının temel hakları da dikkate alınmaktadır¹⁰⁵.

Asgari yaşam standardı (Existensminimum) kavramı içerik olarak Alman hukukunda tartışılmıştır. Buna göre, kişinin gıda, giyim, ev eşyaları, barınma, ısınma, hijyen ve beden ve çevre sağlığını içeren **fiziksel asgari yaşam** standardı; kişinin kendi geçimi için gerekli masraflarını sürekli olarak karşılayacak bir geliri elinde tutmasını sağlayan **ekonomik asgari yaşam** standardı; kişinin, kişiler arası iletişimini sürdürebileceği, belli ölçüde sosyal ve siyasal hayata katılabilmesini mümkün kılan **sosyo-kültürel asgari yaşam** standardı; kişinin evdeki özel alanını ve inanç alanını koruyan, komşu ve çeşitli cemiyetlerle **inançlarını yaşamasını sağlayan asgari yaşam** standardı; tek başına yaşamayan kişiler için **aile olarak asgari bir yaşam** standardı; eşyaların objektif değerini aşabilen ya da objektif değerleriyle ilişkili olmayan, bir kişinin ideal değerleri ve duygusal bağlarıyla ilgili olan ve **duygusal menfaat içeren bir asgari yaşam** standardı kavramın bütünü oluşturulmaktadır¹⁰⁶.

Bunlara ek olarak asgari yaşam standardı **geleceğe yönelik** olarak ele alınması gereken bir olgudur. Haciz sürecinde genellikle kişinin belli bir zamandaki asgari yaşam standardına odaklanılmaktadır. Ancak asgari yaşam standardı geleceğe yönelik olarak ele alındığında bireye bir manevra alanı tanınmış olmaktadır. Birey, kendi yaşamını özgürce yönetebilmeli, geliştirebilmeli ve “çalışma güdüsünden” mahrum bırakılmamalıdır. Bu yaklaşım bir başka ifadeyle kişinin geleceğe dair var olabilmek açısından “umudunu” tüketmemek olarak da anlaşılmaktadır¹⁰⁷. Haciz süreci bireyleri yalnızca “ölmeden önceki son aşama” düzeyinde bir asgari bir geçim düzeyiyle baş başa bırakmamalıdır.

Kanımızca bu hususta Alman Medeni Usul Kanunu’nun¹⁰⁸ yaklaşımı insanın onurlu bir varoluş hakkını korumak bakımından dikkate değerdir. İlgili Kanun’a göre haczedilemeyecek mallar sayıldıktan sonra, (811. madde, 4. paragraf), şu ifade gelmektedir: “*borçlunun mütevazı sayılamayacak bir yaşam tarzı ve ev için ihtiyaç duyduğu eşyalar, satışlarının satın alma fiyatlarıyla orantısız bir meblağ getireceği açıksa haczedilmemelidir.*” Bu madde aslında “asgari yaşam

¹⁰⁵ Herberger (n 2) 17.

¹⁰⁶ Herberger (n 2) 10-11.

¹⁰⁷ Herberger (n 2) 12.

¹⁰⁸ Zivilprozessordnung, § 811, “Unpfändbare Sachen und Tiere”, <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_811.html> Erişim Tarihi 21 Eylül 2024.

standardının”, “olabilecek en düşük yaşam standardından” daha farklı bir içeriğe sahip olduğu fikrini yansıtmaktadır. Şöyle ki, borçlunun mütevazi sayılmayacak bir ev eşyasının satışı sonunda elde edilecek para, borçlunun onu alırken ödediği miktarın orantısız bir biçimde altında kalacaksa, söz konusu mal haczedilmemelidir. Burada dikkat edilmesi gereken ince ancak kanımızca “sosyal bir hukuk devleti olmakla ilgili” önemli bir fark bulunmaktadır. Bununla birlikte bu ifade bir önceki bölümde ele alınan haczin bir “öç alma ve intikam” gibi duygulara hizmet etmemesinin de yasal bir garantisidir. Bir başka ifadeyle, borçlunun mütevazi bir yaşam tarzını aşan nitelikteki eşyası, “sırf ondan öç almak için” haczedilemeyecek; bu nitelikteki eşyanın satımının ekonomik değeri mutlaka göz önünde bulundurulacaktır. Eşyanın satılırkenki değeri, alındığı değerden önemli ölçüde düşükse, -eşya mütevazi bir yaşam tarzını aşsa dahi- o eşyanın haczedilmesinde hukuki bir yarar yoktur.

Türk hukukunda ev eşyasından hangilerinin haczedilip haczedilemeyeceğine karar verilirken “eşyanın satış miktarı” **icthadi olarak** dikkate alınmakta; Alman hukukunda ise, “eşyanın ilk alım fiyatı ile son satış fiyatı arasındaki farka” dikkat edilmesi gerektiği **kanun maddesi ile** belirtilmektedir. Bu hususun ilk bakışta pratikte bir farkı yokmuş gibi görünmektedir. Ancak gerek hukuki belirliliğin sağlanması, gerekse usul ekonomisi bakımından bu hususta Türkiye’de de bir kanuni düzenleme yapılması olumlu olacaktır. Kanun, haczedilecek malların değeri ile ilgili böylesine bir **ölçülülük hükmüne** yer verdiği takdirde, icra takibi sırasındaki anlaşmazlıklar ve karışıklıklar azaltılabilir; mahkeme kararlarında tutarlılık sağlanabilir. Hacze konu olacak eşyaların değeri ile ilgili böyle bir hüküm olduğu takdirde, nelerin hacizden muaf tutulacağına ilişkin daha belirgin bir ölçüt ortaya çıkacağından, borçlular sürece daha az itiraz edebilir ve icra süreci hızlanabilir. Bu durum yargı alanında daha az kaynak harcanması anlamına gelecektir.

Bununla birlikte Alman Medeni Usul Kanunu’nun 811. maddesinin 4. paragrafının lafzında yer alan “*borçlunun mütevazi sayılmayacak bir yaşam tarzı ve ev için ihtiyaç duyduğu eşyalar*” ibaresi kanımızca “insanın varoluşuna” dair onur temelli bir bakış açısı yansıtmaktadır. Karşılaştırma için lüzumlu eşya-lüzumlu olmayan eşya ayırımının yapıldığı 2015 yılında verilmiş olan Yargıtay kararı incelenebilir¹⁰⁹:

¹⁰⁹ Yargıtay, 12 HD, E 2015/1100 K 2015/10128, 17.04.2015.

*“Ancak lüzumlu olmayan ev eşyaları için de haczedilmezlik kuralı uygulanmamalıdır. **Mütevazi bir hayat standardının sürdürülebilmesi ve içinde bulunulan sosyal statünün asgari koşullarının muhafazasını temine yarayan, borçlunun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya lüzumlu eşya olarak kabul edilmelidir.** [Vurgu eklenmiştir.]”*

Alman Medeni Usul Kanunu’ndaki ifade, insanın asgari yaşam standardının, “insanı öldürmeyecek en az düzeydeki yaşam” olarak **anlaşılması** gerektiğine ilişkin bir düşünce meydana getirmektedir. Bir başka ifadeyle, bir kişinin mütevazi sayılmayacak bir yaşam tarzı için ihtiyaç duyduğu eşyalar da (örneğin mesleğiyle ilgili olmayan kişisel müzik enstrümanı), satış aşamasında değerlerinde orantısız bir düşüş olacaksa haczedilmeyecektir.

2023 yılında “kişisel eşya” kavramını öngören yeni düzenlemenin bu yaklaşıma benzer bir sonuç ortaya çıkartıp çıkartmayacağını uygulama gösterecektir. Örneğin borçlunun mütevazi yaşamı aşan nitelikte ev eşyaları olabilir. Bu eşyalar 2023 değişikliği öncesi, haczi uygulayan icra müdürü ya da vakayı yorumlayan yargıç tarafından “asgari bir yaşam standardı için lüzumlu” görülmebilir. Ancak eşya baba yadigarı bir halı ya da saat gibi bir eşya ise, yeni düzenlemeye göre “kişisel eşya” olarak nitelendirilip haczedilmeyebilecektir. Dolayısıyla “kişisel eşya” kavramı insanın onurlu bir varoluş sürdürebilmesi fikrine daha yakındır¹¹⁰.

VII. Haczedilmezlikten Feragat ve İnsan Onuru

Sosyal devlette borçlunun muhtaç durumuna düşmeden her şeye rağmen insanca bir yaşam sürebilmesi için haczedilemeyecek mallarına ve haklarına İİK’nın 82. ve 83. maddelerinde yer verilmiştir. Bunlardan 82. maddede yer alan mal ve hakların haczi mümkün değildir; 83. madde ise kısmen haczolunabilecek mal ve hakları düzenlemektedir¹¹¹. Konumuz bakımından önemli olan İİK’nun 83/a maddesinde düzenlenen hacizden feragat hususudur. Haczedilmezlikten feragat, İİK 83. maddesinde düzenlenmiştir ve öz olarak borçlunun haciz sırasında ya da sonradan İİK’da kanunen haczedilemeyeceği belirtilen mal ve değerlerin haczine izin vermesi işlemidir¹¹². Söz konusu hükme göre, haciz isteme

¹¹⁰ Örneğin akıllı telefonların kişilerin özel hayatlarının önemli bir parçası olduğunu ifade eden ABD’den yargı kararı hakkında bkz. Akyazılı (n 92) 2838-2939.

¹¹¹ Pekcanitez, Atalay, Özkan, Özekes, (n 40) 168-176; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Ayvaz Taşpınar ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023) 335-336.

¹¹² İbrahim Özbay, ‘İcra ve İflas Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)’ (2005) 9 (1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 543, 544.

yetkisinin gelmesinden önce¹¹³ yapılan haczedilemeyecek mallardan feragat edilmesine ilişkin sözleşmeler yasaklanmıştır. Esas olarak borçluyu korumak amacı olan bu hüküm, borçlunun hacizden önce yapılacak bir feragatin sonuçlarını ve kendisine yükleyeceği ağır yükü tahmin edemeyecek olmasına dayanmaktadır. Bununla birlikte, haciz öncesi dönemde borçlunun iradesinin baskı altında olması ve bir malın haczedilmesine ancak borçlunun haciz anındaki durumuna göre karar verilebilmesi de söz konusu hükmün gerekçeleri olarak sayılmaktadır¹¹⁴. Öte yandan 83/a hükmünün özellikle geçimini maaş ve ücretle sağlayan kimseleri korumak için yapıldığı belirtilmektedir¹¹⁵.

Modern hukuk sistemlerinde devletin meşru şiddet tekeli kapsamında ve menfaatleri dengelemek için bireyin yaşamına müdahale ettiği her durumda, - dolayısıyla haczedilmezlikten feragat usulünde de- bireyin insanca bir yaşam sürmesi fikrinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu husus sosyal bir devletin varlık amacıdır. Öte yandan daha önce de belirtildiği gibi, borçlunun daima zayıf ve acze düşmüş, alacaklının ise varlıklı ve güçlü konumda olduğuna yönelik ön kabullerle de hareket edilmemesi gerekmektedir. Nitekim bir borçlu farklı kaynaklardan gelirlere sahip olarak da haciz sırasında ve sonrasında da haczedilemeyecek belirli mal ve haklarının haczedilebileceğine izin verebilir. HAYATIN sonsuz olasılıkları karşısında ise hukukun her iki menfaati de gözetecek ancak aynı zamanda sosyal bir devlet olarak acze düşmüş vatandaşın menfaatine de kimi durumlarda üstünlük tanınması gerekecektir. Dolayısıyla söz konusu

¹¹³ Taneri (n 46) 121.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda haczedilmezlikten feragatle ilgili açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus Alman hukuk literatüründe Türkiye'deki gibi hacizden önce ve haciz sırası/sonrasında olmak üzere iki farklı aşama bakımından değerlendirilmektedir. Alman doktrininde görüşler çeşitlidir. Tarihi olarak, Alman Adalet Komisyonu, haczedilmez malları düzenleyen 811. maddenin haczedilmezlikten feragatle aykırı bir lafzının olmadığı yönünde görüşler belirtmiştir ancak ilgili komisyon raporunda haczedilmezlikten feragatin savunulma gerekçelerine yer verilmemiş, konu tartışılmamıştır. Bununla birlikte, komisyonun raporunun tarihi ve devletin insan onurunu koruma yükümlülüğü göz önüne alındığında kimi yazarlar haczedilmezlikten feragatin Alman icra hukukunda mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Tartışmalar için bkz. Herberger (n 2) 108.

¹¹⁴ Taneri (n 46) 121; Özbay (n 110) 546-547, 566.

¹¹⁵ Özbay (n 112) s. 547. 83/a maddesi, 1965 yılında yapılan bir değişiklikle kabul edilmiştir. Bu tarihten önce, senetlerde sıklıkla muvafakat hükmü yer almaktaydı. Paraya ya da belli bir hizmet / mala ihtiyacı olan ve borca giren kişi önceden imzaladığı senetlerde "maaşım mahcuz dahi olsa tamamının veya bir kısmının haczine muvafakat ediyorum" şeklinde bir ibare bulunmaktaydı. Bu ibareler gereği kimi zaman borçluların maaşının tamamı dahi haczedileliyordu. Özbay (n 112) 547.

feragat kurumunun uygulanma sürecindeki kimi durumların, insanın insanca bir yaşam sürmesine aykırı sonuçlar ortaya çıkartabileceği hatırlanmalıdır.

İcra ve İflâs Kanununun 83/a maddesinin lafzından çıkan sonuç, borçlunun haciz sırasında ve hacizden sonraki dönemde haczedilemez bir mal ya da hakkının haczedilmezliğinden feragat edebileceğidir. Üstelik söz konusu feragat taraflar arasında yapılan açık bir anlaşma ile olabileceği gibi, borçlunun haczedilemez bir mal ya da hakkın haczedilmiş olmasına süresi içinde şikâyet etmemesi durumunda zımni olarak da yapılmış sayılmaktadır¹¹⁶.

Haczedilmezlikten feragat edilebilmesi kanımızca sosyal devlet olgusunun tartışılabilirliği ilginç bir hukuki kurumdur¹¹⁷. Çünkü bir kimsenin **kendi maliki olduğu mal ve haklar üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin bir sınırını oluşturan**¹¹⁸ bu kurum, uygulamada değişik ihtiyaçlara cevap vermek için kullanılagelmiştir. Ancak söz konusu pratik ihtiyaçların **bir insanın içinde bulunduğu zor durumdan faydalanmak** olarak nitelenebilmesi de söz konusudur. Örneğin, para alış-verişi yapan ya da taksitle mal satan firmalar, borçlunun haczi caiz olmayan mal ve haklarının haczine kanuna uygun olarak izin verilebilmesi için, malı veya parayı borçluya vermeden önce bir icra takibi başlatmakta (henüz borç muaccel olmadığı için formaliteden bir takip) ve böylelikle haciz isteme yetkisinin gelmesinden sonra borçlunun feragat beyanını temin etmiş olmakta ve alacağını önceden garanti altına almaktadır¹¹⁹. Bu gibi yollara, toplumda özellikle para bulma sıkıntısı yaşayan memur, işçi ve emekliler yönelmekte; ihtiyacı olan para veya mallara ulaşabilmektedir. İİK 83/a maddesindeki düzenlemenin bu gibi durumlara izin verdiği belirtilmektedir¹²⁰.

¹¹⁶ Taneri (n 46) 121; Özbay (n 112) 566.

¹¹⁷ Burada şimdilik çalışmamızın kapsamını aşan temel bir sorun da hakkın kaynağına ilişkindir. Haczedilmezlikten feragat kurumu aslında, hukukta hak ve özellikle insan hakları bakımından temel tartışma konusu olan hakların temellendirmesi problemi ile yakından ilişkilidir. Hukuk sistemleri irade kuramı üzerinden işlediğinde kişinin kendi "özgür" iradesiyle hakkından feragat edebileceği kabul edilir. Ancak insan iradesinin özgür olup olmadığı da başka bir temel tartışma olarak belirmektedir.

¹¹⁸ Haczedilmezlikten feragat sözleşmesi cebri icrayı genişleten bir usul sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Özbay (n 112) 561. Ancak her ne kadar bu bir sözleşme olsa da kanımızca bu sözleşme kuramsal olarak dikkatle ele alınmalıdır. Şöyle ki, böyle bir sözleşmeyle kişi aslında devletin meşru şiddet tekeline yönlendirmiş olmaktadır. Dolayısıyla insan onurunu korumak için var olan bir devlette, böyle bir sözleşme açısından, klasik sözleşmeler hukukunda kullanılan "tarafların özgür iradesi" yaklaşımı yetersiz kalmaktadır.

¹¹⁹ Taneri (n 46) 551.

¹²⁰ Taneri (n 46) 551.

Haczedilmezlikten feragat sözleşmesi cebri icrayı genişleten bir usul sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹²¹. Ancak her ne kadar bu bir sözleşme olsa da kanımızca bu sözleşme kuramsal olarak dikkatle ele alınmalıdır. Şöyle ki, böyle bir sözleşmeyle kişi aslında devletin meşru şiddet tekeliğini yönlendirmiş olmaktadır. Dolayısıyla insan onurunu korumak için var olan ve meşru şiddet tekeliğini de insan hakları temelinde kullanmakla yükümlü olan bir devlette, böyle bir sözleşme açısından, klasik sözleşmeler hukukunda kullanılan “ tarafların özgür iradesi” yaklaşımı yetersiz kalmaktadır. Elbette ekonomik hayatın devamlılığı için haczedilemeyecek kimi mal ve hakların borçlunun iradesiyle haczedilebilmesinin mümkün olması gerektiği savunulabilir. Ancak burada “borçlunun iradesi” olgusuna dikkatle yaklaşılmalıdır. Bir kişi normalde kişisel olan ve kendi yaşamı için de gerekli olan bir eşyası üzerinde özgürce tasarrufta bulunarak bir başkasına satabilir. O halde, böyle bir şeyin satılması ile haczedilmezliğinden feragat edilmesi arasında ne gibi bir fark bulunmaktadır? Bu hususta kimi Alman yargı yerleri, malın iradi olarak satılmasında kişinin ekonomik sonuçlar üzerinde doğrudan bir etkisinin olacağını; ancak haczedilmezlikten feragatte ise kişinin böyle bir etkisinin olmayacağını belirtmişlerdir¹²². Kanımızca da bir kişinin kişisel bir eşyasını kendi iradesi ile satması halinde, kendi ekonomik yaşamı üzerinde bir kontrolü bulunmaktadır. Ancak haczedilmezlikten feragat kurumu, kişinin özgür iradesiyle yaptığı bir tasarruf yetkisi olarak kolaylıkla değerlendirilemez.

Haczedilmezlikten feragat özellikle bir kişinin yaşamını insanca sürdürebilmesi için haczi mümkün olmayan şeylerin borçlu tarafından haczedilebileceği yönünde bir **irade ortaya koyması** nedeniyle, devletin insan haklarını koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla haczi gerçekleştiren memurun haciz sırasında borçluyu etkileyecek ifadelerde bulunarak borçlunun haciz sırasındaki ya da sonrasındaki haczedilmezlikten feragat beyanında etkili olabilecek nitelikteki ikna ve telkinleri, devletin insan hakları yükümlülüklerine aykırı bir durum ortaya çıkartabilir. Özellikle haciz sırasında, borçludan haczedilmezlikten feragat etmesinin istenmesi, borçluyu güçlü bir baskıya maruz bırakacaktır. Hatta kimi durumlarda borçlunun kötü niyetli olarak etki altında kalması dahi söz konusu olacaktır. Örneğin kimi durumlarda haczedilmezlikten feragat, bir borçlunun evine haciz gelmemesi ve eşyalarının alınmaması için başvuru olan bir yol olmaktadır. Bu durumlarda borçlular evlerinden buzdolabı,

¹²¹ Bkz. Özbay (n 112) 561.

¹²² Herberger (n 2) 110.

televizyon gibi beyaz eşyanın alınarak satılması yerine maaşlarının kanunun izin verdiği kadar fazlası ya da tamamı hakkında haczedilmezlikten feragati kabul edebilmektedirler; böylelikle olağan hayat düzenlerinin, ev eşyalarının alınmasıyla bir sarsıntıya uğramamış olacağı da belirtilmektedir¹²³.

Haczedilmezlikten feragat kurumuyla ilgili uygulamada en sık karşılaşılan durum bankadan kredi çekebilmek için (bankalarla yapılan kredi sözleşmelerinde yer alan hükümler) maaş ve ücretlerin kanunun izin verdiği kadar fazlasının haczedilebileceğinin kabul edilmesidir. Ancak Yargıtay bu konuda maaş haczinden önce verilen muvafakatin -kanuna uygun olarak- mutlak surette geçersiz olacağına hükmetmektedir¹²⁴. Yargıtay, özellikle *ihiyati haciz sırasında* emekli aylığının tamamının haczine gösterilen rızanın geçerli olmadığı yönündeki içtihadını, gelirden yoksun kalmanın sonuçlarının ancak yaşandıktan sonra anlaşılabilir olması fikrine dayandırmaktadır¹²⁵. Ancak icra takibinin kesinleşmesinden sonra borçlunun rızası ile konulan haczin geçerli olacağı kabul edilmektedir¹²⁶. Buradaki gerekçe, söz konusu hacze ilişkin düzenleme getiren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, İİK'nun 83/a maddesine göre *özel hüküm* niteliğinde olmasıdır¹²⁷. Öte yandan 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesi gereği, emekli maaşının haczedilmezliğinden feragat, hacizden önce de yapılabilecektir¹²⁸. 93. maddenin, borçlunun muvafakatine imkân tanınması nedeniyle kamu düzenine ilişkin olmadığı ve bu nedenle emekli maaşının haczine hacizden önce de izin veren bir biçimde yorumlanabi-

¹²³ Taneri (n 46) 551.

¹²⁴ Karar özetleri için bkz. Taneri (n 46) 122-126.

¹²⁵ Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 668. Eserde atıf yapılan Yargıtay kararları için ayrıca bkz. Yargıtay, 12 HD, E 2003/1623 K 2003/4158, 04.03.2003; Yargıtay, 12 HD, E 2008/2887 K 2008/5136, 17.03.2008.

¹²⁶ Bu yönde 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi gereği. *"Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir."* Burada aslında Türk hukukundaki kanunların haciz bakımından icra müdürüne takdir yetkisi vermek istemesi önemlidir. Çünkü bir memurun kanundan kaynaklanan takdir yetkisi, soyut nitelikteki kanunların, insan hakları temelli bir yaklaşımla somut vakalara uygulanmasına hizmet edebilir.

¹²⁷ Muşul (125) 672.

¹²⁸ Muşul (125) 670.

leceği kabul edilmektedir¹²⁹. Çalışmamızda bir önceki bölümlerde üzerinde durulan onurlu bir varoluş için gerekli yaşam düzeyi, geleceğe yönelik olarak da ele alınmaktadır. Bu nedenle maaşın bu şekilde haczedilebilir olan kısmından fazlasının haczedilebilirliğinden feragat etmek, insan onurunu temel alan bir sosyal devlet ilkesine ters düşecektir.

Türk hukuk sisteminde kabul edilen haczedilmezlikten zımnen feragat olgusu¹³⁰ ise kanımızca insanın onurlu bir varoluş hakkına aykırı bir uygulamadır. Haczedilemez mallar insanın onurlu bir yaşam sürmesini garanti altına alan mallar olarak sosyal devlet ilkesi gereğince kanuni güvenceye kavuşturulduğundan, böylesine bir haktan **feragat beyanının da mutlaka açık yapılması gerekmektedir.**

Sonuç

Sosyal devlet ilkesi ancak insanın onurlu bir var olma hakkı ile gerçekleştirilir. İnsanların onurlu bir yaşam sürmeleri Anayasa'nın 5. maddesine atıfla ele alınmaktadır. "İnsanca var olmak" kavramının uygulamaya yansımaları ise "asgari yaşam standardı" kavramı ile olmaktadır. Gerek yargı yerleri gerekse icra müdürleri haciz işlemleri sırasında "asgari yaşam standardı", "mütevazı yaşam" gibi ölçütler kullanarak borçlunun haczedilebilir mallarını tespit etmektedir. Söz konusu tespit "asgari" sözcüğü nedeniyle genellikle sistemde bir "dibe doğru yarış" ortaya çıkartmaktadır. İcra hukukundaki devlet, alacaklı ve borçlu arasındaki üçlü ilişki nedeniyle devlet yalnızca borçlunun değil, alacaklının da haklarını korumakla yükümlüdür. Bu neden cebri icra hukukunun temel amacı borcun ödenmesi olarak ele alınmakta ve haciz işlemleri ile İcra İflas Kanunu bu yaklaşım temelinde yorumlanmaktadır.

Haczedilmezlikten feragat de cebri icra hukukunun düzenlediği, yine borcun ödenmesi amacıyla uyumlu bir kurum olarak İİK'da yer almıştır. Ancak insan onuruna dayalı bir sosyal devlet ilkesi bu kurumun sorgulanması gereğini ortaya çıkartmaktadır. İİK md. 83/a, hacizden önceki feragati yasaklarken, haciz sırasında ve sonrasındaki feragate izin vermektedir. Bu süreçte icra müdürlülerinin tespit ve tutumları, insan onuruna dayalı sosyal devletin, insan hakları yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği bakımından büyük önem arz etmekte-

¹²⁹ Topuz (n 79) 3031-3032.

¹³⁰ Zimni feragat, haczi caiz olmayan bir mal ya da ücretin haczine karşı süresi içinde şikâyet yoluna başvurulmaması zimni feragat olarak kabul edilmektedir. Bkz. Özbay (n 112) 552.

dir. Haciz sürecinde geniş bir takdir yetkisi bulunan icra müdürleri, borçluyu muhtaç duruma düşürmeyecek bir biçimde süreci yönetmelidir. Öte yandan yargı organları da haczedilemez mallara ilişkin değerlendirmelerinde “insanın onurlu bir var oluş hakkını” bütün yönleriyle geniş yorumlayarak insan hakları merkezli bir hüküm kurmalıdır.

Haciz konusu bir ülkedeki yoksulluk ve yoksulluğu giderme-önleme politikaları ile de yakından ilgilidir. Bu nedenle cebri icra ve özellikle haciz konusunun 2023 yılındaki İİK değişikliğinde insan onuru ile ilişkili olarak ele alınması olumlu bir gelişmedir. Ancak burada önemli olanın, **insanca yaşama kavramının hukuki çerçevesi** olduğu unutulmamalıdır. Yoksulluk yalnızca temel gıdaya ve temel giyecek eşyalarına ulaşamamak değil, aynı zamanda sosyal ve siyasal hayattan dışlanma ve kişinin kendi hayatı üzerindeki kontrolünün sınırlı olması anlamına da gelir¹³¹. Dolayısıyla cebri icra sürecinde alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi, her iki tarafın da **geleceğe dair onurlu bir var oluşu gerçekleştirilme ümidini** ortadan kaldırmayacak ilke ve uygulamalar temelinde ilerlemelidir. Bu anlayış temelinde ölç alma duygusunun tatmini tamamen yasaklayan nitelikte hükümler İKK’na eklenmelidir.

¹³¹ Eva Weidnitzer, *German Aid Policies for Poverty Reduction* (German Development Institute, Working Paper 101, 1997) 23-24.

Kaynakça

- Akyazılı E, 'Akıllı Telefonların Haczi' (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 2835-2853.
- Algan B, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2007).
- Arikan C ve Oktay O, 'Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri Kavramı (AİHM ve AYM'nin İçtihatlarına Eleştirel Bir Yaklaşım)' (2023) 3 (1) Kırıkkale Hukuk Mecmuası 109-137.
- Arslan R, Yılmaz E, Ayvaz Taşpınar S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku* (9. Baskı, Yetkin Yayınları 2023).
- Atalay O, 'İlamsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?' (2004) (1) Hukuk Perspektifleri Dergisi 67-69.
- Boran Güneysu N, 'İcra ve İflâs Kanunu'nun Konutta Hacze İlişkin 79/A Maddesinin Değerlendirilmesi' (2004) 6 (1) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 172-223.
- Bozkurt G, 'Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik' (1981) 38 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65-103.
- Bulut N, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (1. Baskı, XII Levha Yayınları 2009).
- Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi* (Adalet Yayınevi 2010).
- Değirmencioğlu B, 'Klasik Egemenlik Anlayışında Bir Kırılma: 'Pozitif Yükümlülük Doktrini' ve Türkiye'ye Yansıması' (2021) 39 İnsan Hakları Yıllığı 55-104.
- Doehring K, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (Ahmet Mumcu çev, 4. Baskı, İnkılap Yayınları 2002).
- Feinberg J, 'The Expressive Function of Punishment' içinde Joel Feinberg, Jule Coleman (eds), *Philosophy of Law* (7. Baskı, Thomson Wadsworth 2004).
- Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (5. Baskı, Beta 1989).
- , *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet* (6. Baskı, Beta Yayınları 2010).
- Gümüş A T, 'Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü' (2010) 18 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-158.
- Herberger M, *Menschenwürde in der Zwangsvollstreckung: Zur Genese und teleologischen Strukturierung des Vollstreckungsschutzes* (Mohr Siebek 2022).
- İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7445, Kabul Tarihi: 28.30.2023, RG 05.04.2023/32154.
- İlhan C, *Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Aslı ile Birlikte Tam Metin* (Yetkin Yayınları 2011).
- İspir Z, İnsan Haklarının Temeli Olarak İnsan Onuru Kavramı (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017).
- Karaca C ve Çam Y, 'Türkiye'de Sosyal Devlet Anlayışının Değerlendirilmesi' (2019) Ocak-Haziran (176) Maliye Dergisi 72-97.

- Kaya S B, 'Bir İnsan Hakları Kategorisi Olarak İnsan Onuru Kavramı ve Türkiye'deki Uygulaması Üzerine Bir Analiz' (Güz 2022) 9 (2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 335-353.
- Köksoy M, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi* (Adalet Yayınevi 2018).
- Kuçuradi İ, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları* (Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 2007).
- Kurt Z E, 'Ucuz, Sansürlü ve Hızlı İnternete Erişim Hakkı' (2015) (2) Ankara Barosu Dergisi 287-293.
- Metin Y, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler' (2010) 7 (27) Uluslararası İlişkiler 111-132.
- Oder B-E, 'Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması ve Yargısal Tutumlar' (2008) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-232.
- Özbay İ, 'İcra ve İflas Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (İİK m. 83/a)' (2005) 9 (1-2) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 543-567.
- Özçelik V, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi* (Adalet Yayınevi 2014).
- Özekes M, 'İcra ve İflas Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi' (2007) Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 97-122.
- , *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler* (Adalet Yayınevi 2009).
- , 'Konutta Haciz ve Konut (Meskeniyet) Haczi Üzerine (Paket Paket Gelen Yargıya Eleştiri ve Değerlendirme' (2023) 2 <<https://www.linkedin.com/in/muhammet-%C3%B6zekes-3b613b1a6/recent-activity/all/>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2024.
- Pekcanitez H, Atalay O, Özkan S ve Özekes M, İcra ve İflas Hukuku (11. Bası, On İki Levha 2024).
- Rado T, 'Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı' (1944) 10 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 229-240.
- Taneri G, *Uygulamadan Örnek Hükümler BAM ve Yargıtay Kararlarıyla Haczedilmezlik Şikâyeti* (Seçkin Yayınları 2020).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (Yapı Kredi Yayınları 2004).
- TBMM (2023), 435 No.lu Komisyon Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 6.
- Topuz G, '5510 Sayılı Kanunda Öngörülen Emekli Aylığının Haczedilmezliği Kuralı ve Bu Kuralın Anayasaya Uygunluğu Üzerine Düşünceler' (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3017-3052.
- Uygun O, 'Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltilmiş Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi' içinde İoanna Kuçuradi (ed), *Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar* (Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi ve UNESCO Felsefe ve İnsan Hakları Kürsüsü Yayınları 2011, 67-97.

- Üstündağ S., *İcra Hukukunun Esasları* (İstanbul Üniversitesi, 2004).
- Vincent A, *Modern Politik İdeolojiler* (Arzu Tüfekçi çev, Paradigma Yayınları 2006).
- Von Humboldt W, *Devlet Faaliyetinin Sınırları* (Bahattin Seçilmişoğlu çev, 3. Baskı, Liberte Yayınları 2013).
- Weidnitzer E, *German Aid Policies for Poverty Reduction* (German Development Institute, Working Paper 101, 1997).
- Wiseman H V, 'Magna Carta Efsanesi' (Münci Kapani çev) Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağan (Ajans-Türk Matbaası 1966) 463-471.
- Yıldırım E, 'Sosyal Hakların Dava Edilebilirliği/Edilemezliği ve Anayasa Mahkemeleri: Türk Bakış Açısı (Genişletilmiş Özet)' (2014) 30 (1) Anayasa Yargısı 153-159.
- Yıldırım M K ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku* (7. Baskı, Beta 2016).
- Yılmaz Z, 'Olumlu Edim Gerektiren Sosyal Hakların Sınırı: Karşılaştırmalı Hukuk Perspektifinden 1961 ve 1982 Anayasaları Dönemi Uygulamaları' (2014) 72 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 695-728.
- Yüksel İ, 'İnternete Erişim Hakkı' (2022) (3) Ankara Barosu Dergisi 141-173.
- Zivilprozessordnung, § 811, "Unpfändbare Sachen und Tiere", <https://www.gesetz-im-internet.de/zpo/_811.html> Erişim Tarihi 21 Eylül 2024.

Yargı Kararları

- Anayasa Mahkemesi, E 1962/132 K 1966/29, 28.06.1966.
- Anayasa Mahkemesi, E 2008/57 K 2010/26, 04.02.2010
- Anayasa Mahkemesi, E 2009/19 K 2011/4, 06.01.2011.
- Anayasa Mahkemesi, E 2009/19 K 2011/4, 06.01.2011.
- Anayasa Mahkemesi, E 2016/141 K 2018/27, 28.02.2018.
- Anayasa Mahkemesi, E 2017/117 K 2018/28, 28.02.2018.
- Anayasa Mahkemesi, E 2021/5 K 2023/109, 01.06.2023.
- Anayasa Mahkemesi, E 2021/5 K 2023/109, 01.06.2023.
- BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. Februar 2010-1 BvL 1/09-Rn. 1-220, <https://www.bverfg.de/e/ls20100209_1bvl000109.html> Erişim Tarihi 16 Eylül 2024.
- Fuklev v. Ukraine, application No. 71186/01 (ECHR, 7 June 2005).
- Opuz v. Türkiye, Basvuru no. 33401/02 (ECHR, 9 Haziran 2009).
- X and Y v. The Netherlands, application no. 8978/80 (ECHR, 26 March 1985).
- Yargıtay, 4 HD, 1953/5125, 01.06.1999.
- Yargıtay, 12 HD, E 2003/1623 K 2003/4158, 04.03.2003.
- Yargıtay, 12 HD, E 2008/2887 K 2008/5136, 17.03.2008.
- Yargıtay 12 HD, E 2013/3365 K 2013/12821, 04.04.2013.

Yargıtay 12 HD, E 2013/3365 K 2013/12821, 04.04.2013.

Yargıtay, 12 HD, E 2015/1100 K 2015/10128, 17.04.2015.

Yargıtay, 12 HD, E 2015/1100 K 2015/10128, 17.04.2015.

İnternet Kaynakları

Birleşik Krallık Ulusal Arşiv web sitesi <<https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/magna-carta/british-library-magna-carta-1215-runnymede/>> Erişim Tarihi 26 Mayıs 2024.

International Commission of Jurists, The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (1997) <<https://icj2.wpenginpowered.com/wp-content/uploads/1997/01/economic-social-and-cultural-rights-compilation-thematic-report-1997-eng1.pdf>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2024, 79.

'Kredi ve kredi kartı borçları nedeniyle 4 milyon 130 bin kişi yasal takipte' (31 Mart 2022) <<https://medyascope.tv/2022/03/31/kredi-ve-kredi-karti-borclari-nedeniyle-4-milyon-130-bin-kisi-yasal-takipte/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2024.

TBMM Tutanak Dergisi (27 Mart 2023) 79. Birleşim, sayfa 9 <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c126/tbmm27126079.pdf>> Erişim Tarihi 22 Eylül 2024.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminat^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Ramazan ÇAKMAK^(**)

Öz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) sisteminde manevi zararın giderilmesinin yollarından biri tazminat ödenmesidir. Manevi tazminat, bir ihlâlden kaynaklanan belirsizlik, sıkıntı, ıstırap gibi manevi nitelikte bir zararın giderilmesine yöneliktir. 28 Mart 2007’de yayımlanan Hakkaniyete Uygun Tatmin Taleplerine İlişkin Uygulama Talimatı’nda bir manevi zararın tespit edilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM veya Mahkeme) manevi tazminatın gerekli olduğuna karar vermesi halinde hakkaniyet temelinde manevi tazminatı belirleyeceği ifade edilmiştir. Hakkaniyetin yanı sıra manevi tazminatın belirlenmesinde bazı faktörlerin rol oynadığını söylemek mümkündür. Bu faktörler ihlâlin ciddiyeti, başvuranın durumu ve yerel ekonomik koşullardır. Mahkeme’nin manevi tazminata hükmedebilmek için aradığı ispat ölçüsü, maddi tazminattaki kadar sıkı olmamakla birlikte “zenginleşme yasağı” prensibinin manevi tazminat için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.07.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 12.09.2024.

Atıf Şekli: Ufuk Ramazan Çakmak, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminat’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1093, 1120.

DOI: 10.52273/sduhfd..1518003.

Bu çalışma, yazarın Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü kamu hukuku doktora programında tamamlanan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin” isimli doktora tezinden üretilmiştir. Tez, Adalet Yayınevi tarafından yayımlanmıştır. Bkz. Ufuk Ramazan Çakmak, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Yargılamasında Hakkaniyete Uygun Tatmin* (Adalet Yayınevi 2021).

^(**) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye.

E-posta: ufuk.cakmak@gop.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0882-1674>.

Anayasa Mahkemesi de tazminata ilişkin değerlendirmesinde tıpkı AİHM gibi “zenginleşme yasağı” prensibini uygulamaktadır. Manevi zarar, maddi zarar gibi ölçülebilir nitelikte değildir. Bu nedenle maddi zararda olduğunun aksine manevi zararın birtakım belgelerle ortaya konulması pek mümkün değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi manevi tazminata ilişkin değerlendirmesinde manevi bir zararın meydana gelip gelmediğinin ve ihlâl ile zarar arasında illiyet bağının olup olmadığının tespitinde daha esnek davranmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Manevi Tazminat, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi.

Non-Pecuniary Damages within the Framework of the Decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court

Abstract

Under the European Convention on Human Rights (ECHR or Convention), one of the ways of redressing non-pecuniary damage is the payment of compensation. Compensation is intended to compensate for non-pecuniary damage of a non-pecuniary nature, such as uncertainty, distress, suffering, etc. arising from a breach. On 28 March 2007, the Implementing Instructions on Requests for Equitable Remedies stated that if non-pecuniary damage is established and the European Court of Human Rights (ECHR or the Court) decides that non-pecuniary damage is necessary, it will determine non-pecuniary damage on the basis of equity. In addition to equity, it is possible to say that some factors play a role in the determination of non-pecuniary damage. These factors are the seriousness of the violation, the applicant's situation and local economic conditions. Although the measure of proof required by the Court in order to award non-pecuniary damages is not as strict as in the case of pecuniary damages, it is possible to say that the principle of "prohibition of enrichment" also applies to non-pecuniary damages. The Constitutional Court applies the principle of "non-enrichment" in its assessment of compensation, just like the ECtHR. Moral damage is not measurable like material damage. Therefore, unlike material damage, it is not possible to demonstrate moral damage with certain documents. For this reason, the Constitutional Court, like the ECtHR, is more flexible in its assessment of non-pecuniary damage in determining whether a non-pecuniary damage has occurred and whether there is a causal link between the violation and the damage.

Keywords

Non-pecuniary Damages, European Court of Human Rights, Constitutional Court.

Extended Summary

The institution of “just satisfaction” set out in Article 41 of the European Convention on Human Rights (ECHR or Convention) aims to remedy violations suffered by individuals. In this respect, the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court) may render a decision on “restitutio in integrum” if the nature of the violation makes it possible, or it may resort to other means of satisfaction if this is not possible. In this framework, under the Convention, the ECtHR may award individual and general measures as well as compensation. However, in practice, the most commonly used instrument to remedy a violation is usually compensation.

Within the scope of the individual application, the Turkish Constitutional Court may take various types of decisions to eliminate the violation or its consequences. According to Article 50/1 of the Law No. 6216 on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court; “In the event of a decision of violation, the necessary actions to be taken to eliminate the violation and its consequences shall be ruled.” According to this provision, in cases where it is possible to return to the situation before the violation, the principle of “restitutio in integrum” should be applied first. In the Constitutional Court proceedings, if restitution in integrum is not possible, other remedies are applied.

One of the ways of redressing non-pecuniary damage in the Convention system is the payment of compensation. Non-pecuniary damage is intended to compensate for non-pecuniary damage such as uncertainty, distress and anguish arising from a violation. The ECtHR has stated in various judgements that the guiding principle in the calculation of non-pecuniary damage is equity. On 28 March 2007, the President of the Court issued a Practice Direction on Requests for Just Satisfaction stating that if non-pecuniary damage is established and the Court decides that non-pecuniary damage is necessary, it will determine non-pecuniary damage on the basis of equity, taking into account the standards derived from its case-law.

It is possible to say that some factors play a role in the determination of moral damages. These factors are the seriousness of the violation, the applicant’s situation and local economic conditions. The most important factor taken into account in determining the amount of moral damages is the seriousness of the violation. In determining whether the violation is serious, a number of factors are taken into account, such as the duration, number and the impact of the violation on the applicant. Another factor taken into account in the calculation of non-pecuniary damage is the applicant’s situation. If the applicant is found to be at fault in a case where a violation has been established, the amount of non-pecuniary damage may be reduced or no compensation may be awarded at all. It is also possible to say that local economic conditions are usually taken into account when awarding non-pecuniary damage.

In order for the ECtHR to award non-pecuniary damages, certain conditions must be fulfilled. These conditions are; violation, damage, causal link, failure to remedy the violation in domestic law, and the ECHR’s decision that the claim and compensation are necessary. In order for the Constitutional Court to decide on compensation, certain

conditions must be fulfilled. These conditions are; violation, damage, causal link, claim, lack of legal interest in retrial, calculation of the compensation does not require a more detailed examination and the Constitutional Court deems it necessary to award compensation. Unlike the ECtHR practice, in the Constitutional Court proceedings, it is assessed whether there is a legal interest in retrial. Retrial is one of the most frequently used remedies by the Constitutional Court.

Although Law No. 6216 does not explicitly specify the type of compensation, it is undoubted that the term “compensation” in the law covers both pecuniary and non-pecuniary compensation. As a matter of fact, the Constitutional Court’s judgements on pecuniary and non-pecuniary damages clearly demonstrate this. In cases concerning non-pecuniary damages, the Constitutional Court has ruled that “the applicant shall be paid non-pecuniary damages in return for non-pecuniary damages that cannot be compensated by the finding of violation” without any reference to equity. As can be seen, the main criterion taken into consideration by the Constitutional Court in order to award non-pecuniary damages is that the damage suffered cannot be compensated by a finding of violation.

Moral damage is not measurable like material damage. Therefore, unlike material damage, it is not possible to demonstrate non-pecuniary damage with certain documents. For this reason, the Constitutional Court, like the ECtHR, is more flexible in its assessment of non-pecuniary damage in determining whether a moral damage has occurred and whether there is a causal link between the violation and the damage.

A significant portion of the Constitutional Court’s judgements on non-pecuniary damages are related to the right to be tried within a reasonable time, which has been the most frequently violated right in the Constitutional Court proceedings so far. When compared to other rights that may be subject to individual application, it is observed that higher amounts of non-pecuniary damages are generally awarded in case of violation of rights such as the right to life, prohibition of torture, right to liberty and security.

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin (AİHS veya Sözleşme) 41. maddesinde yer alan "hakkaniyete uygun tatmin" kurumu, bireylerin maruz kaldıkları ihlallerin giderilmesine yöneliktir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme), ihlâlin niteliğinin mümkün kılması halinde "eski hale getirme"ye yönelik bir hüküm tesis edebileceği gibi, bunun mümkün olmaması durumunda diğer giderim yollarına da başvurabilmektedir. Bu çerçevede Sözleşme kapsamında AİHM tazminatın yanı sıra bireysel ve genel tedbirlere hükmedebilir. Bununla birlikte uygulamada tazminat, ihlâlin giderilebilmesi için en çok kullanılan araçtır.

Türk hukuku açısından bireysel başvuru usulü, kamu gücü tarafından hak ve özgürlükleri ihlâl edilenlerin başvurabilecekleri bir hak arama yoludur. Bu yol ile kişiler ihlâlin giderilmesi veya sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını elde etmiştir. Karşılaştırmalı hukukta başta İspanya, Almanya, Güney Kore, Meksika gibi ülkelerde uygulanmakta olan bireysel başvuru yolu, Türkiye'de 2010 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle kabul edilmiştir ve 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bireysel başvuru çerçevesinde Anayasa Mahkemesi ihlâli veya sonuçlarını ortadan kaldırmak için çeşitli şekillerde kararlar verebilmektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/1 maddesine göre; "*İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.*" Bu düzenlemeye göre ihlalden önceki duruma dönmeyi mümkün olduğu durumlarda öncelikle "eski hale getirme" prensibinin uygulanması gerekir. AYM uygulamasında eğer eski hale getirme olanaklı değilse diğer giderim yollarına başvurulmaktadır.

Çalışmada ilk olarak bireysel başvuru kapsamında verilebilecek kararlar genel olarak ele alınacaktır. Daha sonra manevi tazminata hükmedilebilmesi için gerekli şartlar AİHM ve AYM kararları çerçevesinde incelenecektir. Son olarak manevi tazminatın takdirinde dikkate alınan hususların üzerinde durulacaktır.

I. Bireysel Başvuru Kapsamında Verilebilecek Kararlar

Bir hakkın ihlal edildiğinin bulgulanması halinde söz konusu ihlalin çeşitli şekillerde giderilmesi mümkündür. Bu konuda temel hüküm Sözleşme'nin 41. maddesidir. Söz konusu düzenlemeye göre; "*Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine hakkaniyete uygun bir tatmin*

verilmesine hükmeder." Bu hüküm kapsamında Mahkeme başta tazminat olmak üzere çeşitli bireysel ve genel tedbirlere hükmedebilir¹.

Genel tedbir kararları benzer olaydaki bir ihlalin gelecekte yaşanmamasına yöneliktir. Buna karşılık bireysel tedbir kararları, sadece başvuran kişiyle ilgilidir². Bireysel tedbir olarak; başvuranın serbest bırakılması³, mülkiyetin iadesi⁴, yargılamanın yenilenmesi⁵, ve başvurana verilen müebbet hapis cezasının yerine daha az süreli bir hapis cezası verilmesi⁶ gibi farklı şekillerde hüküm tesis edilebilmektedir.

Bireysel başvuruya konu olabilecek bir hak ve özgürlük ihlali olması durumunda ihlalin giderilebilmesi için Anayasa Mahkemesi de çeşitli giderim yöntemlerine başvurabilmektedir. Eski hale getirmenin (*restitutio in integrum*) mümkün olduğu durumlarda öncelik, bu durumun sağlanmasıdır. Eski hale getirmenin mümkün olmadığı hallerde ise Anayasa Mahkemesi, ihlalin ortadan kaldırılması için diğer tatmin yollarına başvurmaktadır. AYM'ye göre eski hale getirmenin sağlanabilmesi için öncelikle devam eden ihlalin durdurulması, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir⁷. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi AİHM içtihatlarına uygun olarak bireysel ve genel tedbirlerin yanı sıra tazminata da hükmetmektedir. Bireysel tedbir kapsamında AYM yeniden yargılamaya⁸, derece mahkemelerinin kararlarının uygulanmasına⁹ ve başvuranın serbest bırakılmasına¹⁰ yönelik kararlar vermektedir.

¹ Mahkeme'nin uygulaması tutarlı olmamakla birlikte genel tedbirlere ilişkin inceleme genellikle Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamında yapılmaktadır. Eski hale getirmeyi hedefleyen bireysel tedbirler ise normal olarak 41. madde altında ele alınmaktadır. Octavian Ichim, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights* (Cambridge University Press 2015) 220.

² Veronika Fikfak, 'Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights' (2018) 29 (4) *The European Journal of International Law* 1091, 1093.

³ Assanidze v. Georgia, Application no. 71503/01, 08/04/2004.

⁴ Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), Application no. 14556/89, 31/10/1995.

⁵ Maksimov v. Azerbaijan, Application no. 38228/05, 08/10/2009.

⁶ Scoppola v. Italy (No.2), Application no. 10249/03, 17/09/2009.

⁷ AYM, Mehmet Doğan, Başvuru No. 2014/8875, 07/06/2018, para. 55.

⁸ AYM, Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti., Başvuru No. 2014/2267, 21/12/2017. Yeniden yargılamaya karar verilmesi halinde ihlalin veya sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için dosya ilgili mahkemeye gönderilmektedir. Ulaş Karan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015) 211.

⁹ AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, Başvuru No. 2013/711, 03/04/2014.

II. Manevi Tazminat İçin Gerekli Şartlar

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında

Mahkeme'nin manevi tazminat kararı verebilmesi için bazı şartların bir arada bulunması gerekir. Bu konuda öncelikle Mahkeme'nin erken dönem içtihatlarından biri olan "Vagrancy" davasına değinmek gerekir. Söz konusu davada tazminata karar verilebilmesi için dört şartın bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir¹¹. Bu şartlar; iç hukukta bir ihlâlin sonuçlarının kısmen giderilebilmesi, taraf devlet tarafından alınan bir karar veya tedbirin Sözleşmedeki yükümlülüklerle çeliştiğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesi, zarar gören bir tarafın varlığı ve Mahkeme'nin hakkaniyete uygun tatmini gerekli görmesidir. Bu dört şart, Sözleşme'nin 41. maddesinde de yer almaktadır. Beşinci şart olan "talep" şartı ise Sözleşme'de düzenlenmemekle birlikte Mahkeme içtüzüğü'nün 60. maddesinde yer almaktadır. Bu sayılanların dışında "illiyet bağı" da Sözleşme'de açıkça yer almamakla birlikte AİHM'nin konuya ilişkin içtihadından çıkarılabilecek şartlardan biridir.

1. Bir ihlâlin Bulunması

Sözleşme uygulamasında manevi tazminata kararı verilebilmesi için aranan ilk şart bir ihlâlin varlığının tespit edilmesidir. Kabul edilemezlik kararı verildiği, davanın kayıttan düşürülmesine karar verildiği veya bir ihlâlin bulunmadığı durumlarda manevi tazminata hükmedilmemektedir¹².

Bir başvurunun kabul edilemez bulunması halinde manevi tazminata ilişkin bir inceleme yapılmamaktadır. Sözleşme'nin 35. maddesine göre bir başvuruda bulunması gereken bazı şartlar vardır¹³. Bu şartların yerine getirilmemesi halin-

¹⁰ AYM, Mehmet İlker Başbuğ, Başvuru No. 2014/912, 06/03/2014. Anayasa Mahkemesi'nin serbest bırakmaya yönelik bazı kararlarının derece mahkemelerince icra edilmediği görülmektedir. Öğretide, AYM kararlarının uygulanmamasına karşılık bu durumun başta yargıçların sicil puanına etki etmesi olmak üzere bir dizi yaptırıma bağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Tolga Şirin, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi' (2018) 35 Anayasa Yargısı Dergisi 147, 163.

¹¹ De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50), Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 10/03/1972, para. 21.

¹² Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS M. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin (Adil Karşılık) Mahiyeti ve Unsurları* (Adalet Yayınevi 2016) 41; Ichim (n 1) 65.

¹³ "1. Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren dört aylık bir süre içinde başvurulabilir. 2. Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel baş-

de başvuru Mahkeme tarafından kabul edilemez bulunur. Örneğin başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu¹⁴, Sözleşmeyle konu bakımından bağdaşmadığı¹⁵, Sözleşmeyle kişi bakımından bağdaşmadığı¹⁶, iç hukuk yollarının tüketilmediği¹⁷ durumlarda Mahkeme başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Başvurunun kabul edilemez bulunduğu bu örneklerde Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması da söz konusu değildir.

İhlâlin meydana gelmediği durumlarda da manevi tazminata ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Örneğin, Önkol/Türkiye davasında başvuranların on iki yaşındaki kızlarının bir patlama sonucu hayatını kaybetmesi nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlâl edildiğine ilişkin iddiaları yerinde bulmayan AİHM doğal olarak manevi tazminata hükmetmemiştir¹⁸.

Davanın kayıttan düşürülmesi durumunda da manevi tazminata ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Örneğin yakın tarihli bir davada AİHM taraflar arasında dostane çözüme varılması nedeniyle davanın kayıttan düşürülmesine hükmetmiştir¹⁹.

2. İhlalin İç Hukukta Giderilememiş Olması

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için gerekli bir diğer şart Sözleşme'nin 41. maddesinde "iç hukukta kısmen giderim sağlanması" olarak ifade edilmiştir.

vuruları aşağıda sayılı hallerde ele almaz: a) Başvuru isimsiz ise; veya b) Başvuru, Mahkeme daha önce incelenmiş ya da uluslararası diğer bir soruşturma veya çözüm merciine daha önceden sunulmuş bir başka başvuruyla esasen aynı olup yeni olgular içermiyorsa. 3. Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur: a) Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması, veya; b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğer ki Sözleşme ve Protokollerine güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez. 4. Mahkeme bu maddeye göre kabul edilemez bulunduğu tüm başvuruları reddeder. Mahkeme, yargılamanın her aşamasında bu yönde karar verebilir."

¹⁴ Sevim v. Turkey, Application no. 41739/11, 16/06/2020; A.T.Ö v. Turkey, Application no. 63192/12, 26/05/2020, para. 50.

¹⁵ Mediation Berti Sports v. Turkey, Application no. 63859/12, 12/05/2020, para. 56.

¹⁶ Anşin v. Turkey, Application no. 49266/06, 20/11/2018, para. 21.

¹⁷ Çalığışu v. Turkey, Application nos. 14576/08, 25717/08, 11/02/2020, para. 25; Ülgen v. Turkey, Application no. 50480/09, 26/11/2019, para. 31.

¹⁸ Önkol v. Turkey, Application no. 24359/10, 17/01/2017, h. para. 2.

¹⁹ Uzundağ and Others v. Turkey, Application no. 59796/10, 14/05/2020.

Bu durum, ihlâlin doğası gereği eski hale getirmenin mümkün olmadığı²⁰ ve ihlâlin sonuçlarının giderilmesinin mümkün olmasına rağmen taraf devletten kaynaklanan sebeplerden dolayı tazminat elde edilemeyen halleri kapsar.

Eski hale getirmenin mümkün olduğu bir durumda öncelik eski hale iade nin sağlanmasıdır. Ancak bazı durumlarda bu mümkün olmayabilir. Örneğin; yaşam hakkının ihlâli, kişiye işkence yapılması, kötü muamelede bulunulması, kişinin köle ya da kul olarak tutulması, hukuka aykırı olarak özgürlükten yoksun bırakma, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi gibi durumlarda eski hale getirme tam olarak mümkün değildir. Örneğin ifade özgürlüğüne ilişkin bir kararda Mahkeme ihlâlin sonuçlarının tam olarak giderilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir²¹. Bir başka kararında Mahkeme yargılamanın makul sürenin ötesinde devam etmesi halinde ihlâlin doğasının eski hale getirmeyi engelleyeceğini belirtmiştir²². Eski hale getirmenin mümkün olmaması halinde ise ihlâlin giderimi için en uygun seçeneğin tazminat olduğu söylenebilir.

3. Zarar

Manevi tazminata hükmedilebilmesi için aranan bir diğer şart, zarar gören bir tarafın olmasıdır. Kimlerin manevi tazminat talebinde bulunabileceği Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında mağdur statüsüyle yakından ilişkilidir²³.

Bireysel başvuruda bulunabilmek için aranan zorunlu şartlardan biri mağdur statüsünde olunmasıdır. Bu bağlamda öncelikle mağdur ile zarar gören arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. Kural olarak zarar gören tarafla mağdur kavramı aynı anlamda değildir. Mağdur olmak kabul edilebilirlikle ilgili iken bir ihlâlden zarar görmüş olmak manevi tazminata karar verilebilmesi için önemlidir. Diğer bir deyişle bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için zarar görmüş olmak şart olmayıp mağdur olmak yeterlidir. Mağdur statüsünde olup

²⁰ Mahkeme "tam giderimle" eski hale getirmeyi aynı anlamda kullanmaktadır. König v. Germany (Article 50), Application no. 6232/73, 10/03/1980, para. 15; Guzzardi v. Italy, Application no. 7367/76, 06/11/1980, para. 113; Z and Others v. The United Kingdom, Application no. 29392/95, 10/05/2001, para. 120. Gözübüyük/Gölcüklü eski hale getirme ile "aynen iade"yi eşanlı olarak kullanmaktadır. Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Turhan Kitabevi 2013) 118.

²¹ The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (Article 50), Application no. 6538/74, 16/11/1980, para. 13.

²² König v. Germany (Article 50), Application no. 6232/73, 10/03/1980, para. 15.

²³ David Harris, Michael O'boyle ve Colin Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü çev, Oxford University Press 2009) 885.

bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olan herkes aynı zamanda manevi tazminat talep edebilir. Ancak Mahkeme'nin tazminata hükmedebilmesi için bir zararın varlığını tespit etmesi zorunludur²⁴.

4. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, ihlâl ile meydana gelen zarar arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eder²⁵. Sözleşme'nin 41. maddesinde illiyet bağına dair bir ibare geçmemektedir. Bununla birlikte bu durum sözü edilen illiyet bağına aranmayacağı anlamına gelmez. Nitekim AİHM de başta maddi tazminata ilişkin olmak üzere birçok kararında hakkaniyete uygun tatmine karar verebilmek için ihlâl ile zarar arasında illiyet bağına bulunması gerektiğini belirtmiştir²⁶.

Hem maddi hem manevi tazminata hükmedilebilmesi için ihlâl ile zarar arasında illiyet bağına bulunması gerekir. Bununla birlikte maddi tazminat için daha güçlü bir illiyet bağı aranmaktadır²⁷. Diğer bir deyişle manevi tazminata hükmedebilmek için gerekli olan illiyet bağı maddi tazminattaki kadar sıkı değildir.

Her ihlâlin sonucunda doğal olarak manevi açıdan bir üzüntü yaşamak olasıdır. Fakat bu üzüntünün maddi karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda kesin bir ölçüt yoktur. Mahkeme, ihlâl ile manevi zarar arasında illiyet bağına mevcut olup olmadığını değerlendirirken hakkaniyet temelinde karar vermeye daha meyillidir²⁸. Örneğin Mahkeme bir kararında makul süre içerisinde yargılanmayan başvurulara manevi tazminat ödenmesinin hakkaniyet temelinde ol-

²⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü (n 20) 40.

²⁵ Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975) 1.

²⁶ Hutchison Reid v. The United Kingdom, Application no. 50272/99, 20/02/2003, para. 86; Kurić and Others v. Slovenia, (Just Satisfaction), Application no. 26828/06, 12/03/2014, para. 81; Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain (Article 50), Application nos. 10588/83, 10589/83, 10590/83, 13/06/1994, paras. 16-20; Saçılık and Others v. Turkey, Application nos. 43044/05, 45001/05, 14/04/2015, para. 37; Aktaş v. Turkey, Application no. 24351/94, 24/04/2003, para. 352; Orhan v. Turkey, Application no. 25656/94, 18/06/2002, para. 430. AİHM bir kararında illiyet bağına, maddi tazminata hükmedebilmek için zorunlu bir şart olarak nitelendirmiştir. Andrejeva v. Latvia, Application no. 55707/00, 18/02/2009, para. 111.

²⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü (n 20) 117; Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 23) 884; Rudolf Bernhardt, 'Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights' in Maurizio Ragazzi (ed), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005) 247.

²⁸ Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 23) 884.

duğunu belirtmiştir²⁹. Ancak maddi tazminatta olduğu gibi ihlâlin başvuran üzerinde ne gibi bir zarar doğurduğuna ilişkin ayrıntılı bir illiyet bağı incelemesi yapılmamıştır.

5. Talep

AİHM kural olarak re'sen manevi tazminata karar vermemektedir. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için başvuranın belli bir talepte bulunması gerekir. Talep şartını düzenleyen AİHM İçtüzüğü'nün 60/1. hükmünde bu husus açıkça belirtilmiştir³⁰. İçtüzüğün konuya ilişkin hükmü şu şekildedir:

“Sözleşme’de yer alan haklarının ihlâl edildiğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde Sözleşme’nin 41. maddesi uyarınca hakkaniyete uygun tatmin elde etmek isteyen başvuran bu hususta bir belli bir talepte bulunmalıdır”.

Bir talebin bulunmaması halinde diğer koşulların hepsi olsa dahi Mahkeme manevi tazminat taleplerini reddeder. Örneğin Pravednaya/Rusya davasında Mahkeme başvurunun kabul edilebilir olduğunu bildirdikten sonra başvuranın Sözleşme’nin 41. maddesine ilişkin taleplerini sunmasını istemiştir. Başvuranın gerekli zaman diliminde taleplerini sunmaması üzerine Mahkeme Sözleşme’nin 41. maddesi kapsamında bir inceleme yapamayacağını belirtmiştir³¹.

Başvuruda talep edilen tazminatın türünün ve masraf ve giderlere ait talebin ayrı ayrı belirtilmesi önemlidir. Mahkeme, başvuranların manevi tazminat talep ettiği, ancak masraf ve giderlere ilişkin bir talepte bulunmadığı bir davada başvuranlar lehine manevi tazminata karar vermesine rağmen masraf ve giderlere ilişkin bir değerlendirme yapamayacağını belirtmiştir³². Dolayısıyla bir başvuruda maddi tazminat, manevi tazminat ve masraf ve giderlere ilişkin bir talep varsa hepsinin ayrıca belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde Mahkeme sadece talep

²⁹ Terranova v. Italy, Application no. 17156/90, 04/12/1995, para. 26.

³⁰ İçtüzüğün konuya ilişkin hükmü şu şekildedir: “Sözleşme’de yer alan haklarının ihlâl edildiğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde Sözleşme’nin 41. maddesi uyarınca hakkaniyete uygun tatmin elde etmek isteyen başvuran bu hususta bir belli bir talepte bulunmalıdır”.

³¹ Pravednaya v. Russia, Application no. 69529/01, 18/11/2004, paras. 45-46. Benzer yönde bkz. Ryabykh v. Russia, Application no. 52854/99, 24/07/2003, paras. 67-68; Timofeyev v. Russia, Application no. 58263/00, 23/10/2003, paras. 51-52; Lagutin and Others v. Russia, Application nos. 6228/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09, 19123/09, 24/04/2014, para. 128.

³² Reklós and Davourlis v. Greece, Application no. 1234/05, 15/01/2009, para. 29.

edilen kısım ile ilgili olarak değerlendirme yapacaktır. Çünkü talep konusu kamu düzeniyle ilgili değildir. Bu nedenle bu husus Mahkeme'nin kendiliğinden dikkate alacağı bir mesele değildir³³.

6. Tazminatın Gerekli Olduğuna Karar Verilmesi

Manevi tazminata karar verilebilmesi için aranan son şart, tazminata "gerekliyse" hükmedilebilmesidir. Bu husus Sözleşme'nin 41. maddesinde "if necessary" olarak ifade edilmiştir. Tazminatın gerekli olup olmadığına karar verecek olan da son tahlilde Mahkeme olup bu konuda oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir³⁴. Bu bağlamda Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamında tazminat ödenmesine karar verilebileceği gibi sadece ihlâl tespitinin yeterli olacağına karar verilebilir³⁵.

"Gereklilik" şartı Sözleşme kapsamında tazminatın bir hak olmadığını ortaya koymaktadır³⁶. İhlâl tespit edildiğinde dahi manevi tazminat bir hak değildir³⁷. 28 Mart 2007'de Mahkeme Başkanı tarafından yayımlanan Hakkaniyete Uygun Tatmin Taleplerine İlişkin Uygulama Talimatı'nda da Sözleşme'de veya

³³ The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (Article 50), Application no. 6538/74, 16/11/1980, para. 14; Francesco Lombardo v. Italy, Application no. 11519/85, 26/11/1992, para. 25.

³⁴ Jack Beatson, Stephen Grosz, Tom Hickman, Rabinder Singh ve Stephanie Palmer, *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, (Sweet and Maxwell 2008) 144; Gözübüyük ve Gölcüklü (n 20) 118; Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria, Application nos. 412/03, 35677/04, 16/09/2010, para. 23; Tamir and Others v. Romania, Application no. 42194/05, 15/09/2009, para. 37; Perdigao v. Portugal, Application no. 24768/06, 16/11/2010, para. 85; Stojanovski and Others v. "The Former Yugoslav Republic Of Macedonia" (Just Satisfaction), Application no. 14174/09, 07/02/2019, para. 10; Molla Sali v. Greece, Application no. 20452/14, 18/06/2020, para. 32; Sharxhi and Others v. Albania, Application no. 10613/16, 11/01/2018, para. 193; Comingersoll S.A. v. Portugal, Application no. 35382/97, 06/04/2000, para. 29.

³⁵ Mahkeme'nin sahip olduğu takdir yetkisi, zararın kesin olarak hesaplanmasının mümkün olmadığı hallerde hakkaniyet temelinde genel bir değerlendirme yapmaya da olanak sağlar. The Former King of Greece and Others v. Greece (just satisfaction), Application no. 25701/94, 28/11/2002, para. 79; Todorova and Others v. Bulgaria, Application nos. 48380/99, 51362/99, 60036/00, 73465/01, 24/04/2018, para. 7.

³⁶ Szilvia Altwicker-Hámori, Tilmann Altwicker ve Anne Peters, 'Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights' (2016) 76 Heidelberg Journal of International Law 1, 14; Antonie Buyse, 'Lost And Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law' (2008) 68 Heidelberg Journal of International Law 129, 153.

³⁷ Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 23) 882.

Ek Protokoller’de güvence altına alınan bir hakkın ihlâl edildiğinin Mahkeme tarafından bulgulanmasının otomatikman tazminat kararı verileceği anlamına gelmediği belirtilmektedir. Sözleşme’nin 41. maddesine göre Mahkeme, iç hukukta ihlâlin sonuçlarının tamamen giderilememesi durumunda manevi tazminata karar verebilir ve bu durumda dahi sadece “gerekliyse” hakkaniyete uygun tatmine hükmedilebilir³⁸.

B. Anayasa Mahkemesi Uygulamasında

Anayasa Mahkemesi’nin tazminata karar verebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; ihlâl, zarar, illiyet bağı, talep, yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmaması, tazminatın hesaplanmasının daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmemesi ve Anayasa Mahkemesi’nin tazminata hükmetmeyi gerekli görmesidir³⁹.

1. ihlal

Tazminata ilişkin bir karar verilebilmesi için incelenmesi gereken ilk husus bir ihlâl olup olmadığıdır. 6216 sayılı Kanun’un 50/1 ve 50/2 hükümlerine

³⁸ Uygulama Talimatı, para. 1; Guzzardi v. Italy, Application no. 7367/76, 06/11/1980, para. 114.

³⁹ Öğretide tazminat için gerekli olan şartlar konusunda bir görüş birliği yoktur. Hamdemir, tazminata karar verilebilmesi için dört şartın varlığını aramaktadır. Bu şartlar; kamu gücünün bireysel başvuru kapsamında güvence altına alınan bir hak ve özgürlüğe müdahale etmesi, yapılan müdahale ile temel hak ve özgürlüğün ihlâl edilmiş olması, bir zararın meydana gelmiş olması ve ihlâl ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır. Berkan Hamdemir, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2018) 358. Önay, Anayasa Mahkemesi’nin maddi tazminata karar verebilmesi için ihlâl, zarar, illiyet bağı, yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmaması ve tazminat miktarının tespitinin daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmemesi olmak üzere beş şartın varlığını aramaktadır. Işık Önay, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Tazminata Hükmetme Yetkisi ve Mahkemenin Bu Konudaki Uygulamaları Üzerine Düşünceler’ (2017) 2-7, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Is%CC%A7%C4%B1k-O%CC%88nay-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Maddi-Tazminata-Hu%CC%88kmetme-Yetkisi-ve-Mahkemenin-Bu-Konudaki-Uygulamalar%C4%B1-U%CC%88zerine-Du%CC%88s%CC%A7u%CC%88nceler>. Erişim Tarihi: 16.12.2023. Aynı yönde bkz. Ulaş Karan, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası: Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayınları 2018) 63-67. Gümüşay ise tazminata hükmedilebilmesi için altı şartın varlığını gerekli görmektedir. Bu şartlar; bir ihlâl tespiti, tespit edilen ihlâl mahkeme kararından veya diğer kamu gücü işlemlerinden kaynaklanması, talep, zarar, yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmaması ve tazminat miktarının ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmemesidir. Ramazan Gümüşay, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlâl Kararlarının İcrası* (Adalet Yayınevi 2019) 133-134.

göre Anayasa Mahkemesi'nin tazminata karar verebilmesi için bir ihlâlin ortaya çıkması şarttır⁴⁰. Başka bir deyişle bir ihlâlin meydana gelmediği durumlarda tazminata ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Örneğin tedbir, kabul edilemezlik veya ret kararı verildiği hallerde bir ihlâl meydana gelmemektedir. Bu durumlarda doğal olarak tazminata da hükmedilmez.

2. Zarar

Tazminata ilişkin bir karar verilebilmesi için maddi veya manevi bir zararın ortaya çıkması gerekir. 6216 sayılı Kanun'da tazminata hükmedilebilmesi için "zarar" koşulundan açıkça bahsedilmemektedir. Bununla birlikte söz konusu Kanun'un 47/3 hükmüne göre, başvuru dilekçesinde belirtilmesi gereken hususlardan biri uğranılan zarardır. AYM İçtüzüğü'nün 59/3-f bendine göre de tazminat talebinin olması halinde uğranılan zarar ve buna ilişkin belgelerin başvuru formuna eklenmesi gerekmektedir. Söz konusu hükümler tazminata karar verilebilmesi için aranan şartlardan birinin zarar olduğunu ortaya koymaktadır.

3. İlliyet Bağı

İhlâl ile zarar arasında illiyet bağıının bulunması gerekir. AYM de AİHM gibi maddi tazminat için ihlâl ile zarar arasında katı bir illiyet bağıının varlığını gerekli görmektedir. Manevi tazminat konusunda ise Anayasa Mahkemesi'nin illiyet bağı şartını değerlendirirken AİHM gibi daha esnek bir yaklaşıma sahip olduğunu söylemek mümkündür.

AİHM'nin illiyet bağıına ilişkin açıkça benimsediği bir teori yoktur. Benzer bir tespit AYM yargılaması için de yapılabilir. Anayasa Mahkemesi, illiyet bağıının neden bulunup bulunmadığını açıklamaksızın doğrudan illiyet bağıının varlığına veya yokluğuna hükmetmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi Güher Ergun ve Diğerleri davasında Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen makul sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiğini tespit etmekle birlikte ihlâl ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat talebini reddetmiştir⁴¹.

⁴⁰ 6216 sayılı Kanun'un 50/1 hükmüne göre, "İhlâl kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir..." 6216 sayılı Kanun'un 50/2 hükmüne göre ise "Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir..."

⁴¹ AYM, Güher Ergun ve Diğerleri, Başvuru No. 2012/13, 02.07.2013, para. 68.

4. Talep

Tazminata ilişkin bir karar verilebilmesi için kural olarak “talep” şartının da yerine getirilmesi gerekir. Diğer bir deyişle talep olmaması durumunda re’sen tazminata karar verilmemektedir. AYM İçtüzüğü’nün 59/3-f hükmünde tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgelerin başvuru formuna eklenmesi gerektiği düzenlenmektedir. Bu hükme göre, başvuranın tazminata ilişkin taleplerini bireysel başvuru formunda belirtmesi gerekir.

AYM, başvuranların talepleri ile bağlıdır. Yargılamanın uzunluğu nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâlinin bulgulandığı bir davada AYM, başvuranın manevi tazminat talebinde bulunmadığını belirterek bu konuda bir karar veremeyeceğini belirtmiştir⁴². Tazminat talebinde bulunulmasının ardından talepten vazgeçilmesi halinde AYM re’sen inceleme yapmamaktadır.

5. Yeniden Yargılamada Hukuki Yarar Bulunmaması

6216 sayılı Kanun’un 50/2 hükmüne göre, yeniden yargılamada hukuki yarar olmaması halinde tazminata hükmedilebilir. Bir başka anlatımla, ihlâlin ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesi’nin ilk olarak dikkate alacağı kurum “yeniden yargılama”dır. İhlâlin ve sonuçlarının giderilmesi konusunda yeniden yargılamanın tazminattan daha etkili bir yol olarak benimsendiği görülmektedir⁴³.

Bazı durumlarda yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmayabilir. COVID-19 salgınına yönelik tedbirler kapsamında aynı ceza infaz kurumunda bulunan eşlerin birbirleriyle telefon yoluyla iletişim kuramamaları nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin yapılan bir başvuruda Anayasa Mahkemesi başvurucu ve eşinin buldukları ceza infaz kurumlarından tahliye edilmeleri nedeniyle yeniden yargılamada hukuki yarar görmeyerek manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir⁴⁴.

⁴² AYM, Nebahat Tanrıverdi, Başvuru No. 2012/1313, 06/03/2014, para. 90.

⁴³ Bahadır Kılınç, ‘Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi’ in Ali Rıza Çoban, Serdar Güleler, Musa Sağlam ve Hüseyin Ekinci (eds) *Haşim Kılıç’a Armağan* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015) 1577; Gümüşay (n 39) 140. Semih Batur Kaya, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkinleştirilmesi: Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (Yetkin Yayınevi 2024) 126.

⁴⁴ AYM, Halil Korkulu, Başvuru No. 2020/22994, 12/6/2024, para. 23. Benzer yönde bkz. AYM, İlker Ensar Uyanık, Başvuru No. 2020/21922, 11/6/2024, para. 24; AYM, Volkan Umutlu, Başvuru No. 2022/2251, 21/5/2024, para. 28; AYM, İslam Çapraz, Başvuru No. 2021/16746, 28/2/2024, para. 30; AYM, Abdulaziz Kandemir, Başvuru No. 2021/7611, 24/1/2024, para. 58; AYM, Esat Talha Dursun, Başvuru No. 2018/10885, 14/12/2023, para. 20; AYM, Elif Tatlıdil ve Necdet Tatlıdil, Başvuru No. 2020/25643, 21/11/2023, para. 17.

6. Tazminatın Hesaplanmasının Ayrıntılı Bir İncelemeyi Gerektirmemesi

Manevi tazminata karar verilebilmesi için aranan bir diğer şart, AYM İçtüzüğü'nün 79/1-c bendinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, *“Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir.”*

Anayasa Mahkemesi'nin tazminatın hesaplanması konusunda uzman bir mahkeme olmadığı dikkate alındığında genel mahkemeler gibi ayrıntılı bir inceleme yapması pek mümkün değildir⁴⁵. Tazminatın hesaplanmasının ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılması, maddi tazminat bakımından gündeme gelmektedir. Manevi tazminata ilişkin davalar doğası gereği özel bir hesaplamayı gerektirmez.

7. Anayasa Mahkemesi'nin Tazminatı Gerekli Görmesi

Sözleşme sisteminde tazminata hükmedilebilmesi için aranan şartlardan biri, AİHM'nin tazminata hükmetmeyi gerekli görmesidir. Bu durum Sözleşme'nin 41. maddesinde *“gerekliyse”* şeklinde ifade edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu düzenleyen mevzuatta açıkça böyle bir hükme yer verilmemiştir. 6216 sayılı Kanun'da yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmaması halinde tazminata hükmedilebileceğinden bahsedilmektedir (m. 50/2). Kanunda geçen *“hükmedilebilir”* ibaresi tazminata ilişkin bütün diğer şartlar gerçekleşmiş olsa da AYM'nin tazminata karar verip vermeme bakımından takdir yetkisi olduğunu gösterir⁴⁶. Örneğin başvuranın kusurunun bulunduğu bir durumda tazminata karar verilebilmesi için diğer şartlar mevcut olsa da Anayasa Mahkemesi tazminata hükmetmeyebilir veya daha az miktarda bir tazminata karar verebilir. Bu durum tazminatın başvuranlar açısından bir hak olmadığını ortaya koymaktadır.

⁴⁵ Önay (n 39) 7. Öğretide, başvuranın genel mahkemelerde tekrar dava açmasının mağduriyetin giderilmesi sürecini uzatacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle tazminatın hesaplanmasında Anayasa Mahkemesi'nin bilirkişi yardımından faydalanarak bir sonuca varması gerektiği belirtilmektedir. Karan (n 39) 66-67; Meral Sungurtekin Özkan, 'Anayasal Şikâyet ve Adalet Erişim' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 399, 407.

⁴⁶ Öğretide bir görüş, *“hükmedilebilir”* ifadesini taleple bağlantılı olarak ele almaktadır. Bu görüşe göre Anayasa Mahkemesi talep olmasa da tazminata hükmedebilmelidir. Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Adalet Yayınevi 2016) 214-215.

Bu başlık altında ele alınması gereken bir husus, ihlal tespitine ilişkin kararlardır. Bir ihlalin giderilebilmesi için Anayasa Mahkemesi ihlal tespit etmeyi yeterli görebilir. Tazminata ilişkin diğer şartlar oluşsa da Anayasa Mahkemesi, özellikle ihlâlın boyutunun ciddi olmaması halinde hakkaniyete uygun tatmin için ihlâl tespitini yeterli görebilir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlâlının tespit edildiği Özgür Murat Engin davasında başvuran manevi tazminat talebinde bulunmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, ihlâl tespitinin yeterli tatmin sağladığına hükmetmiştir⁴⁷. Bu durum, Anayasa Mahkemesi tarafından gerekli görülmesi halinde tazminata karar verilebileceğini göstermektedir.

III. Manevi Tazminatın Takdiri

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında

Sözleşme sisteminde manevi zararın giderilmesinin yollarından biri tazminat ödenmesidir. Manevi tazminat, bir ihlâlden kaynaklanan belirsizlik, sıkıntı, ıstırap gibi manevi nitelikte bir zararın giderilmesine yöneliktir⁴⁸. AİHM, yerel

⁴⁷ AYM, Özgür Murat Engin, Başvuru No. 2014/7806, 21/9/2016, paras. 46-48. Benzer yönde bkz. AYM, M. K., Başvuru No. 2015/13077, 12/6/2018, paras. 73, 76; AYM, Zekayi Çelebi, Başvuru No. 2014/5633, 18/05/2016, para. 34. Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl tespitine hükmettiği kararların önemli bir kısmında başvuranların tazminat talebinde bulunmadığı göze çarpmaktadır. AYM, Ertuğrul Tunca, Başvuru No. 2018/24620, 13/10/2020, paras. 25, 30; AYM, Mevlüt Kaya, Başvuru No. 2019/13356, 27/1/2021, paras. 20-21; AYM, Fethi Kayalar, Başvuru No. 2019/14092, 28/1/2021, paras. 20-21; AYM, Halit Gülden, Başvuru No. 2019/37205, 19/11/2020, paras. 18-19; AYM, Anil Yıldız, Başvuru No. 2018/29792, 31/12/2020, paras. 28-30; AYM, Serdar Kaptanoğlu, Başvuru No. 2019/2769, 16/12/2020, paras. 20-22; AYM, Hasan Yıldırım, Başvuru No. 2019/26963, 19/11/2020, paras. 19-21; AYM, Atilla Yaman ve Diğerleri, Başvuru No. 2019/28819, 18/11/2020, paras. 20-22; Nuray Gündoğdu ve Diğerleri, Başvuru No. 2019/33965, 22/7/2020, paras. 50-52. Tazminata karar verilirken başvuranın daha önce tazminat elde etmesi de dikkate alınmaktadır. Anayasa Mahkemesi, ihlâl tespit ettiği bir kararında başvuranların AİHM önündeki ve iç hukuktaki yargılamada elde ettikleri tazminatı göz önünde bulundurarak ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir. Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi'ne göre; başvuru sahiplerinin aynı iddialar kapsamında yaptıkları başvurular sonucunda AİHM'nin 14/9/2010 tarihli kararı ile 105.000 Avro; İstanbul 10. İdare Mahkemesinin 27/10/2010 tarihli kararı ile de 100.000 TL tazminat ödenmesine karar verildiği tespit edildiğinden, bu konuda ayrıca bir tazminat ödenmesine gerek görülmemiştir. AYM, Rahil Dink ve Diğerleri, Başvuru No. 2012/848, 17/07/2014, para. 129.

⁴⁸ Comingersoll S.A. v. Portugal, Application no. 35382/97, 06/04/2000, para. 29; Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria, Application nos. 412/03, 35677/04, 16/09/2010, para. 23; Arvanitaki-Roboti and Others v. Greece, Application no. 27278/03, 15/02/2008, para. 27; Kakamoukas and Others v. Greece, Application no. 38311/02, 15/02/2008, para. 39; Driza v. Albania, Application no. 33771/02, 13/11/2007, para. 131.

bir mahkeme gibi ayrıntılı olarak tazminat hesaplaması yapmamaktadır. Manevi zarar da niteliği gereği tam olarak hesaplanmaya elverişli değildir⁴⁹.

Uygulama Talimatı'nda bir manevi zararın tespit edilmesi ve Mahkeme'nin manevi tazminatın gerekli olduğuna karar vermesi halinde kendi içtihatlarından çıkan standartları göz önünde bulundurarak hakkaniyet temelinde manevi tazminatı belirleyeceği ifade edilmiştir⁵⁰.

AİHM de çeşitli kararlarında manevi tazminatın hesaplanması konusunda yol gösterici ilkenin hakkaniyet olduğunu belirtmiştir. Hakkaniyet ilkesi, sadece başvuranın durumu bakımından değil, ihlâlin meydana geldiği genel bağlam da dahil olmak üzere davanın bütün koşulları bakımından neyin adil ve makul olduğuna dair objektif bir değerlendirmeyi ve esnekliği içermektedir⁵¹. Bu tanımdan ve Mahkeme'nin konuya ilişkin içtihadından yola çıkarak manevi tazminatın belirlenmesinde bazı faktörlerin rol oynadığını söylemek mümkündür. Bu faktörler ihlâlin ciddiyeti, başvuranın durumu ve yerel ekonomik koşullardır.

1. İhlalin Ciddiyeti

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınan en önemli unsur ihlâlin ciddiyetidir⁵². Sözleşme'de yer alan hakların önemi bakımından açıkça bir hiyerarşi öngörülmemekle birlikte bazı hakların ihlâli durumunda daha yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmektedir. Örneğin; yaşam hakkının ihlâli durumunda ödenecek manevi tazminat, diğer hakların ihlâli halinde ödenecek manevi tazminata göre genellikle daha yüksektir. Sözleşme kapsamında en yüksek manevi tazminatın, genellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlâli halinde verildiğini söylemek mümkündür⁵³.

⁴⁹ Abdulaziz, Cabales and Balkandalı v. The United Kingdom, Application nos. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/05/1985, para. 96; Varnava and Others v. Turkey, Application nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, BD., 18/09/2009, para. 224; Korchagin v. Russia, Application no. 19798/04, 01/06/2006, para. 25.

⁵⁰ Uygulama Talimatı, para. 14.

⁵¹ Varnava and Others v. Turkey, Application nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, 18/09/2009, para. 224; Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, Application no. 55721/07, 07/07/2011, para. 182.

⁵² Franz Bydlinski, 'Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR' in Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol ve Elisabeth Steiner (ed) *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (De Gruyter 2011) 99.

⁵³ Altwicker-Hámori, Altwicker ve Peters (n 36) 18.

İhlâlin ciddi olup olmadığı belirlenirken ihlâlin süresi, sayısı ve başvuran üzerinde doğurduğu etki gibi birtakım etkenler dikkate alınmaktadır⁵⁴. Boicenco/Moldova davasında Mahkeme ihlâllerin sayısına ve aşırı ciddiliğine dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre başvuranın kötü muameleye maruz bırakılması, kötü muameleye maruz kaldığı iddialarının ulusal makamlarca soruşturulmaması, başvuranın Mahkeme'ye erişiminin engellenmesi ve hukuka aykırı olarak uzun süre özgürlüğünden yoksun bırakılması ihlâlin aşırı derecede ciddi olması-na neden olmuştur⁵⁵.

İhlâlin ciddiyeti ve başvuran üzerindeki etkisi manevi tazminatın tespitinde de belirleyici olmaktadır. Yaşam hakkının ve işkence yasağının ihlâl edildiği durumlarda manevi tazminat miktarı genellikle daha yüksektir⁵⁶. Mahkeme, ihlâlin başvuran üzerindeki etkisini belirlerken akrabalık ve yakınlık derecesini göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin başvuran kişinin eş olması durumunda genellikle daha fazla manevi tazminata hükmedilirken kardeşlerin yaptığı başvurularda manevi tazminat miktarı daha düşük olmaktadır⁵⁷.

2. Başvurucunun Durumu

Manevi tazminata ilişkin hesaplamada göz önünde bulundurulan bir diğer etken başvuranın durumudur. İhlâl tespit edilen bir davada başvuranın kusurunun bulunması halinde manevi tazminatın miktarı azaltılabilir veya hiç tazminata hükmedilmeyebilir. Uygulama Talimatı'nda da zararın miktarının başvuranın kendi hatasından kaynaklanması halinde Mahkeme'nin gerçekten maruz kalınan zararın değerinden daha düşük bir miktarda tazminata hükmedebileceği veya tazminat talebini tamamen reddedebileceği öngörülmektedir⁵⁸. Örneğin yargılama süresinin uzunluğu nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlâlinin bulunduğu bir davada Mahkeme, yargılamanın uzamasına neden olan durumlar-

⁵⁴ Mahkeme'nin ihlâlin ciddiyetine atıf yaptığı bazı örnek kararlar için bkz. T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova, Application no. 26608/11, 28/01/2014, para. 68; Popov v. Russia, Application no. 26853/04, 13/07/2006, para. 264; W. v. Slovenia, Application no. 24125/06, 23/01/2014, para. 91; Erkenov v. Turkey, Application no. 18152/11, 06/09/2016, para. 49; A.D. and Others v. Turkey, Application no. 22681/09, 22/07/2014, para. 131; Cantaragiu v. The Republic of Moldova, Application no. 13013/11, 24/03/2020, para. 59; Ibrahimov and Mammadov v. Azerbaijan, Application nos. 63571/16, 74143/16, 2883/17, 2890/17, 39527/17, 39541/17, 13/02/2020, para. 179.

⁵⁵ Boicenco v. Moldova, Application no. 41088/05, 11/07/2006, para. 166.

⁵⁶ Harris, O'Boyle ve Warbrick (n 23) 885.

⁵⁷ Meryem Çelik and Others v. Turkey, Application no. 3598/03, 16/04/2013, para. 105.

⁵⁸ Uygulama Talimatı, para. 2.

dan birinin başvuranın davranışı olduğunu belirterek daha düşük bir meblağa hükmetmiştir⁵⁹.

Başvuranın durumu bazı hallerde manevi tazminatın miktarını artırabilir. Örneğin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâlinin bulgulandığı Z ve Diğerleri/Birleşik Krallık davasında Mahkeme, başvuranların yaşının küçük olması durumunda yüksek miktarda manevi tazminata hükmedebileceğini belirtmiştir⁶⁰. Başvuranın yaşının büyük olması da manevi zararın derecesini etkilemektedir. Hutten-Czapska/Polonya davasında Mahkeme başvuranın 75 yaşında olması ve sağlık durumunun kötü olması nedeniyle daha fazla hayal kırıklığı ve sıkıntı yaşamamasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir⁶¹.

3. Yerel Ekonomik Durumlar

Manevi tazminata hükmedilirken genellikle yerel ekonomik koşullar göz önünde bulundurulmaktadır⁶². Yerel ekonomik koşullara göre mağdurlar arasında böyle bir ayırım yapılması ilk başta bazı soru işaretlerini akla getirebilir. Ancak başvuranların daha zengin veya daha fakir bir ülkede yaşadığını dikkate almaksızın aynı ihlâl için benzer miktarlara hükmetmek de hakkaniyete uygun değildir. Çünkü paranın değeri her ülkede farklıdır ve yerel ekonomik gelişmelere ve satın alma gücüne bağlıdır⁶³. Mahkeme de bir kararında taraf devletlerdeki yaşam koşullarının aynı olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamında ödenecek manevi tazminat, taraf devletlerin yaşam standartlarına ve ekonomik durumlarına göre değişebilir⁶⁴.

Yerel ekonomik koşulların dikkate alınmasına bir örnek, yerel mahkeme kararlarını uygulamayan Ukrayna'ya karşı hükmedilen manevi tazminat miktarlarının dikkate değer bir biçimde azalmasıdır. Öğretide, Ukrayna'da yerel mahkeme kararlarının uygulanmamasına ilişkin manevi tazminat miktarlarının yıldan yıla düşürülmesinin, ülkede yaşanan savaş nedeniyle olabileceğine işaret

⁵⁹ Riccardi Pizzati v. Italy, Application no. 62361/00, 10/11/2004, para. 30. Benzer yönde bkz. The Estate of Nitschke v. Sweden, Application no. 6301/05, 27/09/2007, para. 70.

⁶⁰ Z and Others v. The United Kingdom, Application no. 29392/95, 10/05/2001, para. 130.

⁶¹ Hutten-Czapska v. Poland, Application no. 35014/97, 19/06/2006, para. 248.

⁶² Uygulama Talimatı, para. 2.

⁶³ Ichim (n 1) 47.

⁶⁴ Assanidze v. Georgia, Application no. 71503/01, 08/04/2004, para. 206. UAD de bir kararında hakkaniyetin mutlaka eşitlik anlamına gelmediğini belirtmiştir. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, para. 91.

edilmektedir. Buna göre 1999 yılında yerel mahkeme kararlarının uygulanmasından dolayı AİHM, 5.000 Avro manevi tazminata hükmederken, bu rakam 2008 yılında 2.500 Avroya, 2013 yılında 2.000 Avroya düşürülmüştür. 2015 yılında ise söz konusu rakam 1.000 Avroya düşürülmüştür⁶⁵. Görüldüğü gibi manevi tazminat miktarının artırılmasında veya azaltılmasında ilgili devletteki ekonomik gelişmeler etkili olabilmektedir.

B. Anayasa Mahkemesi Uygulamasında

Anayasa Mahkemesi'nin manevi tazminata hükmederken ihlâlin ciddiyeti ve manevi zararın derecesini dikkate alarak AİHM içtihatları temelinde manevi tazminatın miktarını hesapladığı belirtilmektedir⁶⁶. Bununla birlikte AYM'nin ve AİHM'nin karar verdiği manevi tazminat miktarları kıyaslandığında, AYM'nin hükmettiği tazminat miktarlarının tatmin edici olmadığını söylemek mümkündür⁶⁷. Anayasa Mahkemesi'nin hükmettiği tazminat miktarlarının her davada AİHM'nin benzer davalarda hükmettiği meblağlar ile aynı olması gerekmez. Bir başka anlatımla, AYM'nin bir davada hükmettiği tazminatın miktarı, benzer davalarda AİHM'nin karar verdiği manevi tazminattan görece düşük olması her halükarda mağdur statüsünün devam etmesini gerektirmeyebilir. Ancak ulusal hukukta hükmedilen tazminatın AİHM içtihatlarına nazaran açıkça yetersiz olması durumunda AİHM tazminat miktarını kendisi takdir edebilir⁶⁸.

Manevi zarar, maddi zarar gibi ölçülebilir nitelikte değildir. Bu nedenle maddi zararda olduğunun aksine manevi zararın birtakım belgelerle ortaya konulması pek mümkün değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi de AİHM gibi manevi tazminata ilişkin değerlendirmesinde manevi bir zararın meydana gelip gelmediğinin ve ihlâl ile zarar arasında illiyet bağının olup olmadığının tespitinde daha esnek davranmaktadır.

AİHM'nin manevi tazminata karar verirken en önemli dayanağının "hakka-niyet" olduğuna daha önce değinilmişti. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi ma-

⁶⁵ Fikfak (n 2) 1110-1111.

⁶⁶ Hüseyin Ekinci ve Musa Sağlam, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014) 120-121.

⁶⁷ Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (On İki Levha Yayıncılık 2015) 250. 2015 yılında yayımlanan bir çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin benzer hak ihlallerinde hükmettiği tazminatın AİHM'nin karar verdiği tazminat miktarlarının ortalama yüzde 60'ına tekabül ettiği belirtilmektedir. Kılınç (n 43) 1577.

⁶⁸ Vedat Doğru v. Turkey, Application no. 2469/10, 05/04/2016, para. 40; Kormos v. Slovakia, Application no. 46092/06, 08/11/2011, para. 73; Horváth v. Slovakia, Application no. 5515/09, 27/11/2012, para. 93.

nevi tazminata ilişkin davalarda hakkaniyete atıf yapmaksızın “*ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya manevi tazminat ödenmesine*” şeklinde hüküm kurmaktadır⁶⁹. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi’nin manevi tazminata hükmedilebilmesi için dikkate aldığı temel kriter, maruz kalınan zararın ihlâl tespitiyle giderilemeyecek olmasıdır. AİHM’nin hakkaniyet uygulamasının öngörülemez ve muğlak olduğuna dair eleştiriler dikkate alındığında AYM’nin manevi tazminata ilişkin değerlendirmesinde “hakkaniyet” kavramına başvurmadan kaçındığı düşünülebilir.

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 41. maddesinde düzenlenen “hakkaniyete uygun tatmin” kurumu, bireylerin maruz kaldıkları ihlâllerin giderilmesine yöneliktir. Sözleşme ve Anayasa Mahkemesi uygulamasında bir ihlâlin giderilmesi için en etkin giderim yönteminin “eski hale getirme” olduğu söylenebilir.

Mevcut öncesi duruma dönülmesinin mümkün olduğu durumlarda bireylerin isteği de genellikle “eski hale getirme”nin sağlanmasıdır. Örneğin, bireyin hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığı bir durumda kişinin serbest bırakılması mümkün iken yalnızca tazminata hükmedilmesi, insan haklarının etkin olarak korunması fikriyle bağdaşmaz. Yaşamın kaybı, kötü muamele gibi bazı durumlarda eski hale getirmenin sağlanması mümkün değildir. Bu nedenle Sözleşme kapsamında AİHM’nin bir ihlalin giderilmesine ilişkin uygulaması büyük çoğunlukla tazminat şeklindedir. Sözleşme’nin 41. maddesi kapsamında genellikle üç başlık altında hüküm kurulmaktadır. Bunlar; maddi tazminat, manevi tazminat ve masraf ve giderlerdir.

AİHM’nin manevi tazminata karar verebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Söz konusu şartlar; ihlal, zarar, illiyet bağı, ihlalin iç hukukta giderilememiş olması, talep ve tazminatın gerekli olduğuna AİHM tarafından karar verilmesidir. Bir ihlalin tespit edilmiş olması, otomatikman manevi tazminata hükmedileceği anlamına gelmemektedir. Diğer bütün şartlar gerçekleşmiş olsa da tazminata hükmedilebilmesi için Mahkeme’nin manevi tazminata karar verip vermeme konusunda takdir yetkisi vardır. AİHM bir ihlal tespit etse de manevi tazminata hükmetmek yerine ihlal tespitiyle yetinebilir. Bu durum başvurular açısından tazminatın bir hak olmadığını ortaya koymaktadır.

⁶⁹ AYM, Pınar Gül, Başvuru No. 2019/17281, 30/9/2020, para. 19; AYM, Melik Uzun, Başvuru No. 2013/8905, 08/09/2014, para. 40.

Manevi tazminat konusunda da Mahkeme, Sözleşme’de yer alan tüm haklar açısından hakkaniyet temelinde bir karar verme eğilimindedir. Mahkeme, manevi tazminata hükmederken çoğunlukla sadece hakkaniyete atıf yaparak oldukça geniş bir takdir yetkisinden yararlanmaktadır. Bununla birlikte AİHM’nin sahip olduğu takdir yetkisini, tamamen keyfi bir şekilde kullandığı söylenemez. Mahkeme ayrıca ihlâlin ciddiliği, başvuranın kusuru, yerel ekonomik koşullar gibi birtakım kriterlere başvurmaktadır.

Mahkeme, tazminata ilişkin incelemesinde ulusal bir mahkeme gibi ayrıntılı bir hesaplama yapmamakla birlikte Sözleşme uygulamasında “zenginleşme yasağı” prensibinin sıkı bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Mahkeme, özellikle maddi tazminata ilişkin incelemesinde birtakım somut delillere dayanarak karar verme eğilimindedir. Mahkeme’nin manevi tazminata hükmedebilmek için aradığı ispat ölçüsü, maddi tazminattaki kadar sıkı olmamakla birlikte “zenginleşme yasağı” prensibinin manevi tazminat için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi de tazminata ilişkin değerlendirmesinde tıpkı AİHM gibi “zenginleşme yasağı” prensibini uygulamaktadır.

Manevi tazminat, bir ihlâlden kaynaklanan belirsizlik, sıkıntı, ıstırap gibi manevi nitelikte bir zararın giderilmesine yöneliktir. Manevi zarar, niteliği gereği subjektif olduğu için belgelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi manevi tazminata ilişkin değerlendirmesinde daha esnek davranmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin manevi tazminata karar verebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartlar; ihlâl, zarar, illiyet bağı, talep, yeniden yargılamada hukuki yarar bulunmaması, tazminatın hesaplanmasının daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmemesi ve Anayasa Mahkemesi’nin tazminata hükmetmeyi gerekli görmesidir. AİHM uygulamasından farklı olarak AYM yargılamasında yeniden yargılamada hukuki yarar bulunup bulunmadığı değerlendirilmektedir. Yeniden yargılama kurumu, Anayasa Mahkemesi’nin en sık başvurduğu giderim yöntemlerinin başında gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin manevi tazminata ilişkin kararlarının önemli bir kısmı, şimdiye kadar AYM yargılamasında en çok ihlâl tespit edilen makul sürede yargılanma hakkına ilişkindir. Bireysel başvuruya konu olabilecek diğer haklarla kıyaslandığında yaşam hakkı, işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi hakların ihlâli halinde genellikle daha yüksek miktarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Kaynakça

- Altwicker-Hámori S, Altwicker T ve Peters A, 'Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights' (2016) 76 Heidelberg Journal of International Law, 1-51
- Beatson J, Grosz S, Hickman T, Singh R ve Palmer S, *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, (Sweet and Maxwell 2008)
- Bernhardt R, 'Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights' in Maurizio Ragazzi (ed), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (Martinus Nijhoff Publishers 2005)
- Buyse A, 'Lost And Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law' (2008) 68 Heidelberg Journal of International Law, 129-153
- Bydlinski F, 'Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR' in Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol ve Elisabeth Steiner (ed) *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights* (De Gruyter 2011)
- Cengiz S, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin AİHS M. 41 Kapsamındaki Hükümlerinin (Adil Karşılık) Mahiyeti ve Unsurları* (Adalet Yayınevi 2016)
- Çelik Y, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Adalet Yayınevi 2016)
- Ekinci H ve Sağlam M, *Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2014)
- Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975)
- Fikfak V, 'Changing State Behaviour: Damages before the European Court of Human Rights' (2018) 29 (4) The European Journal of International Law, 1091-1125
- Gözübüyük Ş ve Gölcüklü F, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, (Turhan Kitabevi 2013)
- Gümüşay R, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlâl Kararlarının İcrası* (Adalet Yayınevi 2019)
- Hamdemir B, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2018)
- Harris D, O'boyle M ve Warbrick C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (Ulaş Karan ve Mehveş Bingöllü çev, Oxford University Press 2009)
- Ichim O, *Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights* (Cambridge University Press 2015)
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Karan U, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2015)

- Karan U, *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası: Norm Denetimi ile Bireysel Başvuru Usulünde Verilen Kararlar Özelinde Bir İnceleme* (On İki Levha Yayınları 2018)
- Kaya S. B, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Etkinleştirilmesi: Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası* (Yetkin Yayınevi 2024)
- Kılıç B, 'Bireysel Başvuruda Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yerine Getirilmesi' in Ali Rıza Çoban, Serdar Güleler, Musa Sağlam ve Hüseyin Ekinci (eds) *Haşim Kılıç'a Armağan* (Anayasa Mahkemesi Yayınları 2015)
- Önay I, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Tazminata Hükmetme Yetkisi ve Mahkemenin Bu Konudaki Uygulamaları Üzerine Düşünceler' (2017) 2-7, <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/09/Is%CC%A7%C4%B1k-O%CC%88nay-Bireysel-Bas%CC%A7vuru-Kararlar%C4%B1nda-Maddi-Tazminata-Hu%CC%88kmetme-Yetkisi-ve-Mahkemenin-Bu-Konudaki-Uygulamalar%C4%B1-U%CC%88zerine-Du%CC%88s%CC%A7u%CC%88nceler>. Erişim Tarihi: 16.12.2023
- Sungurtekin Özkan M, 'Anayasal Şikâyet ve Adalete Erişim' (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 399-410
- Şirin, T 'Anayasa Mahkemesi Kararlarının İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Etkisi' (2018) 35 Anayasa Yargısı Dergisi, 147-167

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- A.D. and Others v. Turkey, Application no. 22681/09, 22/07/2014.
- A.T.Ö v. Turkey, Application no. 63192/12, 26/05/2020.
- Abdulaziz, Cabales and Balkandalı v. The United Kingdom, Application nos. 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28/05/1985.
- Aktaş v. Turkey, Application no. 24351/94, 24/04/2003.
- Al-Skeini and Others v. The United Kingdom, Application no. 55721/07, 07/07/2011.
- Andrejeva v. Latvia, Application no. 55707/00, 18/02/2009.
- Anşin v. Turkey, Application no. 49266/06, 20/11/2018.
- Arvanitaki-Roboti and Others v. Greece, Application no. 27278/03, 15/02/2008.
- Assanidze v. Georgia, Application no. 71503/01, 08/04/2004.
- Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain (Article 50), Application nos. 10588/83, 10589/83, 10590/83, 13/06/1994.
- Boicenco v. Moldova, Application no. 41088/05, 11/07/2006.
- Cantaragiu v. The Republic of Moldova, Application no. 13013/11, 24/03/2020.
- Comingersoll S.A. v. Portugal, Application no. 35382/97, 06/04/2000.
- Çalığışu v. Turkey, Application nos. 14576/08, 25717/08, 11/02/2020.
- De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (Article 50), Application nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66, 10/03/1972.

- Driza v. Albania, Application no. 33771/02, 13/11/2007.
- Erkenov v. Turkey, Application no. 18152/11, 06/09/2016.
- Francesco Lombardo v. Italy, Application no. 11519/85, 26/11/1992.
- Guzzardi v. Italy, Application no. 7367/76, 06/11/1980.
- Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria, Application nos. 412/03, 35677/04, 16/09/2010.
- Horváth v. Slovakia, Application no. 5515/09, 27/11/2012.
- Hutchison Reid v. The United Kingdom, Application no. 50272/99, 20/02/2003.
- Hutten-Czapska v. Poland, Application no. 35014/97, 19/06/2006.
- Ibrahimov and Mammadov v. Azerbaijan, Application nos. 63571/16, 74143/16, 2883/17, 2890/17, 39527/17, 39541/17, 13/02/2020.
- Kakamoukas and Others v. Greece, Application no. 38311/02, 15/02/2008.
- Korchagin v. Russia, Application no. 19798/04, 01/06/2006.
- Kormos v. Slovakia, Application no. 46092/06, 08/11/2011.
- König v. Germany (Article 50), Application no. 6232/73, 10/03/1980.
- Kurić and Others v. Slovenia, (Just Satisfaction), Application no. 26828/06, 12/03/2014.
- Lagutin and Others v. Russia, Application nos. 6228/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09, 19123/09, 24/04/2014.
- Maksimov v. Azerbaijan, Application no. 38228/05, 08/10/2009.
- Mediation Berti Sports v. Turkey, Application no. 63859/12, 12/05/2020.
- Molla Sali v. Greece, Application no. 20452/14, 18/06/2020.
- Orhan v. Turkey, Application no. 25656/94, 18/06/2002.
- Önkol v. Turkey, Application no. 24359/10, 17/01/2017.
- Papamichalopoulos and Others v. Greece (Article 50), Application no. 14556/89, 31/10/1995.
- Perdigao v. Portugal, Application no. 24768/06, 16/11/2010.
- Popov v. Russia, Application no. 26853/04, 13/07/2006.
- Pravednaya v. Russia, Application no. 69529/01, 18/11/2004.
- Reklos and Davourlis v. Greece, Application no. 1234/05, 15/01/2009.
- Riccardi Pizzati v. Italy, Application no. 62361/00, 10/11/2004.
- Ryabykh v. Russia, Application no. 52854/99, 24/07/2003.
- Saçılık and Others v. Turkey, Application nos. 43044/05, 45001/05, 14/04/2015.
- Scoppola v. Italy (No.2), Application no. 10249/03, 17/09/2009.
- Sevim v. Turkey, Application no. 41739/11, 16/06/2020.
- Sharxhi and Others v. Albania, Application no. 10613/16, 11/01/2018.

- Stojanovski and Others v. “The Former Yugoslav Republic Of Macedonia” (Just Satisfaction), Application no. 14174/09, 07/02/2019.
- T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova, Application no. 26608/11, 28/01/2014.
- Tamir and Others v. Romania, Application no. 42194/05, 15/09/2009.
- Terranova v. Italy, Application no. 17156/90, 04/12/1995.
- The Estate of Nitschke v. Sweden, Application no. 6301/05, 27/09/2007.
- The Former King of Greece and Others v. Greece (just satisfaction), Application no. 25701/94, 28/11/2002.
- The Sunday Times v. The United Kingdom (No. 1) (Article 50), Application no. 6538/74, 16/11/1980.
- Timofeyev v. Russia, Application no. 58263/00, 23/10/2003.
- Todorova and Others v. Bulgaria, Application nos. 48380/99, 51362/99, 60036/00, 73465/01, 24/04/2018.
- Uzundağ and Others v. Turkey, Application no. 59796/10, 14/05/2020.
- Ülgen v. Turkey, Application no. 50480/09, 26/11/2019.
- Varnava and Others v. Turkey, Application nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90, 16073/90, BD., 18/09/2009.
- Vedat Doğru v. Turkey, Application no. 2469/10, 05/04/2016.
- W. v. Slovenia, Application no. 24125/06, 23/01/2014.
- Z and Others v. The United Kingdom, Application no. 29392/95, 10/05/2001.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, Abdulaziz Kandemir, Başvuru No. 2021/7611, 24/1/2024.
- AYM, Ano İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti., Başvuru No. 2014/2267, 21/12/2017.
- AYM, Elif Tatlıdil ve Necdet Tatlıdil, Başvuru No. 2020/25643, 21/11/2023.
- AYM, Esat Talha Dursun, Başvuru No. 2018/10885, 14/12/2023.
- AYM, Güher Ergun ve Diğerleri, Başvuru No. 2012/13, 02.07.2013.
- AYM, Halil Korkulu, Başvuru No. 2020/22994, 12/6/2024.
- AYM, İlker Ensar Uyanık, Başvuru No. 2020/21922, 11/6/2024.
- AYM, İslam Çapraz, Başvuru No. 2021/16746, 28/2/2024.
- AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım, Başvuru No. 2013/711, 03/04/2014.
- AYM, Mehmet İlker Başbuğ, Başvuru No. 2014/912, 06/03/2014.
- AYM, Melik Uzun, Başvuru No. 2013/8905, 08/09/2014.
- AYM, Nebahat Tanrıverdi, Başvuru No. 2012/1313, 06/03/2014.
- AYM, Pınar Gül, Başvuru No. 2019/17281, 30/9/2020.
- AYM, Volkan Umutlu, Başvuru No. 2022/2251, 21/5/2024.

İdari Yargılama Usulünde Mahkeme Kararlarının Gerekçelendirilmesi Esası^(*)

Öğr. Gör. Dr. Ayşe Nur SALDIRAN^(**)

Öz

İdari yargılamada mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi esası, gerekçeli kararın hem hak hem de yükümlülük olarak iki farklı düzlemde değerlendirilmesi şeklinde somutlaşır. Gerekçeli karar veyahut yargısal gerekçelendirme en temelde kamu gücünün kullanımının bir gereğidir. Her güç kullanımı, meşruiyetini yalnızca yasa koyucunun vermiş olduğu yetkilendirmeden yani salt kanunilikten elde etmez; aynı zamanda hukuk devleti anlayışı çerçevesinde otoritenin muhataplar tarafından da kabulünü gerektirir ki bu kabule ancak bir argümantasyon süreci neticesinde yani ikna edilebilirlikle erişilebilir. Bu noktada hiçbir kamu gücü kullanımı, gerekçeden ber'î düşünülemez. Gerekçe veyahut gerekçeli karar da bu anlamda öncelikle hukukun genel bir ilkesi, hukuk devletinin şekli bir unsurudur.

Bu çalışmada bilhassa kamu gücü kullanımının en klasik örneği olan idarenin tek yanlı işlemlerine karşı, hak arama özgürlüğünün etkin şekilde kullanımını vadeden idari yargı kararlarının gerekçelendirilmesi ele alınacaktır. Bu kapsamda yargısal kararların niteliği ve mahiyeti, gerekçelendirmenin kapsamını ve hangi ölçütlerle bir gereklilik olduğunu ortaya koyacaktır.

Anahtar Kelimeler

Gerekçe, Gerekçeli Karar İlkesi, İdari Yargılama Usulünde Gerekçelendirme.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 12.11.2024.

Atıf Şekli: Ayşe Nur Saldıran, 'İdari Yargılama Usulünde Mahkeme Kararlarının Gerekçelendirilmesi Esası' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1121, 1145.
DOI: 10.52273/sduhfd..1563113.

^(**) Türk Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: ayse.saldiran@tau.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-3456-4384>.

The Principle of Reasoning of Court Decisions in Administrative Judicial Procedure

Abstract

The principle of reasoning of court decisions in administrative proceedings materializes in the form of evaluating a reasoned decision as both a right and an obligation on two different levels. A reasoned decision, or judicial reasoning, is fundamentally a requirement of the exercise of public power. The legitimacy of any exercise of power does not solely derive from the authorization granted by the legislature, i.e., from mere legality, but also requires the acceptance of the authority by those subjected to it within the framework of the rule of law. Such acceptance can only be achieved through a process of argumentation, i.e., through persuasiveness. At this point, no exercise of public power can be conceived without reasoning. In this sense, reasoning or a reasoned decision is primarily a general principle of law and a formal element of the rule of law.

In this study, the reasoning of administrative court decisions, which promise the effective exercise of the right to seek justice against the unilateral actions of the administration-the most classic example of the use of public power-will be discussed. In this context, the nature and essence of judicial decisions will reveal the scope of reasoning and the criteria by which it is deemed a necessity

Keywords

Reason, The principle of Reasoned Decision, Reasoning in Administrative Procedure.

Extended Summary

The function of administrative jurisdiction in establishing consistent case law and overseeing the legality of administrative decisions highlights its significant public authority within the context of state-individual relations. Although the judiciary is not inherently designed as an entity that directly intervenes in fundamental rights, its role as an independent and impartial mechanism in the pursuit of justice by citizens makes it indispensable. The judiciary's function as the ultimate decision-making authority and, in a sense, a last resort reinforces its public power. This underscores why the judiciary's obligation to provide reasoning is a priority in the context of fundamental rights, particularly concerning the right to a fair trial.

When administrative acts impose burdens on individuals or have punitive implications, the interference with fundamental rights becomes more pronounced. In such cases, the decisions made by administrative courts carry a high potential to significantly affect individuals' claims within the legal framework. Therefore, the obligation to provide reasoning is not only essential for ensuring the judiciary's independence and impartiality but also a vital requirement for safeguarding the rights of citizens.

In this regard, in administrative jurisdiction, as opposed to judicial jurisdiction, the justification of administrative acts and the evaluation of discretionary powers hold critical importance in the adjudication process, which is based on the principle of *ex officio* investigation by administrative courts. The effective oversight of administrative actions and their justification require that the reasons for these acts be explicitly stated. However, the issue of how judges will legally assess the lack of reasoning in an administrative act when reviewing its legality or to what extent and how unreasoned administrative acts should be subjected to justification is an essential legal matter in administrative adjudication, which remains uncertain and lacks normative regulation. In this regard, it should also be emphasized that the court, which has the obligation to provide reasoning, is essentially the decision-making authority that concludes the adversarial litigation process and cannot assume a functional role as a party to the case.

In addition, the question arises as to whether the presumption of legality, a principle governing administrative procedures, should still be deemed worthy of protection for an act whose legality is contested in the judicial phase. Shifting the burden of justifying the illegality of an act, particularly a burdensome administrative act, from the administration-which possesses all the relevant information and evidence concerning the act-to the courts, or placing this burden on the citizen facing the act, creates imbalances or difficulties in the course of the proceedings. In such cases, the legislator may guide judicial reasoning through normative regulations that attribute a superior position or value to one party in certain types of cases. Indeed, the relationship between the administration and the citizen can influence the sensitivity of the court's reasoning, depending on whether the judgment is in favor of or against the respective party. In the absence of a value or superiority normatively established by the legislator, the reasoning should carry equal weight in favor of or against both parties. In any case, administrative jurisdiction should not be evaluated separately from administrative

procedure, and normative improvements concerning the duty to justify should be adopted as a comprehensive principle for both administrative procedure and adjudication.

Furthermore, the courts' authority to interpret the law plays a normative role unique to administrative jurisdiction, particularly in the interpretation of vague legal concepts and changes in case law. In administrative jurisdiction, it can be said that case law has a normative effect similar to that of law. Indeed, the power granted to the Council of State and administrative courts to create law, stemming from the deficiencies in the legislator's regulations, results in principle decisions that not only guide the legislator in the lawmaking process but also impose a legal obligation on administrative bodies to act in accordance with these decisions. In this sense, the law can be considered wiser than the legislator; in other words, the legislator must be understood better through its interpretation. Therefore, the judge's reasoning may include an interpretation that goes beyond the will of the legislator. This necessitates a separate sensitivity in the reasoning process and requires the courts to safeguard the minimum and maximum boundaries of justification in the evaluation of discretionary margins, particularly through principles like proportionality that apply to decisions stemming from public authority. The preservation of normative influence within administrative jurisdiction, under the principle of legal certainty, should only be deemed feasible if it ensures the continuity of legal outcomes that align with equity and fairness. If a deviation from precedent serves the primary objective of the judiciary, which is to ensure justice, and does not create unpredictability for citizens—thus not conflicting with the prohibition on retroactivity—such changes in case law should not be blocked merely for the sake of maintaining absolute consistency in judicial decisions.

Giriş

İdari yargının, süregelen içtihatları oluşturması ve idarenin vermiş olduğu kararların hukuka uygunluğunu denetleme işlevi itibarıyla, devlet-birey ilişkisi bağlamında bir kamu gücünü haiz olduğu ileri sürülebilir¹. Açıklayıcı bir şekilde (idari) yargı erki temel haklara doğrudan müdahale eden bir organ olarak doğmamışsa da vatandaşın hak arayışında bağımsız ve tarafsız olduğuna kanaat edilen bir kuvvet olarak görev yüklenir. Yargı erkinin bu yönüyle son çare merci, nihai karar verici organ olarak yadsınamayacak bir kamu gücünü mündemiç olması, gerekçelendirme yükümlülüğünün yargı erki için temel haklar düzleminde öncelikle adil yargılanma hakkı bağlamında bir yükümlülük olmasının temel izahı olarak görünür. Bilhassa idarenin işlemlerinin külfet yükleyici veyahut idari yaptırım olarak ortaya konduğu durumlarda, temel haklara müdahalenin daha yoğun görüldüğü yerde, idari yargı mercinin kararının hukuk alanında hak iddiasında bulunanlar bakımından ağır sonuçlar doğurabilme olasılığı daha yüksektir. Bu anlamda idari yargılamada gerekçeli karar, öncelikle vatandaşın hakları bakımından bir başka deyişle sübjektif etkisi ile önem arz eder. Ve kararın gerekçesi temel haklara müdahalenin uygunluğuyla orantılı bir anayasal gerekliliğe tabi tutulabilir.

Bireysel haklar dışında gerekçelendirme ve gerekçelendirmenin yönetime dayandırılması ve tutarlı olması ise içtihat hukuku bakımından ehemmiyet taşır. Tıpkı yasal düzenlemelerin açık, anlaşılabilir, öngörülebilir olma gerekliliği gibi yargısal kararların da normatif gücüyle rastlantısal olmaması, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

Keza bu minvalde yine idarenin hukuka uygun ve doğru bir karar verip vermediği de kararların gerekçeli olması itibarıyla anlaşılır. Gerekçenin yeterli olması gerek mahkeme kararlarının denetlenmesine gerekse adaletin gerçekleşebilmesine hizmet eder. Gerekçe, tarafların mahkemenin tarafsız ve doğru karar verdi-

¹ Sonuçları itibarıyla yargı kararı otoriter bir kavramdır, zira öneri veya iknaya yönelik bir işlem değildir. Hilal Albal Ulaş, 'Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 11 (2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1243, 1245; Ralph Christensen ve Hans Kudlich, *Theorie Richterlichen Begründens* (Duncker & Humblot 2000), 4. Bölüm 297; Jörg Lücke, *Begründungszwang und Verfassung* (Mohr 1987), 58 f.; Md. 1 1 III GG (Alman Anayasası) uyarınca tüm kamu otoritesinin kapsamlı temel haklarla bağlılığının usuli güvencesi olan Md. 93 I Nr. 4a GG'den farklı olarak md. 19 IV GG anlamında kamu gücü, yargı organını kapsamamaktadır. Bkz. BVerfGE 15, 278, 280; 40, 329, 340; Hans D. Jarass, 'md. 19 GG' in Hans D Jarass ve Bodo Pieroth (eds), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (C H Beck 2024) para. 49 ff.; ayrıca bkz. BVerfGE 15, 278, 280; 40, 329; Stefan Brink, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung* (Peter Lang 1999) 67.

ğine inanması açısından önemlidir². Bu anlamda somut davada ve emsal teşkil edecek diğer davalar bakımından da gerekçelendirme yani gerekçelendirmenin objektif etkisi yargıya güvenin temel bir gerekliliği olarak görülür³.

Gerekçelendirmenin ehemmiyeti ile bir yükümlülük veyahut hak olarak kapsamı belirlenirken tartının diğer ucundaki hakimlerin hukuku yaratmadaki özgürce karar verebilme hakkı ile yaşanan çatışma da değerlendirmeye alınmalıdır. Hakimlerin bir teknikle sınırlandırılması yargı faaliyetlerinin işlevselliğini azaltma riskini barındırır. Bu noktada işlevselliğin korunması esası ile - kendi içinde ivediliği de barındığı göz ardı edilmeden bazen kısa bir gerekçenin işlevsel bir yargılama sağlayabileceği de bilinerek - bazı yargı kararlarında gerekçelendirmenin kapsamının daraldığı kabul edilir. Bu bağlamda idari yargılamada kararların niteliğine göre⁴ gerekçelendirme hassasiyetine ilişkin belirlemeler bilhassa gerekçelendirme konusu bakımından merkezi bir önem kazanır.

Bu çalışmada da genel olarak gerekçeli kararın nasıl şekilleneceğine ve gerekçeli karar ilkesine değindikten sonra mahkeme kararlarının gerekçelendirme yöntemi bağlamında idari yargıda gerekçelendirmenin asgari ve azami sınırları üzerinde durulacaktır.

I. Gerekçeli Karar İlkesi ve Diğer Anayasal İlkelerle İlişkisi

Anayasa'nın 141'inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen gerekçeli karar ilkesi öncelikle yine anayasal olarak güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir⁵. Bu hak, kararın keyfi bir şekilde verilmediğinin ve yargılamanın her iki taraf bakımından adil bir şekilde yapıldığının güvencesidir⁶. Gereksiz bir karar objektif bakımından yargıya güveni

² Ender Ethem Atay, 'Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi ve İdari Yargıda Uygulanması' (2018) 147 Danıştay Dergisi 7, 14 vd.

³ Bilhassa mahkemelerin iş yükü altında ezilmemesi ve başvuruların makul sürede karara bağlanması açısından gerekçenin diğer yargı makamları tarafından benzer uyumsuzluklarda dikkate alınması ehemmiyet arz eder. Yılmaz Akçıl, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi' (2022) 39 (1) Anayasa Yargısı 1, 26; Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (9. Baskı, Yetkin 2022) 77.

⁴ Ayrıca bkz. Müslüm Akıncı, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan Kitabevi 2008) 262, 272 vd.

⁵ Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19.04.2017, prf. 74.

⁶ Akıncı (n 4) 261; Burcu Turan, 'AİHS Çerçevesinde İdari Yargıda Gerekçeli Karar Hakkı' (2022) 12 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 185.

sarsacağı gibi taraflara hukuki yollara başvuru noktasında da yeterli aydınlatmayı sağlayamamasından ötürü adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir⁷.

Gerekçenin “nasılı” hakkında da yine adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınan hukuki dinlenme hakkı bilgi vermektedir⁸. Bu hak, ilgililere görüş bildirme fırsatı vermekte ve daha sonra bu görüşün gerekçede de ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Yani kararda hükme esas teşkil eden gerekçelerin yer alması gerekliliği öncelikle bu hakka dayandırılmaktadır. Keza bu kapsamda tarafların sürpriz kararlara karşı korunması, hüküm gibi gerekçenin de makul olması ve öngörülebilirlik mümkün kılınır⁹. Böylelikle ilgili kişi, hâkimin, kararını hangi olgusal ve de hukuki değerlendirmelere dayandırmak istediğini bilebilecektir; beklenmeyen bir kararın verilmesi söz konusuysa da ilgilinin bu hususta hâkim tarafından öncesinde uyarılması yani aydınlatılması gerekmektedir¹⁰.

Gerekçe ile objektif etki bakımından yargı erkinin kararı hukuk devletinin ifade bulduğu metne dahil olur. Hâkim her ne kadar sadece kanunun objektif anlamına dayanarak karar vermese de gerekçe, kanunu somut karara aktarmak şeklinde de bir işlev görerek meşruiyet aktarımına hizmet etmektedir¹¹. Demokrasi ilkesi kapsamında da yargı kararlarının sebeplerinin toplum adına öğrenilmesinin gerekçelendirme ile sağlanması gerekliliğinden bahsedilebilir¹².

Gerekçeli karar ilkesi yine bir diğer anayasal ilke olan ölçülülük ilkesi ile ilişkilendirilebilse de ölçülülük ilkesinin öncelikle anayasada korunan yarışan değer veyahut menfaatleri dengelemeye hizmet etmesi itibarıyla ve bunun dışında anayasal bir “öz değeri” haiz olmamasından ötürü, bu yaklaşım genel kabul görmez. Gerekçenin ölçülülük denetimi kapsamında dikkate alınması, gerekçenin ancak

⁷ ibid 192.

⁸ Ayrıca bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (Beta Basım Yayın, 2013) 7; Hukuki dinlenme hakkının güvencesinden gerekçelendirme yükümlülüğünün ne ölçüde türetilebileceği ile ilgili olarak bkz. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 294 ff.

⁹ Alman hukukunda hukuki dinlenme hakkı bu “hukuki müzakereyi” garanti etmese de sürpriz kararın yasaklanması üzerinden mahkemeyi, ilgililere görüş bildirme fırsatı vermeye ve daha sonra bu görüşü gerekçede de ele almaya zorlamaktadır. ibid 294 ff.; Ayrıca ceza yargılaması kapsamında sürpriz karar yasağına ilişkin kanuni düzenleme örneği olarak davadan sapan hukuki değerlendirmenin gerçekleştirilmesinde aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenleme için bkz. § 265 StPO; ayrıca bkz. Akıncı (n 4) 260.

¹⁰ Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 295.

¹¹ ibid 4. Bölüm 318 ff.

¹² Sencer Başat ve diğerleri, (GK) B. No: 2013/7800, 18.06.2014, prf. 31, 34.

anayasada güvence altına alınmış bir amaca hizmet etmesi durumunda anlam ifade etmesi ve gereksiz kararın, anayasal değerlendirme sonucunda gerekçeli karardan daha aleyhe bir karar şeklinde sınıflandırılmaması anlamına gelecektir. Bununla birlikte gerekçelendirme yükümlülüğünün diğer anayasal ilkelerde açık bir dayanak bulmasından ötürü gerekçeli kararın ölçülülük ilkesiyle ilişkisi zayıf bir ilişki olarak görülür¹³. Yine de hâkimin vicdani kanaatine göre karar vermesi bağlamında yargısal işlevsellik ve gerekçelendirme yükümlülüğü arasındaki çatışma ve tartımda ölçülülük denetimi uygun bir denetim olarak gündeme getirilebilir.

Gerekçeli karar ilkesi ile hakimlerin keyfi karar verememesi birincil olarak adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınsa da bu esasın, paralel olarak eşitlik ilkesi ile de desteklendiği görülmektedir. Ancak bu ilke gereksiz kararın her zaman keyfi bir karar anlamına gelmemesi sebebiyle veyahut hâkimin tarafların iddia ve savlarına tarafsız ve adil bir şekilde yaklaşmasına rağmen hukuki gerekçelendirmeden yoksun bir karara imza atması durumu bakımından yetersiz bir dayanak arz edebilir. Eşitlik ilkesi bu noktada yalnızca keyfilik yasağını değil aynı zamanda keyfilik yasağı riskinin önüne geçmeyi amaçlayan yöntem ve usulde de eşitliği kapsadığından eşitler arasında gerekçenin tüm bireylere sunulması gerekliliğini de ifade eder¹⁴.

Nihayet gerekçeli karar ilkesi, adil yargılanma hakkı kapsamında temel hakların korunmasını sağlamak suretiyle usuli temel haklar merkezli konumlandırılrsa da gerekçenin yokluğunun genel anlamda temel hakların doğrudan ihlali anlamına gelip gelmeyeceği tartışmalıdır. Bilhassa gerekçenin yokluğunun insan onuruna yönelik bir ihlal olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu, bir kararın külfet yükleyici yönünün gerekçeden ziyade hüküm sonucundan çıkarılması bakımından olumlu yanıt bulmaz. Bu bakımdan da tek başına gerekçenin yokluğu usuli olmayan temel haklar bakımından doğrudan bir ihlal olarak nitelendirilemeyecektir¹⁵.

II. Gerekçe Nasıl Olmalıdır?

Gerekçe hükmün, akla ve mantığa uygun biçimde açıklanmak suretiyle, sağlamasıdır¹⁶. Gerekçelendirme, yukarıda değindiğimiz gibi kuvvetler arası dengeğin bir görünümü olması itibarıyla yargıya verilen yetkinin kullanılmasının

¹³ Diğer açılardan da bu ilke, anayasa hukuku bakımından yeni anayasal pozisyonların oluşumuna değil, farklı pozisyonların dengelenmesine hizmet eder. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 322.

¹⁴ Ayrıca bkz. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 291 f.

¹⁵ ibid 288 f.

¹⁶ Ayrıca bkz. Akıncı (n 4) 261.

daki esasları kontrol edilebilir kılmaktadır. Gerekçenin bu rolü aşikâr olmasına rağmen, kararların gerekçelendirilmesi tam olarak somutlaştırılmamaktadır. Keza kanun yolu mekanizması ve yargı öz düşünümü ile hakimlerin kendilerini bu konuda sınırlamamaları da şaşırtıcı değildir¹⁷.

Gerekçenin iyileştirilmesi noktasında yasa koyucuya ve hakimlere düşen vazifelere geçmeden önce teorik olarak iyi bir gerekçenin ne olduğu sorulabilir. “İyi” bir gerekçenin gerekliliklerini aydınlatabilmek için ise öncelikle hâkimin kararı bakımından gerekçe belirtmenin ne anlama geldiğini açıklığa kavuşturmak gerekir¹⁸.

Öncelikle gerekçe, hâkimin neden farklı bir şekilde değil de bu şekilde karar verdiğini açıklamaktan ibaret görülmemelidir¹⁹. Gerekçenin konusu daha ziyade yargılamada hukuku uygulayan hâkimin hukukun ölçütlerine uyup uymadığı ve nasıl uyduyuyla ilgilidir²⁰. Sübjektif kanaatler veya ahlaki kurallar herhangi bir karar için yeterli bir gerekçe olabilir ancak bunlar kesinlikle anayasanın yargısal gerekçelendirmeden beklediği gereklilikleri karşılamaz²¹. Dilbilgisel anlamda bu yüzden gerekçede “isterdim”, “olabilir”, “olmalı” şeklinde ihtimalleri belirten ifadeler yer verilmemelidir. Hâkimin kendi görüşüne ilişkin şüpheleri gerekçede görünür olmamalıdır²².

Burada mühim olan karardan olumlu veyahut olumsuz etkilenenler bakımından bir kararın bağlayıcı ölçütler temelinde değerlendirilmiş olmasıdır²³. Bunun hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde yapıldığının kanıtını nihayet kararın gerekçesi sağlamalıdır²⁴.

Bu usuli gereklilikle birlikte en temelde hâkimden çelişkili yorum veyahut görüşler hakkında bir karar verirken, kararını meşrulaştırması beklenir²⁵. Bu

¹⁷ Franz Becker, Die Entscheidungsbegründung im deutschen Verwaltungs-, verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren, in: Rainer Sprung ve Bernhard König (eds), *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten* (1974), 101 f.

¹⁸ Christensen ve Kudlich (n 1) 2. Bölüm 25 ff.

¹⁹ Christoph Gusy, ‘Staatsrechtlicher Positivismus’ (1989) JZ, 505, 513.

²⁰ Akıncı (n 4) 261.

²¹ Gerekçede, herkesçe bilinen gündelik hayata dair hususlar değil, hâkimin vicdani kanaatini oluşturan önemli olgular, basit ve dili herkesçe anlaşılabilir şekilde yer almalıdır. İlder Aksoylu, ‘İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı’ (2006) 21 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi 23, 34; Akıncı (n 4) 263.

²² Christensen ve Kudlich (n 1) 2. Bölüm 40.

²³ Brink (n 1) 238.

²⁴ Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 317 f.

²⁵ ibid 318.

bağlamda tarafların savları gerekçeye konu edilir. Gerekçeler öncelikle tarafların taleplerine uygun olarak yol gösterici ve açıklayıcı bir işleve sahip olmalıdır. Bilhassa kaybeden taraf kendi yorumunun (hak iddiasının) yargılamaya konu edildiğini, argümanlarının çürütüldüğünü görmek ister. Çünkü karar geçerli sebeplere dayandırılarak açıklandıysa, muhatap bakımından kararın neticeleri daha kolay katlanılır olacaktır²⁶.

Bu anlamda, gerekçeli bir karar, gerekçesiz bir karara kıyasla daha hafif bir müdahale etkisi yaratır. Başka bir deyişle, aleyhe verilen bir karar ne kadar ayrıntılı, eksiksiz ve anlaşılır gerekçelere dayanıyorsa, ilgili müdahalenin etkisi o kadar az hissedilir²⁷.

Fakat tüm taraflarca kabul gören bir gerekçelendirme gereklilik arz etmez. Hukuk sisteminin işlevi, zaten tüm katılımcıların ortak kabulünün artık söz konusu olmadığı durumda bir karar alabilmektir; mahkemenin kararı da öncelikle bu işlevi yerine getirebilmektir. Yani gerekçe, tarafların kabulüne değil, argümanların durumuna, yani geçerliliğine dayanır. Hukuki bir karar, ileri sürülen tüm argümanları bütünleştirdiği veya ortadan kaldırdığı, kısaca itiraz edilemezliğe ulaştığı sürece geçerlidir²⁸.

Nihayet tüm savların mahkeme tarafından değerlendirilmesini beklemek, olağan hayatın akışına da aykırı olur²⁹. Makul sürede yargılama yapması beklenen mahkemelerin yalnızca karara etkili gerekçeyi sunması yeterli kabul edilir. Öncelikle tarafların iddia ve savunmalarından sonuca etkili olanların belirlenmesi, yani davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması halinde davayla doğrudan ilgili bulunan bu hususlara makul bir gerekçeyle yanıt verilmesi beklenir. Bu temel gereklilik ile davanın esasına etki eden iddialarının değerlendirilmemesi, gerekçeli karar hakkının ihlali anlamına gelmektedir³⁰.

²⁶ Kararın tek satırlık, hazır ifadelerle verilmesi, başvuruda adil bir karar algısı oluşturmayacaktır. Bkz. Akıncı (n 4) 262 vd.

²⁷ Brink (n 1) 74.

²⁸ Christensen ve Kudlich (n 1) 3. Bölüm 236; Atay (n 2) 20.

²⁹ İnceoğlu (n 8) 323.

³⁰ Yasemin Ekşi B. No: 2013/5486, 04.12.2013, prf. 56 “davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır”. Kanun yolu incelemesi yapan merciin yargılamayı yapan mahkemeye aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtması kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterli görülür.; Muhittin Kaya, Anayasa Mahkemesi Kararı; B. No: 2013/1213, 04/12/2013, prf. 25-26.; Sencer Başat ve diğerleri, (GK) B. No: 2013/7800, 18.06.2014, prf. 35, 39.

A. Re'sen Araştırma İlkesi Bağlamında

İddiaların değerlendirilmesi bakımından davada yer almayan iddia ve savunmaya re'sen araştırma ilkesi kapsamında mahkeme tarafından gerekçede yer verilmesinin gerekliliği de tartışmaya değer bir meseledir. Daha somut tabirle gerekçeli kararın asgari sınırları dışında azami sınırlarından bahsetmek mümkün müdür? Bu soru özellikle idari yargılamadaki re'sen araştırma ilkesi bakımından mühimdir. Nitekim re'sen araştırma ilkesinin bulunmadığı yargılama düzenlerinde zaten hâkim, iddia ve savunmalarla bağlıdır ve ispat yükü kendisine düşen tarafın ispatlanmamış iddia veya savunmasını kararına dayanak alamaz³¹.

Re'sen araştırma ilkesi kapsamında mahkeme, davacının talebine yönelik karar vermekle beraber hükümde davacının gerekçesinden çok farklı gerekçelere dayanabilmektedir³². İdari yargı bu surette yalnızca yargısal bir karar almamakta, aynı zamanda idarenin kendi işleminin hukuka uygunluğunu doğrulamadığı noktada idarenin işlemine hukuka uygunluk da kazandırabilmektedir³³. İdari yargılamada sebep ikamesi olarak adlandırılan bu müessesenin³⁴ her halde uygulanabilirliği mümkün olmadığı gibi idari yargının sebep ikamesi yöntemine başvurmasının idarenin yerine geçme şeklinde değerlendirildiği ve kabul edilmediği durumlar da söz konusudur³⁵.

³¹ Ulaş (n 1) 153 vd.; ayrıca bkz. Aynur Hasoğlu, 'Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı' (2019) 14 (1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147, 153.

³² Zehreddin Aslan, 'Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi' (2001) 23-24 İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 53, 55 vd.; Alman hukukunda da re'sen araştırma ilkesi gereği bağlı yetkiyle tesis edilen idari işlemlerde, idarenin gerekçesinin maddi hukuk açısından önemi yoktur. Bu nedenle, gerekçelerin sonradan eklenmesi sorunu ortaya çıkmaz; mahkeme, gerekçeleri kendisi araştırmak zorundadır. İdare, işleme dayanak teşkil eden (yeni) gerekçeleri davanın açılmasından sonra sunarsa mahkeme bu gerekçeleri incelemeli ve kararını buna dayandırmalıdır. Burada idarenin, takdir yetkisini (*Ermessen*) gerekçelendiren hususları mahkemeye sonradan sunması durumunu düzenleyen § 114 S. 2 VwGO uygulanmaz. Bu madde yalnızca takdir yetkisinin kullanılabilirdiği kararlar için geçerlidir. Josef Franz Lindner ve Diane Jahr, 'Der unzureichend begründete Verwaltungsakt' (2013) JuS- Extra 3, 3; Ayrıca bkz. dn. 35.

³³ Yücel Oğurlu, 'Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi' (1998) Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1) 120, 131; Bir idari işlemin sebebinin yanlış gösterilmesinin hukuka uygunluk sonucunu değiştirmediyine yönelik görüş için bkz. Yasin Söyler, 'İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi' (2017) 31 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 533, 545; aksi yöndeki görüş için ibid 546.

³⁴ Hasoğlu (n 31) 166 vd.; sebeplerin çokluğu durumunda bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt 1, (2. Baskı, Ekin 2009) 924-926.

³⁵ Söyler (n 33) 538 vd.; idari yargının sebep ikamesi yöntemine başvurmasını idarenin yerine geçme şeklinde değerlendirildiği ve kabul edilmediği karar örneği için bkz. Danıştay 4 D, E. 1999/5428 K. 2000/2702, 12.06.2000; Turan Yıldırım ve Gül Fiş Üstün, *Açıklamalı Notlu İdari*

Burada çelişmeli yargılama ilkesinden kaynaklı sınırlamalar, gerekçelendirilmenin azami sınırlaması bakımından göz önünde bulundurulur³⁶. Çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde idari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda, bu hususun taraflara bildirilmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yeterli görülmektedir³⁷.

Yine de idari yargı makamlarınca sebep ikamesi yapılmak suretiyle uyumsuzluğun çözümlenebilmesinin idari yargının işlevi ve idari yargılama usulünün mahiyeti bakımından tartışılabilir olduğu söylenebilir.

Taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların değerlendirilmesi neticesinde mahkemenin hükmü idarenin lehine neticelenecekse, re'sen araştırma ilkesi kapsamında idarenin yetersiz iddialarının karara konu edilmemesi veyahut göz ardı edilmesinin gerekçesine hükümde yer verilmesi elzem değildir³⁸. Diğer yandan mahkeme idarenin yerine geçerek hukuka aykırılık iddiasıyla dava konusu edilmiş işlemin maddi açıdan gerekçesini ortaya koyacak şekilde bir işlevsellik üstlenmemelidir. Mahkemenin re'sen araştırma ilkesi kapsamında farklı hukuki gerekçelere dayanarak hüküm kurabilmesi mümkün iken idarenin kendi işlemi için sunmadığı esasa ilişkin gerekçelerin idari yargı tarafından sunulması, tersinden bir yerindelik denetimi anlamına gelebilecektir. Bu da idarenin kendi aleyhine yerine geçme yasağı bağlamında bir itiraza konu olmasa da öncelikle erklerin iç içe geçmesi sakıncasını gündeme getirebilir. Keza temel haklar düzleminde idari yargıda mahkemenin, idarenin işlemini haklı çıkarmaya çalışır şekilde bir gerekçelendirme yöntemini benimsemesi adil yargılanma ilkesi çerçevesinde ve etkin yargılama bakımından yerinde görülmemelidir³⁹.

Yargılama Usulü Kanunu (Onikilevha 2020) 51 vd.; Alman Hukukunda da takdir yetkisi içeren idari işlemlerde mahkemenin re'sen araştırma ilkesi sınırlı olarak uygulama bulur. Mahkeme, olayın ve hukuki dayanağın tespitini kendi başına yapmak zorundadır ancak takdir yetkisine ilişkin eksikliği tamamlayamaz. § 114 S. 1 VwGO (Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu) uyarınca idare, işlem tesisinde takdir yetkisini kullanmadıysa, mahkeme sonradan kullanılan takdir yetkisine ilişkin değerlendirmeleri de dikkate alamaz ve takdir yetkisi eksikliği nedeniyle idari işlemi maddi hukuka aykırılıktan dolayı iptal eder (§ 113 I 1 VwGO). Bkz. Lindner ve Jahr (n 32) 4.

³⁶ Hakkaniyete uygun yargılanma hakkında bkz. İnceoğlu (n 8) 2.

³⁷ Danıştay 5. D, E. 2016/40478 K. 2017/11831, 26.4.2017; Koray Erdoğan, B. No: 2013/1989, 10/3/2016.

³⁸ Mevcut bilgi ve belgelerin gerçeğe ulaşılmasında yeterli görülmemesi halinde mahkemelerce her türlü incelemenin yapılmasının adaletin tesisi için zorunluluk arz eder. Bkz. Danıştay 12. D, E. 2007/5480 K. 2010/414, 2.2.2010.

³⁹ 'Talep üzerine tesis edilen bir işlemin yargısal denetiminde, idare tarafından ileri sürülen sebeplerle bağlı olan yargı yerinin idarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak yargısal

Meseleye vatandaşın iddiaları bakımından bakıldığında, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması karşısında mahkemenin gerekçelendirme usulünde vatandaş lehine bir metot uygulaması, objektif hukuk sisteminin amacına hizmet ettiği gerekçesiyle savunulabilir⁴⁰. Bu noktada idari yargının tek ve nihaî amacının taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek olmadığı, aynı zamanda idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak olduğu da göz ardı edilmemelidir⁴¹. Elbette ki bu bağlamda re'sen araştırma kapsamında bir gerekçelendirme, sübjektif hak sahibinin talep etmediği bir hususta hüküm kurulmasını sağlamaz. Örneğin yürütmenin durdurulmasının talep edilmediği bir davada mahkeme her ne kadar İYUK md. 27 anlamında yürütmenin durdurulmasını haklı kılacak koşulların gerçekleştiğine kanaat etse ve dava konusu hakkın tükenme riski olsa dahi - ve nitekim yürütmenin durdurulması kararlarının normatif olarak talebe bağlı kılınmaması, *erga omnes* olması ve yine objektif hukuki korumaya hizmet etmesi söz konusu olsa da - iptale konu edilen bir işlemin talep olmaksızın yürütmesinin durdurulması gerekçeli karara konu edilemez⁴². Dava konusu geçici hukuki korumanın usuli bir tedbir ve böylelikle öncelikle sübjektif bir koruma arz ettiği noktasında hukuki bir tartışma yoktur⁴³.

Nihayet sebep ikamesinin objektif hukuk sistemine hizmet eden yanı yadsınamasa da bu müessese dosyadan saptanan bir nedene dayalı olarak davaya konu işlemin tesisinin haklı görülmesi ile davanın reddine karar verilmesinin yalnızca idari usule hizmet etmesi ve idarenin gerekçelendirme yükünü hafifletmesi itibarıyla sakıncalı görülebilir⁴⁴. Bu bakımdan gerekçelendirme yüküm-

denetim yapma imkanına sahip olmadığı' hakkında ayrıca bkz. Danıştay 5. D E. 2014/4325 K. 2015/10764, 22.12.2015.

⁴⁰ 'İdari yargı kararlarında kurumsal bir yapı ile tarafları oluşturmak durumunda kalan bireyin bu dezavantajlı durumu gözetilmeli ve davacı tarafın ikna edilmesine özel bir önem verilmelidir'. Serkan Kızılyel, 'İdari Yargı Kararlarının Şekli Üzerine Eleştirel Bir İnceleme' (2014) 63 (3) 509, 513.; Mehmet Kayhan, 'İdarî Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı' (2006) 65 TBB Dergisi 129, 134 vd.

⁴¹ Danıştay 13. D E. 2015/6176 K. 2016/625, 9.3.2016; Danıştay 5. D., E. 2006/1462, K. 2006/2095, 17.04.2006; Yargı merciine tanınan re'sen araştırma yetkisi aynı zamanda davacılarla da güvence sağlamaktadır. Bkz. Danıştay 12. D, E. 2007/5480 K. 2010/414, 2.2.2010.

⁴² Ayşe Nur Saldıran, *Suspensiveeffekt und Aussetzung der Vollziehung* (Duncker & Humblot 2022) 268 ff.

⁴³ Ayrıca bkz. Ayhan Tekinsoy, *Yürütmenin Durdurulması* (Savaş 2013) 164.

⁴⁴ Alman İdari Yargılama hukukunda da mahkemelerin olay ve hukuki durumu re'sen incelemesi sonucunda (§ 86 VwGO), sonradan eklenen gerekçeyi dikkate alarak idari işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna varılması mümkündür. Böyle bir durumda dava reddedilir. Davacı davanın reddiyle normalde masrafları üstlenmek durumunda kalır (§ 154 I VwGO) ancak, bu

lülüğü olan mahkemenin, esasen tarafların çelişmeli yargılama sürecini sonlandıran bir karar merci olduğu⁴⁵ ve organik olarak taraf olmaya yönelik bir işlevselliği üstlenemeyeceği vurgulanmalıdır.

B. Hükmün Niteliği Bakımından

Anayasanın 141'inci maddesindeki “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” şeklindeki açık düzenleme gereği idari yargılama usulünde de gerekçeli karar zorunluluğu yalnızca nihai karar için değil ara karar, tedbir kararı ayrımı yapılmaksızın tüm kararlar bakımından geçerlidir⁴⁶.

Bu bağlamda yürütmenin durdurulması hakkında verilen kararların da gerekçeli olma gerekliliği bilinmekle birlikte kurumun tarihsel gelişimine bakıldığında⁴⁷ bu gerekliliğin vatandaşın gerekçeyi öğrenme hakkından ziyade yürütmenin işlevselliğinin zedeleneceği çekincesiyle gerçekleştirilen bir gerekçe yükümlülüğü şeklinde anlaşıldığı söylenebilir. Bu da yürütmenin durdurulması kararlarının reddi durumunda gerekçede, yürütmenin durdurulması talebinin mahkemece kabulündeki gerekçeden farklı olarak İYUK 27'nci maddedeki koşulların neden gerçekleşmediğinin ayrıntılı şekilde somutlaştırılmadığı idari yargı pratiğini izah eder⁴⁸. Oysa yürütmenin durdurulması kararlarına karşı itirazın etkin bir şekilde kullanılabilmesi ve itirazın yapıldığı merciin isabetli karar verebilmesi de kararın yeterli surette gerekçelendirilmesini gerektirir. Bu noktada gerekçeli karar ilkesi, bilhassa yürütmenin durdurulması talebi reddedilen ilgiliye ret kararının gerekçesini öğrenme hakkı tanımaktadır. Yani burada yalnızca hakimlerin gerekçelendirme yükümlülüğünden değil bilakis külfet yükleyici idari işlemlerle karşı karşıya kalan vatandaşın kapsamlı bir gerekçeli karar hakkından⁴⁹ bahsetmek daha ye-

adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun görülmez; davacının gerekçeleri bilmesi halinde belki de dava açmayacağı olgusuyla bu gibi durumlarda dava masrafları § 155 IV VwGO uyarınca davalıya yani idareye yüklenir. (Burada § 155 IV VwGO'da “-ebilir” ifadesi ile lafzen hâkime takdir yetkisi bırakan düzenleme, Alman Anayasa'nın 19. maddesinin 4. fıkrasında güvence altına alınan etkin hukuki koruma gereği hâkimin takdirini sınırlayıcı şekilde yorumlanır) Bkz. Lindner ve Jahr (n 32) 3.

⁴⁵ Ayrıca bkz. Atay (n 2) 20.

⁴⁶ Sedat Yıldız, B. No: 2020/3264, 18/1/2023, prf. 33; K. Begüm İsbir, *İdari Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi* (Seçkin 2023) 91 vd.; Akıncı (n 4) 263.

⁴⁷ Tekinsoy (n 43) 68; Müzeyyen Durkal Eroğlu, ‘İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’ (2016) 65 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, 287.

⁴⁸ Ayrıca bkz. Akıncı (n 4) 263.

⁴⁹ İnceoğlu (n 8) 252.

rinde olacaktır. Bu surette usuli hakkın somutlaştırılması, idareyi işlemlerinde gerekçelendirme noktasında da teşvik edecek bir işleve sahip olacaktır.

Zira etkin yargısal işlevi haiz bir mahkemenin idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun denetiminde aksi ispat edilene kadar işlemin hukuka uygun ve icra edilebilir olduğu esasına dayanarak tedbir kararlarında daha zayıf bir gerekçelendirme yoluna gitmesi düşünülemez. Örnek olarak yürütmenin, iptal davası açılması ile otomatik durduğu bir sistemde idari işlemin yeniden (derhal) icra edilebilirliği hususunda idarenin mahkemeyi ikna etmesi gerekirken ve mahkemenin gerekçesinde de idari işlemin derhal icra edilmesi gerekliliğine ilişkin kuvvetli bir argümantasyona ihtiyaç duyulurken⁵⁰, İYUK md. 27 bağlamında yürütmenin durdurulması müessesesinde idari işlemin muhatabı vatandaşın iddiasının haklı bulunması ve kabul edilebilirliğinin veyahut itiraz edilemezliğinin kuvvetli bir argümantasyonu gerektirdiği görülmektedir. Özetle değişen ispat yükü ve idari işlemlerin yararlandığı karineler pratikte mahkemenin gerekçelendirmesinin de farklı yönde yoğunluk kazanmasına sebebiyet verebilmektedir⁵¹.

Bununla birlikte her karar benzer ölçüde gerekçe gerektirmez. Ara karar ivedilik gerektirirken nihai kararda etkin hukuki koruma, makul sürede yargılamanın sona ermesi koşuluyla, hâkimi zamansal olarak kısıtlamamakta ve gerek hükmün şekillenmesi gerekse tarafların argümantasyon sürecinin nihayete ermesi bakımından gerekçenin esasını etkilemektedir. Bunun yanı sıra kararların neticesi ve objektif niteliği de bu kararların gerekçelendirmelerinin farklılık arz etmesini zaruri kılar⁵². Kararın hangi hukuki meseleye ilişkin olduğu⁵³ veyahut karara karşı itiraz yolunun açık ya da kapalı olması da kararın gerekçelendirme ölçüsünü etkileyen durumlar olarak görülebilmektedir⁵⁴.

⁵⁰ Ayrıca bkz. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm, 351.

⁵¹ Yalnızca yararların tartımı şeklinde bir karar verilecekse, bu durumda vatandaşın veyahut idarenin hukuki pozisyonuna yani davadaki üstünlüğüne bakılmaksızın bir karar verilmesi söz konusu olacağından, bu kararın gerekçelendirilmesinde de yasa koyucunun öngördüğü ve mahkemece ayrıca korunmaya değer bir yararın varlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca bkz. ibid 352.

⁵² Neticede yürütmenin durdurulmasında ve esas davada korunan hak, maddi anlamda eş de olsa yürütmenin durdurulması kararının geçiciliği ve kesin hükümle tesis edilen hükmün kararın yararına bozmada dahi değiştirilemeyecek olması, bu kararların farklı ölçüde gerekçe gerekliliğine tabi olmasını gerektirmektedir.

⁵³ Sedat Yıldız, B. No: 2020/3264, 18/1/2023, prf. 35.

⁵⁴ Christensen ve Kudlich (n 1) 337.

Kanun yolunda bu bakımdan gerekçelendirme yükümlülüğünün daraldığı görülmektedir. Yerel mahkemelere yönelik öngörülen ayrıntılı gerekçe zorunluluğu temyiz neticesinde verilen kararlar bakımından bulunmamaktadır⁵⁵. Bilhassa onama sonucu verilen kararlarda ayrıntılı gerekçe zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilir⁵⁶. Fakat bu husus temyiz mahkemesinin vereceği bozma kararları ve ilk derece mahkemesi kararını esas açısından denetleyen istinaf mahkemesi kararları bakımından geçerli değildir. Her ne kadar bozma halinde verilecek gerekçe ilk derece mahkemesi kararından sapma olması bakımından önem arz etse de onamanın da başvuran açısından gerekçelendirilmesi adaletli karar verilip verilmediği hususundaki algıya hizmet edecektir⁵⁷. Bunun dışında adil yargılanma hakkı kapsamında iki dereceli bir yargılama sistemi kurulmasının bir zorunluluk olmaması da gerekçeli karar zorunluluğunun temyiz kararları bakımından yumuşatılmasına dayanak gösterilmektedir⁵⁸.

1. İçtihat Değişikliği

Hükmün niteliği bağlamında içtihattan ayrılan kararların gerekçesinin özel olarak belirtilip belirtilmeyeceği meselesi de gerekçeli kararın kapsamı bakımından ehemmiyet arz eder. Bu noktada öncelikle mahkeme kararlarının hüküm dışında aynı zamanda gerekçeleriyle bağlayıcı olup olmadığı veyahut ne ölçüde bağlayıcı olduğu sorusu ele alınmalıdır.

Hukuki güvenlik ilkesi kapsamında normatif değişiklik arz eden her bir hukuk kuralı yarattığı güven ve istikrar ölçüsünde yoğun bir gerekçelendirme yükümlülüğünü gerektirir. Bu anlamda yasal düzenlemelere veyahut idarenin işlem ve teamüllerine güvenerek hareket eden, haklı beklentisi korunan vatandaşın mahkeme kararlarına duyduğu güvenin de korunması esastır. Bu bakımdan gerekçelendirme yükümlülüğü, içtihat değişikliğinde meşru beklentilerinin korunması hassasiyetini barındırır⁵⁹.

⁵⁵ İncoğlu (n 8) 252.

⁵⁶ Helle v Finlandiya, B. No: 157/1996/776/977, 19/1/1997, prf. 49-61.

⁵⁷ Ayrıca bkz. İncoğlu (n 8) 323; Akıncı (n 4) 262-263.

⁵⁸ Yerel mahkeme kararının üst mahkeme tarafından aynen onanması durumunda, AİHM içtihatlarına göre bu durum gerekçeli karar hakkının ihlali olmasa da emsal karar oluşturma egemenliğinin ilk derece mahkemesine bahşedilmesi olarak görülmekte ve üst derece gözüyle ayrı bir görüş ortaya konulması gerekirken, temyiz edende yargıcın onay makamı olarak algılanmasına sebebiyet vermektedir. Turan (n 6) 195; Helle v Finlandiya, B. No: 157/1996/776/977, 19/12/1997, prf. 55-60; Lindner ve Hammermayer v Romanya, B. No: 35671/97, 3/12/2002, prf. 32-33.

⁵⁹ Ayrıca bkz. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm 561.

Bilhassa idari yargı bakımından içtihatların kanun benzeri normatif bir etkisi vardır denilebilir. Nitekim Danıştaya ve İdare mahkemelerine yasa koyucunun düzenlemeleri anlamındaki eksikliklerinden kaynaklı tanınan hukuk yaratma yetkisi ve neticesinde ortaya çıkan ilke kararlar, yasa koyucuya yasalaşma sürecinde rehberlik ettiği gibi idarelere de bu kararlara uygun hareket edilmesi yönünde bir hukuka bağlılığı doğurur⁶⁰. Ancak bu kararlar anayasal olarak kanuna eşdeğer tanınan Anayasa mahkemesi kararlarının bağlayıcılığından farklı olarak yargı organını mutlak anlamda bağlamaz ve yalnızca yargı organına içtihadattan sapma noktasında nitelikli bir gerekçelendirme yükümlülüğü yükler⁶¹.

İçtihadı birleştirme kararlarında da ortaya çıkan normatif kesinlik ile esasen yargı kararlarında uyum ve istikrar sağlanarak benzer hukuki uyumsuzluklarda benzer kararların verilmesi ve aynı nesnel gerekçenin uygulanması hedeflenir. Mahkeme kararlarının normatif etkisi mahkemelerin yasa koyucuya tanıyan norm koyma yetkisine sahip olmamaları bakımından, ancak kanundan sapma olmayacağı ilkesiyle birlikte, içtihadattan sapmanın mümkün olduğu esasını da içerir. Birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi de bu bakımdan mümkündür⁶². Bu da kanun düzeyinde olmasa da hukuk alanında normatif bir değişiklik yaratacağından, içtihatla yerleşik hale gelen kararın çürütülebilmesi, yani daha sağlam bir yorumun veya gerekçelendirmenin sunulması halinde teşvik edilebilir görülmelidir.

Nihayet kural olarak içtihadı birleştirme kararları dışında mahkemeler kendi kararları yahut diğer mahkemelerin kararlarıyla bağlı olmasa da emsal davalarda ayrık kararlar verilmesi hukuki güvenlik ilkesini zedeleyebileceğinden ötürü mahkemelerin her bir içtihadattan sapmada özel bir gerekçelendirme yükümlülüğü vardır.

⁶⁰ Hukuk ve kanuna bağlılık anlayışına göre, mahkeme kararları pozitif hukuk olarak, kanunun yanında kamu gücünü ve bu bakımdan da mahkemeleri bağlar. Christensen ve Kudlich (n 1) 4. Bölüm, 417 f.; ayrıca bkz. Çolpan Mücahit Küçük, 'İdari Yargıda Kanun Yollarındaki İçtihat Farklılıklarının Hukuki Güvenlik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' (2023) 72 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343, 370.

⁶¹ Ayrıca bkz. İbrahim Şahbaz, 'Anayasa Mahkemesi Kararının Gerekçesinin Bağlayıcılığı Sorunu' (2020) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 342, 346 vd., 374; Birgit Feldner ve Nikolaus Forgó, *Norm und Entscheidung* (Springer 2000) 224, 242; Küçük (n 60) 370.

⁶² "Yasa koyucu bir norm ihdas etmekte ve içeriğini düzenlemekte serbest olduğu gibi uygulamayı tümüyle değiştirecek bir norm ihdas ederse yargının bu açık norma aykırı davranma gücü de bulunmamaktadır" Bkz. Küçük (n 60) 370, 373; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2019) 123; ayrıca bkz. Tankut Centel, 'İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri' (1989) Yargıtay Dergisi 361, 362.

künü taşıdıkları söylenebilir⁶³. Bu noktada mahkemeler, yeni dava ile önceki dava arasındaki benzerliklere rağmen önceki davada verilen karardan farklı bir karara hükmedilmesini gerekçelendiren farklılıkları ortaya koyabilmelidir.

2. Belirsiz Hukuki Kavramların Yorumu

Hâkimin kararının yasal bir gerekçeye dayandırılması, adil yargılanma hakkı açısından bir zorunluluktur⁶⁴. Ancak, yasa maddesinin doğrudan belirtilmesi bu gerekliliği karşılamaz. Özellikle, yasa koyucunun belirsiz hukuki kavramlar aracılığıyla iradi bir takdir alanı bırakması veya yasal boşlukların öngörülemezliği durumlarında⁶⁵, yargılama sürecinde hâkimden yasanın lafzını aşan ve farklı yorum metotlarını gerektiren bir gerekçe oluşturması beklenir.

Bu durumda yasa, yasa koyucudan daha bilge olarak kabul edilebilir; başka bir deyişle, yasa koyucuyu kendi yorumundan daha iyi anlamak gerekir⁶⁶. Dolayısıyla hâkimin gerekçelendirmesi, yasa koyucunun iradesini aşacak bir yorum içerebilir.

Kuralların normatifliği ile kuralların bilinçli bir şekilde boşluk içerdiği yahut uygulamada boşluk doğurduğu durumlarda da gerekçelendirmede kuralların ilkeler ile desteklenmesi gerektiği esas gündeme gelir. “Bir ilke (ölçülülük, elverişlilik, değerlerin tartımı vb.) her zaman olmasa da çoğu zaman emsal davalarda farklı hükümleri gerekçelendirmek için, esasen kurallar zaman içinde değiştiğinde yeknesaklığı sağlamak adına yani tutarsızlığı tutarlılık olarak göstermek için kullanılabilir⁶⁷.”

⁶³ Ayrıca Centel (n 62) 370; Danıştay emsal davalarda bir davayı ayrıntılı inceleyip karara bağladıktan sonra diğer dosyalar için kısa kararlar yazabilmekte bu durumda, ana karara dayanılarak verilen kararlar sadece sonuç kısmını içerirken ve diğer bölümler oldukça kısaltılabilmektedir. Bu yöntem, içtihat farklarının önlenmesine katkı sağladığı gibi Danıştayın gerekçelendirme yükümlülüğünü de hafifletebilmektedir. Buna ilişkin ayrıca bkz. Kızılyel (n 40) 547.

⁶⁴ Ayrıca bkz. Atay (n 2) 32.

⁶⁵ “Hukukun uygulanmasında yargıca tanınan takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek yani bilinçli olarak bıraktığı kural-ıçi boşlukları... göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir.” Bkz. Yıldırım ve Üstün (n 35) 54.

⁶⁶ Christensen ve Kudlich (n 1) 2. Bölüm 33; yani yargı kararı tümüyle kanundan türetilmiş bir karar olmamakla birlikte rasyonel olarak gerekçelendirilebilir bir karardır; bu bağlamda yargı kararının gerekçelerinin açıklanmasının önemine dair bkz. Ulfrid Neumann, *Argumentationslehre*, (Springer 1986) 2-6.

⁶⁷ Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993) 347 vd; Christensen ve Kudlich (n 1) 2. Bölüm 84, 62; Gerekçe pozitif hukuku aşkın şekilde hukukun kaynaklarına dayanır. Bkz. Atay (n 2) 32.

Bu ilkeler belirsiz hukuki kavramların somutlaştırılması bakımından uygulanabilir olsa da belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasında yasa koyucunun hâkime ve idareye hangi ölçüde değerlendirme marjı⁶⁸ bıraktığı sorusu yanıtlanmadan hâkimin gerekçelendirme usul ve kapsamını belirlemek pek mümkün görünmemektedir.

Yani hâkimin gerekçelendirmesi, idarenin takdir ve değerlendirme yetkisiyle sınırlanır. İdarenin uzmanlığı ve birikimi mahkemeler karşısında idareyi değerlendirme marjı bağlamında üstün kılarak yargısal denetimi daraltabilir⁶⁹. Bu durumda alanın dinamikliği ve karmaşıklığının belirleyici bir işleve sahip olduğu ileri sürülebilir⁷⁰.

Pratikte de belirsiz hukuki kavramlar idarenin anlayışını ifade ediyorsa⁷¹ başka deyişle idarenin işlemine dayanak teşkil eden hukuki sebebi oluşturuyorsa, yargılamada bu kavramların yorumlanması bakımından idarenin yargı organlarının sınırlı denetimine tabi olacak türden bir takdir yetkisine veyahut değerlendirme marjına sahip olduğu kabul edilmektedir⁷². Bu durumda da idarenin, belirsiz hukuki kavramı yine bir başka belirsiz kavram olan kamu yararı veya kamu hizmeti gerekleri doğrultusunda yorumlamakla yükümlü olduğu ileri sürülerek yargısal bir takdir alanı yaratılıp, belirsiz hukuki kavramlar aracılığıyla

⁶⁸ Yıldırım ve Üstün (n 35) 53.

⁶⁹ Yalnızca mevcut bilgi birikimi yetersiz olduğunda ve mahkemece atanacak bilirkişiler durumu idareler kadar iyi değerlendiremeyecekse bu durum geçerli olabilir. Örneğin bir işletmeciyeye faaliyet izni kapsamında yapılacak “güvenilirlik” değerlendirmesi, tek başına idarenin takdir yetkisi kapsamına girmez ve yargısal denetimi sınırlamaz. İşletmecinin “güvenilirliği”, idari usulde olduğu gibi yargı sürecinde de aynı şekilde çözümlenebilir. Martin Eifert, ‘Letztentscheidungsbeugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle’ (2008) (4) ZJS 336, 341.

⁷⁰ İdare hukuku bağlamında, risk içeren bir konuda yahut belirsizlik durumunda alınan ve teknik bilgi gerektiren kararlarda idarelerin uzman olduğu, geniş bir bilgi birikimine ve yeni bilgiler üretebilme kapasitesine sahip olduğu varsayılır. Bu bakımdan, en fazla birkaç uzmanı, bilirkişi olarak görevlendirebilen mahkemelere göre idareler üstün durumdadır. ibid 341.

⁷¹ Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi* (2. Baskı, Onikilevha 2014), 48.

⁷² Yıldırım ve Üstün (n 35) 52 vd.; ayrıca bkz. Kaya (n 71) 45 vd.; Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG)’ne göre, belirsiz hukuki kavramlarının yorumu esas itibarıyla tam yargısal denetime tabidir. Bu da belirsiz hukuki kavramın yalnızca tek bir doğru yorumu olduğu ve mahkemelerin, bu yorumun yapılıp yapılmadığını ve ilgili normun bu yoruma uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığını da geçerli yorum metotları çerçevesinde denetleyebileceği anlamına gelir. Uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konular bakımından ise belirsiz hukuki kavramların yorumunda yargısal denetim sınırlıdır ve idarenin değerlendirme marjına dikkat edilir. Bkz. Christian Hufen ‘Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff’ 2010 (5) ZJS 603, 606 f; Matthias Jestaedt, ‘Maßstäbe des Verwaltungshandelns’, in: Erichsen/Ehlers (eds), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (13. Baskı, De Gruyter 2006) § 10 Para. 52; ayrıca bkz. BVerfGE 103, 142 (156); Belirsiz hukuki kavramların yorumlanmasındaki metotlar hakkında ayrıca bkz. Eifert (n 69) 338 ff.

gerekçelendirme yoluna gidilebilmektedir⁷³. Buna göre idarenin takdir yetkisi kullanarak işlem yaptığı hallerde, en azından idari yargı organlarınınca, idarenin dayandığı sebebin var olup olmadığı, var olması halinde ise böyle bir işlem yapılmasına yeterli sayılıp sayılmayacağına araştırılması ve bunun da hukuka uygunluğunun belirlenmesinde gerekçeye konu edilmesi gerekir⁷⁴.

Esasen, hukuk kurallarının belirsizliği ile kuralları somutlaştırma noktasında idareye bırakılan takdir yetkisi yasama organının yetki devri olarak değerlendirilir ve yalnızca temel hakların dinamik şekilde korunması ihtiyacıyla meşru kılınabilir. Bir yandan belirsiz hukuki kavramlar sayesinde idarenin sürekli olarak yeni bilgiler işleyebilmesi, bu yolla bilhassa kamu hizmetinin gereklerini yerine getirmesi ve hizmeti uyarlayabilmesi mümkün olurken diğer yandan böylesi bir esneklik temel hakların korunmasını iyileştirdiği ölçüde idareye tanınan bir imkân olup, yalnızca kamu yararını sağladığı takdirde nihai karar yetkisinin mahkemeler karşısında idareye verilmesini destekler niteliktedir⁷⁵.

⁷³ Danıştayın bir kararında “...takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanıp kullanılmadığı yönünden yargı denetimine tabi tutulabileceğinin” tartışmasız olduğu belirtilmiştir. Danıştay 8. D. E. 2002/2960, K. 2003/1179, 19.3.2003; diğer bir kararda “mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden ...idarenin takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı olarak kullandığı belirlene(mediği)” gerekçesiyle dava reddedilmiştir. İDDGK E. 1993/65, K. 1993/208, 11.6.1993; bir başka kararda Danıştay, “...görevinde başarısız olduğu yolunda hukuken geçerli bir nedenin ortaya konulmaması, hizmetinin gereklerini yerine getirmediği ya da verimli bir biçimde sürdürülmesine engel oluşturduğu yolunda da somut bilgi ve belge sunulmaması ...karşısında, ... atanmamasında kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk” bulunmadığı sonucuna varmıştır. Danıştay 2. D. E. 2006/1053, K. 2006/3272, 15.11.2006; Sinan Seçkin ve Gül Üstün, ‘İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlişkisi’ (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan) 510, 524; Kaya (n 71) 46.

⁷⁴ Seçkin ve Üstün (n 73) 514; ayrıca bkz. Kaya (n 71) 49: Örneğin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 6. maddesi, “Valiler, lüzumunda tayinlerindeki usule göre kadro aylığı ile merkez emrine alınarak İçişleri Bakanı’nın tensip edeceği işlerde görevlendirilebilirler” hükmünü içermektedir. Bu bağlamda, Danıştay, ‘lüzum’ ifadesinin hukuken geçerli bir sebep taşıması gerektiğini vurgulayarak, idarenin takdir yetkisini kamu hizmeti gereklilikleri doğrultusunda kullanıp kullanmadığını denetlemekle yükümlüdür. Valilerin atanmaları veya merkeze alınmalarına ilişkin işlemlerin yargısal denetimi sırasında, idarenin geniş takdir yetkisi göz önünde bulundurularak, yetki ve şekil eksiklikleri ile açık hukuka aykırılıkların varlığı incelenmeli, ayrıca idarenin açık bir değerlendirme hatası yapıp yapmadığı da değerlendirilmelidir; Buna ilişkin bkz. DiDDGK E. 2007/36 K. 2012/1271, 26.9.2012.; Danıştay’ın bir kararında, “... eylemin davacının görevinden alınmasını gerektirecek ağırlık ve nitelikte bulunmadığı, dolayısıyla dava konusu işlemin, davacı hakkında verilen yargı kararının uygulanmasından kaçınmak amacıyla tesis edildiği ve işlemin tesisine neden gösterilen hususların davacının görevinden alınmasını gerektirecek nitelikte olmadığı...” belirtilmiştir. Danıştay 5. D. E. 2010/5755 T. 30.11.2010.

⁷⁵ Ayrıca bkz. BVerfGE 49, 89, 134 ff., 137; Eifert (n 69) 341.

Bu bağlamda idari yargılamada gerekçe, idari işlemin gerekçesinden ayrı düşünülemez. İdare, takdir yetkisi dahilinde gerekçe göstermekte kural olarak serbesttir⁷⁶. Bununla birlikte temel haklarına müdahale edilen her birey, hukuk devleti ilkesi gereği haklarını tam anlamıyla savunabilmek için söz konusu müdahalenin sebebini bilme ve bu konuda talepte bulunma hakkına sahiptir. İdari işlemlerde belirsiz hukuki kavram aracılığıyla somut bir gerekçeye yer verilmesi, mutlak olmasa da hukuka uygunluğu etkileyen bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. İşlemin niteliğine göre de bu eksikliğin telafi edilebilir olup olmadığına bakılarak mahkemenin hükmü ve hukuka aykırılığın gerekçesine konu edilmesi mümkün olmalıdır⁷⁷. Özellikle temel haklara doğrudan müdahale eden işlemlerin gerekçeden yoksun oluşu, takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız bir şekilde kullanıldığı izlenimini uyandırabilir. Bu durumda idari yargıdan bu gerekçeyi re'sen araştırması ve sağlaması beklenmemelidir⁷⁸.

⁷⁶ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, (İsmail Akgün Matbaası 1966) 420.

⁷⁷ Alman İdari Usul Kanunu'nun (VwVfG) § 39 I maddesi uyarınca bir idari işlemin gerekçeden yoksun olması, öncelikle şekil şartını ihlal ettiğinden dolayı işlem, şekil yönünden hukuka aykırı sayılır. Ancak salt şekilsel hukuka aykırılık, VwVfG'nin § 45 I 2 maddesi uyarınca, usule uygun bir gerekçenin sonradan tamamlanmasıyla giderilebilir. Bu eksikliğin giderilmesi, idari yargı sürecindeki temyiz aşamasına kadar gerçekleştirilebilir (§ 45 II VwVfG). Bu durumda, idari işlem şekil açısından hukuka uygun hale gelir. Bununla birlikte esas yönünden "sonradan gerekçe ekleme" sorunu, belirsiz hukuki kavramları içeren işlemler de dahil takdir yetkisini konu almayan işlemler açısından § 86 VwGO uyarınca re'sen araştırma ilkesi kapsamında çözülebilmektedir. Bu, mahkemenin olay ve hukuki durumu (re'sen) incelemesi sonucunda, sonradan eklenen gerekçeyi dikkate alarak idari işlemin hukuka uygun olduğu sonucuna varmasına neden olabilir. Böyle bir durumda da dava reddedilse dahi davacının gerekçeleri bilseydi dava açmayacağı ihtimaline dayanılarak etkin hukuki koruma ve adil yargılanma hakkı bağlamında dava masraflarının davalıya yani idareye yüklenmesi elzem görülür. Bkz. Lindner ve Jahr (n 32) 3; Takdir yetkisi içeren idari işlemlerde ise mahkemenin re'sen araştırması ilkesi sınırlı olarak geçerlidir. Mahkeme, olayın ve hukuki dayanağın tespitini kendi başına yapmak zorundadır, ancak takdir yetkisini kendisi kullanamaz. (§ 114 S. 1 VwGO). Burada mahkeme yalnızca idarenin takdir yetkisini kullanma biçiminin hukuka uygunluğunu denetleyebilir. Ancak sonradan eklenen gerekçe, § 40 VwVfG anlamında hukuka uygun olarak değerlendirildiğinde mahkemenin bu ek gerekçeyi dikkate alıp alamayacağı, yani "değerlendirip değerlendiremeyeceği" konusu önem kazanır. § 114 S. 2 VwGO, idareye hiç kullanılmayan bir takdir yetkisini idari yargılama sürecinde sonradan kullanabilme yetkisi tanımaz. Bu nedenle, mahkeme sonradan eklenen değerlendirmeleri dikkate alamaz ve takdir yetkisi eksikliği nedeniyle idari işlemi maddi hukuka aykırılıktan dolayı iptal eder (§ 113 I 1 VwGO). Lindner ve Jahr (n 32) 4.

⁷⁸ "İdari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanımının hukuka uygun olup olmadığını araştırmakla sınırlıdır; bu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılmasını gerektirmez." Danıştay 9. D., E. 2007/4149, K. 2009/51, 20.1.2009; konuya ilişkin ayrıca Tekin Akıllıoğlu, 'Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi' (1982) 15(2) Amme

Sonuç

Adli yargıdan farklı olarak, idari yargıda idarenin işlemlerinin gerekçelendirilmesi ve takdir yetkisine ilişkin değerlendirmeler, idare mahkemelerinin re'sen araştırma ilkesine dayanan yargılama sürecinde kritik bir öneme sahiptir. İdarenin işlemlerinin etkili bir şekilde denetimi ve gerekçeye konu edilmesi bu işlemlerin aynı zamanda gerekçelerinin de açıkça belirtilmesini gerektirmektedir. Buna karşın hâkimlerin, bir idari işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken işlemin gerekçeden yoksun oluşuna nasıl bir hukuki netice bağlayacağı veyahut gerekçesiz idari işlemlerin ne ölçüde ve ne şekilde gerekçelendirmeye konu edilmesi gerektiği hususu Türk idari yargısında belirsiz ve normatif olarak düzenleme bulmamış esaslı bir hukuki mesele olarak öne çıkmaktadır.

Tam bu noktada idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi esasen yargılama safhasına geçen hukuka uygunluğu tartışmaya konu edilen bir işlem bakımından korunmaya değer bir karine midir sorusu da gündeme getirilebilir. Bilhassa külfet yükleyici idari işlemler bakımından işlemin hukuka aykırılığını gerekçelendirme yükünü, işlem hakkında tüm bilgi ve delilleri haiz idare yerine idari işlemle karşı karşıya kalan vatandaşa ya da yargı makamlarına yüklemek, yargılamanın gidişatını güçleştiren ve dengesiz kılan durumlardan biridir. Burada bir tarafa veya yarara üstün değer atfeden normatif düzenlemelerle, belirli tür işlemlerin yargısal denetiminde gerekçelendirmeye yön verilmesi mümkün kılınabilir. Nitekim, idare ile vatandaş arasındaki ilişki, mahkeme kararının kimin lehine veya aleyhine olduğuna göre, karardaki gerekçelendirme hassasiyetini etkileyebilir. Yasa koyucunun normatif şekilde belirlediği bir değer veya üstünlük bulunmadığı takdirde gerekçelendirme, lehe ve aleyhe hüküm bakımından eşit bir ağırlıkta gerçekleştirilebilir. Her hâlükârda idari yargı, idari usulden ayrık değerlendirilmemeli ve gerekçelendirme yükümlülüğüne ilişkin normatif iyileştirmelerin idari usul ve yargılamada bir bütün halinde yapılması esası benimsenmelidir.

Bunun yanı sıra, mahkemelerin hukuk yaratma yetkisi gerek belirsiz hukuki kavramların yorumu gerek içtihat değişikliği açısından idari yargıya has normatif bir değeri konu alır. Bu durum, gerekçelendirmede ayrı bir hassasiyet gerektirir. Özellikle takdir marjının değerlendirilmesinde, mahkemelerin bir nevi self-determinasyonunda, gerekçelendirmenin asgari ve azami sınırlarını, ölçülülük

İdaresi Dergisi 7, 13; Seçkin ve Üstün (n 73) 518 vd.; ayrıca bkz. Ayşe Almila Tanrıverdi, 'İdare Hukukunda Gerekçe İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma' (2023) 72 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 552, 553 vd.

ilkesi gibi kamu otoritesinden kaynaklı kararlara uygulanabilir ilkeler yoluyla, belirlemeyi zaruri kılar. İctihat değişikliği bakımından da idari yargılamada normatif etkinin hukuki güvenlik kapsamında korunması, sadece hakkaniyet ve nesafet ilkelerine uygun hukuki sonuçların devamlılığı halinde mümkün görülmelidir. İctihattan sapma, mahkemelerin asıl amacı olan adaleti tesis etme hedefine hizmet edecekse ve bu değişiklik vatandaşlar açısından öngörülemezlik yaratmayacaksa, yani geriye yürüme yasağı ile çelişmeyecekse, yargı kararlarında mutlak bir istikrar sağlama gerekçesiyle bu ictihat değişikliklerin engellenmesi yerinde görülmemelidir.

Kaynakça

- Akçıl Y, 'Bireysel Başvuru Kararlarının Subjektif ve Objektif Etkisinin İdari Yargı Yönünden İncelenmesi' (2022) 39 Anayasa Yargısı 1-45
- Akilloğlu T, 'Yönetmelik İşlemlerinde Gerekçe İlkesi' (1982) 15 (2) Amme İdaresi Dergisi 7-19
- Akıncı M, *İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (Turhan Kitabevi 2008)
- Aksoylu İ, 'İdari Yargı Kararlarının Gerekçelerinin Bağlayıcılığı' (2006) 21 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi 23-44
- Aslan Z, 'Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi' (2001) 23-24 İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 53-58
- Atay, EE 'Yargı Kararlarının Gerekçelenirilmesi ve İdari Yargıda Uygulanması' (2018) 147 Danıştay Dergisi 7-32
- Becker F, 'Die Entscheidungsbegründung im deutschen Verwaltungs-, verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Verfahren' in Rainer Sprung ve Bernhard König (eds), *Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten* (Springer 1974)
- Berg H ve Zimmer D, *Gutachten und Urteil* (Müller, C F 1990)
- Brink S, *Über die richterliche Entscheidungsbegründung: Funktion - Position - Methodik* (Peter Lang 2000)
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü* (9. Baskı, Yetkin 2022)
- Centel T, 'İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri' (1989) Yargıtay Dergisi 361-371
- Christensen R ve Kudlich H, *Theorie Richterlichen Begründens* (Duncker & Humblot 2000)
- Durkal Eroğlu M, 'İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2016) 65 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279-313
- Eifert M, 'Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung: Ermessen, Beurteilungsspielräume sowie Planungsentscheidungen und ihre gerichtliche Kontrolle' 2008 (4) ZJS 336- 343
- Feldner B ve Forgó Nikolaus, *Norm und Entscheidung* (Springer 2000)
- Gözler K, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (2. Baskı, Ekin 2009)
- Gözübüyük Ş ve Tan T, *İdare Hukuku*, Cilt 1 (10. Baskı, Turhan Kitabevi 2019)
- Gusy C, 'Staatsrechtlicher Positivismus' (1989) JZ 505-513
- Hasoğlu A, 'Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı' (2019) 14 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 147-173
- Hufen C, 'Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff' 2010 (5) ZJS 603-607
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, (Beta Basım Yayın, 2013)

- İsbir KB, *İdari Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi* (Seçkin 2023)
- Jarass HD ve Pieroth B, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (C H Beck 2024)
- Jestaedt M, 'Maßstäbe des Verwaltungshandelns', in: Erichsen/Ehlers (eds), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (13. Baskı, De Gruyter 2006)
- Kaya C, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, (2. Baskı, Onikilevha 2020)
- Kayhan M, 'İdari Yargıda Gereksiz Kararlar, Silahların Eşitliği İlkesi ve Adil Yargılanma Hakkı' (2006) 65 TBB Dergisi 129-142
- Kızılyel S, 'İdari Yargı Kararlarının Şekli Üzerine Eleştirel Bir İnceleme' (2014) 63 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 509-550
- Küçük MÇ, 'İdari Yargıda Kanun Yollarındaki İçtihat Farklılıklarının Hukuki Güvenlik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' (2023) 72 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 343-380
- Lindner JF ve Jahr D, 'Der unzureichend begründete Verwaltungsakt' (2013) JuS-Extra 3-5
- Luhmann N, *Das Recht der Gesellschaft* (Suhrkamp 1993)
- Lücke J, *Begründungszwang und Verfassung: zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente* (Mohr 1987)
- Neumann U, *Juristische Argumentationslehre* (Springer 1986)
- Oğurlu Y, 'Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi' (1998) Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2 (1) 120-133
- Onar SS, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt 1, (İsmail Akgün Matbaası 1966)
- Saldıran AN, *Suspensiveeffekt und Aussetzung der Vollziehung* (Duncker & Humblot 2022)
- Seçkin S ve Üstün G, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi' (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 510-533
- Söyler Y, 'İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi' (2017) 31 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 533-566
- Şahbaz İ, 'Anayasa Mahkemesi Kararının Gereksininin Bağlayıcılığı Sorunu' (2020) 2 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 341-382
- Tanrıverdi A A, 'İdare Hukukunda Gereke İlkesi ve Sağladığı Hukuki Koruma' (2023) 72 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 552-578
- Tekinsoy A, *Yürütmenin Durdurulması* (Savaş 2013)
- Turan B, 'AİHS Çerçevesinde İdari Yargıda Gereçeli Karar Hakkı' (2022) 12 (1) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177-202
- Ulaş HA, 'Yargı Kararlarının Gereçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 11(2) Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1243-1283
- Yıldırım T ve Fiş Üstün G, *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Onikilevha 2020)

Yeni Hukuki Realizm^(*)

Doç. Dr. Şefik Taylan AKMAN^(**)

Öz

Yeni Hukuki Realizm akımı, 2004 yılında Wisconsin-Madison Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen bir konferansla ortaya çıkmıştır. Amerikan hukuk sosyolojisi geleneğinin bir uzantısı olarak yeni bir sosyo-hukuki teori geliştirmeyi amaçlamaktadır. Akım, hukuk ve sosyal bilimlerin farklı alanlarında çalışan akademisyenleri disiplinler arası araştırmalar yapmaya teşvik etmektedir. Hukuk alanında yürütülen ampirik çalışmalarda, aşağıdan yukarıya araştırmanın önemini vurgulamaktadır. Böylece, toplumun en alt katmanlarından başlayarak hukukun gerçekliğini ve insanlar üzerindeki etkilerini ortaya koymayı hedeflemektedir. Akımın mensupları bu bağlamda hukuku, toplumun alt katmanlarındaki insanların durumlarını iyileştirmede ve karşılaştıkları sorunları çözmede işlevsel hale getirmeyi amaçlayan bir çaba içindedir. Yaşayan hukukun araştırılması olarak tanımlanabilecek bu çaba, mahkemelerdeki yargısal süreçleri dikkate alarak uygulamadaki hukuku keşfetmeyi de içermektedir. Yeni Hukuki Realizm, ampirizmden beslenmesine rağmen teori ve öğretilere de önem vermektedir. Hukuk sisteminin derinlemesine kavranmasının, nicel ve nitel verilerin hem hukuk hem sosyal bilimleri kapsayan teoriye ve öğretilere dayalı bir bakış açısıyla değerlendirilmesi halinde mümkün olacağını savunmaktadır. Amaç, bir yandan sosyo-hukuki bir teori inşa etmek ve hukuk metodolojisi alanında yeni bir bakış açısı oluşturmak diğer yandan da hukuk uygulaması ve politik karar alma süreçlerinde etkin olmaktır.

Anahtar Kelimeler

Yeni Hukuki Realizm, Sosyo-hukuki Çalışmalar, Hukuki Ampirizm, Aşağıdan Yukarıya Yaklaşım, Disiplinler Arası Hukuk Araştırmaları.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.09.2024- Kabul Edildiği Tarih: 05.11.2024.

Atıf Şekli: Şefik Taylan Akman, 'Yeni Hukuki Realizm' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1147, 1193.

DOI: 10.52273/sduhfd..1558743.

^(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: taylanakman@hacettepe.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7809-8664>.

New Legal Realism

Abstract

The New Legal Realism movement emerged from a conference held by the University of Wisconsin-Madison Law School in 2004. It aims to develop a new socio-legal theory as an extension of the American sociology of law tradition. The movement encourages academics working in different branches of law and social sciences to conduct interdisciplinary research. It emphasizes the importance of bottom-up research in empirical studies conducted in the field of law. Thus, the aim is to present the reality of law and its implications for people, starting from the lowest strata of society. In this context, the members of the movement endeavor to make law functional in improving the situations of people in lower societal strata and resolving the issues they face. This endeavor, which can be defined as the investigation of living law, also includes exploring the law in action by considering judicial processes in courts. Despite being nourished by empiricism, New Legal Realism also places importance on theory and doctrine. The argument is that a thorough comprehension of the legal system can be attained by evaluating quantitative and qualitative data through a theoretical and doctrinal perspective that encompasses both law and social sciences. The aim is, on the one hand, to construct a socio-legal theory and establish a new outlook in the field of legal methodology, and on the other hand, to be effective in legal practice and political decision-making processes.

Keywords

New Legal Realism, Socio-legal Studies, Legal Empiricism, Bottom-up Approach, Interdisciplinary Legal Studies.

Extended Summary

American Realism, Law and Society, and Critical Legal Studies are considered opponents of the 20th century American legal world, despite their significant differences. They share commonalities in being based on socio-legal theory, opposing traditional legal formalism, establishing a nexus between law and society, and critically scrutinizing the legal order. The scholars of these movements assessed the social, political, and economic realities of their active periods, centering them in their legal analyses. They argued that law can only be understood when evaluated from an interdisciplinary perspective. They embraced the idea that empirical research is necessary to understand what law is and how it operates in different social structures, groups, or relationships. In this regard, their approach is predicated on a synthesis of theory and practice.

The New Legal Realism (NLR) is a critical assessment of socio-legal studies spanning over a century. It aligns methodologically and theoretically with the demands of the 21st century. The movement questions how these discussions can be advanced in a novel direction and aims to create a new paradigm for law without entirely rejecting the legacy of the past. The purpose of establishing a paradigm is not to assert dominance over American Realism, Law and Society, or Critical Legal Studies by refuting their arguments. Instead, the movement arises from the distinctive nature of the current situation and aims to confront the reality of this ongoing process.

The paradigm that NLR aims to develop has four main characteristics: relying on bottom-up empirical research, being interdisciplinary, engaging with socioeconomic classes and interests from a broad perspective, and having a comprehensive outlook on the effects of law. NLR develops its methodological approach to law by questioning what law is and what it should be. It deals with the issue of how a sociality that favors the subaltern can be achieved and addresses all these issues with a socio-legal understanding.

The NLR approach primarily questions the validity of conventional formalist conceptions of law and legal positivism from a bottom-up approach. It also provides guidance for reconfiguring the relationship between law and society and gaining a better understanding of the nature of law. The bottom-up approach to law utilizes legal empiricism as a methodology, focusing on the legal experiences of those at the grassroots. Its aim is to examine the social function of law through an interdisciplinary method, combining empirical findings with critical theoretical consideration, analysis, and interpretation. Through bottom-up inquiry, it demonstrates that the functioning of law within the social structure does not occur as depicted in formalist narratives. It aims to reveal paradoxes within legal order. To achieve this, a critical empirical and theoretical perspective is necessary to shed light on the social positions that are shaped by class-based inequalities resulting from economic infrastructure.

Additionally, NLR aims to establish a new interdisciplinary paradigm for legal scholarship. It aims to clarify the epistemological and methodological differences between law and the social sciences. It will make both fields accessible to social scientists and lawyers alike. The goal of NLR is to create innovative approaches to

incorporating social science research into important legal issues and areas, including legal theory, practice, ethics, and education.

Thirdly, the focus of NLR is on the legal experiences and problems faced by the poor, discriminated, and marginalized individuals at the bottom of society. It deals with socioeconomic class and interests from a broad perspective, indicating a democratic quest to hear all voices at the societal level, ensuring justice and empowering the lower strata to achieve equality. The aim is to find a solution by investigating the injustices experienced by the most disadvantaged groups. To achieve this, a novel methodological approach is adopted that not only relies on quantitative and causative inferences from bottom-up empirical research but also places special emphasis on interpretative and qualitative methods. This approach is pluralistic and interdisciplinary. In the legal field, systematic works should be developed based on both theoretical and observational knowledge.

Finally, it is important to note that NLR's perspective on law, society, and the state differs significantly from traditional legal approaches. This is because its members take a much broader view than legal formalists on issues such as the function and impact of law. NLR's empirical methodology and community-oriented policies enable it to identify social problems beyond the scope of traditional legal analysis. The NLR differs from traditional legalism by aiming to develop opportunities for social deliberation and cooperation to address existing problems. This broad perspective is also reflected in its conception of legal education, advocating for teaching the reality of law in action through law clinics, and criticizing the traditional formalist curriculum. Moreover, it is important to instill in students a nuanced ethical awareness of the inequalities and injustices they may confront in their future professional careers.

In conclusion, NLR represents a fusion of sociological inquiry grounded in legal doctrine and doctrinal analysis informed by sociology. NLR distinguishes itself from Law and Society scholars and other legal empiricists by not overlooking doctrinal analysis and by engaging with law in action through a theory-oriented empiricism that places importance on qualitative approaches as well as experimental methods. Categorizing NLR solely as a movement within the sociology of law would be inadequate. The NLR possesses a hybrid structure that includes elements of legal philosophy and aims to enrich theory and hermeneutics through empirical investigation. According to the NLR, a balanced combination of theory and practice is necessary to understand the legal order and its intricate relationship with political and social structures. The NLR aspires to develop the paradigm it seeks to establish within a renewed conception of legal praxis.

Giriş

Yeni Hukuki Realizm (YHR), 2000’li yılların başında Amerika’da, sosyo-hukuki teorinin geliştirilebilmesi ve bu doğrultuda araştırmaların yürütülebilmesi için hukuk ile sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden gelen akademisyenlerin mümkün olabilecek en geniş katılımını sağlamayı hedefleyen bir “büyük çadır” projesi olarak ortaya çıkmıştır. Yeni kuşak Realistler, önceki dönem Realistlerinden farklı olarak nicel ampirik çalışmalarla yetinmenin hukukun gerçekte ne olduğunu ve gerek mahkeme salonlarında gerek insanların gündelik hayatlarında nasıl bir fonksiyon gördüğünü açıklamakta yetersiz kalacağını savunmuştur. Hukuk alanında gerçekleştirilen ampirik çalışmaların sadece yukarıdan aşağıya perspektifiyle yapılmaması gerektiğini, aşağıdan yukarıya yönelen araştırmaların da büyük önem taşıdığını söylemişlerdir. Nicel ve nitel verilerin ancak teorik bir altyapıya dayanarak değerlendirilmesi halinde hem uygulamanın hem yaşayan hukukun gerçekliğinin daha iyi tespit edilebileceğini belirtmiş ve bu çerçevede kendi sosyo-hukuki teorilerini inşa etmeye yönelmişlerdir. Böylece hukuk metodolojisi alanında yeni bir yaklaşım geliştirmeye çalıştıkları gibi hukuk uygulaması ile politikası süreçlerinde de etkin olmayı amaçlayarak hukukun toplumsal yapının alt katmanlarında olanlar için, onların somut durumlarının iyileştirilebilmesinde bir araç olarak nasıl işlevselleştirilebileceği üzerine düşünmüş ve sorunlarının çözülebilmesi için çareler aramışlardır.

YHR’nin Amerikan hukuk sosyolojisi ve sosyo-hukuki çalışmalar tarihi içinde, geçmişin birikimi üzerinden biçimlenen bir anlayışa sahip olduğu belirtilmelidir. İki ana bölümden oluşan makalenin ilk bölümünde, bu birikime katkı sunan üç önemli yaklaşım ana hatlarıyla ele alınmaktadır. YHR’nin ismini de miras aldığı ilk kuşak Realistlerin, daha sonra Hukuk ve Toplum Derneği’nin ve son olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları’nın (EHÇ) hukuka ilişkin genel kabul, eleştiri ile analizleri değerlendirilmektedir. Zira YHR, 20. yüzyılın başından itibaren gelişmeye başlayan ve Amerikan hukuk camiasında oldukça etkili olan bu sosyo-hukuki çalışmalar geleneğini 21. yüzyılın koşullarına teorik, pratik ve metodolojik yönden bir uyarlama çabası olarak kendi varlık nedenini kurgulamıştır. İkinci bölümde ise öncelikle ana hatlarıyla YHR akımının nasıl ortaya çıktığı, benimsediği temel paradigma ve ilkeler ile hukuk alanında geliştirmek istediği metodoloji ele alınacaktır. Daha sonra ise YHR’nin ayırt edici özellikleri olarak nitelendirilebilecek aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalara odaklanması, hukuk alanında disiplinler arası iş birliğinin geliştirilmesi gerektiğini savunması, geniş bir perspektiften sosyo-ekonomik sınıflar ve onların çıkarlarıyla ilgilenmesi ile hukukun etkilerine ilişkin nasıl bir bakış açısına sahip olduğu gibi konular incelenecektir.

I. Geçmişin Mirası: Amerikan Realizmi, Hukuk ve Toplum Derneği, Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Amerikan Realizminin ortaya çıkmasında, 19. ve 20. yüzyılın başlarındaki dönemin Amerika'sının hukuk düzeni ve uygulaması ile hukuk akademisinin geleneksel yapısından duyulan rahatsızlıklar ve hukuk alanındaki mevcut sorunlara yönelik alternatif çözümlerin neler olabileceği yönündeki arayışlar etkili olmuştur. Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes ve Benjamin Cardozo gibi hukukçuların hukuku sosyolojik bakış açısıyla değerlendiren -sosyolojik hukuk bilimi- yaklaşımlarından beslenen fakat onları hem eleştiren hem geliştiren Realistler, 1920'li yıllardan itibaren Jerome New Frank ve Karl Llewellyn başta olmak üzere, hukukun salt liberal bir perspektiften dogmatik kalıplarla yorumlanması yönündeki geleneksel anlayışa karşı çıkarak¹ her türlü kurum ve kavramı makul bir kılıfla rasyonalize etmeden onların üzerindeki örtüyü kaldırıp maskeyi çıkartarak bütün gerçeklikleriyle olduğu gibi göstermek amacıyla ortaya çıkmışlardır². Bu bağlamda Realizmin, ilki, hızla değişen yaşam koşulları karşısında toplumsal amaçlara ulaşmak için bir araç olarak görülen hukukun, bu değişimin gerisinde kalması nedeniyle acil reformlara ihtiyaç duyması; ikincisi, yeni gelişmeye başlayan sosyal bilimlerin hukuku çevreleyen olguların daha iyi anlaşılması için uygulanması gerektiği yönündeki görüşün hukuk akademisyenleri arasında giderek artan bir çekingenliğe yol açması ve son olarak hâkimlerin hukuk reformunu engelledikleri, kararlarının arka planında toplumsal tutumlarıyla sınıfsal önyargılarının etkili olduğu yönündeki eleştirel tepkiler olmak üzere üç düşünce bileşiminin sonucunda biçimlendiği söylenebilir³.

¹ Realistlerin liberalizme yönelik eleştirel tutumlarının ağırlıklı olarak kapitalizme yönelik bir sistem eleştirisinden ziyade liberal değer ve kavramların hukuk alanına uygulanması dolayısıyla ortaya çıkan sorunlara odaklandığı söylenebilir. Kalman'ın belirttiği üzere Realistler, serbest piyasanın gereklilikleri doğrultusunda hareket eden "rasyonel" insan kavramının bir fan-tezi olduğunu söylemiş; "*laissez faire*" mitinin hukuka uygulanabilirliğine karşı çıkmış ve görünmez el gibi teorik kurguların aksine piyasanın işleyişiyle ilgilenen ve kamusal ya da özel tüm pazarlıkların temelinde zorlamanın yattığını belirtmişlerdir. Laura Kalman, 'East Coast Legal Realism and its Progeny' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 40.

² Şefik Taylan Akman, *Hukuk ve Politika İlişkisi - Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, (İmge 2016) 49-53; Ahmet Ulvi Türkbağ, 'Amerikan Hukuki Realizm Akımı' (2000) 58(1-2) İÜHF 79, 80.

³ Brian Z. Tamanaha, 'Legal Realism in Context' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 149-150.

Söz konusu üç düşünce, Realistlerin sosyo-hukuki çalışmalarının merkezini keza mevcut hukuk düzeni ile teori ve uygulamasına yönelttikleri eleştirilerin başlangıç noktasını oluşturmuştur. Hukuk kurallarıyla uygulamasının toplumsal yaşamın değişen gerçekliğine ayak uyduramadığını vurgulayan Realistler pek çok yargı kararının modası geçmiş kavram ve değerleri desteklediği, değişen koşulları göz ardı ettiği, refah, statü ve koşullardaki eşitsizlikleri besleyen ve modern dünya ile teması olmayan bir statükoyu sürdürdüğü için hatalı olduğunu savunmuşlardır⁴. Kendilerinden önce ortaya çıkan sosyolojik hukuk biliminin amaçsal ve etik hukuk anlayışını eleştirerek hukukun belirli olduğu savına şüpheyle yaklaşmış ve dönemin hukuk öğretisinin belirli durumlardaki yargısal kararlar için objektif bir temel sağladığı düşüncesine karşı çıkmışlardır⁵. Yine de hukuka; formalizmin kalıplarını kıran, özgürleştirici niteliğini ön plana çıkartabilecekleri güçlü, yaygın ve uyumsuzlukları çözen bir araç olarak bakmaları itibarıyla iyimser bir bakış açısına sahip olmuşlardır⁶. Mütevazı reform çabalarıyla araçsalcı bir hukuk anlayışını geliştirirlerken o dönemde hâkim olan formalist hukuk yaklaşımlarıyla muhafazakâr resmi hukuk teorisine tepki göstermiş; Yeni Düzen'in (New Deal) ilerlemeci politikalarından beslenen bir hukuk düşüncesini ön plana çıkararak bunu, devletin toplumu yönlendirmede açık bir rol üstlendiği değişen politik ortama uyarlamaya çalışmışlardır⁷. İlerlemeciliği hukuki yaklaşımlarının merkezine koyan Rea-

⁴ G. Edward White, 'From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History' (1986) 40 SW LJ 819, 821.

⁵ Ülker Gürkan, *Hukuki Realizm Akımı*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967) 3; Mark Tushnet, 'Legal Scholarship: Its Causes and Cure' (1981) 90 Yale LJ 1205, 1207. Realistler, hukuka ilişkin klasik öğretilerin ve akıl yürütme biçimlerinin yanı sıra bu öğreti ve akıl yürütme biçimlerinin kullanılması suretiyle davaların nasıl karara bağlandığının doğru bir şekilde açıklanabileceği iddiasını eleştiriyorlardı. Robert W. Gordon, 'Legal Storytelling as a Variety of Legal Realism' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 169.

⁶ Stewart Macaulay, 'The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used to Be' (2005) 2005 Wis L Rev 365, 391; Calvin Morrill and Lauren B. Edelman, 'Sociology of Law and New Legal Realism', in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 415.

⁷ Austin Sarat and Susan Silbey, 'The Pull of the Policy Audience' (1988) 10 Law & Pol'y 97, 104; Paul Baumgardner and Ajay J. Mehrotra, 'From the Periphery to the Center and Back? A Brief History of Midwest Legal Realism' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 49; Bryant G. Garth, 'Law as a Discipline: Legal Theory, Interdisciplinary Legal Theory, and Ways of Speaking Legitimacy to Power' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 494. Tamanaha, Realistlerin hukuki formalizme yönelik eleştirel yaklaşımlarının ve hukukun gerçekçi bir perspektiften ele alınması

listler, hukukun toplumsal amaçlara hizmet etmek üzere tasarlanmış pragmatik bir araç olduğunu ve politikacıların da kendilerine sunulan toplumun gerçeklerine ilişkin bilgiler aracılığıyla bu amaçların gerçekleşmesine hizmet edecek hukuki reformları yapılabileceğine inanmışlardır⁸.

Realistlerin ikinci düşünce bileşimini meydana getiren ve hukuk ile sosyal bilimler arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğini ele alan görüşleri, hukuki formalizmin hukuku diğer disiplinlerden yalıtarak kendi kurallarına sahip ve münferit biçimde işlemesi gereken bir alan olarak gören perspektifiyle çatışmıştır. Karşılaşılan her somut olayda, toplumsal gerçekliğin esas alındığı bir yönetime başvurulması önerisini savunan Realistler, hukukun, sosyal bilimlerle ilişkilendirilerek incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir⁹. Hatta hukukun daha çok sosyal bilimlerin bir parçası olması kabulünden hareketle laboratuvarının, formalistlerin iddialarının aksine kütüphaneler değil gerçek dünya olduğunu ve ona sosyoloji, ekonomi, psikoloji ve felsefe gibi alanların rehberlik etmesi gerektiğini söylemişlerdir¹⁰. Birçok realist, hukuku, toplumsal yapıyla bütünleşik bir sistem olarak görmüş; yargı aktörlerinin davranışlarını incelerken yasal kurumlar ile süreçlerin bireylerin gündelik yaşamlarını nasıl etkilediğiyle ilgilenmiş; insanların bunlara ne tür tepkiler gösterdiklerini ortaya koyabilmek için sosyal bilimlerin yöntem ve içeriğiyle donanmış, aşağıdan yukarıya ampirik çalışmaların yapılması gerekliliği üzerinde durarak hukuk düzeninin ancak böyle reforme edilebileceğini vurgulamıştır¹¹. Hukukun ne olduğunun anlamlandırılabilmesi sosyal bilimlerle ilişkilendirilmesi ve hukuki analizde disiplinler arası bir metodolojinin ön plana çıkartılması, Realizmin, döneminin hukuk öğretisi içinde ayrıksı ve yer yer radikal bir konuma yükselmesi sonucunu doğurmuştur.

Realistlerin üzerinde derinlemesine durdukları son alan hukuk uygulaması ve yargısal aktörler olmuştur. Realistler, belirli sınırlar içinde hukuku, hâkimlerle resmi ve yarı resmi memurların eylem ve davranışlarıyla bağlantılı bir alan

gerektiği yönündeki görüşlerinin aslında onların ortaya çıkmalarından çok daha önce, 19. yüzyılın sonlarından itibaren Amerikalı hukukçular tarafından öne sürülmeye başladığını söyler. Hukuk öğretisi ve uygulamasına ilişkin gerçekçi yaklaşımın daha eski bir tarihi olduğunu belirtir. Brian Z. Tamanaha, 'Understanding Legal Realism' (2009) 87 Tex L Rev 731, 734. Ayrıca bkz. Tamanaha, 'Legal' (n 3) 158-160.

⁸ Gordon, (n 5) 170.

⁹ Akman, (n 2) 54; Muharrem Kılıç, 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunlaştırılması' (2017) 31 TAAD 97, 109.

¹⁰ Dragan Milovanovic, *An Introduction to the Sociology of Law* (3rd edn, Criminal Justice 2003) 110.

¹¹ Baumgardner and Mehrotra, (n 7) 49.

olarak görerek yargısal faaliyetlerle ilgilenmişlerdir¹². Davranışçılık teorilerinden hareketle, hâkimlerin karar alma süreçlerindeki psikolojik durumlarının etkilerini çözümlenmeye çalışmışlar; yargısal yorumun her durumda toplumsal konum ve kişisel seçimlerin belirlenimi altında olduğunu savunmuşlardır¹³. Hukuku, hâkimlerin davranışlarıyla ilişkilendirerek yargısal kararlara -dolayısıyla hukuka- etki eden faktörleri hâkimin kişiliğiyle, sosyal çevresiyle, ekonomik ve toplumsal konumuyla, yetişme tarzıyla, bilinçli veya bilinçaltındaki önyargılarıyla ve politik tercihleriyle bağlantı kurarak açıklamaya yönelmişlerdir¹⁴. Yargılama aşamasına ilişkin bu tespitleri doğrultusunda uygulamadaki hukuk (law in action) olarak nitelendirilebilecek mahkeme kararlarıyla biçimlenen hukuk ile kitaplardan yazan hukuku (law in books) karşılıklı olarak işlevsel açıdan ele alıp hangisinin gerçek hukuk olduğu sorusunu, hâkimlerin karar alma süreçlerine de değerlendirerek cevaplandırmışlardır¹⁵. Bunun için ampirik araştırmalara yönelmişlerse de ağırlıklı olarak temyiz yargılamaları ve temyiz yolları hususuna odaklandıklarından sadece az sayıda Realist ilk derece mahkemeleriyle ilgilenbilmiştir¹⁶. Dolayısıyla onlar her ne kadar hukukçu akademisyenlerin sahaya inip

¹² Gürkan, (n 5) 3.

¹³ White, (n 4) 7.

¹⁴ Gürkan, (n 5) 147; Brian Bix, 'The Many Faces of Modern Legal Realism' (2002) 2002(2) *Revista Ordines* 18, 29. Tamanaha, Amerikan hukuk öğretilerindeki Realistlerle özdeşleştirilen bazı geleneksel kabullerin tümüyle doğru olmadığı ve realist teoriyi fazla abarttığı kanaatindedir. Örneğin hâkimlerin sadece sosyolojik, psikolojik, iktisadi ve siyasi faktörlerin etkisi altında karar verdikleri yönündeki Realistlere atfedilen yaklaşım, aslında onların görüşlerini bütünüyle yansıtmamaktadır. Ona göre Amerikan Realizmi, hâkimlerin bazen seçim yapmak zorunda olduklarına, hukuk kuralları ile emsal kararları manipüle edebileceklerine, siyasi ve ahlaki görüşleriyle kişisel önyargılarından etkilenebileceklerine ilişkin şüpheli bir farkındalığa atıf yapmak suretiyle hukukun kusurları ve sınırlamaları konusundaki sorunları gün yüzüne çıkarmaktadır. Ancak bu farkındalık hukuk kurallarının yine de işleyebileceğini, hâkimlerin hukuka uygun hareket edebileceğini, onları kısıtlayan uygulamayla bağlantılı toplumsal ve kurumsal unsurlar olduğunu da reddetmez. Keza Realistler tüm bu olgulara rağmen hâkimlerin genel olarak öngörülebilir ve hukuka dayalı kararlar verebileceklerini söylemektedir. Yargılama aşamasına ilişkin şüphelerin yarattığı tüm zorluklara rağmen, yargılama süreçlerinin güvenilir şekilde işleyebileceğini fakat bunun hayata geçirilmesi gereken bir başarı olduğunu, mükemmel şekilde kendiliğinden sağlanamayacağını ve kolaylıkla garanti edilemeyeceğini savunmaktadır. Hukuku toplumsal yarara hizmet için güçlü bir araç olarak düşünmeleri, onların hukuka olan sarsılmaz inançlarını ortaya koymaktadır. Tamanaha 'Understanding' (n 7) 765.

¹⁵ Karl N. Llewellyn, 'A Realistic Jurisprudence-The Next Step' (1930) 30 *Colum L Rev* 431, 449-450; Akman, (n 2) 55.

¹⁶ Macaulay, 'The New' (n 6) 371. Macaulay'ye göre Realistlerin çoğu, hâkimlerin rasyonel olmayan şekilcilikten kurtarılmalı halinde, toplumsal hedefleri takip etmekte özgür olacaklarını varsaymıştır. Stewart Macaulay, 'Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine' (2006) 80 *Tul L Rev* 1161, 1165.

ampirik araştırmalar yapıp veri toplaması gerektiğini söylem olarak benimsemişse de bunu uygulamada hayata geçirmek konusunda pek başarılı olamamış ve gerçek örneklerden ziyade yine argümanlara dayanmışlardır¹⁷. Bu başarısızlık, hukuka ilişkin yeni bir sosyo-hukuki anlayışı ön plana çıkartan Hukuk ve Toplum yaklaşımının ortaya çıkışının önemli sebeplerinden biri olmuştur.

1950'lerin sonu ve 1960'ların başında hem hukuk hem diğer sosyal bilim disiplinlerinden gelen akademisyenlerden oluşan ve ilk başta akademik bir ağ olarak da nitelendirilebilecek Hukuk ve Toplum yaklaşımı, Realistlerin görüşlerini yeniden ele alarak formalizme ve onun hukuk düzenine ilişkin kabullerine yönelik yeni bir meydan okuma sürecini başlatmıştır¹⁸. Bu doğrultuda Hukuk ve Toplum Derneği'nin kurulduğu 1964 yılı, hukukta ampirik araştırmaların hız ve disiplinler arası bir nitelik kazanması yönünden bir dönüm noktası olarak görülebileceği gibi aynı zamanda modern sosyo-hukuki çalışmaların da miladı sayılmıřtır¹⁹. Dernek, hukukçularla birlikte sosyal bilimlerin farklı disiplinlerinden araştırmacıları aynı çatı altında toplamayı ve hukuk ile başta sosyoloji olmak üzere farklı alanlar arasındaki ilişkiyi yeni bir bağlamda kurmayı amaçlamıştır²⁰. Hukuk ve Toplumcular hukuk sosyolojisi, hukuk antropolojisi, siyaset bilimi, tarih, psikoloji gibi yöntem ve yaklaşım bakımından önemli farklılıkları olan alanlardan gelmekle birlikte hukuk düzeninin bütünsel bilgisine ulaşabilmek ve gerçekte nasıl işlediğinin incelenebilmesi için yaşayan hukuku çalışma konusu yapmış; disiplinin dışından gelen bir bakış açısıyla meselelere yaklaşarak hukuki olguları toplumsal düzlem ve terimlerle açıklamaya yönelik bir bağlılıkta ortaklaşmışlardır²¹. Toplumsal çerçeveye bütünsel olarak bakılmadan hukuki kurumların anlaşılamayacağı tezini öne sürerek sosyolojinin hukuka entegre edilmesi gerektiğini belirtmiş; hatta pek başarılı gösterememişlerse de hukuk sosyolojisi-

¹⁷ Macaulay, 'The New' (n 6) 375; Tracey E. George, Mitu Gulati and Ann C. McGinley, 'The New Old Legal Realism' (2011) 105 Nw U L Rev 689, s. 691.

¹⁸ Bryant Garth and Joyce Sterling, 'From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State' (1998) 32 Law & Soc'y Rev 409, 409; Baumgardner and Mehrotra, (n 7) 55-56.

¹⁹ Sarat and Silbey, (n 7) 112; 'LSA History' <<https://www.lawandsociety.org/lisa-history/>> accessed 15 February 2024. Bu bağlamda kendini sadece formal hukuk düzeninin, yani devletin hukukunun araştırılmasıyla sınırlamayan sosyo-hukuki yaklaşımlar, esasen hukuki formların çokluğunu ortaya çıkarmakta ve incelemektedir. Sarat and Silbey, (n 7) 99.

²⁰ Akman, (n 2) 65.

²¹ Lawrence M. Friedman, 'The Law and Society Movement' (1986) 38 Stan L Rev 763, 763-764; Stewart Macaulay, Lawrence M. Friedman and Elizabeth Mertz, *Law in Action, A Socio-Legal Reader* (Foundation 2007) 19; 48.

nin de bir sosyolojisinin yapılması zorunluluğuna işaret etmişlerdir²². Hukuku, disiplinler arası bir perspektifle, ampirik çalışmaların önemini göz ardı etmeksizin ele aldıkları gibi teoriyi de eleştirel duruşun bir parçası olarak tamamen bir kenara bırakmamışlardır. Bununla birlikte Hukuk ve Toplum hareketinin, Silbey ve Sarat'ın ifadesiyle "eleştirel ve ampirik olunması gereken"²³ çerçevede ne kadar varlık gösterebildiği tartışmalıdır.

Başlangıçta kendi sorunsalını açıkça tanımlamaksızın refah devletinin ve bürokratik yasal düzenlemelerin sınırlarıyla ilgilen Hukuk ve Toplumcular, 70'lerin sonunda refah devletinin krizinin patlak vermesinin ardından hala etkili olmakla birlikte hem bireysel özgürlüklerin hamisi rolüyle hukuka ilgiyi yeniden canlandıran sağ cenahın hem de hukukun rasyonel ve bürokratik potansiyeline inancını kaybeden Eleştirellerin ve postmodernist akımların radikal eleştirilerine maruz kalmışlardır²⁴. Gerçekten onlar, iyimser ve istekli bir bakış açısıyla hukuk düzeni içindeki olanakların kullanılması suretiyle Amerika'daki mevcut toplumsal adaletsizliklerin giderilip düzeltilebileceği hususlarında umutlu ve arayış içinde olsalar da eleştirel bir perspektif geliştirme gibi konularda yeterince etkin olamamışlardır²⁵. Hukuk ve Toplumcu yaklaşımın söz konusu hususlarda eksiklikleri bulunduğunu ve onun sınırları içinde kalınarak bunların giderilemeyeceğini düşünen bir grup hukukçu, hukuk düzeni olgusuna yönelik daha derin bir eleştirel yaklaşımı geliştirmeye yönelerek EHÇ çatısı altında yeni bir oluşumu hayata geçirmiştir.

EHÇ, Hukuk ve Toplum Derneği içinden ayrıışan bir hareket olarak 1977 yılında, Wisconsin-Madison Üniversitesi'nde gerçekleştirilen ve David Trubek, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, Roberto Unger, Stewart Macaulay gibi birbirleriyle ilişki içinde olan isimlerin katıldığı Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'yla birlikte ortaya çıkmıştır²⁶. Hukuk ve Toplum Derneği'nin entelektüel havasıyla gidişatından şikayet eden ve sol görüşlü akademisyenlerden oluşan Eleştireller, Der-

²² Susan S. Silbey and Austin Sarat, 'Critical Traditions in Law and Society Research' (1987) 21 *Law & Soc'y Rev* 165, 165-166.

²³ *ibid* 172.

²⁴ Alan Hunt, 'The Problematisation of Law in Classical Social Theory' in Reza Banakar and Max Travers (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart 2013) 18.

²⁵ Austin Sarat, 'Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition' (1985) 9 *Legal Stud F* 23, 26; Silbey and Sarat, (n 22) 173-174.

²⁶ John Henry Schlegel, 'Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies' (1984) 36 *Stan L Rev* 391, 395-396; Gary Minda, 'The Jurisprudential Movements of the 1980s' (1989) 50 *Ohio St LJ* 599, 614.

neğin sosyal bilimlerdeki ampirik davranışçı kanatla fazla özdeşleştiğini, hukuki aydınlanmanın daha az veri fakat daha fazla teori odaklı bir yoldan geçtiğini düşünüyorlardı²⁷. Bununla birlikte EHÇ, disiplinler arası bir perspektifle hukuki olmayan metodoloji ve anlayışların da kullanılması suretiyle hukuk düzenine yönelik bütünsel bir eleştiri geliştirmenin yollarının aranması gerektiğini de savunuyordu²⁸. Keza Eleştireller ne Realist ne Hukuk ve Toplumcu geleneği bütünüyle reddediyor; geliştirmeyi amaçladıkları daha derinlikli sosyo-hukuki teori ile hukuk düzeni eleştirisi anlayışını bu geleneklerin üzerine inşa etmeye çalışıyorlardı.

Eleştireller, realist bir cepheden formal kuralların kendiliğinden genel hukuki sonuçlar sağlayamayacağını savunuyor fakat Realistler ile Hukuk ve Toplumcuların meyilli olduklarının aksine hukuk öğretisini bütünüyle geçici bir olgu olarak da değerlendirmiyorlardı²⁹. Aksine, hukuk öğretisinin³⁰ iç çelişkilerini gizleyerek ve sonuçlarını mantıksal olarak gerekli ve siyasi yönden tarafsızmış gibi rasyonalize ederek yerleşik toplumsal ve politik düzenin devamında nasıl önemli bir rol oynadığı hususuna yoğunlaşıyor; bu bağlamda Gramsci'den, kültürel antropolojiden ve postmodern eleştirelilikten hareket edip ideoloji olgusunun mevcut toplumsal etkilerine daha yoğun biçimde eğilen bir metodoloji geliştirmeye çalışıyorlardı³¹. Hukukun politik anlamı üzerine düşünerek "politik olan" ile "hukuki olan" arasındaki teorik ve pratik bağlantıları ele alıyor; buradan hareketle geliştirdikleri objektivizm ve formalizm eleştirisiyle hukuki yapı, kurum ve uygulamaları yeniden inceliyor ve genel kabullerin aksine liberal hukuk düzeninin belirsiz, ideolojik ve taraflı olduğunu sonucuna ulaşıyorlardı³².

Hukukun oluşturulması, yorumlanması ve uygulanması gibi süreçlerle bu aşamalarda görev yapan kişilerin iradesinin hâkim politik yapılardan özerk ol-

²⁷ Allan C. Hutchinson and Patrick J. Monahan, 'Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought' (1984) 36 Stan L Rev 199, 200; Schlegel, (n 26) 395.

²⁸ Minda, (n 26) 614.

²⁹ Arthur F. McEvoy, 'A New Realism for Legal Studies' (2005) 2005 Wis L Rev 433, 444.

³⁰ Hukuk öğretisi (legal doctrine) kavramının Batılı pek çok hukukçunun kabul ettiği üzere hukukun kimliği, doğası, normatifliği, adaleti ve adaletsizliği gibi olguları da kapsayan geniş bir anlamda düşünülmesi gerekir. William Twining, 'Legal Realism and Jurisprudence: Ten Theses' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume 1 - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 127. EHÇ'nin hukuk öğretisini ele alış biçimi tüm bu olguların eleştirel analizine dayanan bir kabulden hareket etmektedir.

³¹ McEvoy, (n 29) 444.

³² Akman, (n 2) 74.

madığını, dolayısıyla hukuk ile politikanın pek çok yönden birbirleriyle özdeş biçimde işlediğini savunuyorlardı³³. Hukukun ideolojik doğasının maskesini düşürmeye çalışan Eleştirellere göre, özellikle mahkeme kararları ideolojik yönden nötr olmayıp politik söylem tarafından biçimlendirildiğinden hukukun tarafsızlığına yönelik inanç da aslında, güçlünün zayıfın aleyhine fayda sağladığı bir düzeni meşrulaştırmaktan başka bir işlev görmüyordu³⁴. Sonuç olarak “hukuk politiktir” anlayışını benimseyen Eleştireller, hukuksal ve entelektüel konuların da politik olduğunu keza hukuki, ahlaki ve politik söylemler arasında da kayda değer bir farkın bulunmadığını düşünüyorlardı³⁵. Kapitalist sistem içinde hukuk düzeninin nasıl işlev gördüğünü eleştirel bir paradigmadan hareketle sorgulayarak hukuk ile politika ve hukuk ile toplum arasındaki ikilikleri yeniden ele almaya yöneliyor ve hukuk teorisi ile pratiğinin yapısal sorunlarını görmezden gelen dönemin hâkim hukuk anlayışlarının muhafazakâr tutum ve tercihlerine karşı çıkıyorlardı³⁶. Tüm bu yönleriyle EHÇ, en geniş anlamıyla liberal hukuk düzeni fenomeninin radikal bir sorgulamasını gerçekleştirmeyi hedefleyen bir akım olarak dönemin sosyo-hukuki teorisi içinde kendini farklılaştırabilme ve özel bir konuma yükseltebilme başarıyordu.

20. yüzyıl Amerikan hukuk dünyasının muhalifleri olarak değerlendirilebilecek Realistler, Hukuk ve Toplumcular ile Eleştireller, kendi içlerinde önemli derece farklılıkları olmakla birlikte sosyo-hukuki bir teoriye dayanmaları, hukuki formalizmin geleneksel hukukçuluğuna karşı olmaları, toplumsal olgular ile hukuk arasında bağlantı kurmaları ve hukuk düzenine yönelik eleştirel sorgulamaları bakımından ortaklaştıkları gibi etkin oldukları dönemin toplumsal, politik ve ekonomik gerçekliklerini kendi hukuki analizlerinin merkezine koyarak değerlendirmeleri yönünden de benzerlikler göstermişlerdir³⁷. Yine metodolojik yönden hukukun ancak disiplinler arası bir perspektifle ele alındığında anlaşılabilirliğini savunmuşlardır. Hukukun ne olduğu, farklı toplumsal yapı, grup ya da ilişkilerde nasıl işlediği gibi hususların aydınlatılabilmesi için ampirik araştırmalara yönelmek gerektiği düşüncesini büyük oranda benimsemiş ve bu doğrultuda teori ile pratiğin bir arada değerlendirilmesine dayanan bir anlayış geliştirmişlerdir.

³³ ibid 86.

³⁴ Stefan Sciaraffa, ‘Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder’ (1999) 5(2) Leg 201, 201; Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, (Kazancı 2006) 80-81.

³⁵ Mark Tushnet, ‘Critical Legal Studies: A Political History’ (1991) 100 Yale LJ 1515, 1517; 1524.

³⁶ Akman, (n 2) 79.

³⁷ ibid 69.

II. Yeni Hukuki Realizm

A. Genel Olarak Yeni Hukuki Realizm

YHR, geçmişi neredeyse bir yüzyılı bulan sosyo-hukuki çalışmaların, 21. yüzyılın gereklilikleri doğrultusunda hem metodolojik hem teorik bakımından değerlendirilip yeni bir kulvar içinde geliştirilip geliştirilemeyeceği tartışmalarıyla beraber ortaya çıkan ve halen sürmekte olan bir dizi yaklaşımı ifade etmektedir. YHR'ye ilişkin ilk tartışmalar 1997 yılında Hukuk ve Toplum Derneği'nin yıllık toplantılarında gerçekleşen bir panelle başlamıştır³⁸. Daha sonra ise tıpkı içinden çıktığı Hukuk ve Toplum geleneği gibi olabildiğince çok konuyla ilgilenen kişiyi ve bütün sosyal bilim disiplinlerini kapsamaya çalışan büyük çadır yaklaşımını benimseyerek geniş bir katılımı 25-27 Haziran 2004 tarihleri arasında, American Bar Foundation ile Wisconsin-Madison Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından Birinci Yeni Hukuki Realizm Konferansı (1st New Legal Realism Conference: New Legal Realist Methods at the University of Wisconsin-Madison) gerçekleştirilmiştir³⁹. Konferansta küreselleşme (ulus ötesi küresel

³⁸ Howard Erlanger, Bryant Garth, Jane Larson and Elizabeth Mertz, 'Is It Time for a New Legal Realism' (2005) 2005 Wis L Rev 335, 337; Mark C. Suchman and Elizabeth Mertz, 'Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism' (2010) 6 Annu. Rev. Law Soc. Sci. 555, 560. Tek bir YHR'den bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Nourse ve Shaffer 2000'li yılların başından itibaren Davranışçı, Bağlamsal ve Kurumsal olmak üzere farklı Yeni Hukuki Realist akımların ortaya çıktığını ve konuları kendi perspektiflerinden ele aldıklarını söylemektedir. Bu çalışmada Wisconsin ekolü olarak da adlandırılacak ve Nourse ile Shaffer'in Bağlamsalcılar içinde değerlendirdiği, öncülüğünü Stewart Macaulay ile Elizabeth Mertz gibi hukukçuların yaptığı ve literatürde eski Realizmin yanı sıra Hukuk ve Toplum ile EHÇ geleneklerinin bir uzantısı olarak kabul edilen yaklaşım ele alınmaktadır. İleride kısaca değinilecek olan ve Hukuk ve Ekonomi akımı içinde konumlandırılacak Ampirik Hukuk Çalışmaları'nın yargısal davranışların ve kişiliğin hukuki kararlar üzerindeki etkisini merkeze koyarak olgu ve sonuçlara ilişkin büyük ölçekli nicel araştırmalarla yetinen yaklaşımı, bu makale bağlamında "Yeni Hukuki Realizm" kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu makalede ele alınan Yeni Hukuki Realizm, Chicago ekolü olarak nitelendirilebilecek Hukuk ve Ekonomi geleneğinin tamamen dışında sayılan, dolayısıyla yargısal karar verme süreçlerinin salt nicel ampirik araştırmalarıyla kendilerini sınırlandırmayan, nicel ve nitel araştırma ile sosyo-hukuki teorinin bir sentezini geniş bir açıdan disiplinler arası sorgulamaları da içerecek biçimde yorumlayan akademik yaklaşımı -Wisconsin ekolünü- incelemektedir. Victoria Nourse and Gregory Shaffer, 'Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory' (2009) 95 Cornell L Rev 61, 74-75; Thomas J. Miles and Cass R. Sunstein, 'The New Legal Realism' (2008) 75 U Chi L Rev 831, 834. YHR'yi Hukuk ve Ekonomi geleneği içinde değerlendiren bir örnek için Miles ve Sunstein'in ilgili makalesine bakılabilir.

³⁹ Elizabeth Chambliss, 'When Do Facts Persuade - Some Thoughts on the Market for Empirical Legal Studies' (2008) 71 Law & Contemp Probs 17, 37-38; Michael McCann, 'Preface to the New Legal Realism, Volumes I and II' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W.

hukuk), ayrımcılık ve yoksulluk çalışmaları ile hukuk eğitiminde reform gibi konular hukuk ve sosyal bilimlerin bir arada değerlendirildiği bir perspektiften tartışılmıştır⁴⁰. YHR kapsamında sayılabilecek çalışmalar, günümüze uzanan süreç içerisinde zamanla artarak çoğalırken aynı zamanda akım, benimsediği sosyo-hukuki yaklaşımdan hareketle hukuk ile toplum arasındaki ilişkilerde sosyal adalet ve eşitliği ön plana çıkararak bir hukuk politikasının savunuculuğunu üstlenmiştir.

YHR akımı, 20. yüzyılın başından itibaren gelişmeye başlayan Amerikan sosyolojik hukuk yaklaşımlarının 21. yüzyıla aktarılan mirası üzerinden hukuka ilişkin yeni bir paradigma oluşturma gayreti içindedir. YHR'nin yeni bir paradigma oluşturmaya çalışmasının sebebi Amerikan Realizmini, Hukuk ve Toplum ya da EHÇ'nin iddialarını çürüterek onlara karşı bir üstünlük iddiasından kaynaklanmamakta; aksine içinde bulunulan durumun "yeni" olmasından ve bu sürecin gerçekliğini ele almayı amaçlamasındandır⁴¹. Bu bölümün ardından her biri ayrı başlıklarda ele alınıp incelenecek olan "aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalara dayanmak", "disiplinler arası olmak", "geniş bir perspektiften sosyo-ekonomik sınıflar ve çıkarlarla ilgilenmek" ve "hukukun etkilerine ilişkin geniş bir bakış açısına sahip olmak" şeklinde⁴² özetlenebilecek dört temel özelliğe sahip bu paradigma; hukuka ilişkin yeni bir metodolojik yaklaşımı, hukukun ne olduğu ve aynı zamanda ne olması gerektiği yönünden değerlendirirken madundan yana tavır alan bir toplumsallığın nasıl sağlanabileceği meselesiyle de uğraşmakta ve tüm bunları sosyo-hukuki bir anlayışla ele almaktadır.

Ampirik araştırmayı, hukuk teorisini ve politikayı birleştirmek suretiyle üçlü bir sacayağı üzerinde yükselen bu paradigma, hukuki yönden iyimser bir bakış açısına sahip olduğu gibi Amerikan pragmatizminden beslenen köklü bir gele-

Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) XVI; Erlanger et al, (n 38) 337; Elizabeth Mertz, 'Introduction - New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 4.

⁴⁰ Suchman and Mertz, (n 38) 561; Mertz, 'Introduction' (n 39) 7.

⁴¹ McEvoy, (n 29) 433-434. McEvoy'a göre, Amerikan Realistleri yirminci yüzyılın başlarındaki sorunlara yanıt ararken, EHÇ yirminci yüzyılın sonlarına doğru yaşanan liberalizmin krizinden doğmuştur. ibid 444. İlgili tartışma için ayrıca bkz. Twining, (n 30) 128-129.

⁴² Joel Handler, Orly Lobel, Elizabeth Mertz and Edward Rubin, 'A Roundtable on New Legal Realism, Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences' (2005) 2005 Wis L Rev 479, 480.

neğe dayanmaktadır⁴³. Söz konusu nedenlerle YHR açısından hukuk, toplumsal sorunların giderilebilmesinde mutlak çözümler sağlayamayacak olsa bile toplumsal değişimin hukuk aracılığıyla gerçekleştirilebilmesinin fayda ve maliyeti hakkında bilgi verip belirli ölçüde buna katkı sunabilecek bir araç olarak değerlendirilmektedir⁴⁴. YHR, hukuk metodolojisi yönünden ise sadece niceliksel ve deneysel bulgularla yetinmeyip niteliksel yöntemlere de değer veren, uygulamadaki hukuk hakkında teori merkezli ampirik araştırmaları ön plana çıkartan bir akım olarak sivrilmektedir⁴⁵. Fuller'in "Hukukun Ahlakı" kitabının son cümlesinde belirttiği "[b]elki zamanla hukuk felsefecileri de hukuki fenomenleri temsil etmek için 'kavramsal modeller' inşa etmekle uğraşmayı, tanımlar üzerine bitmeyen tartışmaları bırakıp hukukun hakikatini teşkil eden toplumsal süreçlerin analizine yöneleceklerdir"⁴⁶ ifadesinin, YHR'nin hem kendine biçtiği misyonu hem hukuka ilişkin yaklaşımını önemli oranda tanımladığını söylemek yanlış

⁴³ Erlanger et al, (n 38) 345; Handler et al, (n 42) 482-483; 495. YHR, eleştirel geleneği hukuki iyimserlikle birleştirerek bir taraftan mevcut yasal düzenlemelerin yol açabileceği tehlikelere dikkat çekmek diğer taraftan olumlu politik müdahalelere imkân sağlayabilecek bir alt yapı oluşturmak istiyordu. Bryant Garth and Elizabeth Mertz, 'New Legal Realism at Ten Years and Beyond' (2016) 6 UC Irvine L Rev 121, s. 125.

⁴⁴ Macaulay, 'The New' (n 6) 391-392.

⁴⁵ McCann, (n 39) XIV. McCann'a göre YHR çalışmaları, basit nedensel açıklamaların veya sayısal temsillerin yeterliliğini sorgulamaktadır. Bunların yerine, toplumsal gerçekliğin karmaşık, olumsal, dinamik, çok boyutlu özelliklerini çözümlenebilmesi için zengin bir entelektüel analizle harmanlanan, uygulamaya dayalı bilinçli yorumlama ve değerlendirme alternatifleri sunmaktadır. Söz konusu çalışmaların birçoğunun yorumlayıcı ve niteliksel yöntemlere yaptığı güçlü vurgu, hukuki söylem ile anlam hususlarındaki özeni ve kurumsal bağlama gösterdiği duyarlılık; hukuk alanındaki geleneksel akademisyenlerin hâlihazırda uğraştığı girişimlere çok yönlü ve titiz bir nitelik katmayı vaat etmektedir. Nicel ve nitel verilerin bir arada değerlendirilmesi gerekliliğinin altını çizen Mertz ve Barnes da literatüre atıfla benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Nicel araştırmalar, genel kalıpları keşfedip doğrulamak için çoğu zaman en uygun yaklaşım olduğundan kapalı kategoriler ve büyük miktarda bilgiyle başa çıkma kapasitesine sahiptir. Buna karşın nitel veriye incelikli kavrayış ve nüansları gösterme becerisiyle, söz konusu kalıpların belirli bağlamlar içindeki anlamını ortaya çıkarmak için genellikle en iyi imkânı sunmaktadır. Kendine has zorlukları olsa da mümkün mertebe her iki yöntemin de güçlü yönlerinden faydalanarak hukuki araştırmaları gerçekleştirmek en mantıklıdır. Hatta saha çalışmalarında, bu yöntemlerin yanı sıra deneysel ve ekonometrik yaklaşımların kullanılması suretiyle de farklı bilgiler elde edilebileceğinden bunların hepsinin birleştirilerek değerlendirilmesi daha uygun olacaktır. Böylece en sağlıklı ve güvenli sonuçlara ulaşılabilecektir. McCann, (n 39) XVII-XVIII; Elizabeth Mertz and Katherine Barnes, 'Combining Methods for a New Synthesis in Law and Empirical Research' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 184; Elizabeth Mertz, 'Inside the Law School Classroom: Toward a New Legal Realist Pedagogy' (2007) 60 Vand L Rev 483, 485-487.

⁴⁶ L. L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (Engin Arıkan tr, Tekin 2016) 285.

olmayacaktır⁴⁷. Öğretisel bilgiye dayalı sosyolojik araştırma ile sosyolojik bilgiye dayalı öğretisel çalışmanın birleşimi olarak görülebilecek YHR'nin benimsediği perspektifin gerek Hukuk ve Toplumculardan gerek diğer hukuki ampiristlerden ayrıldığı nokta, öğretiyeye dayalı analizi göz ardı etmeyip uygulamadaki hukuku deneysel yöntemlerin yanı sıra nitel yaklaşımlara da değer veren teori odaklı bir ampirizmle ele almasıdır⁴⁸. Bu özellikleri itibarıyla YHR'nin sadece hukuk sosyolojisi içinde sıradan bir akım olarak değerlendirilmesinin eksik olacağı, hukuk felsefesini de kapsayan, teori ve hermeneutiği ampirik araştırmalarla zenginleştirmeyi amaçlayan karma bir yapıya sahip olduğu belirtilmelidir. Bu konuya ileride, YHR'nin geliştirmeye çalıştığı sosyo-hukuki teori bağlamında daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

Twining'e göre Batı'daki akademik hukuk çalışmaları geleneğinde hukuk bilimi ile hukuk teorisi uygulamalarına ilişkin genellikle birbirlerine rakip ve çatışan yaklaşımlar şeklinde sunulan; "düşünceler olarak hukuk" ile "toplumsal olgular olarak hukuk" arasındaki ayrıma dayanan iki tarihsel çizgi vardır⁴⁹. Yeni realistlerin bu bağlamda temel ilgi alanlarından biri de hukuku anlamının kavramsal, öğretisel, normatif ve ampirik perspektiflerini farklı düzey ve şekillerde birleştirilmesi gereğiyle, söz konusu ayrıma meydan okumaktır⁵⁰. YHR bu yönüyle hukuk düzeninin, ekonomi-politik sistem ve toplumsal yapıyla olan girift ilişkisinin ortaya konulabilmesi için teori ile pratiğin dengeli biçimde birleştirilmesi gerektiğini savunarak bir anlamda oluşturmaya çalıştığı paradigmayı yeni bir hukuki praksis anlayışı içinde geliştirmeyi amaçlamaktadır.

YHR'nin yukarıda çizilen çerçeveden hareketle düşünüldüğünde öncelikle hukuka yönelik eleştirel bir geleneği devam ettirdiği açık biçimde görülmektedir. Gerçekten formalist yaklaşımlara odaklanan hem eleştirel bir söylem hem bunların doğruluklarına ilişkin mutlak kabuller içeren anlayışa dair şüpheli bir tutum benimsemektedir. Fakat hukuk kuralları ile bunların hukuki değişimi gerçekleştirme potansiyellerine yönelik şüpheliği de nihilizm manasında anlamamak gerekir⁵¹. YHR, hukukun formal ve dar bir şekilde tanımlandığı durum-

⁴⁷ Stewart Macaulay, 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 45.

⁴⁸ Bix 'The Many' (n 14) 29.

⁴⁹ Twining, (n 30) 124.

⁵⁰ ibid.

⁵¹ Erlanger et al, (n 38) 345

larda, hukuk sistemini incelemenin yeterliliğine itiraz ederken⁵² esasen hukuk, sosyal teori ve politika arasındaki ilişkinin yeniden yapılandırılmasına ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir⁵³. Formalizmin dar ve sınırlı kalıplarının dışında yer alan disiplinlerin ve onların sağladığı imkânların değerlendirilmesine dayalı modellere izin vermektedir⁵⁴. YHR mensupları araştırmalarını gerçekleştirirken, hukukun bozukluk ve aksaklıklarına karşı keskin eleştirel tutumlarını sürdürüp hukukun içindeki ve çevresindeki olumlu toplumsal değişimlerin ele alınması zorunluluğunu unutmamakta; idealizm ile şüphecilik arasında, hem güce dayalı hiyerarşilerin hem bunların hukuk için yarattığı paradoksların farkında kalıp mevcut yapılar içerisinde adaletin sağlanabilmesi için neler yapılabileceğini sorgulamakta ve hukuk ile politika arasında karmaşık bir ilişki olduğunun bilinciyle hareket etmektedirler⁵⁵. İnsanların belirli ortamlardaki hukuk deneyimle-

⁵² Macaulay, 'The New' (n 6) 399.

⁵³ Martha Albertson Fineman, 'Gender and Law: Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism' (2005) 2005 Wis L Rev 405, 405.

⁵⁴ Guadalupe T. Luna, 'Legal Realism and the Treaty of Guadalupe Hidalgo: A Fractionalized Legal Template' (2005) 2005 Wis L Rev 519, 524.

⁵⁵ Erlanger et al, (n 38) 345. Amerika özelinde, yüksek mahkemelerde görevli hâkimlerin seçim süreci hukuk ile politikanın girift ilişkisini gözler önüne sermektedir. Örneğin ABD Temyiz Mahkemeleri (United States Courts of Appeals) hâkimlerinin seçilmesine ve verdikleri kararlara ilişkin yapılan çalışmalara bakıldığında, politikanın yargı sonuçlarını etkilemesine neden şaşırılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Hâkimler politize olmuş federal yargı seçimi süreçlerinde, Amerikan başkanları tarafından tam da yaptıkları işi yapmak üzere seçilmektedir. Bu durumun, özellikle belli tür davalarda hâkimlerin hangi yönde karar verebileceğinin önceden tahmin edilebilmesini dahi mümkün kılan bazı sonuçları olmaktadır. YHR kapsamında değerlendirilebilecek bir araştırmada Sunstein, Schkade ve Ellman, temyiz mahkemelerindeki hâkimlerin kararları üzerinde, ideolojik tercihlerinin nasıl etkili olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu bağlamda 1995 - 2004 yılları arasında yayınlanmış 4958 kararı ve bu kararlardaki 14974 bireysel oyu inceleyen yazarlar, mahkemelerin karar verme süreçlerine ilişkin "ideolojik oy kullanma", "ideolojik azalma" ve "ideolojik genişleme" olmak üzere üç hipotez öne sürmektedir. İdeolojik oy kullanma hipotezine göre, ideolojik nitelikteki davalarda hâkimin kararı onu atayan başkanın Demokrat Partili (DP) veya Cumhuriyetçi Partili (CP) olup olmadığına göre tahmin edilebilmektedir. İdeolojik azalma hipotezine göre, hâkimin ideolojik eğilimi, farklı siyasi partiden iki hâkimle beraber karar vermesi hallerinde azalmaktadır. Örneğin DP'li başkan tarafından atanan bir hâkimin, CP'li başkanca atanmış iki hâkimle birlikte karar verirken kalıplaşmış bir liberal gibi oy kullanma olasılığı düşmektedir. Bu durumun tersinde de, iki DP'li başkanca atanan hâkimin varlığı halinde, CB'li başkanca atanan hâkimin kalıplaşmış bir muhafazakâr gibi oy verme olasılığı yine azalmaktadır. İdeolojik güçlendirme hipotezine göre ise bir hâkimin ideolojik eğilimi, kendisini atayan başkanla aynı siyasi partiden iki hâkimle beraber olunca daha da güçlenmektedir. Yazarlar bu üç eğilimin özellikle pozitif ayrımcılık, cinsiyet ayrımcılığı, cinsel taciz, Engelli Amerikalılar Yasası (Americans with Disabilities Act), tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, kampanya finansmanı, çevre hukuku düzenlemeleri, sözleşme maddesi ihlalleri ve 1964 tarihli Sivil Haklar Yasası'nın 7. başlığı (Title VII of

rini göz önüne almayan teoriye dayalı tutuculuğu reddedip sosyal bilimlerin araç ve imkânlarından yararlanarak hukuk ile toplum ilişkisinin genel olarak “aşağıda” işlediğinin yeterli biçimde anlaşılması gerektiğini söylemektedirler⁵⁶.

YHR'nin inşasına çalıştığı paradigmanın dört temel özelliğini ayrıntılarıyla ele almadan önce son olarak -detaylı bir biçimde incelenmesi bu makalenin sınırlarını aşıyorsa da-, YHR çatısı altındaki araştırmacıların ilgisinin sadece Amerikan hukuk sistemine odaklanmadığı belirtilmelidir. Gerçekten YHR, Amerika dışındaki farklı ülkelerin hukuk düzenlerinin incelenmesi ve hukukun küreselleşmesi gibi olgular çerçevesinde ulus ötesi olarak nitelendirilebilecek bir araştırma alanına da sahiptir. Her ne kadar küreselleşme ve uluslararasılaşma olguları, dünyanın her yerinde veya en azından önemli bir bölümünde geçerli kabul edilebilecek hukuk hakkında kanıta dayalı genellemeler geliştirmek açısından ciddi zorluklara neden oluyorsa da⁵⁷ YHR çatısı altında buluşan akademisyenlerin konuya ilişkin sosyo-hukuki çalışmalarının sayısı sürekli artmaktadır. Bu yönüyle YHR'nin sadece Amerikalı hukukçu ve sosyal bilim uzmanlarının birlikteliğinin ötesinde, tıpkı öncülü Hukuk ve Toplum yaklaşımı gibi giderek artan bir uluslararasılaşma potansiyelini barındırdığı göz ardı edilmemelidir.

the Civil Rights Act of 1964) kapsamındaki ırk, renk, din, cinsiyet ve ulusal kökene dayalı istihdam ayrımcılığı yasağının ihlaline ilişkin davalarda oldukça belirgin biçimlerde kararlara yansıdığını belirtmektedir. Örneğin bir kadının cinsiyet ayrımcılığına uğraması nedeniyle açtığı, dava DP'li başkanca atanan üç hâkimden müteşekkil bir temyiz heyetinin önüne geldiğinde %75; üyelerinden ikisi DP'li biri CP'li başkanca atanan heyette %49; biri DP'li ikisi CP'li başkanca atanan heyette %38 ve üçü de CP'li başkanca atanan heyette %31 oranında lehine sonuçlanmaktadır. Yazarlar, kürtaj veya idam cezasına ilişkin davalarda ideolojik azalma ya da genişleme olmadan doğrudan ideolojik oy kullanmanın gerçekleştiğini, buna karşın ceza davalarına ilişkin temyiz yargılamalarında, ticaret klozu (Commerce Clause - Birleşik Devletler Anayasası'nın 1. maddesinin 8. bölümünün 3. fıkrası) davalarıyla Federal hükümetin özel mülkiyete el koymasına ve kullanımını kısıtlamasına ilişkin davalarda, hâkimlerin ideolojik nitelikte oy kullanmaları yönünden önemli bir fark ortaya çıkmadığını saptamışlardır. Yapılan bu ampirik çalışma, yargısal aşamada, özellikle ideolojik nitelikte sayılabilecek davalarda hâkimlerin karar verirken kendilerini seçen başkanın politik görüşlerine yakın biçimde oy tercihlerini belirlediklerini ortaya koymaktadır. Macaulay, 'A New' (n 47) 31-32; Cass R. Sunstein, David Schkade and Lisa Michelle Ellman, 'Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation' (2004) 90 Va L Rev 301, 304-305; 311-313; 320.

⁵⁶ Erlanger et al, (n 38) 345.

⁵⁷ Twining, (n 30) 139.

B. Yeni Hukuki Realizmin Temel Özellikleri

1. Aşağıdan Yukarıya Ampirik Araştırmalara Dayanmak

YHR tarafından benimsenen aşağıdan yukarıya hukuk anlayışı bir yönüyle hukuki pozitivistizmin geleneksel hukuk öğretisinin ve ona ilişkin kabullerin geçerliliğini sorgularken diğer yönüyle hukuk ile toplum arasındaki ilişkinin yeniden biçimlendirilmesinde ve hukukun gerçekte ne olduğunun anlaşılabilmesinde bir kılavuz olmaktadır. Ehrlich'in "yaşayan hukuk" kavramsallaştırmasının yanı sıra ilk dönem realistlerinin "uygulamadaki hukuk" yaklaşımından beslenen aşağıdan yukarıya hukuk anlayışı⁵⁸, bir metodoloji olarak hukuki ampirizmi kullanarak aşağıdakilerin hukuk deneyimlerini merkeze alarak disiplinler arası bir yöntemle hukukun toplumsal fonksiyonunu incelemeyi amaçlamaktadır. Macaulay'nin belirttiği üzere, hukukla ilgili bir şeyler öğrenilebilmesi isteniyorsa hukuku aşağıdan yukarıya perspektifiyle ele almak gerekmektedir⁵⁹. Yöntemsel olarak bu yaklaşım, hukukun etkisine ilişkin savların öncelikle tabanda -aşağıda- gerçekleştirilecek çalışmalarla desteklenmesi esasına atıf yapmakta ve teoriye ya da kişisel tecrübeye dayanan öngörülerde bulunmaktan ziyade ampirik araştırmalardan yararlanarak onlardan hareket edilmesini savunmaktadır⁶⁰. Ayrıca, formal hukuki süreçlerin ve kurumların sınırlarının dışına çıkılmasını içerdiği gibi hukukun etkileri konusunda geniş ve açık görüşlü bir bakış açısıyla, birbirinden farklı toplumsal sınıfların çıkarlarının anlamlandırılmasını şart koşmaktadır⁶¹. Bunun gerçekleştirilebilmesi içinse araştırmacıların, öncelikle kendilerini hukukun formal kategorilerin ötesinde konumlandırabilmelerine yardım edecek

⁵⁸ Yaşayan hukuk kavramı ile aşağıdan yukarıya perspektifi arasındaki ilişki konusunda bkz K. Alex Ziegert, 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 Sydney L Rev 108, 123; Duygu Hatipoğlu Aydın, *Güvencesiz Adalet - İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, (On İki Levha 2018) 11. Aşağıdan yukarıya perspektifinin aynı zamanda Leon Petrazycki'nin "sezgisel hukuk" kavramıyla ilişkili olduğu da belirtilmiştir. Reza Banakar, *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, (Springer 2015) 52.

⁵⁹ Macaulay, 'The New' (n 6) 390. Macaulay'ye göre YHR hem uygulamadaki hukuka hem yaşayan hukuka odaklanmaktadır. Bu doğrultuda temyiz aşamasına ilişkin incelemelerin ötesinde ilk derece mahkemelerindeki duruşmalar, hatta duruşma öncesi faaliyetler asıl araştırma konusu yapılmalıdır. Tarafları uzlaşmaya yönelten ve genellikle zorlayıcı arabulucular olarak hareket eden duruşma hâkimleri, hukukun gölgesinde pazarlık yapan avukatlar, yargılama süreçlerinin mümkün olduğunca kaçınılması gereken bir şey olduğunu öğrenen iş insanlarının tepkileri, uygulamadaki hukukun ve yaşayan hukukun konularıdır. Macaulay, 'Contracts' (n 16) 1166.

⁶⁰ Erlanger et al, (n 38) 339.

⁶¹ ibid.

ampirik araçları kullanmaları ve formal hukukçuluğun etkilerine karşı son derece şüpheli davranmaları gerekmektedir⁶². YHR'nin aşağıdan yukarıya perspektifini esas alan ampirik metodolojisi ve bunu hukuki araştırmaların merkezine koymayı amaçlayan sosyo-hukuki yaklaşımı, onu, Ampirik Hukuk Çalışmaları (AHÇ⁶³) gibi ampirizmi yine hukuki araştırmaların odak noktası olarak konumlandırmayı amaçlayan farklı akımlardan önemli oranda ayırtmaktadır.

YHR öncelikle aşağıdan yukarıya perspektifini benimsemekteyse de sosyo-hukuki teoriyi zenginleştirebilmek yönünden yukarıdan aşağıya olarak nitelendirilebilecek anlayışı da göz ardı etmemektedir. Sivil toplumun en alttan yukarıya doğru uzanan normatif bağlamlarının analiz edilmesine dayanan aşağıdan yukarıya yaklaşımının daha iyi kavranabilmesi için başvurulan yukarıdan aşağıya anlayışında hukuk, devlet hukukuyla keza yasallık da devlet hukukunun resmî kaynaklarıyla sınırlı biçimde tanımlanmakta ve devletin yukarıdan aşağıya uza-

⁶² ibid 339-340; 344.

⁶³ Ampirik Hukuk Çalışmaları (Empirical Legal Studies) olarak anılan akımın tıpkı YHR gibi belirlenmiş kesin özelliklerinden bahsedebilmek çok kolay değildir. Fakat akımın sağ liberal kanatta yer aldığı keza Hukuk ve Ekonomi (Law and Economics) hareketine yakın bir bakış açısına sahip olduğu söylenebilir. Burada bir parantez açarak Hukuk ve Ekonominin, hukukun otonom ve özerk yapısının değişiminde ve hukuk ile sosyal bilimler arasında yeni bağlantıların kurulmasında önemli etkisi olduğu belirtilmelidir. AHÇ bu yönüyle, Hukuk ve Ekonominin uzantısında biçimlenmiştir. Hatta AHÇ'nin sosyolog kıyafeti giydirilmiş bir Hukuk ve Ekonomi olduğu yönünde benzetmeler de yapılmıştır. Tüm bunlara karşın, teorinin büyük oranda bir kenara bırakılıp nitelikten ziyade niceliğin ön plana çıkartıldığı bir yaklaşımı benimseyen AHÇ, hukuk öğretisini eleştirmek yerine onu test edilecek ampirik önermelerin kaynağı olarak görmektedir. Hukuki araştırmaların ağırlık merkezini, hukuktan sosyal bilim disiplinlerine kaydırmak yerine bu disiplinleri hukuka aktarılabilir kaynaklar -teknik beceri depoları- olarak kabul etmektedir. Hukukçuların toplumsal gerçeklikle doğrudan sahada uğraşmasından ziyade ofislerinde istatistiklerden yararlanarak ampirik çalışmalar yapmalarını salık vermektedir. Büyük oranda bir hukuk fakültesi hareketi olarak değerlendirilebilecek AHÇ'nin ampirizmi, öncelikle şirketler ve mahkemeler gibi formal hukuk ve iktidar konularına eğildiğinden aşağıdan yukarıya perspektifinden ziyade yukarıdan aşağıyı esas alan bir metodoloji üzerinden biçimlenmektedir. AHÇ bu nitelikleri itibarıyla hukuki ampirizm üzerine çalışan öncüllerinden daha az radikal olduğu gibi var olan hukuk düzeni için de bir tehdit değildir. Son olarak AHÇ akımının yeni kuramsal ekonomistler, siyaset bilimciler, sosyal psikologlar, davranışsal ekonomistler ve niceliksel eğilimleri benimseyen hukuk profesörleri gibi bir dizi farklı bileşeni keza davranışsal hukuk ve ekonomi, yargı politikaları, pozitif politik teori ve deneysel ekonomi gibi çeşitli çalışma alanları vardır. Suchman and Mertz, (n 38) 557 - 560; Tracey E. George, 'An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools' (2006) 81 Ind. L. J. 141, 146; Chambliss, (n 39) 33; 37; Richard A. Posner, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' (1987) 100 Harv L Rev 761, 767 - 768; McCann, (n 39) XIV; Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug, 'Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 2.

nan kurumları araştırılmaktadır⁶⁴. Başka bir ifadeyle bu anlayış; devleti, hukukun ve yasallığın kaynağı olarak görmekte, yasaların toplumsal koşullar ve davranış kalıpları üzerindeki etkilerini araştırmak için hukuk kurallarının yorumlanması, uygulanması ve yürütülmesinden sorumlu olan görevlilerin ve yöneticilerin görüş ve tutumlarını başlangıç noktası olarak almaktadır⁶⁵. YHR açısından aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya ampirik araştırmaların verilerini bir arada gözetip değerlendirerek aşağıyı çalışmanın metodolojik sonuçlarından ilki, sıradan insanların yaşamları üzerinde hukukun etkilerini ortaya koyabilmektir⁶⁶. Keza aşağıyı anlamaya çalışmanın önemli bir boyutu, araştırmaları sadece aşağı ile sınırlı tutmadan ve formal hukuki süreçlerin etkinliğini göz ardı etmeden yukarıyı da kapsama alarak, üstteki kurumsal yapılar ile karar alıcı kişi veya merkezlerin incelenmesidir⁶⁷. Böylece söz konusu yöntem, ikinci olarak hukukun nasıl işlediğinin anlaşılmasına yardım edeceği gibi mevcut iktidar ilişkileri ile hiyerarşilerinin değerlendirilebilmesine de katkı sunacaktır⁶⁸. Politik bir mesaj içeren bu yöntem, hukukun farklı işlevlerini ortaya koyduğu gibi sınıfsal niteliğini yeniden tartışmaya açabilecek özellikler göstermektedir⁶⁹. Örneğin orta ve üst sınıflar için doğru olan muhtelif olgular, toplumsal yapının en altında yer alanların yaşadıkları gerçeklikleri farklı şekillerde gizleyebilmektedir⁷⁰. Aşağıyı kapsamına almayan veya tabandan başlamayan bir ampirik çalışmanın hukuk ile toplum arasındaki var olan gerçek bağlantıları ve ilişkileri bütünüyle doğru bir biçimde açıklayabilmesi son derece güçtür.

⁶⁴ Suchman and Mertz, (n 38) 564; Aydın, (n 58) 11.

⁶⁵ Banakar, (n 58) 50.

⁶⁶ Erlanger et al, (n 38) 340. Kuşkusuz bu tür çalışmalar yürütebilmek için hukuki araçların yanı sıra antropoloji veya tarih gibi çeşitli sosyal bilim disiplinlerinin enstrümanlarından da yararlanmak gerekmektedir. *ibid.* Aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya perspektiflerinin bir arada kullanılmasının, devlet tarafından konulan ve uygulanan yasalarla sıradan insanların gündelik hayatlarında fiilen uydukları kurallar arasındaki farklılıklar ve boşlukların incelenmesi yönünden önemli bir imkân sağlayabileceğine keza bir ulus devletteki hukuk düzeninin yanı sıra uluslararası hukuk düzeyinde de faydalı olabileceğine ilişkin bir yaklaşım için bkz. Banakar, (n 58) 161-165.

⁶⁷ Erlanger et al, (n 38) 340.

⁶⁸ *ibid.* Tüm bu belirtilenlere karşın, aşağıyı çalışmak, bilhassa sosyal hiyerarşi katmanları hesaba katıldığında oldukça güçtür. Örneğin çok basit bir durum üzerinden düşünülecek olursa, metodolojik olarak evsizlerin sayısını belirlemek ev sahiplerinin sayısını belirlemekten her zaman daha büyük zorluklar barındırır. *ibid.* 341.

⁶⁹ Macaulay, 'The New' (n 6) 392-393.

⁷⁰ *ibid.*

Bu noktada, sistematik ampirik araştırmaların ne kadar güvenli olabileceğine ilişkin tartışmaya da değinilmesi gerekmektedir. Kökeni, EH  içinde  ne sürülen ve ampirik araştırmaların gerçekten nesnel olup olamayacağına ilişkin duyduğu şüpheciliğe kadar uzanabilecek bu tartışma, ampirizmin mevcut düzeni bütünüyle açıklamakta yetersiz kalacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. EH , Trubek tarafından her ne kadar öğretiye dayanmayan bir araştırma geleneğinin parçası olması nedeniyle ampirizme daha yakın bir akım olarak nitelendirilse de⁷¹ pek çok Eleştirel, ampirizmin her halükârda sistematik ve nesnel sonuçlara ulaşabileceğine yönelik taahhüdünün, hukuk söz konusu olduğunda, yanıtıcı bir pozitivizme yol açacağı g r ř ndedir⁷². Eleştirellere göre ampirik araştırma neticesinde elde edilen bulgular, gözlemcinin öznel konumuyla doğrudan bağlantılıdır ve bu nedenle ampirizm de aslında, ideoloji ile metodolojinin düzeltilemez bir şekilde i  içe geçmesi sonucuna yol a maktadır⁷³. Eleştireller açısından ampirik araştırmalar hiçbir biçimde pozitivizmden soyutlanamayacağı gibi onların değer yüklü ve politik olmadıklarını söylemek de statükoyu güçlendirmeye hizmet etmekten başka bir sonuç doęurmamaktadır⁷⁴. Dolayısıyla pek çok reformist akademisyen, ideoloji ve özerkliği göz ardı ederek ve açıkça normatif ve eleştirel bir perspektiften araştırma yapmayarak aslında mevcut statükonun devamına katkı sunmaktadır⁷⁵. Eleştirellerin birçok noktada ampirizme yönelik haklılık payı taşıyan bu eleştirilerinin, bilhassa ampirist araştırmacıların tıpkı geleneksel pozitivistlerin yaptığı gibi nesnellik ve tarafsızlığa vurgu yaparak kendilerini ve araştırmalarını ideolojik olmayan bir yerde konumlandırmaya çalışmalarından duydukları şüpheden ve bunun imk nsızlığı düşüncesinden kaynaklandığı söylenbilir.

YHR açısından ise ampirizmin anlamının daha farklı bir boyutu ve fonksiyonu vardır. YHR'den önce genel  er evesi belki de Trubek ve Esser tarafından çizilen ve "eleştirel bir hukuk sosyolojisi" fikrinin uzantısında "eleştirel ampirizm" olarak adlandırılan yaklaşım, hukuk düzeninin hem eleştirel hem ampirik sosyo-hukuki

⁷¹ David M. Trubek, 'Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism' (1984) 36 Stan L Rev 575, 600.

⁷² Christopher Tomlins, 'Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative' (2000) 34 Law & Soc'y Rev 911, 961.

⁷³ ibid.

⁷⁴ White, (n 4) 841.

⁷⁵ ibid 835.

araştırmalarla nasıl geliştirilebileceğine ilişkin bir tartışmayla ilk şeklini almıştır⁷⁶. Trubek ve Esser açısından, ampirik araştırmanın merkezinde yer alan gözlemin nesnel ve değerden bağımsız olması mümkün değilse de⁷⁷ ampirizmin bir araştırma stratejisi olarak sadece bu sebeple bütünüyle terk edilmesi gerektiği görüşü de savunulamaz⁷⁸. Bu yönüyle ikili tarafından, eleştirel ampirizmin, salt politik terimlerle anlaşılabilirliği ve yalnızca toplumsal yaşamın üretimi ve yeniden üretimindeki kendi rolüyle yüzleştiği takdirde başarılı olabileceği belirtilmektedir⁷⁹. Ampirik metodoloji, hukuk teorisi tarafından zenginleştirilmediği sürece, kendisini hukuk politikasının bir parçası haline dönüştüremeyecek keza politika yapıcıların -yasa koyucunun- bakışını da toplumsal değişim ve kalıcı eşitsizlik gibi olgulara

⁷⁶ David M. Trubek and John Esser, 'Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 3, 4.

⁷⁷ ibid. Nesnel ve değerden bağımsız olmamakla kastedilen, araştırmanın salt ideolojik bir çerçevede ve politik amaçlarla yapılmış olması değildir. Whitford'a göre bugün kullanılan kategoriler, bizden öncekiler tarafından oluşturulmuş ve genellikle oluşturuldukları kültürde yaygın olarak paylaşılan, toplumun nasıl organize edilmesi gerektiğine dair tercihlerin bir yansımasıdır. Trubek ve Esser'in terminolojisiyle ifade edilecek olursa, bugün ampirik araştırmalarda kullanılan toplumsal davranış kategorileri, en azından kısmen, ilgili nüfus alt gruplarında baskın olan ideolojilerin bir ürünüdür. Dolayısıyla düşünceler önemli ölçüde miras alınan toplumsal kategorilere hapsedilmiş olsa da insanlar hala toplumsal olguların yeni gruplandırılmalarını hayal etme kapasitelerini korumaktadır. William C. Whitford, 'Critical Empiricism' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 61, 61-62.

⁷⁸ ibid 62. Araştırmacının, gözleminin değer yüklü karakterinin farkında ve bilincinde olarak çalışmasını yürütmesi, bu sayede daha ılımlı kalmayı başarıp sonuçlara ilişkin yanlış yorumlamaları sınırlayan bir yapı kurabilmesi gerekir. Whitford'a göre Trubek ve Esser'in ortaya koyduğu eleştirel ampirizm perspektifinin önemli özelliklerinden biri, araştırmacının bu farkındalığına dayanmaktadır. ibid 64-65.

⁷⁹ Trubek and Esser, (n 76) 47. Mertz'e göre sosyal bilimlerin yöntemleri bilinçli ve dikkatli kullanıldıklarında, -hukuki karakterdekiler de dâhil olmak üzere- toplumsal olay ve sistemler hakkında daha doğru anlayışlar geliştirilmesine katkı sunabilir. Bununla birlikte hukuktan antropolojiye ve ekonomiye kadar, bütün bilgilerin politik bir karakter gösterdiği yönündeki kabulden kaçabilmek son derece güçtür. Araştırma araçlarının -sınırlarının olduğu kadar imkânlarının da- değerlendirilmesi son derece önemlidir; bu bağlamda ampirik araştırmayı yürütenler, hangi bilginin elde edildiği ve analizinin nasıl yapıldığı hususlarında yöntem ve araçların bir parçası olarak sorumludur. Öte yandan ampirizme dayanan bir sosyal bilimler metodolojisinin, salt teorik bir noktadan hareket eden yönetsel anlayışa göre, kişisel anlamda politik seçim ve durumlardan daha azade bir değerlendirme sürecine imkân sağladığından bahsedilebilir. Çünkü burada araştırmacının, kendi kişisel doğrularından hareket etmesinden ziyade elde ettiği ampirik bulguları değerlendirmesi ön plana çıkmaktadır. Eğer hukuka ilişkin ampirik bulgular, araştırmacının benimsediği teorilerle uyumuyorsa, çalışmanın sonuçlarının geçerliliğinin sorgulanmasından ziyade benimsenen teorilerin yeniden gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Handler et al, (n 42) 483-484.

yöneltebilmekte başarısız olacaktır⁸⁰. YHR'nin metodolojisi hem sosyo-hukuki olguları ampirik araştırmaların bir parçası haline getirmeyi hem ampirizmi teorik araçlarla desteklemeyi amaçladığı gibi benimsediğı aşağıdan yukarıya perspektifiyle de hukukun insanların günlük yaşamlarını nasıl etkilediğini ortaya koyma konusunda önemli avantajlar sağlamakta ve politika yapıcılarını harekete geçmeleri yönünde etkileyerek politika düzeyinde fark yaratmaktadır⁸¹. Dolayısıyla YHR'nin, ampirik araştırmaların teorik bir çerçeve ve hareket noktasından yeterince beslenmezse her halükârda eksik kalacağı yönünde bir anlayışı benimsediğı ve temsil ettiğı söylenebilir.

Pozitivizmin nicel verilerin çözümlenmesine dayanan -ve YHR'nin uzak durmak istediğı- ampirizminin temel görünümünün, ideolojiler üstü olma iddiasının bir uzantısı olarak, teoriziz bir uygulamayı -pratiğı- ifade ettiğini belirtmek gerekir. Oysaki ampirik bulguların eleştirel bir teorik düşünme, analiz ve yorumla bir arada değerlendirilmesi halinde, bilhassa aşağıdan yukarıya araştırmalarla hukukun toplumsal yapı içindeki işleyişinin hiç de formalist anlatılardaki gibi gerçekleşmediğı gösterilerek hukuk düzeninin mevcut paradokslarının ortaya konulabilmesi mümkün hale gelecektir. Keza böyle bir eleştirel ampirik ve teorik perspektifin, ekonomik alt yapıdan kaynaklı sınıfsal eşitsizliklerin çerçevesini çizdiği toplumsal konuların aydınlatılabilmesi bakımından önemli bir başlangıç noktası olduğı da göz ardı edilmemelidir. Ampirizmin pozitivistlerce dillendirilen ya da savunulan ideolojiler üstü, bilimsel ve tarafsız konununun sosyal bilimlere ilişkin araştırmalar gündeme geldiğinde mevcut ekonomi politik sistemin hegemonyasının doğrulanması dışında bir sonucu olmamaktadır. Dolayısıyla sosyal bilimlere açısından ampirik araştırmaların -her halükârda ideolojik niteliğı haiz olsalar da- ancak sağlam bir teorik perspektiften yorumlanma ve değerlendirilmeleri halinde işlevselliklerinden -özellikle aşağıdan yukarıya yaklaşımı açısından- söz edilebilir. Bu noktada YHR'nin, pozitivizmin "ideolojiden arındırılmış", "tarafsız", "objektif" ampirik yöneliminden ziyade teoriyle harmanlanmış yeni bir metodolojik arayışın içinde kendini konumlandığı söylemek yanlış olmayacaktır.

⁸⁰ Fineman, (n 53) 430.

⁸¹ Thomas Mitchell and Elizabeth Mertz, 'The Empirical Turn in the Legal Academy: A New Legal Realist Perspective' *Law & Society Newsletter*, (Amherst, November 2006) 4; Thomas W. Mitchell, 'Destabilizing the Normalization of Rural Black Land Loss: A Critical Role for Legal Empiricism' (2005) 2005 Wis L Rev 557, 610.

2. Disiplinler Arası Olmak

YHR, hukuki çalışmalara yönelik yeni bir disiplinler arası paradigma geliştirilmesine, hukuk ile sosyal bilimler arasında var olan epistemolojik ve metodolojik farklılıkların ortaya konarak her iki alanın gerek sosyal bilimciler gerek hukukçular açısından anlaşılabilir kılınmasına yönelmektedir⁸². Sosyal bilimlerin bulgularını hukuk teorisi, pratiği, etiği ve eğitimi gibi hukukla ilgili belli başlı konu ve alanlara entegre etmenin yeni yolları geliştirmeye çalışmaktadır⁸³. Tek bir metodoloji türüne ya da sosyal bilim alanına odaklanan yaklaşımlardan ayrılan YHR, disiplinler arası bir hukuki bilgi biçimi yaratmak için mevcut epistemolojik ve normatif sorunları dikkatlice göz önünde bulundurup farklı alanların sınırlarının aşarak çalışılması gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. Gerçekten hukuka yönelik yapıcı ve pragmatik bir yaklaşım geliştirebilmek için sosyal bilimlerden yararlanmak ve onun eleştirilerini gözetmek mutlak bir zorunluluktur⁸⁵. Bu nedenle YHR'nin hedefi bir taraftan ampirik araştırmalar yapmaktan imtina eden hukukçular için sosyal bilimlerden gelen bulguların kendilerine ne kadar faydalı olabileceğini göstermek diğer taraftan hukuki konuların, hukuk uygulaması içinde bulunanlar tarafından nasıl yorumlandığını ve değerlendirildiğini ortaya koymak suretiyle sosyal bilimcilere hukuka yönelik daha entelektüel bir bakış açısı kazandırılmasına yardım etmektir⁸⁶. YHR'nin disiplinler arası hukuk çalışmalarının gerçekleştirilebilmesi için büyük çadır perspektifi olarak nitelendirdiği bu yaklaşımı, başka türlü düzenli olarak etkileşime girmeyen hukukçularla sos-

⁸² Erlanger et al, (n 38) 336.

⁸³ Mertz, 'Introduction' (n 39) 12. Garth ve Mertz'e göre YHR'nin ayırıcı özelliklerinden biri, sosyal bilim teorilerinin hukuk bilimine ve fakültelerine aktarılmasına açıkça odaklanmasıdır. Fakat sosyal bilimlerin hukuk alanına uyarlamaya çalışırken bir disiplin olarak hukuk kadar bir kurum olarak hukuk fakültelerinin de kendine özgü dünya görüşü ve yöntemleri olduğu göz ardı edilmemelidir. Garth and Mertz, (n 43) 121; 124; Elizabeth Mertz, 'Realism Then and Now: Using the Real World to Inform Formal Law' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 28.

⁸⁴ Mertz, 'Introduction' (n 39) 4.

⁸⁵ Handler et al, (n 42) 479. Disiplinler arası hukuki çalışmaların YHR ile başlamadığı, onun öncesine uzanan bir tarihinin olduğu belirtilmelidir. Posner'a göre 1970'lerden itibaren, hukuk alanındaki hâkim öğretisel yaklaşıma karşı disiplinler arası bir metodolojinin hukukta kullanılması gerektiği yönünde düşünceler daha güçlü biçimde öne sürülmüştür. Bunlar hukuk ve ekonomi, hukuk ve toplum, hukuk ve edebiyat, eleştirel hukuk çalışmaları, eleştirel ırk teorisi, feminist hukuk teorisi, eşcinsel hukuku, hukuk ve politika teorisi, hukuk ve biyoloji ve bilişsel bilimler gibi alanlarda ön plana çıkmıştır. Richard A. Posner, 'Legal Scholarship Today' (2002) 115 Harv L Rev 1314, 1316 - 1317.

⁸⁶ Erlanger et al, (n 38) 336.

yal bilimlerin farklı alanlarında uzmanlaşmış kimselerin birbirleriyle karşılaşabileceği bir buluşma noktası sağlamayı amaçlamaktadır⁸⁷. Kuşkusuz bu perspektifin hayata geçirilebilmesi için sosyal bilimcilerden ziyade hukukçuların ikna edilmesi, eğitilmesi ve bu tür sosyo-hukuki çalışmalar yapmaya özendirilmesi gerekmektedir.

Hukukçuların geleneksel tutumlarından vazgeçip ofislerinin ya da kütüphanelerin dışına çıkarak alışkanlıklarını değiştirmeleri, bir anlamda konfor alanlarından feragat etmeleri sosyo-hukuki çalışmalara başlamalarının ilk basamağı olacaktır. Hukukun hangi alanında uzmanlaşmış olunursa olunsun, alanın düzenleme konuları ile toplum arasındaki etkileşimin araştırılması, aslında ilgili alanın ne olduğunun ve nasıl işlediğinin ortaya konulabilmesinin ön şartıdır. Dolayısıyla hukuki ve sosyo-hukuki araştırmaları yürütenlerin öğretisel analizin ötesine uzanması, ampirik gözlemlerden beslenmesi ve diğer disiplinlerce geliştirilen açıklayıcı modeller üzerinde yoğunlaşmaya istekli olması son derece önemlidir⁸⁸. Hukukçuların ampirik düzeydeki çalışmalarının çoğu zaman temyiz mahkemesi kararlarına odaklanması veya aşağıdakilerin gündelik yaşamlarından ziyade kurumlar ya da seçkinler üzerine yoğunlaşması; buna karşın hukuk akademisinin dışında birçok sosyal bilim disiplininin yukarıdakiler kadar aşağıdakilerle de ilgilenmesi ve hatta sosyoloji ile antropoloji gibi alanların yıllardır insanların gündelik yaşamları ile hukuk arasında ilişki kurmanın metodolojiler geliştirerek aşağı ile yukarı arasında hukukun nasıl işlediğine dair daha bütünsel ve kesin bir kavrayışın geliştirilmesine öncülük etmesi, hukukçuların neden disiplinler arası bir perspektifi artık benimsemeleri gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır⁸⁹. Dolayısıyla hukuk alanının dili ile sosyal bilimlerde kullanılan dilin uyumlaştırılması, her iki alanın uzmanları açısından karşılıklı biçimde anlaşılabilir kılınması ve bu sayede verimli iletişimsel süreçlerin hayata geçirilebilmesi daha fazla önem arz etmektedir⁹⁰. Bu bağlamda hukuk ile sosyal bilimler, farklı disiplinlerdeki uzmanlar ile politika belirleyiciler, hatta hukuki süreçlerin ve mücadelelerin

⁸⁷ Mertz, 'Introduction' (n 39) 4.

⁸⁸ Bruce M. Price, 'A Butterfly Flaps Its Wings in Menlo Park: An Organizational Analysis of Increases in Associate Salaries' (2005) 2005 Wis L Rev 713, 713.

⁸⁹ Handler et al, (n 42) 484. Mitchell'e göre hukuk alanında çalışan akademisyenlerin kullandıkları veriler, çoğunlukla ya hukuk bültenlerinde yayınlanmış ya elektronik olarak erişilebilen eyalet mahkemelerinde veya federal mahkemelerde görülen davalardan gelmektedir. Hukukçuların ancak küçük bir yüzdesi, tek başlarına veya sosyal bilimler eğitimi alan kişilerle iş birliği içinde yaptıkları çalışmalarda sosyal bilimlerde kullanılan türden verilerden yararlanmaktadır. Mitchell, 'Destabilizing' (n 81) 579.

⁹⁰ Erlanger et al, (n 38) 336.

içinde yer alan aktörler arasında üretici bir iletişimselliğin yaratılması şarttır⁹¹. İlk realistler gibi yeni realistler de hukuk bilgisinin geliştirilmesinde sosyal bilimlerin nasıl kullanılabileceği hususuna yoğunlaşmakta, hukuk teorisi ile ampirik araştırmaları bir araya getirerek hukuk politikasının oluşturulması ve genel olarak hukukun anlaşılabilmesi cihetinde daha güçlü bir dayanağın inşa edilmesi meselelerine odaklanmaktadır⁹².

YHR açısından, disiplinler arası iletişimsel yaklaşmanın hayata geçirilebilmesi ve bir alandaki bilginin diğer alanlar tarafından kullanılabilmesinin sağlanması için, söz konusu alanların birbirlerine “tercüme” edilmelerine yoğunlaşarak farklı disiplinlerde çalışan uzmanlarının karşılıklı iş birliğine yönelmeleri gerekmektedir⁹³. Hukukçular, sosyal bilimleri okumayı öğrenme yükümlülüğü altında olduğu gibi sosyal bilimciler de hukuk politikasının ya da yapılacak hukuki reformların alanlarına ilişkin tartışmalara girdiklerinde hukukun doğasıyla başa çıkmak zorundadır⁹⁴. Disiplinler arası yeni bir hukuki realizmin teori ve pratiği inşa edilmek isteniyorsa, bir disiplinin kullandığı kategori ve kavramların diğer bir disipline tercümesi büyük önem arz etmektedir⁹⁵. Bu tercüme sürecinde amaç, eleştiriden yola çıkan ancak eleştiriyle yetinmeyen pozitif bir gündem yaratmak; her iki alanın nüanslarıyla önceliklerini kaybetmeden sosyal bilimlerden öğrenilenleri hukuki sorunlara uygulayabilmek ve hukuk alanında, sosyal bilimlerin çok yönlü -sofistike- ve daha etkili şekilde anlaşılabilmesini sağlayacak disiplinler arası konuşma biçimleri geliştirmektir⁹⁶. Hukukun, ekonomi politik düzen içinde güncelliğini koruyabilmesi için, hukukçuların sosyal bilimlerden sürekli olarak bir şeyler ithal etmesi ve bunları alana özgü ve uygun biçimde çevirebilmesi gerekmektedir⁹⁷. Örneğin iktisat alanının “rasyonel bireyi” ile hukukta kullanılan anlamıyla “orta zekâlı, makul, dürüst insan” ya da ticaret

⁹¹ Handler et al, (n 42) 479.

⁹² Erlanger et al, (n 38) 337.

⁹³ Mitchell and Mertz (n 81) 4; Erlanger et al, (n 38) 341; Handler et al, (n 42) 479. Tercümenin sadece hukuk ile diğer sosyal bilimler arasında değil aynı zamanda teori ve gözlem arasında da gerçekleşmesi gerekmektedir. Suchman and Mertz, (n 38) 560.

⁹⁴ Macaulay, ‘A New’ (n 47). 40.

⁹⁵ Erlanger et al, (n 38) 341 - 342.

⁹⁶ Christopher Tomlins, ‘In This Issue’ (2006) 31 Law & Soc Inquiry 795, 795; William K. Ford and Elizabeth Mertz, ‘Introduction - Translating Law and Social Science’ in Elizabeth Mertz, William K. Ford and Gregory Matoesian (eds), *Translating the Social World For Law - Linguistic Tools for a New Legal Realism* (Oxford 2016) 1.

⁹⁷ Bryant G. Garth, ‘Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Research’ (1997) 49 Ala L Rev 103, 118.

hukukundaki “basiretli tacir” gibi kavramlar özünde birbirlerine benzemektedir⁹⁸. Bu bağlamda iktisat biliminde kullanılan anlamıyla rasyonel insanın hukuk diline uygun bir biçimde tercümesi bilhassa hukuk ile ekonomi arasında kurulacak bir ilişkinin somutlaştırılması ve ekonomik zemine dayanan hukuki problemlerin çözülebilmesi açısından son derece faydalı olabilecektir⁹⁹. Keza işçi ile işveren ilişkileri ekseninde düşünüldüğünde, söz konusu iktisat temeline dayanan tercüme, yorum ve metodolojik katkılar, çatışmaların daha fazla adalet, ekonomik eşitlik ve hakkaniyet tabanına dayanan bir veçhede uzlaştırılabilmesi bakımından katkı sunabilecektir¹⁰⁰. Hukukun iç (yasal kurumlar içinde) veya dış (ekonomik krizler vd.) baskılar karşısında değişmesi gerekli hale geldiğinde, bu değişimin sosyal bilimlerdeki en iyi ve geçerli veri, argüman ve yaklaşımlarla tutarlı biçimde hayata geçirilebilmesi önemli bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır¹⁰¹. EHÇ, hukukun ekonomi politik yapı ve toplumsal ilişkiler düzeyinde ihtiyaçları karşılayabilmesi ve güncelliğini koruyabilmesi için disiplinler arası iletişimin ve tercümenin sürekliliğinin şart olduğu görüşünü savunmaktadır.

3. Geniş Bir Perspektiften Sosyo-ekonomik Sınıflar ve Çıkarlarla İlgilenmek

YHR açısından ampirizm, hukuki analiz süreçlerinde kendisinden yararlanılabilecek önemli bir yöntem olarak kabul edilmişse de bu kullanım geçmişteki örneklerinden ciddi biçimde farklılaşmaktadır. YHR, yukarıdan aşağıya hukuki merkezileşimi esas alan ve temyiz mahkemelerine, kurumlara ya da seçkinlere yoğunlaşan geleneksel ampirist yaklaşımları yetersiz bulmakta; hukuki çoğulculuktan ve aşağıdan yukarıya araştırmalardan beslenen¹⁰² yeni bir metodoloji geliştirip toplumsal yapının en altında olanların hukuki deneyimlerine ağırlık vererek sorun odaklı bir çözüm arayışını ön plana çıkarmaktadır.

Realistlere göre, yoksulluk ve ayrımcılık gibi aşağıdakileri daha fazla ilgilendiren sorunlarının azaltılabilmesi için hem hukukçular hem sosyal bilimciler bir arada enerjilerini yoğunlaştırmalı ve aşağıdan yukarıya ampirik araştırmalarla bu insanların yaşamlarını bütün yönleriyle ele alıp anlamalıdır¹⁰³. Formalist gelenek, hukuku yerinde araştırmak için zayıf bir rehberlik ve itici güç sağlayabileceğinden, araştır-

⁹⁸ Erlanger et al, (n 38) 342.

⁹⁹ ibid.

¹⁰⁰ ibid.

¹⁰¹ Garth, ‘Observations’ (n 97) 118.

¹⁰² Suchman and Mertz, (n 38) 565.

¹⁰³ Erlanger et al, (n 38) 361-363.

macılar, ampirik yöntemlere başvurup realizmin deneyimlerinden yararlanarak toplumsal hiyerarşinin en altında veya ortasında yer alan insanların hayatlarında hukukun işleyişini incelemeli ve öğrendiklerini de teorilerine dahil etmelidir¹⁰⁴. Aşağıdan yukarıya yaklaşımı, sadece analitik değil aynı zamanda olayları aşağıdan yukarıya görmemizi sağlayabilecek politik ve toplumsal katmanlaşmanın alt tabakalarıyla ahlaki bir sempati kurmaya yönelmiş bir arayış olarak etik nitelikte bir perspektiftir ve burada cevaplanması gereken asıl soru; aşağıyı tanımlamak ve sorunlarını görünür kılmak için toplumsal yapının ne kadar derinine inilmesi gerektiğidir¹⁰⁵. Başka bir ifadeyle problem açık bir biçimde görünmeyen, göz ardı edilen, dışlanan, bu nedenle yok sayılan, sessizliğe mahkûm edilen, kenara itilip ötekileştirilen insanlara, kısaca ezilenlere veya ötekileştirilenlere nasıl ulaşabileceğidir¹⁰⁶.

Herhangi bir alandaki eşitsizlik sorunlarının ele alınıp ortadan kaldırabilmesi veya en azından yol açtıkları olumsuz etkilerin azaltılabilmesi için sadece sosyal bilimlerin kullanılması suretiyle tespitlerde bulunulması yetersiz kalacağından toplumsal yardımlaşmaya yönelen yeni yapılar oluşturulması, hukuki reformların nasıl yapılacağıyla ilgili tartışmaların yürütülmesi ve yasa koyucular ile politika yapıcılar üzerinde baskı kurulması gibi hususlara odaklanmak gerekliliği ortaya çıkmaktadır¹⁰⁷. YHR söz konusu problemi aşabilmek için ampirik hukuk çalışmalarını somut biçimde akademik hukuk pratiğine, hukuk eğitime ve hukuk bilimine entegre etmekle ilgilenen aktivist bir hareket kimliğini ön plana çıkarmaktadır¹⁰⁸. Böylece toplumsal, ekonomik ve politik yapılanmanın yeniden inşasında hukukun sosyal bilimlerin diğer tüm disiplinlerinden beslenen bir araç olarak nasıl işlevselleştirilebileceği meselesi üzerine yoğunlaşmaktadır.

¹⁰⁴ Elizabeth Mertz, 'Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory - Real Legal Language and a New Legal Realism' (2000) 94 Nw U L Rev 909, 936; Mertz, 'Introduction' (n 39) 7.

¹⁰⁵ Handler et al, (n 42) 505; Suchman and Mertz, (n 38) 576.

¹⁰⁶ Handler et al, (n 42) 505.

¹⁰⁷ Thomas W. Mitchell, 'New Legal Realism and Inequality' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 216; Handler et al, (n 42) 505. Mitchell'e göre hukuk bilimi, herhangi bir hukuk reformunun hayata geçirilebilmesi çabasında kendi başına nadiren önemli bir görev üstlenebilir. Fakat yine de yasaların belirli biçimlerde değiştirilmesi gibi hususlarda bu değişikliği yapabilecek konumda bulunanları etkilemede rol oynayabilir. Hukukta reform yapmakla ilgilenenler medya stratejisi geliştirme, kilit paydaşlarla bağlantı kurma ve sürdürme, yasayı değiştirebilecek konumda bulunan kişi ve kurumlarla ilişkiye geçerek onları istenen değişikliği yapmaya teşvik etme gibi farklı reform politikalarını bir arada yürütebilmelidir. Mitchell, 'New' (n 107) 216.

¹⁰⁸ Twining, (n 30) 131.

Politika düzeyinde, yukarıdan aşağıya yönteminin yanı sıra aşağıdan yukarıya perspektifinin de benimsenmesi konusunda ısrar etmek, toplumsal bağlamda tüm farklı seslerin duyulabilmesi, adaletin sağlanabilmesi ve aşağı tabakaların güçlendirilip eşitliğin maddileştirilebilmesi hususlarında demokratik bir arayışa işaret etmektedir¹⁰⁹. Öncelikle mahkeme, hâkim veya hukuk kurallarına odaklanılması gerekliliği üzerinde duran geleneksel hukukçuluğa zıt bir tutum olan aşağıdan yukarıya yaklaşımı, hukukun sıradan insanların üzerindeki etkinliği meselesine eğildiğinden sadece hukuk profesyonellerinin veya elitlerinin deneyimlerini merkeze alan yukarıdan aşağıya yönteminden önemli ölçüde farklılaşmaktadır¹¹⁰. Aşağıdan yukarıya perspektifi bu hususların gerçekleştirebilme ideali itibarıyla, aynı zamanda pragmatizmin teorik ve felsefi düzeyde geri dönüşüne de tam anlamıyla uymaktadır¹¹¹. YHR açısından aşağıdan yukarıya çalışmalarla hukukun analizinde öncelikli konu ezilenler veya ötekileştirilenler olduğundan pragmatizm de bu kesimlerin sorunlarının giderilebilmesinde - veya en azından hafifletilebilmesinde- ve haklarına kavuşabilmelerinde işlevsel bir araçtır. Pragmatizm, Amerikan hukuk sistemi içerisinde sorunların çözümü yönünden önemli bir potansiyele sahip olup yeni bir teorik çerçevede -gündelik pragmatizmden farklılaştırılarak-, reel ekonomi politikte, aşağı tabakaların çıkarlarının en çoklanabilmesi özelinde bir araçsallaştırılmaya tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda YHR'nin pragmatizmiyle EHÇ'nin pragmatizmlerinin bilhassa ezilenlerin haklarının korunması açısından sorun odaklı ve hızlı çözümlere yönelen bir istikametinin olduğundan bahsedilebilir. Daha yoğun bir teorik ve felsefi çerçeveye oturtulan, toplumun en dezavantajlı konumdaki madun kesimlerinin durumlarının iyileştirilebilmesi gibi sol politik hedeflerin somutlaştırılması bağlamında anlamlandırılabilir bu pragmatist yönsemenin sebebi, her iki akımın son kertede Amerikan menşei olması itibarıyla pragmatist düşünce geleneğinin iz düşümlerini yansımasıyla ilgilidir.

YHR'nin benimsediği sosyo-hukuki yaklaşım, görüldüğü üzere, toplum merkezli bir eleştirel ampirizmi kurmaya çalışırken hukuki araştırmayı mevcut hukuk düzeninin altında yatan genel kabul ve varsayımlara yönelik bir şüpheyeye yönelmekte ve yeterince temsil edilemeyen, yok sayılan ve ezilen grupların durumlarını gösterip çıkarlarını geliştirmeyi amaçlamaktadır¹¹². Dolayısıyla

¹⁰⁹ Handler et al, (n 42) 485.

¹¹⁰ Suchman and Mertz, (n 38) 561-562.

¹¹¹ Handler et al, (n 42) 485.

¹¹² Whitford, (n 77) 65.

YHR'nin sosyo-hukuki yaklaşımı açısından hukuku, toplumsal yaşamdan kopuk, zaman zaman toplumsal formlar üzerinde işleyen, onları düzenlemek ve şekillendirmek için mücadele eden bir şey olarak değil tüm toplumsal ilişkilerle ve pratiklerle kaynaşmış ve onlardan ayrılmaz bir şey olarak anlamak gerekmektedir¹¹³. YHR, hukuki gücün toplumda hangi amaçlarla ve kimin çıkarları için dağıtıldığını ve kullanıldığını ortaya koymaya çalışarak bir taraftan eski hukuki realizm geleneğini sürdürmekte¹¹⁴ diğer taraftan en dezavantajlı kesimlerin uğradığı adaletsizlikleri araştırma sahasına alarak bunların giderilebilmesine yönelik bir çözüm arayışına yönelmektedir. Dolayısıyla -AHÇ gibi- sadece ampirik araştırmalarla yetinen, teoriden yoksun sosyo-hukuki araştırmalarla kendini sınırlamamakta; sosyo-hukuki teoriyi felsefi ve özellikle madunlardan yana ahlaki-etik bir içerikle donatarak yeniden hukuk akademisinin ilgisine sunmaktadır.

YHR, aşağıdan yukarıya doğru ampirik araştırmalarda sadece nicel ve nedensel çıkarımlarla yetinmemekte; çoklu ve disiplinler arası yaklaşımına paralel olarak yorumlayıcı ve nitel yöntemlere, hukuki söylem ile anlama ve kurumsal bağlama özel bir vurgu yapmakta keza hukukla ilgili gözlemsel olduğu kadar teorik bilgilerle desteklenmiş sistematik çalışmanın geliştirilmesini de gerekli görmektedir¹¹⁵. YHR'nin bu kapsayıcı yaklaşımı, kendisinin de içinde bulunduğu sosyo-hukuki çalışmaların genel bir hukuk teorisi -kuramı- (jurisprudence¹¹⁶) ana başlığı

¹¹³ Sarat and Silbey, (n 7) 142.

¹¹⁴ Jane H. Aiken and Ann Shalleck, 'Putting the "Real World" into Traditional Classroom Teaching' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 68. YHR'nin teoriyi ön plana çıkarmasını eleştiren, eski Realistlerin anlayışından saptıklarını ve aslında ampirik çalışmalar konusunda onların gerisine düştüklerini savunan görüşler de vardır. Bu görüşlerin teoriyi bir kenara bırakıp hukukçuların salt nicel ampirik verilerle yetinmesi gerektiğini savunan anlayışın bir yansıması olduğu söylenebilir. George vd.'ne göre YHR çalışmaları, hukukun insanların davranışları üzerindeki olası etkilerini incelerken hukukun fonksiyonu ve hukuk kurallarına ilişkin farkındalık gibi konularda çeşitli varsayımlar öne sürüyorsa da bunların sahadaki doğruluklarını test etmemektedir. YHR mensupları, test için veri topladıklarında dahi bunu eski Realistlerin aksine aşağıdan yukarıya biçimde değil yukarıdan aşağıya doğru gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla YHR çalışmaları, teoriye dayalı modeller ortaya koyduktan sonra bunları test etmek için ampirik veriye yönelmektedir. George, Gulati and McGinley, (n 17) 696.

¹¹⁵ Talesh, Mertz and Klug, (n 63) 4; 18-19; Morrill and Edelman, (n 6) 423.

¹¹⁶ "Jurisprudence" sözcüğü Türkçe'ye çevrilirken "hukuk bilimi", "hukuk teorisi -kuramı-" veya "hukuk felsefesi" gibi farklı ifadeler kullanılmaktadır. "Jurisprudence", Latince kökeni itibarıyla "hukuk bilimi" anlamını taşıyorsa da (Kıta Avrupası'nda "içtihat hukuku"nu karşılayacak biçimde farklı bir anlamda da kullanılmaktadır) Amerika'daki güncel kullanımı yer yer üzerine tartışmalar yürütülmekle beraber genellikle Türkçe'deki "hukuk felsefesi" terimini karşıla-

altında ama hukuki pozitivizm ile doğal hukuk anlayışlarının dışında ve onların rakibi konumunda, Tamanaha'nın ifadesiyle hukuk felsefesinin "üçüncü sütünü" olarak sosyo-hukuki teori başlığı altında ele alınmasını mümkün kılmaktadır¹¹⁷. Hukukun ne olduğu konusunda doğal hukuk teorileri normatif bir pozisyonda kalarak ahlak felsefesine; hukuki pozitivizm kavramsal ve analitik bir açıdan analitik felsefeye¹¹⁸ ve sosyo-hukuki teori ise ampirik bir metodolojiyle -tarih, ekonomi, sosyoloji, antropoloji, psikoloji, siyaset bilimi gibi alanları kapsayacak ve gözlem, kanıt, doğrulama, yanlışlama, tümevarım, tündengelem, veri toplama gibi ampirik odaklı her türlü yöntemi içerecek biçimde- bilime dayanarak açıklamalarda bulunmaktadır¹¹⁹. Söz konusu özellikleri itibarıyla, uzun süredir doğal hukuk ile hukuki pozitivizm karşısında tutarlı ve alternatif savlar öne süren sosyo-hukuki teori; hukuki kurumlar ve uygulamalar, hukukun işlevi, etkisi, değişimi ve gelişimi,

maktadır. Bu makalede de ABD menşeli bir akım olarak YHR çalışıldığı ve ağırlıklı olarak Amerikalı akademisyenlerin eserlerinden yararlanıldığından "jurisprudence" sözcüğü çoğunlukla "hukuk felsefesi" terimini karşılayacak şekilde kullanılmıştır. Fakat buna karşı çıkan önemli hukukçular da vardır. Örneğin Cotterrell'e göre son dönemlerde hukuk teorisi (jurisprudence), hukuk felsefesi (legal philosophy) adı altında farklı bir şeye dâhil edilmiş veya yeniden tanımlanmıştır. Tamanaha da hukuk teorisinin (jurisprudence), hukuk felsefesinden (legal philosophy) daha geniş olduğunu Cotterrell'e atıfla belirtirken hukuk felsefesinin hukuk teorisinin ayrı bir alt türü olduğunu ve sosyo-hukuki teorisinin de hukuk teorisinin -hukuki pozitivizm ve doğal hukuk teorisine birlikte- eşdeğer bir dalı olduğunu söylemektedir. Bkz. 'Jurisprudence' <<https://www.law.cornell.edu/wex/jurisprudence>> accessed 22 February 2024; Brian Z. Tamanaha, 'The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory' (2015) 56 Wm & Mary L Rev 2235, 2275; Roger Cotterrell, 'Why Jurisprudence is not Legal Philosophy' (2014) 5 Jurisprudence 41, 41-42.

¹¹⁷ Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2237; Twining, (n 30) 132-133. Tamanaha'ya göre hukuki pozitivizm, hukuku, içeriğinin veya sonuçlarının kötü olup olmadığına bakmaksızın hukuk görevlilerinin kanun olarak uyguladıkları şey şeklinde somutlaştırmaktadır. Doğal hukuk teorisi, hukuk ile adalet ve ahlak kavramları arasında bağlantı kurmakta; hukukun adil olduğuna veya en azından adil olması gerektiğine keza ahlakın da nesnel olduğuna ilişkin bir inanca dayanmaktadır. Buna karşın sosyo-hukuki teori ise hukuku, toplumsal etkileri ve sonuçları olan ve araçsal olarak kullanılan, toplumsal bir kurum şeklinde değerlendirmektedir. Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2262.

¹¹⁸ Bix'e göre analitik felsefe, her ne kadar hukuki pozitivizmle yakın biçimde ilişkilendiriliyorsa da onunla özdeşleştirilmemelidir. Hukuki pozitivizm, hukukun doğasına veya geçerlilik şartlarına odaklanan bir teoriyken örneğin analitik hukuk felsefesi hukuki hak ve yetkilerin doğası gibi kavramların tartışılmasını da içerir. Hatta geniş bir analitik hukuk felsefesi anlayışı, doğal hukuk teorisi gibi hukukun doğasına ilişkin rakip teorileri bile kapsar. Brian H. Bix, 'Jurisprudence and Legal Theory' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 479-480.

¹¹⁹ Tamanaha, 'The Third' (n 116) 2266-2267. Tamanaha, her üç akımın birbirinden farklı yönlerine işaret etmekle beraber bu ayrımların mutlak olmadığını ve birbirlerini dengelediğini belirtir. Örneğin her üç akımın da normatif çıkarımları vardır, kavramsal analizle uğraşır ve hukukun toplumsal bir kurum olduğunu kabul eder. ibid 2267.

hukuki çoğulculuk, hukuk kültürü ve hatta daha fazlası için hukuk felsefesi bağlamında, hukukun doğasına ilişkin tartışmaları çerçeveleyen pek çok farklı anlayışın bir araya getirilmesini kolaylaştıracak bir alan yaratmaktadır¹²⁰. Bu yönüyle sosyo-hukuki teori olmadan hukukun doğası hakkında yapılan ya da yapılacak olan teorik tartışmaların önemli bir alternatif bakış açısından yoksun kalacağı söylenebilir¹²¹. YHR'nin sosyo-hukuki teoriyi merkeze alan yaklaşımı bu yönüyle, akımın salt hukuki empirizm çatısı altında konumlandırılmasını güçleştirmekte, hukuk sosyolojisi kadar hukuk felsefesinden de öğeler barındıran karma bir hareket şeklinde değerlendirilebilmesinin önünü açmaktadır. Pek çok noktada öğretiyi ve teoriyi başlangıç noktası yapmaları, aşağıdan yukarıya veya yukarıdan aşağıya perspektifiyle elde edilen ampirik bulguları anlama ve yorumlama ekseninde yer yer hermeneutik geleneğe yaslanarak değerlendirmeleri teori ve pratiği birleştirmeye yönelik hukukun yeni bir praksiyi yaklaşımının ana hatlarını inşa etmektedir.

4. Hukukun Etkilerine İlişkin Geniş Bir Bakış Açısına Sahip Olmak

YHR'nin hukuka, topluma ve devlete ilişkin geliştirdiği perspektifin geleceksel hukuki yaklaşımlardan önemli oranda farklılaşabilmesinde, mensuplarının hukukun işlev ve etkisi gibi konularda hukuki formalistlerden çok daha geniş bir bakış açısına sahip olması önemli rol oynamıştır. Bu bakış açısının dış dünyaya yansıyan ilk sonucu, yukarıda çerçevesi çizilen sosyo-ekonomik sınıf ve çıkarlarla ilgilenmeleriyle ortaya çıkmıştır. YHR, hukukun kendisini hem bağımlı hem bağımsız değişken olarak ele alırken kurucu rolüne yönelik çok farklı görüşleri bir arada kapsama eğiliminde olup keza onu dil ve söylem, kurumsal uygulamalar, arzulanan idealler, devlet şiddetinin fiili veya potansiyel yaptırımı olarak esasen güç ve iktidar ilişkileriyle doğrudan bağlantı içinde anlamlandırmaktadır¹²². Yeni realistler, hukukun ne olduğuna dair bu geniş perspektifli sorgulamalarının yanı sıra onun ne olması ve nasıl bir toplumsal fonksiyonu yerine getirmesi gerektiği yönünde de çalışmalar yapmaktadır.

YHR, bir toplumsal mühendislik aracı olarak hukukun, toplumun en alt kesimini oluşturan ezilenler ve ötekileştirilenlerin sorunlarını çözmede nasıl kullanılabileceği arayışı içindedir. Bu bağlamda YHR, benimsediği ampirik metodoloji ve toplumsallığı amaçlayan politikalarıyla sadece toplumsal sorunların hukukçular

¹²⁰ ibid 2238.

¹²¹ ibid 2268.

¹²² McCann, (n 39) XV; Tulesh, Mertz and Klug, (n 63) 4-5.

tarafından bulunup keşfedilmesiyle kendini sınırlamayıp bunların nasıl giderilebileceğine ilişkin müzakere ve iş birliği olanaklarının geliştirilmesine uğraşması yönünden de geleneksel hukukçuluktan ayrılmaktadır. YHR mensupları, formalistlerce savunulan hukukun toplumsal ve ekonomik gücün dağılımına müdahale etmemesi ve sosyal adalet ile ilgili konularda süreç odaklı bir perspektif dâhilinde kalınması gerektiği gibi yaklaşımları yeniden değerlendirmektedir¹²³. Onlara göre piyasa sistemi her zaman zayıf ve ezilen kitlelerin aleyhinde biçimlenip varlığını sürdürdüğünden öncelikle liberal ekonomi politik sistem içerisinde gücün eşitsiz dağılımına sebebiyet veren ve görünürde baskıcı olmayan bir biçimde işleyen düzenlemelerin gerçekteki baskıcı formlarına bakılmalıdır¹²⁴.

YHR'nin şimdiye kadar ele alınan hukuka ilişkin kendine özgü metodolojik yaklaşımı ile bunun toplumsal yapının en altında yer alan sosyo-ekonomik sınıflar ve çıkarlarla geniş bir perspektiften ilgilenirken ne gibi çözüm imkânları sunabileceğine ilişkin başlattığı tartışma, hukukun toplumsal etkilerinin çözümlenmesi sürecinde YHR'ye ayrıksı ve radikal bir konum kazandırmaktadır. Rubin'e göre YHR öncelikle, toplumsal ve politik nitelik arz eden birbirinden farklı hukuki ve yarı hukuki olguların değerlendirilmesi gibi hususlarda sosyal bilimlerde kullanılan farklı metodolojik anlayışları birleştirmeye yönelik uğraşısı ya da hedefiyle; ikinci olarak, toplumsal hareketlerin nasıl geliştirilebileceği konusuyla ilgilemesi itibarıyla geleneksel hukukçuluktan ayrılmaktadır¹²⁵. İnsanları mevcut toplumsal durumlarını geliştirmelerinin yolu onlara masada bir sandalye vermek değil, o sandalyeye oturabilmek için kendilerini nasıl örgütleyeceklerini göstermek ve bu bağlamda hukukun toplumsal hareketler ile ilişkisi üzerine düşünülmesini sağlamaktır¹²⁶. YHR'nin gerek hukuk teorisine gerek uygulamasına bakış açısının bu minvalde biçimlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

¹²³ Handler et al, (n 42) 505.

¹²⁴ ibid. Hunt'a göre kendi kendisini düzenleyen piyasa anlatısı, aslında hiçbir zaman tam anlamıyla gerçekleşemediğinden piyasa düzeni varlığını sürdürebilmek ve korumak için politik sistemin müdahalelerine ihtiyaç duymaktadır. Hukuk, ekonomik ve politik düzenler arasında bağlantıyı sağlayan temel mekanizmadır. Serbest piyasa ancak sürekli merkezi olarak organize ve kontrol edilen müdahalelerle genişlemesini sürdürebilmektedir. Hunt, (n 24) 20. Dolayısıyla hukukun, hâkim ekonomi politik yapının uyumlu biçimde çalışabilmesi ve gelişebilmesi yönünden, çoğu durumda egemen sınıfların lehine işleyen bir araç olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yönüyle hukuk düzeni olgusu, her ne kadar sınıflar arasındaki eşitsizliklerin kaynaklarından biri şeklinde görülebilecek olsa da; YHR gibi hukuka karşı şüpheli ve eleştirel bakan yaklaşımlarca farklı biçimlerde, toplumsal mücadelenin bir odağı olarak da değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

¹²⁵ Handler et al, (n 42) 515.

¹²⁶ ibid.

YHR'nin oldukça önem verdiği ve farklılaştığı çalışma konularından biri de hukuk eğitiminin fazlasıyla teorik bir çerçevede içinde kalmasından kaynaklanan çıkmazlarının ampirik çalışmaların desteğiyle uygulamaya dönük bir yaklaşımla nasıl yeniden biçimlendirilebileceği ve hukuk klinikleriyle zenginleştirilebileceği hususlarıdır¹²⁷. Sahadaki hukukun sınıflara taşınmasını amaçlayan YHR, hukuk eğitimi sadece öğrencilerin hukukçu olmalarını sağlayan bir araç olarak değerlendirmekle yetinmemekte; hukukun ne olduğuna ve toplumda nasıl işlediğine ilişkin gerçekliğin günlük olarak öğrencilere aktarıldığı bir süreç olarak kabul etmektedir¹²⁸. Gerçi YHR'den çok daha önce, ilk Realistlerden itibaren hukuk eğitiminde reform yapılması gerektiğini savunanlar, hukuki kurumların nasıl işlediğini öğrencilere göstermek amacıyla hem ampirik araştırmalar üzerinde yoğunlaşmaya hem hukuk klinikleri aracılığıyla uygulamalı hukuk eğitimine geçişe başlamış ve böylece hukuk fakültelerinin formalist nitelikli müfredatına karşı yeni bir eğitim yöntemini ön plana çıkarmışlardır¹²⁹. Kökenleri erken 20. yüzyılda, öğrencilerin genelde gönüllü olarak yer aldıkları hukuki yardım çalışmalarına dayanmakta olan bu yöntem, o dönemde hâkim olan formalist çizgideki müfredatın yerine, uygulamayı daha yoğunluklu bir biçimde ele alarak öğrencilere daha gerçekçi bir deneyim kazandırmayı hedeflemiştir¹³⁰. 1960'lı yılların sonlarında ilk kamu yararı hukuk firmaları¹³¹ ortaya çıktıklarında, bunlar,

¹²⁷ Erlanger et al, (n 38) 359-360.

¹²⁸ Aiken and Shalleck, (n 114) 71.

¹²⁹ Louise G. Trubek, 'Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the New Public Interest Law' (2005) 2005 Wis L Rev 455, 456. Poppe, YHR'nin hukuk eğitimine ilişkin gündeminin öğrencilere ampirik araştırmaların önemi konusunda bilinç kazandırma, hukuk ve sosyal bilimler arasındaki ilişkiyi anlamaları için çerçeve sağlama ile ampirik veri ve analizlerle eleştirel bir şekilde ilgilenebilmeleri için ihtiyaç duyacakları bilgiyle donatma şeklinde özetlenebilecek üç temel meseleye odaklanması gerektiğini belirtmiştir. Emily Taylor Poppe, 'New Legal Realism Goes to Law School: Integrating Social Science and Law through Legal Education' in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 196.

¹³⁰ Trubek, 'Crossing' (n 129) 474.

¹³¹ Kamu yararını gerçekleştirmeyi amaçlayan ilk hukuk büroları 1960'lı yılların sonu ile 1970'li yıllarda ortaya çıkmıştır. Her ne kadar "National Association for the Advancement of Colored People Legal Defense Fund", "American Civil Liberties Union" ve "Legal Aid" gibi öncülere olsa da geniş bir "kamu yararı" uygulaması fikri esasen bu yıllarda belirginleşmiştir. Kamu yararına çalışan söz konusu hukuk büroları, genelde seçkin hukuk fakültelerinin mezunları olan genç avukatlar tarafından kurulmuştur. Birçoğu Washington D.C'de bulunan bağımsız, kâr amacı gütmeyen ve vergiden muaf olan bu hukuk firmaları, öncelikle federal mahkeme ve kurumlar ile Kongre önünde savunma yapıyorlardı. Müvekkiller arasında örneğin, çıkarları ticari açıdan kârlı bulunmayan, dolayısıyla yeterli finansal destek bulamayan ve bu nedenle avukatlar tarafından

çalıştıkları bölgelerde hukuk fakültesi öğrencilerinden stajyer olarak yararlanmaya başlamış keza belirli bir sosyal adalet perspektifinden hareket eden ve geleneksel kamu yararı vizyonuna dayanan klinik programlarla, staj uygulamaları aracılığıyla iş birliğine gitmişlerdir¹³².

YHR açısından örgün hukuk eğitimi programları, “yüce” teorik ideallerin yanı sıra uygulamanın dağınık gerçekliğini yansıtmalı; öğrencilerin hukukun sınırlarını anlayarak potansiyeline ilişkin doğru bir değerlendirmeye sahip olabilmelerini sağlamalı ve kamu yararının ne olduğu konusunda bilgilendirirken bunu aşağıdan yukarıya perspektifine dayanan ampirik çalışmalarla somutlaştırmalıdır¹³³. Öğrencilere hukukun, toplumdaki yoksullar, ezilenler ve dışlananlar üzerinde farklı sonuçlar yarattığı öğretilmezse, toplumsal düzenin oluşumunda hukukun tarafgirliği olgusu onlardan saklanmakta ve bu nedenle de mevcut sorunların nasıl çözülebileceği konusunda hukukçuların kendilerine düşen etik sorumluluğu yerine getirebilmeleri güçleşmektedir¹³⁴. Öğrencilerin mesleki yeterliliğe sahip olmaları, geniş bir bakış açısıyla donatılmaları, adaletsizliğin ne anlama geldiğini kavramaları, adaletsiz uygulamalarla karşılaştıklarında bu tür durumların üstesinden gelmek için nasıl hareket etmeleri gerektiğini bilmeleri ve eylemlerinin etik sonuçlarını göz önünde bulundurarak mesleki faaliyetlerini yürütmeleri gerektiğini öğrenmeleri YHR’nin eğitim anlayışındaki etik eylem vizyonunun en önemli bileşenleridir¹³⁵. Bu özellikleri itibarıyla YHR, uygulamanın gerçekliği içinde öğrencilere,

temsil edilmek istenmeyen -dolayısıyla yasal temsil imkânlarından yeterince yararlanamayan-yoksullar, güvenli ürünler arayan tüketiciler ve çevreciler gibi birçok grup vardı. Kamu yararı hukuk firmaları, ana fonları vakıflar ve barolardan gelen yardım kurumları olarak örgütlenmişti. İlerleyen dönemde, devlet desteği almak için de çaba göstermişlerdi. ibid 457-458.

¹³² ibid 474.

¹³³ ibid 467. Hukuk klinikleri aracılığıyla hukuki ampimizmin ön plana çıkartılmasını, bütün hukukçuların yegâne ilgi alanının hukuk sosyolojisi veya saha çalışması olması gerektiği yönünde bir yaklaşım şeklinde değerlendirmem gerekir. Mertz’in belirttiği üzere, bütün hukukçuların gidip saha çalışması ya da ampirik araştırmalara yönelmesi söz konusu değildir. Ancak hukukçuların sosyal bilimlerin diğer disiplinleriyle ilgilenmeyip kendi alanların içine kapanmaları, hukuki metinlere olan mutlak bağlılıkları ve hukuku salt hukuki kalıplarla sınırlı bir çerçevede değerlendirmeye dönük bilinç yapıları değiştirilebilir. Handler et al, (n 42) 517.

¹³⁴ Aiken and Shalleck, (n 114) 67.

¹³⁵ Marsha Mansfield and Elizabeth Mertz, ‘Teaching an Interdisciplinary Law Class’ in Shauhin Talesh, Elizabeth Mertz and Heinz Klug (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 208-209; Aiken and Shalleck, (n 114) 68. Bu etik vizyonun öğrencilere kazandırılmasında, yine YHR’nin benimsediği disiplinler arası metodolojinin hukuk alanına dâhil edilmesi önemli bir kolaylık sağlayacaktır. Aiken ve Shalleck’e göre öğrencilerin, hukukun eşitsizliğe neden olan işleyiş süreçlerini öğrenebilmeleri için sosyal bilimlerin alanındaki çalışmalara yönlendirilmeleri, adaletsizliğin nasıl oluştuğunu kavramalarını kolaylaştıracaktır.

belirli bir hukuki bilgi ve beceri kazandırma amacının yanı sıra onları toplumsal yaşamın neden olduğu adaletsizlik, eşitsizlik ve ayrımcılıklar karşısında felsefi yönü de olan etik bir anlayışla donatmayı öngörmektedir. Dolayısıyla hukuk eğitiminde, hem pratiğin hem teorinin beraber ve koordineli biçimde işlediği bir model yöntem olarak ön plana çıkarmaktadır.

YHR'nin önerdiği modelin hayata geçirilebilmesindeki zorluk, hukuk fakültelerinin yöneticilerinin, eğitim süreçlerine ilişkin geleneksel anlayış ve tutumlarını sorgulamaya nasıl yönlentilebilecekleri keza aşağıdan yukarıya ampirik araştırmaları daha fazla müfredatın bir parçası haline getirip öğrencileri hukuk pratiğinin içinde yer almaya teşvik edebilecekleri gibi meselelerde ortaya çıkmaktadır. Hukuk klinikleri bu noktada çok işlevsel bir araç olsa da hem öğrencilere hem kliniklerde çalışan akademisyenlere önemli sorumluluklar düşmektedir. Klinik hukuk eğitiminin gerçek anlamda işleyebilmesi için öğrencilerin bu konuda istekli olmaları ve klinikleri desteklemeleri, ayrıca kliniklerin de hizmet ettikleri çevreyle başarılı bir biçimde iletişime geçebilmesi şarttır¹³⁶. Örneğin işçi haklarına yoğunlaşan bir kliniğin doğrudan işçilerle olduğu kadar onları temsil eden kurumsal yapılarla da sağlıklı bir iletişim sağlayabilmesi gerekmektedir. Bunlar gerçekleştirilmeden, aşağıdan yukarıya perspektifine dayalı ampirik araştırmalar yapılamayacağı gibi hukuk klinikleri vasıtasıyla formal ve teorik hukuk eğitiminde eksik olan hukuk ve toplum arasındaki ilişkinin niteliği, hukukun etkinliğinin ve işlevinin ne olması gerektiği gibi problemlerin yeterli düzeyde ele alınabilmesi de mümkün değildir.

Yeni realistlere göre, ancak klinik hukuk pratikleriyle desteklenen bir eğitim aracılığıyla toplumsal ve ekonomik bağlamda hukuk uygulamasının gerçekliği öğrencilere aktarılabilir¹³⁷. Hatta hukukun bireyleri ve grupları nasıl etkiledi-

Ayrıca söz konusu adaletsizliğin giderilebilmesi için neler yapılabileceği gibi hususlarda tecrübe kazanmalarına da imkân sağlayacaktır. Böylece geleceğin avukat ve akademisyenleri -şimdiye kıyasla-, hukuk düzeninin adaletsizliği ne zaman ve nasıl çözebileceğini araştırma konusunda sosyal bilimcilerle daha iyi ortak çalışmalar yürütebilecektir. ibid. Southworth vd. de benzer bir etik perspektifin disiplinler arası yöntemlerle, uygulamanın gerçekliğinden kopmadan, avukatlık mesleği ve avukatların mesleki sorumlulukları bağlamında, hukuk fakültesi öğrencilerine daha birinci sınıftan itibaren özel olarak hazırlanmış dersler aracılığıyla kazandırılmasının son derece önemli olduğunu belirtmektedir. Ann Southworth, Bryant Garth and Catherine Fisk, 'Some Realism about Realism in Teaching about the Legal Profession' in Elizabeth Mertz, Stewart Macaulay and Thomas W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 85.

¹³⁶ Trubek, 'Crossing' (n 129) 475.

¹³⁷ ibid 477.

ğini açıklayabilmek için aşağıdan yukarıya perspektifiyle yapılacak çalışmaların yanı sıra, özellikle hukuki kurumlar ile yasama süreçlerinin işleyiş ve etkinliğinin anlaşılabilmesi hususunda, yukarıdan aşağıya yönelen ampirik araştırmaların hayata geçirilmesi de önemlidir¹³⁸. Klinik hukuk eğitimi ve teknikleri gerek öğrencilerin gerek akademisyenlerin hukuk uygulamasında etkin biçimde yer alabilmeleri için son derece önemli imkânlar yarattığı gibi söz konusu eğitim ve teknikler tüm derslere dâhil edilmeli ve müfredatın bir parçası olmalıdır¹³⁹.

Hukuk klinikleri vasıtasıyla uygulamanın gerçeklerini eğitim süreçlerine aktarmayı hedefleyen yaklaşımın diğer bir boyutu hukuk fakültelerinde çalışan akademisyenlerin sadece teoriye ve normatif düzenlemelere dayanan pozitivist karakterli hukuk algılarının nasıl dönüştürülebileceği meselesidir. Normatif nitelikte ve öğretiyi baz alan geleneksel hukuki çalışmalar her ne kadar kolay olmasa da, ampirik araştırma projelerinin hukukçulara olan yabancılığı, onların bu tip projelerden uzak kalarak eski yöntemlere bağlılıklarını sürdürmeleri sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁰. Hukuk fakültelerinin yapısı ile eğitim ve öğretime ilişkin benimsenen tercihler, ampirik araştırmaların yürütebilmesi için ihtiyaç duyulan araçlara erişimi azalttığından söz konusu araştırmalara başlanmasını, başlansa dahi bunların bitirilebilmesini zorlaştırmaktadır¹⁴¹. Hukuk alanında yapılması düşünülen ampirik araştırma projelerinin; disiplinler arası yardım-

¹³⁸ ibid.

¹³⁹ ibid.

¹⁴⁰ Michael Heise, 'The Importance of Being Empirical' (1999) 26 Pepp L Rev 807, 816. Macaulay'ye göre YHR, sosyal bilimler alanında eğitim almamış hukukçu akademisyenlerin, büyük sayı tablolarına dayanan çalışmaları veya küçük nitelikli ampirik araştırmaları yürütebilmelerine yardımcı olmalıdır. Stewart Macaulay, 'New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition' (2016) 6 UC Irvine L Rev 149, 164-165.

¹⁴¹ Heise, (n 140) 816. YHR mensuplarının önemli bir kısmı, Amerika'daki hukuk fakültelerinin, öğrencilerin kendilerini geliştirebilmeleri ve gelecekteki kariyerleri konusunda pek çok olanak tanıdığından bahsediyorsa da müfredata ilişkin en önemli eksikliğin, ampirik araştırmaların nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir dersin olmamasından kaynaklandığını belirtmektedir. Birçok hukuk öğrencisi nasıl ampirik çalışma yapılacağını ya da veri toplanacağını anlamadan ve başka bir disiplinden ilgili araştırmalarla önemli bir etkileşim kurmadan fakülteden mezun olmaktadır. Onlara göre bu tür bir ders, sadece gelecekte akademisyen olacak hukuk öğrencileri için değil uygulama açısından da büyük fayda sağlayabilecektir. İlerleyen zamanlarda daha fazla artacak olmakla birlikte bugün dahi müvekkiller, hukuk bürolarının kıdemli üyeleri veya hâkimler ister ceza ister hukuk davalarında olsun, avukatların ampirik araştırmaları değerlendirme becerilerine ihtiyaç duymaktadır. Gerçekten hâkimler, avukatlardan belirli hukuki standartları karşılamalarını, uzmanları sorgulamalarını ya da belirli iddiaları güvenilir ampirik kanıtlarla desteklemelerini giderek daha fazla talep etmektedir. Lee Epstein and Gary King, 'The Rules of Inference' (2002) 69 U Chi L Rev 1, 117.

laşmayı gerektirmesi, verilerin toplanıp derlenmesi noktasında uzmanlaşmış bilgisayar sistem ve yazılımlarına ihtiyaç duyulması keza teori ve öğreti yönünden hukuki çalışmaları gerçekleştirme konusunda yeterli olsalar da pek çok hukuk fakültesi kütüphanesinin genel bir araştırma üniversitesi kütüphanesinin sahip olduğu kaynak ve imkânlarla erişimi yeterli düzeyde sağlayamaması gibi olgular, hukukçuların bu tip projeler yapma isteğini azaltmaktadır¹⁴². Benzer biçimde hukukçu akademisyenlerin önemli bir kısmının -geleneksel hukuk eğitiminin bir sonucu olarak- karmaşık istatistiksel çalışmanın gerektirdiği eğitimleri geçmişte almaması, hukuk fakültelerinin bu sorunu gidermek için hala ampirik metotların öğretildiği bir müfredatı benimsememesi ve ampirik araştırmalara çok da açık olmaması hukuk alanında söz konusu projelere duyulan ilgi azlığının diğer önemli sebepleridir¹⁴³. Bu sorunların aşılabilmesi içinse disiplinler arası etkileşimin önündeki engellerin kaldırılması, sosyal bilimler alanındaki araştırmacılar arasında zaten var olan bilimsel iş birliği ve yardımlaşma geleneğinin hemen tüm çalışmalarını kendi başlarına yürütmeye alışmış olan hukukçularca da benimsenmesi ve hukukçuların ampirik araştırma deneyim ve uzmanlığına sahip diğer akademisyenlerle disiplinler arası ortak projelere yönelmeleri gerekmektedir¹⁴⁴. Hukuk akademisinin bu temel probleminin ancak hukukçula-

¹⁴² Heise, (n 140) 816; Poppe, (n 129) 194.

¹⁴³ Heise, (n 140) 817; Craig Allen Nard, 'Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and Profession' (1995) 30 Wake Forest L Rev 347, 347; 362.

¹⁴⁴ Poppe, (n 129) 191-192; Heise, (n 140) 817. Nard tarafından hukuk alanında çalışan kırk akademisyenle telefon aracılığıyla yapılan bir saha araştırması, hukukta ampirik çalışmaların neden istenilen düzeyde gerçekleştirilemediğini gözler önüne sermektedir. Nard ilk olarak akademisyenlere, "hukuk biliminde ampirik araştırma eksikliği ya da yetersizliği olduğunu düşünüyor musunuz?" şeklinde bir soru yöneltmiştir. Ankete katılanların ortalama olarak %87,5'i bu konuda evet demiştir ki bu husus hukuk alanında ampirik araştırmaların eksikliğinin bizatihi hukukçularca da kabul edildiğini göstermesi açısından ilginçtir. Nard daha sonra birinci soruya olumlu yanıt veren akademisyenlere, "Sizce hukuk biliminde ampirik araştırma eksikliği veya yetersizliği neden var?" diye sormuştur. Katılımcıların ortalama olarak %82,5'i ilk neden olarak eğitim eksikliğini, %30'u ikinci neden olarak daimi kadro (tenure) için olumlu bir katkısının olmamasını ve %20'si ise üçüncü neden olarak emek yoğun bir çalışmayı gerektirmesi ve zaman alıcı olması dolayısıyla ampirik araştırmaların az olduğunu bildirmiştir. Görüldüğü üzere ampirik araştırmaların zaman alıcı olması veya daimî bir kadroya gelebilme gibi hususlarda yeterli görülmemesi gibi nedenler hukukçu akademisyenleri bu tür araştırmalara yönelmekten bir nebze uzak tutuyorsa da asıl sebebin eğitim eksikliği olduğu açık biçimde ifade edilmiştir. Gerçekten hukuk fakültelerinin müfredatı, öğrencilerin ampirik yöntem konusunda eğitmek üzere tasarlanmadığından daha sonra akademiye giren bu öğrencilerin yöntem veya istatistiksel analiz gibi konularda herhangi bir beceri ya da yetenek kazanmaları mümkün olmamaktadır. Keza ilerleyen dönemlerde uygulamada veya kürsüde de bu konularda uzmanlaşmaya yönelmemeleri, hukukçuları ampirik araştırmalar yapmaktan büyük oranda alıkoymaktadır. Nard, (n 143) 361-363.

rın hukuka yönelik geleneksel ve muhafazakâr bakış açılarını ve tutumlarını sorgulayıp bir kenara bırakarak yeni bir gözlükle alana ilişkin değerlendirmelere başlamaları halinde çözülebileceği açıktır. YHR bu tür iş birliği imkânlarını sağlama ve hukuki araştırmaya yönelik alternatif metodolojilerin nasıl geliştirileceği gibi hususlarda farklı yöntem ve perspektifler bulma arayışı içerisindedir.

Sonuç

Hukuk sosyolojisi ve sosyo-hukuki araştırmalar bakımından YHR'nin ne olduğuna veya olmadığına, hukuka ilişkin nasıl bir metodoloji geliştirdiğine, hukuk düzenini analiz etmek suretiyle hangi amaçları gerçekleştirmeyi hedeflediğine odaklanan bu çalışma; her ne kadar yeni ortaya çıkmış ve sürekli bir gelişim içinde olsa da YHR hakkında genel bir çerçevenin ortaya konulabileceğini kabul etmektedir. Böyle bir çerçeve ortaya koymanın doğal bazı zorluklarından bahsedilebilirse de öncelikle YHR'nin ne olmadığı tespit edildiğinde ne olduğu konusunda daha fazla şey söylenebileceği de belirtilmelidir. Sosyo-hukuki sorunlara odaklanan YHR'nin bir ülkesi, lideri, resmi bir organizasyonu veya genel ilkeleri olmadığı gibi eski Realistler gibi yeni bir hukuk okulu oluşturduklarından hatta oluşturmaya çalıştıklarından dahi bahsedilemez¹⁴⁵. Bu nedenlerle YHR'nin gerçekten ne olmadığını söylemek belki daha kolaydır. Twining'e göre YHR, klasik Realizminin basit bir takipçisi olarak değerlendirilemeyeceği gibi sadece teoriye dayalı bir akım veya hukuk felsefesi okulu da değildir¹⁴⁶. Doğal hukuk veya pozitivistimin ılımlı versiyonları gibi diğer yaklaşımlara bir alternatif veya rakip olma iddiasında bulunmamakta, belirli bir hukuk anlayışını doğrudan benimsememekte ve realizm terimine kesin veya özel bir anlam vermeyip ne geniş ne dar manada yargılama çalışmalarıyla kendini sınırlamamaktadır¹⁴⁷. YHR

¹⁴⁵ McEvoy, (n 29) 448; 454. İlk realistlerle ilgili, bir okul olmadıkları ve okul olmak gibi bir niyetlerinin de bulunmadığına ilişkin Karl Llewellyn'in söz konusu görüşü için bkz. Karl N. Llewellyn, 'Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound' (1931) 44 Harv L Rev 1222, 1233-1234.

¹⁴⁶ Twining, (n 30) 131-132.

¹⁴⁷ ibid 131. Twining, YHR'nin ne olmadığını daha kolay tespit edilebileceğini söylüyorsa da aynı zamanda onun hakkında bir takım genellemelere ulaşılabileceği kanaatindedir. Ona göre YHR, güçlü bir şekilde çok disiplinli ve disiplinler arası olup bu tür bir uğraşının zorluklarına karşı da duyarlıdır. Araştırma gündemi açık uçlu olmakla birlikte şimdiye kadar esasen ABD'deki hukuki olgular ekseninde biçimlenmiştir. Hukuk eğitimine ilişkin en önemli önceliği ampirik araştırmalardan elde edilen bulguların Amerikan hukuk fakültelerindeki ana akım derslere nasıl çevrilebileceği ve entegre edilebileceği gibi hususlardır. YHR'nin ilgi alanlarından bir diğeri, başta sosyal bilimler olmak üzere akademik araştırmaların verilerinin hukuk kültürü ve diline nasıl tercüme edileceği ve kullanılabilirliğidir. Bunun gerçekleştirilebilmesi

kapsamlı bir hukuk teorisi veya tek başına bir hukuk felsefesi okulu oluşturma gayreti içinde değilse de hukuk öğretisinin göz ardı edilmemesi gerektiğini vurgulamakta, aşağıdan yukarıya anlayışını ön plana çıkartan bir hukuki empirizmi yöntem olarak benimserken teori ile pratiğin de bir arada ele alınmasını savunmakta ve böylece yeni bir hukuki praksisin kurulabilmesi için uğraşmaktadır.

Sonuç olarak YHR, nicel ve nitel verilerin birleştirilmesine dayalı disiplinler arası bir perspektifle aşağıdan yukarıya ampirik araştırmaları mümkün oldukça geniş bir anlayışla farklı sosyo-ekonomik konumları temsil eden sınıflar ile onların çıkarları bağlamında inceleyerek hukukun etkilerine ilişkin ayrıntılı analizler yapmaya yönelmektedir. Hukukun, gerçekte ne olduğunun ve nasıl işlediğinin aydınlatılabilmesi için, toplumun en altında yer alan yoksulların, ezilenlerin ve ayrımcılığa uğrayarak ötekileştirilenlerin hayatlarında hangi anlama geldiğinin keşfedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Sosyal adalet ve eşitlik gibi düşünceleri ön plana çıkartan YHR, bir araç olarak hukukun yöneticiler ve politikacılar tarafından mevcut sorunların çözülebilmesinde nasıl kullanılabileceğini sorgulamaktadır. Hukuku, toplumsal mühendisliğin bir parçası haline getiren bu yaklaşımın aslında, YHR'nin EHÇ'den miras aldığı liberal hukuk düzeni eleştirisinin ve hukukun mücadelecilik kullanımı gibi pratiklerin bir uzantısı olduğu söylenmelidir. Dolayısıyla YHR'yi, ampirik araştırmaları teori ve öğretiyi harmanlayıp yorum ve anlamlandırmaya dayalı hermeneutik yöntemin birikimiyle zenginleştiren, içinde hukuk sosyolojisi ile felsefesi geleneğinden alınan öğelerin bulunduğu, sosyo-hukuki bir teorinin inşasını amaçlayan ve katılımcıların kısıtlamaya tabii olmadan özgürce yer alabildiği -toplum, ekonomi, politika ve eğitim gibi alanları da kapsayacak biçimde- her türlü tartışmaya açık biçimde geliştirilmek istenen, sorun odaklı akademik bir ortak çalışma platformu ya da projesi şeklinde nitelendirmek mümkündür.

için YHR, hukukçuların ve hukukçu akademisyenlerin metodolojik yönden eğitilmesi ve ampirik hukuk çalışmalarının kendi uzmanlık alanlarıyla ilgisi konusunda duyarlı hale getirilmesi gibi uğraşılarda aktif olarak yer almıştır. Son olarak Twinnig YHR çalışmalarının önemli bir kısmının, alt disiplinler içinde veya disiplinler arasında oldukça spesifik konu ve sorunlara odaklanması dolayısıyla, genel teorik iddialarının sayıca az olduğunu söylemiştir. ibid 132. Başka bir ifadeyle YHR, büyük teoriler geliştirmekten ziyade daha dar kapsamlı somut sorunlarla ilgilenmiş ve onlara yönelik çözüm önerileri sunmuştur.

Kaynakça

- Aiken JH and Shalleck A, 'Putting the "Real World" into Traditional Classroom Teaching' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 51-73
- Akman ŞT, *Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi*, (İmge 2016)
- Aktaş S, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, (Kazancı 2006)
- Aydın DH, *Güvencesiz Adalet- İşçilerin Hukuk Deneyimi Üzerine Bir Temellendirilmiş Kuram Çalışması*, (On İki Levha 2018)
- Banakar R, *Normativity in Legal Sociology: Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, (Springer 2015)
- Baumgardner P and Mehrotra AJ, 'From the Periphery to the Center and Back? A Brief History of Midwest Legal Realism' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 49-66
- Bix B, 'The Many Faces of Modern Legal Realism' (2002) 2002(2) *Revista Ordines* 18-35
- , 'Jurisprudence and Legal Theory' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 479-489
- Chambliss E, 'When Do Facts Persuade- Some Thoughts on the Market for Empirical Legal Studies' (2008) 71 *Law & Contemp Probs* 17-40
- Cotterrell R, 'Why Jurisprudence is not Legal Philosophy' (2014) 5 *Jurisprudence* 41-55
- Epstein L and King G, 'The Rules of Inference' (2002) 69 *U Chi L Rev* 1-134
- Erlanger H, Garth B, Larson J and Mertz E, 'Is It Time for a New Legal Realism' (2005) 2005 *Wis L Rev* 335-364
- Fineman MA, 'Gender and Law: Feminist Legal Theory's Role in New Legal Realism' (2005) 2005 *Wis L Rev* 405-432
- Friedman LM, 'The Law and Society Movement' (1986) 38 *Stan L Rev* 763-780
- Ford WK and Mertz E, 'Introduction- Translating Law and Social Science' in Mertz E, Ford WK and Matoesian G (eds), *Translating the Social World For Law - Linguistic Tools for a New Legal Realism* (Oxford 2016) 1-26
- Fuller LL, *Hukukun Ahlakı*, (Arikan E tr, Tekin 2016)
- Garth BG, 'Observations on an Uncomfortable Relationship: Civil Procedure and Empirical Research' (1997) 49 *Ala L Rev* 103-132
- Garth BG, 'Law as a Discipline: Legal Theory, Interdisciplinary Legal Theory, and Ways of Speaking Legitimacy to Power' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 490-503
- Garth B and Mertz E, 'New Legal Realism at Ten Years and Beyond' (2016) 6 *UC Irvine L Rev* 121-136

- Garth B and Sterling J, 'From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State' (1998) 32 *Law & Soc'y Rev* 409-472
- George TE, 'An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship: The Top Law Schools' (2006) 81 *Ind. L. J.* 141-162
- George TE, Gulati M and McGinley AC, 'The New Old Legal Realism' (2011) 105 *Nw U L Rev* 689-735
- Gordon RW, 'Legal Storytelling as a Variety of Legal Realism' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 169-179
- Gürkan Ü, *Hukuki Realizm Akımı*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1967)
- Handler J, Lobel O, Mertz E and Rubin E, 'A Roundtable on New Legal Realism, Microanalysis of Institutions, and the New Governance: Exploring Convergences and Differences' (2005) 2005 *Wis L Rev* 479-518
- Heise M, 'The Importance of Being Empirical' (1999) 26 *Pepp L Rev* 807-834
- Hunt A, 'The Problematisation of Law in Classical Social Theory' in Banakar R and Travers M (eds), *Law and Social Theory* (2nd edn, Hart 2013) 17-33
- Hutchinson AC and Monahan PJ, 'Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought' (1984) 36 *Stan L Rev* 199-246
- Kalman L, 'East Coast Legal Realism and its Progeny' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 36-48
- Kılıç M, 'Hukuki Realizm Perspektifinden Hukuk Öğretiminin Sorunsallaştırılması' (2017) 31 *TAAD* 97-112
- Llewellyn KN, 'A Realistic Jurisprudence-The Next Step' (1930) 30 *Colum L Rev* 431-465
- , 'Some Realism About Realism- Responding to Dean Pound' (1931) 44 *Harv L Rev* 1222-1264
- Luna GT, 'Legal Realism and the Treaty of Guadalupe Hidalgo: A Fractionalized Legal Template' (2005) 2005 *Wis L Rev* 519-556
- Macaulay S, 'The New versus the Old Legal Realism: Things Ain't What They Used to Be' (2005) 2005 *Wis L Rev* 365-404
- , 'Contracts, New Legal Realism, and Improving the Navigation of The Yellow Submarine' (2006) 80 *Tul L Rev* 1161-1196
- , 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 29-50
- , 'New Legal Realism: Unpacking a Proposed Definition' (2016) 6 *UC Irvine L Rev* 149-168
- Macaulay S, Friedman LM and Mertz E, *Law in Action, A Socio-Legal Reader* (Foundation 2007)

- Mansfield M and Mertz E, 'Teaching an Interdisciplinary Law Class' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 208-222
- McCann M, 'Preface to the New Legal Realism, Volumes I and II' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) XIII-XXI
- McEvoy AF, 'A New Realism for Legal Studies' (2005) 2005 Wis L Rev 433-454
- Mertz E, 'Afterword: Tapping the Promise of Relational Contract Theory - Real Legal Language and a New Legal Realism' (2000) 94 Nw U L Rev 909-936
- , 'Inside the Law School Classroom: Toward a New Legal Realist Pedagogy' (2007) 60 Vand L Rev 483-513
- , 'Introduction- New Legal Realism: Law and Social Science in the New Millennium' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 1-25
- , 'Realism Then and Now: Using the Real World to Inform Formal Law' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 21-35
- Mertz E and Barnes K, 'Combining Methods for a New Synthesis in Law and Empirical Research' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 180-200
- Miles TJ and Sunstein CR, 'The New Legal Realism' (2008) 75 U Chi L Rev 831-851
- Milovanovic D, *An Introduction to the Sociology of Law* (3rd edn, Criminal Justice 2003)
- Minda G, 'The Jurisprudential Movements of the 1980s' (1989) 50 Ohio St LJ 599-662
- Mitchell T and Mertz E, 'The Empirical Turn in the Legal Academy: A New Legal Realist Perspective' *Law & Society Newsletter*, (Amherst, November 2006) 4-5
- Mitchell TW, 'Destabilizing the Normalization of Rural Black Land Loss: A Critical Role for Legal Empiricism' (2005) 2005 Wis L Rev 557-616
- , 'New Legal Realism and Inequality' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 203-222
- Morrill C and Edelman LB, 'Sociology of Law and New Legal Realism', in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 413-431
- Nard CA, 'Empirical Legal Scholarship: Reestablishing a Dialogue between the Academy and Profession' (1995) 30 Wake Forest L Rev 347-368
- Nourse V and Shaffer G, 'Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory' (2009) 95 Cornell L Rev 61-138

- Poppe ET, 'New Legal Realism Goes to Law School: Integrating Social Science and Law through Legal Education' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 191-207
- Posner RA, 'The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987' (1987) 100 Harv L Rev 761-780
- , 'Legal Scholarship Today' (2002) 115 Harv L Rev 1314-1326
- Price BM, 'A Butterfly Flaps Its Wings in Menlo Park: An Organizational Analysis of Increases in Associate Salaries' (2005) 2005 Wis L Rev 713-746
- Sarat A, 'Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition' (1985) 9 Legal Stud F 23-32
- Sarat A and Silbey S, 'The Pull of the Policy Audience' (1988) 10 Law & Pol'y 97-166
- Schlegel JH, 'Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of the Conference on Critical Legal Studies' (1984) 36 Stan L Rev 391-412
- Sciaraffa S, 'Critical Legal Studies: A Marxist Rejoinder' (1999) 5(2) Leg 201-219
- Silbey SS and Sarat A, 'Critical Traditions in Law and Society Research' (1987) 21 Law & Soc'y Rev 165-176
- Southworth A, Garth B and Fisk C, 'Some Realism about Realism in Teaching about the Legal Profession' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 74-94
- Suchman MC, and Mertz E, 'Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism' (2010) 6 Annu. Rev. Law Soc. Sci. 555-579
- Sunstein CR, Schkade D, and Ellman LM, 'Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation' (2004) 90 Va L Rev 301-354
- Tamanaha BZ, 'Understanding Legal Realism' (2009) 87 Tex L Rev 731
- , 'The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory' (2015) 56 Wm & Mary L Rev 2235-2278
- , 'Legal Realism in Context' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I - Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 147-168
- Tushnet M, 'Legal Scholarship: Its Causes and Cure' (1981) 90 Yale LJ 1205-1223
- , 'Critical Legal Studies: A Political History' (1991) 100 Yale LJ 1515-1544
- Türkbağ AU, 'Amerikan Hukuki Realizm Akımı' (2000) 58(1-2) İÜHF 79-95
- Talesh S, Mertz E and Klug H, 'Introduction to the Research Handbook on Modern Legal Realism' in Talesh S, Mertz E and Klug H (eds), *Research Handbook on Modern Legal Realism* (Edward Elgar 2021) 1-19

- Tomlins C, 'Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative' (2000) 34 Law & Soc'y Rev 911-972
- , 'In This Issue' (2006) 31 Law & Soc Inquiry 795-796
- Trubek DM, 'Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism' (1984) 36 Stan L Rev 575-622
- Trubek DM and Esser J, 'Critical Empiricism in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 3-52
- Trubek LG, 'Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the New Public Interest Law' (2005) 2005 Wis L Rev 455-478
- Twining W, 'Legal R/realism and Jurisprudence: Ten Theses' in Mertz E, Macaulay S and Mitchell TW (eds), *The New Legal Realism, Volume I- Translating Law-and-Society for Today's Legal Practice* (Cambridge 2016) 121-146
- White GE, 'From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History' (1986) 40 SW LJ 819-843
- Whitford WC, 'Critical Empiricism' (1989) 14 Law & Soc Inquiry 61-68.
- Ziegert KA, 'A Note on Eugen Ehrlich and the Production of Legal Knowledge' (1998) 20 Sydney L Rev 108-126

İnternet Kaynakları

- 'Jurisprudence' <<https://www.law.cornell.edu/wex/jurisprudence>> accessed 22 February 2024
- 'LSA History' <<https://www.lawandsociety.org/lisa-history/>> accessed 15 February 2024

8. Yargı Paketiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değiştirilen Sürelerin Mahkemeye Erişim ve Gerekçeli Karar Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi^(*)

Arş. Gör. Gökçe TUNÇ^(**)

Öz

Süreler, muhakeme hukuku tarafından sistemli bir biçimde düzenlenmesi ve uyulması gereken kurumlardan biridir. Bu kurum, yargılamanın hızlı ve düzenli ilerlemesi bakımından önemli bir görev ifa eder. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan sürelerle ilişkin değişikliklere neden olan hukuki süreç Anayasa Mahkemesi'nin, istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hükmün tefhiminden itibaren başlayacağına ilişkin 273. maddesinin 1. fıkrasının mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğuna ve hükmün iptaline karar verdiği 23.10.2023 tarihli kararıyla başlamıştır. Bunun üzerine benzer nitelikteki temyiz kanun yolundaki düzenleme ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan bazı kanun yollarına ilişkin süreler değişikliğe uğramıştır. Hem mahkemeye erişim hakkı hem de gerekçeli karar hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'nın bir unsuru olarak kabul edilmekle birlikte, Sözleşme'de açıkça düzenlenmeyen haklardır. Her iki hak da mutlak olmayıp, meşru amaca hizmet eden kanuni düzenlemelerle ve ölçülü bir şekilde sınırlandırılmaları mümkündür. Muhakeme hukukundaki süreler de nitelikleri itibariyle mahkemeye erişim hakkının meşru

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 03.12.2024.

Atıf Şekli: Gökçe Tunç, '8. Yargı Paketiyle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Değiştirilen Sürelerin Mahkemeye Erişim ve Gerekçeli Karar Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1195, 1238.

DOI: 10.52273/sduhfd..1567595.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye;

Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Konya, Türkiye.

E-posta: gokcetunc@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3511-3614>.

sınırlamalarından biridir. Bunun yanında hükmün tefhimiyle birlikte sürelerin başlayacağına ilişkin değişiklik öncesi düzenleme de gerekçeli karar hakkı ile yakından ilgilidir. Bunun dışında her iki düzenlemenin savunma için gerekli süre ve kolaylıklara sahip olma hakkı ile de yakından ilgisi bulunmaktadır. Bunun yanında Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sürelerin Hukuk Muhakemesi Kanunu'ndaki sürelerle birlikte yeknesaklaştırılması amacıyla birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin temelindeki yeknesaklaştırılma gerekçesi olarak gösterilen hak arama yollarındaki karmaşıklık ise sorundur. Yapılan değişiklik öncesi durumda bu haklara ilişkin ihlal oluşturan bir sistemin mevcut olup olmadığı ile 7499 sayılı Kanun'la değiştirilen sürelerin var olan sorunları ortadan kaldırıp kaldırılmayacağına ilişkin değerlendirmeler çalışmada yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Mahkemeye Erişim Hakkı, Gerekçeli Karar Hakkı, İstinaf, Temyiz, Süre.

Evaluation of the 8th Judicial Package's Amendments to the Code of Criminal Procedure within the Framework of the Right of Access to Court and the Right to a Reasoned Decision

Abstract

The legal process that led to the amendments made to the Criminal Procedure Code started with the Constitutional Court's decision dated 23.10.2023, in which the Constitutional Court ruled that Article 273 of the Criminal Procedure Code, which stipulates that the time period for the application to the legal remedy of appeal shall commence as of the pronouncement of the verdict, is unconstitutional on the grounds that it imposes an unreasonable restriction on the right of access to the court and annulled the provision. Subsequently, the regulation on the legal remedy of appeal of a similar nature and the time limits for some legal remedies in the Criminal Procedure Code were amended. Although both the right of access to a court and the right to a reasoned decision are recognized by the European Court of Human Rights as an element of Article 6 of the European Convention on Human Rights, they are not explicitly regulated in the Convention. Both rights are not absolute and may be limited by legal regulations that serve a legitimate purpose and in a proportionate manner. In addition, many amendments have been made to the Code of Criminal Procedure in order to make the time limits uniform with the time limits in the Code of Civil Procedure. The complexity in the remedies, which is shown as the reason for uniformization at the basis of these amendments, is problematic.

Keywords

Right of Access to Court, Right to a Reasoned Judgement, Appeal, Cassation.

Extended Summary

With its decision dated 24.10.2023 and numbered 2022/144 and 2023/137, the Turkish Constitutional Court cancelled a part of the provision regarding the appeal application period in the Turkish Criminal Procedure Code. After this annulment decision, in order to replace these provisions, with the Law on Amendments to the Code of Criminal Procedure and Certain Laws Numbered 7499, also called the 8th Judicial Package, which was adopted on 02.03.2024 and published in the Official Gazette on 12.03.2024, serious amendments were introduced in the Code of Criminal Procedure regarding these provisions as well as other periods regarding the application to legal remedies in the Criminal Procedure Code.

According to the relevant provision before the Constitutional Court's cancellation decision, the application for appeal was stated to be made within 7 days from the announcement of the verdict (Article 273/1 of the Criminal Procedure Code). If the judgement was pronounced in the absence of the persons, then the period of application for legal remedy started from the notification of the judgement to the persons.

The Constitutional Court annulled the part of the relevant provision stating that the application shall be made as of the announcement of the verdict on the grounds that it imposed an unreasonable restriction on the right of access to the Court. Due to the three-tier judiciary in Türkiye, after the judgement of the Court of Appeal, those concerned may also apply to the legal remedy of cassation. The application period for the legal remedy of cassation was regulated in parallel with the application period for appeal. With the Law No. 7499, since the provision on appeal was amended due to the cancellation decision of the Constitutional Court, the application period for the legal remedy of cassation has been rearranged in parallel with the amendment of appeal. Prior to the amendment, the application for the legal remedy of cassation had to be filed within 7 days following the announcement of the judgement of appeal (former version of Article 291/1 of the Code of Criminal Procedure). With the latest amendment, the application periods for both legal remedies start from the notification of the reasoned judgement to the parties.

Both the right of access to court and the right to a reasoned judgement are sub-elements of the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights. Although both of these rights are not explicitly regulated in the Convention, they have been explicitly recognised and their elements have been set out in the decisions of the European Court of Human Rights. Although the right of access to a court was initially recognised in order to prevent social unrest through the resolution of disputes between individuals by a court, it has subsequently become applicable to the state's relations with individuals. As a sub-guarantee of the right to a fair trial, the right of access to a court is also applicable to civil rights and obligations and criminal proceedings. This right means that the person concerned can file a lawsuit in court in disputes concerning civil rights and obligations, and in the case of an accusation of a criminal offence, can request an independent and impartial court to decide on the case. In addition, the execution of judicial decisions is also considered within the scope of this right.

The right to a reasoned judgement, on the other hand, concerns both the parties to the proceedings, as it performs a satisfactory function in terms of applying for legal remedies or reaching a fair result, and the public interest, as it will reinforce confidence in the judiciary within a democratic social order. It is accepted that both rights can be restricted under certain conditions. In the study, it will be analysed in the light of the jurisprudence of the European Court of Human Rights whether the old regulation that the period of appeal and cassation application starts from the announcement of the judgement actually violates these rights.

Some provisions that were not in conformity with this newly introduced application system were repealed by Law No. 7499. The provision under Article 275/2 of the Code of Criminal Procedure stipulating that in cases where the decision of the court is not explained to the parties together with its reasoning, the reasoning shall be notified to the parties within 7 days from the date the court learns that the appeal against the judgement has been filed and the provision under Article 293/2 of the Code of Criminal Procedure stipulating that in cases where the decision by the court of appeal is not explained to the parties together with its reasoning, the reasoning shall be notified to the parties within 7 days from the date on which the Regional Court of Appeal learns that the cassation has been filed against the judgement, have been abolished. Because, in the new application system, the period will start from the notification of the reasoned decision.

With Law No. 7499, not only the time periods for appeal and cassation have been amended. In addition, many time periods related to the application to legal remedies have been amended. In the justification of Law No. 7499 regarding these amendments, it is stated that the aim is to protect people's freedom to seek their rights more effectively and to prevent confusion in practice by making the periods in the Code of Civil Procedure and the Code of Criminal Procedure uniform. While some regulations in the Code of Criminal Procedure, which were 7 days, 15 days or 10 days in the Code of Criminal Procedure were made uniform and changed to 2 weeks, some periods expressed as 30 days were changed to 1 month.

Giriş

Süreler, muhakeme hukuku tarafından sistemli bir biçimde düzenlenmesi ve uyulması gereken kurumlardan biridir. Bu kurum, yargılamanın hızlı ve düzenli ilerlemesi bakımından önemli bir görev ifa eder. Kişilerin kendileri hakkında verilmiş olan kararlara karşı bir kanun yolunun tek başına var olması yetmez; bunun yanında kanun yoluna başvurunun mümkün olması ve kişiye başvurusu sırasında çeşitli kolaylıkların sağlanması da gerekmektedir.

02.03.2024 tarihinde kabul edilen ve 12.03.2024 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanan, 8. Yargı paketi olarak da adlandırılan 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) değişiklik yapılan diğer hususların yanında, kanunda yer alan bazı sürelerle ilişkin değişikliklere de yer verilmiştir. İlgili değişikliklerin temeli aslında Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından verilen bir iptal kararına dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi 24.10.2023 tarihli ve 32349 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, 2022/144 esas ve 2023/137 karar numaralı, 26.7.2023 tarihli kararında CMK'nın 273. maddesinde yer alan istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hükmün açıklanmasından itibaren başlayacağına ilişkin hükmü, mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama getirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. İlgili karara konu başvuruda ileri sürülen bir diğer iddia ise, bu hükmün aynı zamanda gerekçeli karar hakkını düzenleyen Anayasa'nın 141. maddesine de aykırı olduğu yönündeydi. Ancak ilgili kararda AYM, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığın tespitinden sonra hükmün iptali gerekeceğinden, ayrıca gerekçeli karar hakkı çerçevesinde bir değerlendirme yapma gereği olmadığını ifade etmiştir.

Hem mahkemeye erişim hakkı hem de gerekçeli karar hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Her iki hak da ilgili maddede açıkça yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında ortaya koyulan maddenin yorumu ve buna ilişkin ilkeler çerçevesinde kabul edilmiştir. Bunun yanında her iki hakla ilgili ulusal mevzuatımızda açık düzenlemeler mevcuttur. Çalışmada, 7499 sayılı Kanun ile birlikte CMK'da yer alan sürelerle ilişkin yapılan değişiklikler mahkemeye erişim ve gerekçeli karar hakkı çerçevesinde ele alınacaktır. Bu kapsamda, mahkemeye erişim ve gerekçeli karar hakkı ile ilgili AİHM uygulaması açıklanarak hem AYM'nin kararı hem de 7499 sayılı Kanun'un gerekçesi bu kapsamda değerlendirilecektir. Yapılan değişikliklerle birlikte ortaya çıkma ihtimali olan yeni sorunlar ortaya koyulacaktır.

I. Kanun Değişikliğine Yol Açan Nedenler: Anayasa Mahkemesinin İstinaf Kanun Yoluna Başvuru Süresine İlişkin Kararı

Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi CMK m. 273/1'de yer alan istinaf isteminin hükmün açıklanmasından itibaren başlayacağına ilişkin düzenlemenin iptali istemiyle AYM'ye başvurmuştur. İptal isteminin gerekçesinde ise kural uyarınca, istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hükmün açıklanmasından itibaren başladığından dolayı hükmün gerekçesinin duruşma tutanağına geçirilmediği durumlarda, gerekçeyi bilmeyen sanık yönünden kanun yoluna başvuru süresinin o andan itibaren başlamasının sanığa ağır bir külfet yüklediği, kurulun uyuşmazlıkların kısa sürede nihai çözüme kavuşturularak hukuki güvenliğin sağlanması şeklindeki meşru amaç bakımından orantısız olduğu ve bu yönüyle mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 36. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM kararında, uyuşmazlığı mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelemiştir. Bu kapsamda iptali istenen ve mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlama olarak nitelendirilen düzenlemelerin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütlere uygun olup olmadığı incelenmiştir. Kararda, sınırlamanın kanunilik ve meşru amaç şartlarını taşıdığı sonucuna ulaşılmıştır¹. Ancak sınırlamanın, "ölçülülük" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün iptali gerektiği kararda ifade edilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, CMK'nın 234. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ve tutanağa geçirilmemiş olan hükmün ve karşı oy gerekçesinin en geç on beş gün içerisinde dosyasına koyulacağını belirten düzenlemeyi de gerekçe göstererek, istinaf isteminin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlamasının ve önce uygulamada süre tutum dilekçesi olarak adlandırılan istemin daha sonra ise gerekçeli kararın tebliğiyle öğrenilen sebeplere yönelik argümanların yer aldığı gerekçeli ikinci bir istemin sunulması zorunluluğunun, ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmadığı ve bu bağlamda mahkemeye erişim hakkına "gerekli olmayan" bir sınırlama getirdiği sonucuna varmıştır².

Mahkeme, düzenlemeyi Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptaline karar verdiği için, istemde yer alan 141. maddeye ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Çalışmada ilgili hükmün eski ve yeni hali hem mahkemeye erişim hakkı hem de gerekçeli karar hakkı çerçevesinde değerlendirilecek, bunun yanında 7499 sayılı Kanunla değiştirilen diğer süreler hakkında da yine bu haklar çerçevesinde değerlendirmeler yapılacaktır.

¹ Anayasa Mahkemesi, E 2022/144 K 2023/137, 26.07.2023 § 42-43.

² Anayasa Mahkemesi, E 2022/144 K 2023/137, 26.07.2023 § 47.

A. Mahkemeye Erişim Hakkı

1. Genel Olarak

Mahkemeye erişim hakkı³, temelde kişilerin uyuşmazlıklarla ilgili bir mahkemeye erişebilme ve oradan bir karar alabilme hakkını ifade eder. Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkı içerisinde, onun bir alt güvencesi olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar mahkemeye erişim hakkı AİHS’de açıkça düzenlenmemiş olsa da AİHM kararlarında açıkça kabul edilip, unsurları ortaya koyulmuştur⁴.

Mahkemeye erişim hakkı, daha önceleri bireylerin arasındaki uyuşmazlıkların bir mahkeme tarafından çözülmesi yoluyla toplumsal kargaşayı engellemek amacıyla kabul edilmiş olsa da daha sonradan devletin kişilerle arasındaki ilişkileri açısından da geçerli hale gelmiştir⁵. Adil yargılanma hakkının bir alt güvencesi olması nedeniyle, mahkemeye erişim hakkı da medeni hak ve yükümlülükler ile cezai davalarda söz konusudur. Bu hak, medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklarda ilgilinin mahkemede dava açabilmesi; suç isnadı durumunda ise bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakkında karar verilmesini isteyebilmesi anlamına gelmektedir⁶. Bunun yanında yargı kararlarının infazı da bu hak kapsamında değerlendirilmektedir⁷.

AİHS m. 6/1’e göre, “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası

³ Öğretide mahkemeye başvurma hakkı (right to a court) veya mahkemeye ulaşma hakkı (access to a court) olarak da ifade edilmektedir, Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (2. Baskı, Beta 2005) 105.

⁴ Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama” (1994) 49 (01) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199, 201; Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2021) 52-53; Ahmet Ekinci, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı’ (2014) XVIII (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 821, 823; İlyas Doğan ve M. Balkan Demirdağ, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ in İlyas Doğan (ed), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Astana 2019) 186-187.

⁵ İnceoğlu (n 3), 105.

⁶ Gökhan Çayan, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı’ (Ekim 2016) 7 (28) TAAD 235, 238; Dilaver Nişancı, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları* (Seçkin 2022) 53; İnceoğlu (n 3) 113; Gölcüklü (n 4) 209.

⁷ Doğan ve Demirdağ (n 4) 187.

konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir". Bu kurala göre, her kişinin tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir şekilde davasının görülmesini isteme hakkı vardır. Bu hakkın doğru ve etkili bir şekilde kullanılması da ancak bireylerin mahkemeye erişimleri ile mümkün olabilir⁸. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı maddede her ne kadar açık bir şekilde ifade edilmemişse de hakkın kullanılması için kurucu bir unsur olarak zımni bir şekilde kabul edilmiştir⁹. Ulusal mevzuatımızda mahkemeye erişim hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*". Bunun yanında yine Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*" ve 125. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" şeklindeki düzenlemeler de mahkemeye erişim hakkını güvence altına almaktadır. Zira mahkemeye erişim hakkı kişilerin muhatabı oldukları bir işlem nedeniyle başvuracakları merciyi öğrenmeleri ile buna karşı yargı yoluna başvurabilmelerinin sağlanmasıyla güvence altına alınabilmektedir.

⁸ Gölcüklü (n 4) 208.

⁹ "28. 6. maddenin 1. paragrafı mahkemelere veya yargı mercilerine erişim hakkını açık bir şekilde ifade etmez. Farklı ancak aynı temel fikirden kaynaklanan ve birlikte ele alındığında, terimin dar anlamında özel olarak tanımlanmamış tek bir hak oluşturan hakları ifade eder. Mahkemeye erişimin bu hakkın bir unsurunu mu yoksa bir yönünü mü oluşturduğunu yorum yoluyla tespit etmek Mahkeme'nin görevidir. (...)

36. Yukarıdaki tüm hususlar bir arada değerlendirildiğinde, erişim hakkının 6. maddenin 1. paragrafında belirtilen hakkın doğasında bulunan bir unsur olduğu sonucuna varılmaktadır. (...) Dolayısıyla Mahkeme, Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesinde öngörüldüğü üzere "tamamlayıcı yorum araçlarına" başvurmaya gerek duymaksızın, 6. maddenin 1. paragrafının herkese medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili her türlü talebini bir mahkeme veya yargı mercii önüne getirme hakkını güvence altına aldığı sonucuna varmaktadır. Bu şekilde madde, erişim hakkının, yani medeni konularda mahkemeler önünde dava açma hakkının sadece bir yönünü oluşturduğu "mahkeme hakkı" nı somutlaştırmaktadır. Buna, 6. maddenin 1. paragrafında hem mahkemenin teşkilatı ve yapısı hem de yargılamanın yürütülmesine ilişkin olarak öngörülen güvenceler de eklenmektedir. Özetle, adil yargılanma hakkı bir bütündür." Golder v. Birleşik Krallık Başvuru No: 4451/70 (AİHM, 21 Şubat 1975); "88. Mahkeme, mahkemeye erişim hakkının, Golder/Birleşik Krallık davasında Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasıyla güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir yönü olarak tesis edildiğini yinelemektedir." Kartal v. Türkiye Başvuru no: 54699/14 (AİHM, 26 Mart 2024); Inceoğlu (n 3) 106.

Mahkemeye erişim hakkının, AİHS m. 13'te yer alan etkili başvuru hakkıyla çakıştığı ifade edilmektedir. Bazı hususlarda ortak noktalara temas etseler de etkili başvuru hakkının AİHS'te tanınan haklarla sınırlı olması ve mahkemeye erişim hakkının AİHS m. 13'te yer alan etkili başvuru hakkına göre daha güven- celi olması gibi önemli farklılıkları bulunmaktadır¹⁰.

Mahkemeye erişim hakkının, diğer haklarda olduğu gibi, mevzuatta açıkça düzenlenmiş olması, hakkın uygulamada fiilen kullanılabilir olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle hakkın, soyut düzenlemelerle güvence altına alın- masının yanında kişilere fiilen sağlanmış olması da gerekmektedir. Başka bir deyişle, kişilerin haklarını aramak üzere mahkemeye erişebiliyor olmaları veya bir suç isnadı ile karşı karşıya kaldıklarında tarafsız ve bağımsız bir mahkeme- den kendileriyle ilgili karar vermesini isteyebiliyor olmaları gerekmektedir. Bu- nun yanında kişilere sağlanan imkanların, hakkın kullanılması açısından etkin olması da olmazsa olmaz şartlardan biridir. Bu durum, kişilerin mahkemeye erişimleri olanağının "gerçekten, fiilen ve etkili" bir şekilde mevcut olması ola- rak ifade edilmiştir¹¹. Dolayısıyla hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi için devletin çeşitli tedbirler alması gerekmektedir.

AİHM'e göre, mahkemeye erişim hakkı, kişinin mahkemeye ulaşım davası hakkında karar verilmesini isteme hakkını güvence altına almakla birlikte, ulusal mevzuatta mutlaka çok dereceli kanun yolunun mevcut olmasına ilişkin bir güvence sağlamaz¹². Ancak ulusal hukukta çok dereceli yargılama mevcutsa, bu imkana başvurma yöntemi de mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlen- dirilecektir¹³. Örneğin kanun yoluna başvuru hakkının sanığın teslim olması şartına bağlanması hakkın ihlali olarak nitelendirilmiştir¹⁴.

¹⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkzn. İnceoğlu (n 3) 108-109; ayrıca Gölçüklü (n 4) 208.

¹¹ İnceoğlu (n 3) 116.

¹² Hans-Meyer Ladewig, 'Adil Yargılanma Hakkı-I' (Özlem Yenerer Çakmut çev) in Kayıhan İnel Yener Ünver, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004) 254; Gölçüklü (n 4) 202; Çayan (n 6) 240; Nişancı (n 6) 53.

¹³ "42. AİHM, bu bağlamda, AİHS'nin 6. maddesinin taraf devletlere istinaf mahkemeleri ya da temyiz mahkemeleri kurma konusunda zorunluluk getirmediğini tekrarlamaktadır (*Delcourt v. Belçika*, 17 Ocak 1970, §§ 25-26, A serisi n° 11). Bununla birlikte, bu mahkemelerin bulun- ması halinde, AİHS'nin 6. maddesinin sunduğu güvencelere riayet edilmeli, özellikle de devlet, davacıların cezai alanda kendilerine yöneltilen her türlü suçlamanın esasına ilişkin verilen ka- rarlar hakkında mahkemeye erişim haklarını etkin bir biçimde güvence altına almalıdır" Bayar ve Gürbüz v. Türkiye Başvuru No 37569/06 (AİHM, 27 Kasım 2012) § 42.

¹⁴ İnceoğlu (n 3) 117.

2. Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Erişilecek Mahkemeye İlişkin Özellikler

AİHM içtihatlarına göre, mahkemeye erişim hakkının mevcut olduğundan bahsedilebilmesi için, kişilere iç hukukta bir merciye başvuru hakkının tanınmış olması yeterli değildir; bu makamın “mahkeme” niteliğine sahip olması gerekmektedir¹⁵. AİHM birçok içtihadında bu hak bakımından mahkemenin niteliklerinin neler olması gerektiğine dair kriterlerden bahsetmiştir. AİHM tarafından bir başvuru makamının mahkeme niteliğinde kabul edilmesi için, bağlayıcı karar verme yetkisine haiz¹⁶, kararları yargı görevi yapmayan bir merci tarafından değiştirilemeyen¹⁷ ve görevi uyuşmazlıkları çözmek olan¹⁸ bir mercinin söz konusu olması gerekmektedir.

Bağlayıcı karar verme yetkisinden anlaşılması gereken husus makamın verdiği kararın hem devletin organları hem de uyuşmazlığın tarafı dahil tüm bireyler tarafından bağlayıcı olmasıdır. Yalnızca görüş bildirmekle görevli merciler nitelikleri itibarıyla mahkeme değildirler¹⁹. Ancak bağlayıcı karar veren her makam da mahkeme niteliğinde olmayacaktır²⁰. Yürütme organı içerisinde de bağlayıcı karar verme yetkisine sahip merciler mevcuttur. Mahkemenin bir diğer özelliği de kararlarının yargı görevi yapmayan bir merci tarafından değiştirilememesidir. Mahkemelerin vermiş oldukları kararlar, ilgili ülkelerin yargı yolu sistemlerine göre kendilerinden bir üst derecede görev yapan mahkemeler tarafından değiştirilebilir ve hatta kaldırılabilir. Örneğin hukukumuzda ilk dere-

¹⁵ Buradaki mahkeme kavramı özerk nitelikte bir kavramdır. Dolayısıyla bir makamın ulusal hukukta mahkeme olarak nitelendirilmesi 6. maddeye göre değerlendirme yapılırken bağlayıcı değildir. AİHM içtihatlarıyla ortaya koyulan ve AİHS 6. maddenin gereklerine uygun nitelikteki merciler mahkeme kavramı içerisinde kabul edilir, bkz. Christoph Grabenwarter, ‘Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)’ (Osman Can çev) in Kayhan İçel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004) 197.

¹⁶ Niteliği itibarıyla yalnızca bağlayıcı olmayan görüş açıklayan kurumların, Sözleşme yer alan mahkeme kavramının içerisinde değerlendirilemeyeceğine ilişkin, *Bethem v. Hollanda* Başvuru no: 8848/80 (AİHM, 23 Ekim 1985 §39-40; Çayan (n 6) 244.

¹⁷ Mahkeme kavramının doğasında, yargısal olmayan bir makam tarafından, davanın taraflarından birinin aleyhine değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar verme yetkisinin bulunduğu ilişkin, *Van de Hurk v. Hollanda* Başvuru no: 16034/90 (AİHM, 19 Mart 1994); Çayan (n 6) 244.

¹⁸ Mahkeme teriminin maddi anlamının, yetkisi dahilindeki meseleleri hukuk kuralları temelinde mevzuatta önceden öngörülen şekilde yürütülen yargılamalar sonrasında belirlemesi olarak da ifade edilen yargısal işleviyle karakterize edildiğine ilişkin, *Demicoli v. Malta* Başvuru no: 13057/87 (AİHM, 27 Ağustos 1991) § 39; Çayan (n 6) 244-245.

¹⁹ Gölcüklü (n 4) 210.

²⁰ Çayan (n 6) 244.

ce mahkemelerinin verdikleri kararlar istinaf veya temyiz denetiminden geçerler ve bu mahkemeler ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararlar ile ilgili bozma kararı verebilirler. Ancak bir makamın mahkeme niteliğinde kabul edilebilmesi için, onun vermiş olduğu kararların yasama veya yürütme organı tarafından kaldırılamaması gerekmektedir²¹. Son olarak bir mercin mahkeme niteliğinde olduğunun kabulü için, o mercin görevinin sürekli olarak uyuşmazlıkları çözmek başka bir deyişle soyut hukuk normlarını somut olaylara uygulamak olması gerekmektedir²². Fakat ifade edilmelidir ki, bu üç özelliğe sahip makamların bunlar yanında başka görevleri de olabilir. Bu onların mahkeme niteliklerini etkilemez²³.

Mahkemelerin bu özelliklerinin yanında onların kanunla kurulmuş, tarafsız ve bağımsız yargılama yapan makamlar da olması gerekmektedir²⁴. Ulusal mevzuatta ilgili makamı kuran düzenlemenin kanun olarak adlandırılıp adlandırılmaması önemli değildir. Kanunla kurulma deyiminden anlaşılması gereken, yasama organının iradesiyle kurulmuş olmasıdır. Bunun yanında ilgili mercide yapılan yargılamaların bağımsız ve tarafsız şekilde gerçekleştirilmesi de önemlidir²⁵.

Somut olayda başvurulacak mercin burada sayılan özelliklere sahip olması durumunda, niteliği itibariyle hakkın gereği gibi kullanılması için olmazsa olmaz olan bir mahkeme söz konusu olmayacağından, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

3. Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırları

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir²⁶. Başka bir deyişle bu hak bazı durumlarda sınırlanabilir. Dolayısıyla devletler ulusal mevzuatlarında hakkın kullanılmasına yönelik bazı sınırlar veya süreler ihdas edebilirler. Her ne kadar hak mutlak kabul edilmiyor ve bazı sınırlamaların ilgili devletlerin takdir

²¹ Çayan (n 6), 244; Grabenwarter (n 15) 198.

²² Çayan (n 6), 244; Grabenwarter (n 15) 198.

²³ Gölcüklü (n 4) 210.

²⁴ Vesile Sonay Evik, 'Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' in Kayıhan İçel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004), 293-297; Gölcüklü (n 4) 210-211; Ladewig (n 11) 254, 255.

²⁵ Özdemir v. Türkiye Başvuru no: 59659/00 (AİHM, 6 Şubat 2003); Yarar v. Türkiye Başvuru no: 57258/00 (AİHM, 19 Aralık 2006); Grabenwarter (n 15) 199-211.

²⁶ Nişancı (n 6) 54; Sonay Evik (n 24) 292.

yetkisinde olduğu kabul ediliyor olsa da kişilerin mahkemeye erişim haklarını çok zor veya imkânsız hale getirecek veya hakkın özüne dokunacak sınırlandırmaların AİHS m. 6/1'in ihlali anlamına geleceği de ifade edilmelidir²⁷. AİHM mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili kıstasları Ashingdane/Birleşik Krallık davasında ortaya koymuştur. Karara göre, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması için kullanılacak araçların seçimi Sözleşmecî devlete bırakılmalıdır; zira mahkemeye erişim hakkı doğası gereği Devletin bu hususta yaptığı düzenlemelere tabidir. Hakla ilgili düzenlemeler, kişilerin veya toplumun veya kaynaklarına göre değişikliğe uğrayabilir. Ancak mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran düzenlemeler, hakkın özüne zarar verecek şekilde veya ölçüde hakkın kısıtlanması anlamına gelmemelidir. Bunun yanında sınırlamanın meşru bir amaçla yapılmaması ve hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılması söz konusu ise, bu durumda AİHS m. 6/1 ihlal edilmiş olacaktır²⁸.

Mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlamalar öğretilerde doğrudan ve dolaylı sınırlamalar olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir²⁹.

Doğrudan sınırlamalar, devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alan dava şartlarına yönelik veya mahkemelerin yargılama yetkilerine yönelik sınırlamalara ifade etmektedir. Örneğin akıl hastalığı olanlar veya hükümlülere ilişkin sınırlamalar söz konusu olabilir. Ancak bu türden sınırlandırmalarda da mutlaka meşru amaç, kanunilik ve ölçülülük gibi kriterlerin gözetilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde hakkın ihlal edilmesi söz konusu olacaktır³⁰.

Mahkemeye erişim hakkına ilişkin dolaylı sınırlamalar ise, dava masraflarının mevcut veya yüksek olması, adli yardım olanağının çok istisnai olması veya hiç olmaması, mahkemeye erişimle ilgili düzenleyici kuralların aşırı şekilci uygulanması ile dava sürelerine ilişkin sınırlamalardır. Dava masraflarının yüksekliği ve adli yardım imkanının olmaması durumlarında masrafları kendisini aşan kişiler yargıya ulaşma noktasında çekince gösterebilirler. Her ne kadar önlerine gerçek bir engel koyulmamış gibi görünse de kişilerin mahkemeye erişmelerinin önünün yalnızca maddi kaygılar nedeniyle kapatılması ve hak arama özgürlük-

²⁷ Gölcüklü (n 4) 208; Doğan ve Demirdal (n 4) 189; Ladewig (n 11) 255; Grabenwarter (n 15) 211; Sonay Evik (n 24) 292.

²⁸ Ashingdane v. Birleşik Krallık Başvuru no: 8225/78 (AİHM, 28 Mayıs 1985) § 57; Bilgen v. Türkiye Başvuru no: 1571/07 (AİHM, 9 Mart 2021) § 94.

²⁹ Inceoğlu (n 3) 120-136.

³⁰ Seal v. Birleşik Krallık Başvuru no: 50330/07 (AİHM, 7 Aralık 2010) §75.

leri ile savunmalarını öne sürebilme imkanlarının ellerinden alınması hakkın ihlali anlamına gelecektir. Bunun yanında ulusal mevzuatta davaların açılması için mevcut olan süre ve şekil şartlarının da aşırı katı uygulanması aynı şekilde hakkın ihlali sonucunu doğurur³¹. Usul kuralları hukuki istikrar ve belirliliğe hizmet etmekle beraber karmaşık olmamalı ve aşırı katı şekilde uygulanmamalıdır³². Bunun yanında hukuki kesinliği ortadan kaldıran uygulamalar da hakkın ihlaline yol açacaktır³³.

Hakkın dolaylı sınırlamalarından biri de yukarıda bahsedildiği gibi sürelerle ilişkin sınırlamalardır. Mercilere başvuru süreleri, diğer usul kurallarında olduğu gibi muhakeme hukuku tarafından benimsenen ve sistematik bir şekilde düzenlenen kurumlardan biridir. Bir davanın açılması ile ilgili mevcut olan süre sınırlamaları adaletin iyi bir şekilde işlerlik kazanması ve bundan dolayı toplumun menfaati açısından kabul edilebilir³⁴. Süreler, yargılamaların düzenli ve hızlı bir şekilde ilerlemesi ve adaletin hızlı ve düzenli bir şekilde tecelli edebilmesi için önemli bir görev ifa etmektedir. Dolayısıyla muhakeme hukukunda ihdas edilmiş olan süreler, muhakeme süjeleri veya davanın tarafları açısından nitelikleri itibarıyla hem bir sınırlama hem de bir imkandır. AİHM'e göre, dava açmak için kabul edilmiş olan sürelerin dava açmayı, başka bir deyişle kişilerin haklarını

³¹ "39. Bu sebeple Mahkeme, birçok kararda, dava açmak için riayet edilmesi gereken şartların ulusal mahkemeler tarafından uygulanması sırasında mahkemeye erişim hakkını ihlal edilebileceği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır. Bir mahkeme tarafından olağan bir yasanın aşırı şekilli yorumlanması durumunda da, bu durum ilgili taraftan açılan davanın esasının incelenmesini engellemektedir." Alptekin ve diğerleri v. Türkiye Başvuru no: 43969/06 (AİHM, 17 Mart 2020); "AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, özellikle bir başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin koşullarla ilgili olarak zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara tabi olabildiğini, zira erişim hakkının doğası gereği devlet tarafından bir düzenlemeyi gerektirdiğini ve Sözleşmeciler Devletin bu konuda belirli bir takdir payına sahip olduklarını hatırlatmaktadır (Bkz, Garcia Manibardo - İspanya, başvuru no: 38695/97; Zvolsky ve Zvolska - Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 46129/99, 12 Kasım 2002). Bununla birlikte, 3 getirilen kısıtlamalar, hakkın özünü ortadan kaldıracak ölçüde, kişinin mahkemeye erişimini engellememelidir. Ayrıca mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlamalar, ancak meşru bir amaç güdüldüğü takdirde ve hedeflenen amaç ile başvuru araçları arasında makul bir orantı olması halinde 6/1 maddesi ile bağdaşabilir (Nedzela-Fransa, başvuru no: 73965/01, 27 Temmuz 2006; Guérin - Fransa, 29 Temmuz 1998 tarihli karar)" Mesutoğlu v. Türkiye Başvuru no: 36533/04 (AİHM, 14 Ekim 2008).

³² Bellet v. Fransa, Başvuru no: 23805/94 (AİHM, 4 Aralık 1995) § 37.

³³ Sc Vălie Prod Srl v. Romanya Başvuru no: 23507/04 (AİHM, 23 Mart 2010) § 16.

³⁴ Osu v. İtalya Başvuru no: 36534/97 (AİHM, 11 Temmuz 2002) § 32; Foltis v. Almanya Başvuru no: 56778/10 (AİHM, 30 Haziran 2016) § 39; Stubbings v. Birleşik Krallık Başvuru no: 22083/93 (AİHM, 22 Kasım 1996) § 49.

aramalarını imkânsız kılacak şekilde kısa tutulması veya katı bir şekilde uygulanması mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyen bir uygulamadır³⁵. Ancak davanın açılmaması muhatabın ihmalkâr davranışlarından kaynaklanmışsa bu durumda usuli süreler nispeten kısa dahi olsa hakkın ihlal edilmediği Mahkemece kabul edilmiştir³⁶. Bunun yanında ulusal hukukta yargı mercilerine başvuru için mevcut olan sürelerin karmaşıklığı veya belirliliğe hizmet edecek şekilde açık düzenlenmemiş olması durumunda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır³⁷.

Yukarıda bahsedilenlerin yanında, kanun yollarına başvuru süresinin kararın tebliğ edilmemesi nedeniyle geçirilmesi sonucu talebin reddedilmesi durumunda da mahkemeye erişim hakkının ihlalinden bahsedilmektedir. AİHM Neshev v. Bulgaristan kararında bu konuyu tartışmıştır. İlgili karara konu olan olayda, başvuru Bulgaristan Devlet Demiryollarında çalışırken işten çıkarılması üzerine yargı yoluna başvurmuştur. İlk derece mahkemesi tarafından başvurusu reddedilen Neshev dosyayı bir bölge mahkemesine taşımıştır. Bu mahkemede 8 Nisan 1996 tarihinde başvurunun yokluğunda gerçekleştirilen oturumda da başvurunun reddine karar verilmiş ancak Bölge Mahkemesi'nin kararı kamuya açık bir şekilde verilmediği gibi taraflara tebliğ de edilmemiştir. 4 Haziran 1996'da dava dosyası, raportör hâkim tarafından bölge mahkemesinin yazı işlerine iletilmiş ve dosyanın mahkeme kayıtlarına girişi yapılmıştır. 5 Haziran 1996 tarihinde de dava dosyası ilk derece mahkemesine geri gönderilmiş ve burada da dosya kaydedilmiştir. Neshev, 13 Haziran 1996'da Yüksek İdare Mahkemesi'ne konuyla ilgili bir inceleme dilekçesi sunmuştur. Yüksek İdare Mahkemesince yapılan inceleme neticesinde duruşma yapılmasına karar verilmiş ve ilgililer duruşmaya çağırılmış fakat hiç kimse gelmemiştir. Sonuç olarak 18 Temmuz 1997'de toplanan Yüksek İdare Mahkemesi, Bölge Mahkemesi'nin

³⁵ "21. Mahkeme öte yandan, dava açmak için uyulması gereken formalite ve sürelerle ilişkin düzenlemenin adaletin iyi yönetiminin sağlanmasını ve özellikle hukuki güvenlik ilkesine riayet edilmesini amaçladığını hatırlatmaktadır. İlgililer, bu kuralların uygulanmasını bekleyebilmelidirler. Bununla birlikte, söz konusu kurallar veya bunlara ilişkin yapılan uygulama yargılanabilir kişinin mevcut olan bir hukuk yolunu kullanmasını engellememelidir (Pérez de Rada Cavanilles/İspanya, 28 Ekim 1998, § 45, Karar ve Hükümlerin Derlemesi 1998-VIII). Erişim hakkının etkinliği, kişinin haklarına yönelik bir müdahaleyi oluşturan bir işleme itiraz etme yönünde açık ve somut bir imkândan yararlanmasını gerektirmektedir (Bellet /Fransa, 4 Aralık 1995, A serisi No. 333-B, § 31, ve Cañete de Goñi/İspanya, No. 55782/00, § 34, AİHM 2002-VIII)" Işık v. Türkiye Başvuru no: 37829/17 (AİHM, 28 Mayıs 2019); Inceoğlu (n 3) 132.

³⁶ Biçer v. Türkiye Başvuru no: 13959/06 (AİHM, 17 Haziran 2014).

³⁷ Zvolský And Zvolská v. Çek Cumhuriyeti Başvuru No: 46129/99 (AİHM, 12 Şubat 2003).

kararının 8 Nisan 1996'da yürürlüğe girdiğini ve inceleme dilekçesi sunmak için iki aylık sürenin 8 Haziran 1996'da sona erdiğini, ancak dilekçenin 13 Haziran 1996'da sunulduğunu belirtip inceleme dilekçesinin verilmesi için öngörülen sürenin geçtiği gerekçesiyle reddetmiştir. AİHMe göre, bölge mahkemesinin kararının kamuya açıklanmamış olması ile başvurucuya tebliğ de edilmediği göz önünde bulundurulduğunda, başvurucunun bu kararı öğrenebileceği en erken tarih, kararın bölge mahkemesinin yazı işlerine kaydedildiği tarih olan 4 Haziran 1996'dır. Bunun yanında başvurucunun dosyayla ilgili hangi tarihte hangi işlemin yapıldığına ilişkin bir bilgisi olmadığından, mahkeme kayıtlarına giren bölge mahkemesinin kararını ancak mahkemeyi periyodik olarak ziyaret edip, dosyasının durumunu sorarak öğrenebilecekti. AİHM'e göre, başvurucunun günlük periyotlarla mahkemeye gidip dosyasının akıbetini sorması ondan beklenemez. Dolayısıyla, başvurucunun, talebiyle ilgili verilen kararı öğrenme imkânı olmadığı bir süreçte, bir yargı kararına karşı kanun yoluna başvuru süresinin işlemeye başladığının kabul edilmesi doğru değildir ve bu uygulama hukuki belirlilik ilkesine aykırıdır³⁸. AİHM'e göre, başvuru sürelerinde sınırlamalar aslında meşru usul sınırlamaları olmasına karşın, bu sınırlamaların somut olaydaki şartlar dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir³⁹.

B. Gerekçeli Kararı Hakkı

Gerekçe, mahkemeler tarafından verilen hükmün nedenidir⁴⁰. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması hem ceza muhakemesinde hem de medeni bir hakka ilişkin davalarda oldukça önemlidir⁴¹. Kararların gerekçeli şekilde verilmesi hem kanun yollarına başvuru veya hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşabilme açısından tatmini sağlayıcı bir görev ifa ettiğinden muhakemenin taraflarını hem de demokratik bir toplum düzeni içerisinde yargıya olan güveni perçinleyeceğinden kamunun menfaatini ilgilendirmektedir⁴².

Gerekçeli karar hakkı, AİHS'in 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilse de tıpkı mahkemeye erişim hakkında olduğu

³⁸ Neshev v. Bulgaristan Başvuru no: 40897/98 (AİHM, 28 Ekim 2004) § 38.

³⁹ Miragall Escolano ve Diğerleri v. İspanya Başvuru no: 38366/97 (AİHM, 25 Mart 2000) § 36.

⁴⁰ Erdal Yerdelen, *Hükmün Gerekçesi* (Adalet, 2015) 330; Özlem Yenerer Çakmut, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm' (2007) XI (3-4) EÜHFD, 29, 34.

⁴¹ İnceoğlu (N 3) 322.

⁴² Anayasa Mahkemesi Başvuru no: 2013/2995 20.02.2014, § 50; İnceoğlu (n 3) 322; Gölcüklü (n 4) 219; Sonay Evik (n 24) 307.

gibi madde metninde açıkça düzenlenmemiştir⁴³. AİHM içtihatlarında 6. maddede yer alan adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğu belirtilen ve devletlerin hukuki yükümlülüklerinden biri olduğu ifade edilen bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Ulusal mevzuatımızda ise hem Anayasa hem de CMK'da mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Anayasa'nın 141. maddesinin 3. fıkrası uyarınca *"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır"*. CMK'nın *"Kararların gerekçeli olması"* başlıklı 34. maddesinin 1. fıkrasında da bu düzenlemeye paralel olarak *"Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir"* ifadesi yer almaktadır. Bunun yanında CMK'nın *"Hükümün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar"* başlıklı 230. maddesinde, gerekçenin olmazsa olmaz unsurları da sayılmıştır.

Gerekçeli karar hakkı, gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların savlarına yer verilmemesi, kanuna dayanmayan veya yetersiz gerekçelerle hüküm kurulması gibi nedenlerle ihlal edilebilmektedir⁴⁵. Gerekçenin öğrenilememesi bir mahkeme kararında yalnızca sonuca yer verilip, verilen kararın nedenlerinin ortaya koyulmadığı durumları ifade etmektedir. AİHM'e göre dava esnasında ileri sürülen tüm delillerin ve taraf veya süjelerin sunduğu tüm argümanların göz önünde bulundurulması gerekir; ancak kararın gerekçesinde bunların tamamının yer alması şart değildir. AİHM'e göre, mahkeme kararlarında karara esas oluşturulan gerekçelerin *"yeterli bir şekilde"* belirtilmesi gereklidir. Kararda gerekçelerin yeterli şekilde belirtilip belirtilmediği hususu kararın niteliğine ve davanın koşullarına göre belirlenmelidir. Kişilerin ileri sürdüğü tüm iddialar gerekçede ayrıntılı

⁴³ Zafer İçer, *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2023) 208.

⁴⁴ Seryavin ve Diğerleri v. Ukrayna Başvuru no: 4909/04 (AİHM, 10 Şubat 2011) §56-58; Harisch v. Almanya Başvuru no: 50053/16 (AİHM, 11 Mart 2019) § 33; M. Nedim Bekri, 'Gerekçeli Karar Hakkı' (Mayıs 2014) (3) Ankara Barosu Dergisi 203, 209; Taner (n4) 52-53; Ladewig (n11) 259-260; İçer (n 42) 50-51.

⁴⁵ İnceoğlu (n 3) 324-329; başka bir deyişle, kanuna dayanan, yeterli ve geçerli olmayan gerekçe keyfiliğe neden olur ve hukuka aykırıdır, Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (23. Baskı, Adalet 2024) 685; Gerekçe keyfiliği önlediği gibi, mahkemenin ulaştığı sonucun hem muhakeme süjeleri hem de kamuoyu açısından çabuk kabul görmesine hizmet eder, Yenerer Çakmut (n 40) 34; Çalışmada CMK'da yer alan kanun yoluna ilişkin sürelerde yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi amaçlandığından, gerekçeli karar hakkı ve ceza muhakemesinde hükmün gerekçesiyle ilgili, konuyla doğrudan ilgili olmayan hususlara yer verilmemiştir. Ceza muhakemesinde hükmün gerekçesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yerdelen (n 40).

bir şekilde bulunmak zorunda değildir. Buna göre yalnızca karara etki eden iddia ve savunmalara yer verilmesi gerekçeli karar hakkı bakımından yeterlidir⁴⁶.

Bunun yanında kararlarda yer alan gerekçelerin, gerçekten maddi olaya temas edecek şekilde, basmakalıp olmayan bir nitelikte olması da gerekmektedir⁴⁷. Bu bağlamda, ileri sürülen iddiaların aralarında bağ kurulmadan, yalnızca delillerin ardı ardına sıralandığı bir metin yeterli bir gerekçe olarak nitelendirilemez⁴⁸. Yalnızca dosya içeriğine atıf yapan veya genel ifadelerin kullanıldığı metinler de niteliği itibarıyla gerekçe olarak kabul edilemez⁴⁹. Ayrıca, hükmün gerekçesi ile hükümle ulaşılan netice arasında da mantıki ve hukuki açıdan bir bağlantının bulunması gerekmektedir. Bu bağlantının var olmaması ise ortada bir gerekçe olmadığı anlamına gelmektedir⁵⁰.

⁴⁶ “67. Mahkeme, adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesi ile bağıntılı ilkeyi yansıtan yerleşik içtihadı uyarınca mahkeme kararlarında esas alınan gerekçelerin yeterli düzeyde belirtilmesi gerektiğini yineler. Gerekçelendirme yükümlülüğünün ne derece uygulanması gerektiği, kararın niteliğine göre değişebilmektedir ve davanın kendine özgü koşulları kapsamında belirlenmelidir (bk. García Ruiz/İspanya [BD], no. 30544/96, § 26, AİHM 1999-I). Şikâyetçi tarafından ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir yanıt verilmesini gerektirmeyen bu yükümlülük, yargılamalara taraf olanların yargılamaların sonucu için belirleyici olan argümanlara yönelik olarak belirli ve açık bir cevap almayı bekleyebileceklerini varsaymaktadır” Kerimoğlu v. Türkiye Başvuru no: 58829/10 (AİHM, 6 Aralık 2022); “59. Bununla birlikte, profesyonel hakimler için bile, gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı kararın niteliğine göre değişir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir. Mahkemeler, ileri sürülen her argümana ayrıntılı bir cevap vermek zorunda olmamakla birlikte, davanın temel meselelerinin ele alındığı karardan açıkça anlaşılmalıdır” Ramda v. Fransa Başvuru no: 78477/11 (AİHM, 9 Mart 2018); “34. Bununla birlikte, gerekçe gösterme yükümlülüğü, her argümana ayrıntılı bir cevap verilmesi gerektiği anlamına gelmez ve bunun kapsamı kararın niteliğine göre değişir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir” Harisch v. Almanya Başvuru no: 50053/16 (AİHM, 11 Mart 2019); Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin 2023) 132; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin 2023) 813; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2024) 553; Reşat Çetinkaya, ‘AİHM ve AYM Kararlarında Gerekçeli Karar Hakkı’ (Ocak 2024) 15 (57) TAAD 323, 339; Hilal Albal Ulaş, ‘Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme’, (2021) 11 (2) Hacettepe HFD 1243, 1271.

⁴⁷ “67. (...) Ek olarak; Sözleşme ile korunan haklara yönelik müdahaleye ilişkin davalarda Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında sundukları gerekçelerin otomatik ya da basmakalıp olup olmadıklarını ortaya koymaya çalışır (bk. Moreira Ferreira/Portekiz (no. 2) [BD], no. 19867/12, § 84, 11 Temmuz 2017, bu kapsamda anılan diğer kararlar)” Kerimoğlu v. Türkiye Başvuru no: 58829/10 (AİHM, 6 Aralık 2022).

⁴⁸ Şahin ve Göktürk (n 46) 551.

⁴⁹ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pinar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023) 709; Yerdelen (n 40) 332-333; Ünver ve Hakeri (n 45) 686.

⁵⁰ Yenerer Çakmut (n 40) 47; Yerdelen (n 40) 331.

Ancak AİHM'in kararların mutlaka gerekçeli olarak hazırlanmasına ilişkin bu yaklaşımı, jürili olarak gerçekleştirilen yargılamalar bakımından geçerli değildir. Mahkemenin jüri tarafından verilen gerekçesiz kararların hakkın ihlali sayılmayacağı ifade ettiği kararları mevcuttur. Mahkeme'ye göre jürinin verdiği sonuca ilişkin kararında gerekçe olmasa dahi, sistemin bir özelliği olarak mahkeme başkanı jüriye davanın koşullarıyla ilgili duruşmada sorular sormaktadır ve bu sorulara muhakeme süjelerinin itiraz etme hakları vardır. Profesyonel hakimlerin gerçekleştirdiği yargılamalarda kişilerin verilen kararı tam anlamıyla algılayabilmeleri ancak gerekçe sayesinde mümkün olabilir. Fakat halk jürisinin olduğu durumlarda mahkeme başkanının jüriye sorduğu sorular ve bunlara alınan cevaplar verilen kararın temelini oluştururlar. Bu şekilde yapılan yargılamaların somut olayın şartlarında bütünüyle hakkaniyete uygun ve keyfilikten uzak olduğu anlaşılıyorsa, bu durumda herhangi bir ihlalin varlığından söz edilemez⁵¹.

Gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilecek diğer bir sebep ise tarafların ileri sürmüş oldukları iddialara gerekçede yeterli cevapları verilmemesidir. Yukarıda belirtildiği gibi mahkemelerin kararların gerekçelerinde her türlü iddiayı ayrıntısıyla tartışması gerekmez. Gerekçede yer alması gereken hususlar kararın niteliğine göre değişiklik gösterir ve her somut davanın şartlarına göre belirlenmelidir. Ancak eğer kararın gerekçesinde davanın neticesine doğrudan bir etki eden veya onunla doğrudan ilgili olan iddialar yer almıyorsa veya cevapsız bırakılmışlarsa o halde hakkın ihlali gündeme gelecektir⁵².

⁵¹ "90. (...) Sözleşme, jüri üyelerinin, kararlarının gerekçelerini vermelerini gerektirmemektedir ve 6. madde, bir sanığın, jüri kararının gerekçesiz olması halinde bile, halk jürisi tarafından yargılanmasına karşı gelmemektedir. Adil bir davanın gerekliliklerinin yerine getirilmesi için, ilk olarak sanık ve halk, verilen kararı anlayabilmelidir. Keyfilik karşısındaki ilk güvence budur. Oysa Mahkeme'nin de daha önce defalarca altını çizdiği gibi, hukukun üstünlüğü ve keyfiliğe karşı mücadele, Sözleşme'nin altında yatan prensiplerdir (...) 92. Halk jürisinin katıldığı ağır ceza mahkemeleri önünde, sıklıkla, jüri üyelerinin, kanaatlerini gerekçelendiremedikleri ya da gerekçe sunmakla yükümlü olmadıkları özelliklerle yetinmek gerekmektedir (bkz. yukarıdaki, 85-89. paragraflar). Aynı şekilde, bu durumda da, 6. madde, sanığın, keyfilik riskini devre dışı bırakabilecek ve mahkûmiyetinin nedenlerini anlamasını sağlayan güvencelerden faydalanıp faydalanmadığının araştırılmasını gerekli kılmaktadır (bkz. yukarıdaki 90. paragraf). Bu usuli güvenceler, örneğin, ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından, jüri üyelerine, sunulan delillerle, hukuki sorunlarla, bu hâkim tarafından sorulan, belirli ve muğlâk olmayan ve kararın yapısını oluşturmaya ya da jürinin cevaplarındaki gerekçe eksikliğini telafi etmeye yönelik sorularla (bkz. adı geçen Papon/Fransa) ilgili olarak verilen talimatlar ya da açıklamalar olabilir (bkz. yukarıdaki 43. ve devamındaki paragraflar). Nihayet, eğer varsa, sanık için başvuru yollarını kullanma imkânı da dikkate alınmalıdır" Taxquet v. Belçika Başvuru no: 926/05 (AİHM, 16 Kasım 2010).

⁵² Korkut ve Uluslararası Af Örgütü Türkiye v. Türkiye Başvuru no: 61177/09 (AİHM, 9 Mayıs 2023) § 50; Budak v. Türkiye Başvuru no: 69762/12 (AİHM, 16 Şubat 2021) § 72; Segame A.Ş. v. Fransa Başvuru no: 4837/06 (AİHM, 7 Haziran 2012) § 62; İnceoğlu (n 3) 325; Albal Ulaş, (n 46) 1272.

Gerekçeli karar hakkını ihlal eden bir diğer neden olan yetersiz gerekçe⁵³ ise ulusal hukukta dava çerçevesinde bir konunun detaylı gerekçe mevcut olmaksızın karara bağlandığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda şekli manada bir gerekçe mevcut olmasına karşın bu gerekçe maddi uyumsuzluğu çözme açısından yetersizdir⁵⁴. Örneğin, dosya kapsamında yapılması gereken araştırmaların yapılmaması veya değerlendirme dışı bırakılan delillerin keyfi bir şekilde devre dışı bırakılması, başka bir deyişle neden gerekçede tartışılmadığının açıklanmaması gibi durumlarda yetersiz gerekçe söz konusu olabilecektir⁵⁵. Gerekçenin mahkemenin ulaştığı sonuca ilişkin takdirinin akla, hukuka ve doya içeriğine uygun olduğunu açıkça göstermesi gerekmektedir⁵⁶. Kanuna dayanmayan gerekçe ise verilen kararın yasal, yürürlükte ve dava konusuna uygulanabilir gerekçeye dayanmayan durumları ifade etmektedir ve hakkın ihlali sonucunu doğurur⁵⁷.

Mahkemelerin verdikleri kararların gerekçeleriyle birlikte tebliğ edilmediği bazı durumlarda da hakkın ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır⁵⁸. Kişilerin kanun yollarına başvuru haklarının kullanılabilmesi ve aynı zamanda haklarında verilen karara bütünüyle ulaşabilmeleri gerekçenin onlara tebliğ edilmesi yoluyla gerçekleşir. AİHM Supergrav Albania SHPK v. Arnavutluk kararında, gerekçenin en azından özetinden haberdar olamayan kişinin, gerekçeyi beklerken kanun yoluna başvuru süresini geçirmesi durumunda 6. maddenin 1. fıkrasının

⁵³ Bekri (n 44) 211; Albal Ulaş (n 46) 1276.

⁵⁴ Çetinkaya (n 46) 340.

⁵⁵ Yerdelen (n 40) 353; Ünver ve Hakeri (n 45) 687.

⁵⁶ Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet 2021) 617; Öztürk vd. (n 46) 162.

⁵⁷ "(...) İlgili olayları saptamasının ardından İlk Derece Mahkemesi, başvuranın ödemeleri alma hakkı olduğunu tespit etmiştir. Fakat Temyiz Mahkemesi, iş kanununa veya ilk davada saptanan olgu ve olaylara tek bir atıfta bulunmadan kararı bozmuştur. Temyiz Mahkemesi kanunun ne olduğunu veya başvuranın davasına nasıl uygulanması gerektiğini de açıklamamıştır. Doğrusu Temyiz Mahkemesi'nin gerekçesinin hiçbir yasal temeli olmamıştır ve tüm makul takdir yetkilerinin dışında kalan soyut bir iddiaya dayanmıştır. Sonuç olarak başvuranın davasında Temyiz Mahkemesi'nin keyfi karar vermesi adaleti tanımama anlamına gelmiştir ve başvuranın adil yargılanma hakkını ihlal etmiştir" *Andelković v. Sırbistan* Başvuru no: 1401/08 (AİHM, 9 Nisan 2013) § 27-29.

⁵⁸ Çetinkaya (n 46) 349; Mahkemeler hükümlerini gerekçesiz şekilde vermemekle birlikte, gerekçenin dosyaya girişi zaman bakımından farklı olabilir. Mahkeme müzakerenin sonunda hüküm fıkrasıyla birlikte gerekçeyi de hazırlayıp dosyasına koyabileceği gibi, gerekçeyi hüküm fıkrasından sonra da hazırlayıp dosyaya ekleyebilir. Ancak bu ikinci durumda sonradan dosyaya koyulan gerekçenin, açıklanan kısa karar ile çelişmemesi gerekmektedir. Çeliştikleri noktada ise duruşmada okunan kısa karar dikkate alınmalıdır, Yenerer Çakmut (n 40) 41.

ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İlgili karara konu olan olayda, temyiz mahkemesinin taraflar hazır bulunmadan vermiş olduğu temyiz başvurusunun reddine dair karar, taraflara tebliğ edilmemiştir. O tarihte ilgili ülke hukukuna göre, bu kararların mutlaka kişilere tebliğ edilmesi gerekmeyp, kararlar temyiz mahkemesinin internet sitesinde yapılan bir duyuru ile hem kamu ile hem de ilgililerle paylaşılmaktadır. Daha sonra başvuru kararın kendilerine tebliğ edilmesini mahkemeden talep etmiş ve tebliğden sonra da Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise başvurunun temyiz mahkemesince kararın verilmesinden itibaren 4 ay içerisinde yapılması gerektiğini belirtip somut olayda bu süre geçirildiği için başvurunun reddine karar vermiştir. Bu olayda AİHM Anayasa Mahkemesine başvuruda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılması için tarafların temyiz mahkemesinin kararının içeriğini ve en azından gerekçesinin özetini bilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Eğer Anayasa Mahkemesinin yorumu doğru kabul edilirse, o halde ilgililer hiçbir şekilde kendileri hakkında verilen kararın gerekçesini bilmeyerek başvuruda bulunmak durumunda kalacaklardır; bu durum da Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşır bir uygulama olmayacaktır. Bunun yanında ilgililerin internet sitesinden kararı öğrenebilmeleriyle ilgili AİHM şu şekilde bir yorumda bulunmuştur: o tarihte ilgili ülkenin temyiz mahkemesinin olağan uygulaması kararın verildiği an yalnızca kararın hüküm kısmının yayınlanmasıdır; dolayısıyla ilgililerin kararın gerekçesine ulaşması için önemli bir süre geçmesi gerekebilmektedir. Bu esnada da kişilerin başvurusu için öngörölmüş süreler geçebilir. İlgili ülkede daha önce geçerli olan ve ilgililerin başvurusu esnasında yürürlükten kaldırılmış bulunan, Anayasa Mahkemesine başvuru süresi için belirlenen 2 yıl halen yürürlükte olsaydı, ilgililerin temyiz mahkemesinin kararının gerekçesini bildirmesini beklemleri tamamen mantık dışı kabul edilmeyebilirdi; ancak AİHM 4 aylık yeni süre sınırını, özellikle de kararların gerekçelerinin bildirilmesi konusunda sıkça yaşanan gecikmeler göz önüne alındığında, başvuranların temyiz mahkemesinin kararının gerekçesini, mahkemenin web sitesi aracılığıyla öğrenmeleri için yeterli zaman kabul edilemeyecek kadar kısa olduğu sonucuna varmış ve somut olayda gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹.

C. Savunma İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı

Sanığın savunmasını hazırlayabilmek için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olabılme hakkı AİHS 6. maddesinin 3. fıkrasında yer alan asgari sanık haklarından

⁵⁹ Supergrav Albania SHPK v. Arnavutluk Başvuru no: 20702/18 (AİHM, 9 Mayıs 2023) § 29-31.

biridir. Bu hak ilgili fıkranın b bendi kapsamında tanınmıştır. Bu hak ile ilgili AİHS'in iki resmi metni olan İngilizce ve Fransızca metinlerinde kullanılan terim farkı bulunmaktadır⁶⁰. Metinlerin birinde "yeterli" zaman ve kolaylıklara sahip olmaktan bahsedilirken, diğesinde "gerekli" zaman ve kolaylık ifadesi tercih edilmiştir⁶¹.

Kişinin savunmasını yapabilmek için gerekli zamana sahip olabilmesi hakından anlaşılması gereken sanığın ve müdafinin savunmayı hazırlayabilmek için zorunlu hazırlıkları yapabilecekleri süredir⁶². Savunmanın hazırlanabilmesi için gerekli zamanın sağlanması kişileri yapıma ihtimali olan "acele" yargılamalardan korumaktadır. Savunma için kişiye sağlanan sürenin yeterli olup olmadığı, başka bir deyişle gerekli sürenin sağlanıp sağlanmadığı somut olayın şartlarına göre⁶³ ve muhakemenin tamamı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir⁶⁴. AİHM değerlendirmeyi yaparken sürenin savunmayı olumsuz etkileyip etkilemediğine ilişkin bir inceleme yapmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre sürenin nispeten kısa olması otomatik olarak hakkın ihlal edildiği sonucunu doğurmamaktadır. Bunun yanında AİHM'e göre, sürenin yeterli olup olmadığına ilişkin başvurunun tek başına veya dayanaksız olacak şekilde ileri sürülmesi hakkın ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme yapılması için yeterli değildir; ilgililerin süreye ilişkin ihlalin olduğunu iddia ettikleri sırada bu şikayetlerini dile getirmeleri, bu yetersizliğin giderilmesi için az da olsa bir çaba göstermiş olmaları gerekmektedir⁶⁵.

⁶⁰ Kai Ambos, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları -Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-' (Yener Ünver çev.) in Kayhan Çel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004) 33.

⁶¹ Münevver İrem Genç 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Asgari Sanık Hakları' (Yüksek Lisans Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi 2019) 36.

⁶² Sibel İnceoğlu 'Adil Yargılanma Hakkı' in Sibel İnceoğlu (ed) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Avrupa Konseyi 2013) 263.

⁶³ Ambos (n 60) 33; İnceoğlu (n 62) 263; Genç (n 61) 37.

⁶⁴ Nişancı (n 6) 116.

⁶⁵ "50. Başvuran Mahkeme'ye sunduğu görüşte, Sıkıyönetim Mahkemesi'nin kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve mahiyeti hakkında kendisini derhal bilgilendirmediğini ve savunmasını hazırlaması için kendisine yeterli süre tanınmamasından dolayı Sözleşme'nin 6/3 hükmünün ihlal edildiğini öne sürmüştür.

51. Hükümet başvuranın bu başlık altındaki görüşlerine ilişkin herhangi bir görüş belirtmemiştir.

52. Başvuranın ne Komisyona sunduğu başvuru formunda ne de yargılamanın herhangi bir aşamasında yukarıdaki şikayetleriyle ilgili ayrıntılı bilgi sunmadığını dikkat çekilmelidir. Başvuran sadece bu mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile yargılama usullerinin olağanüs-

Kişinin savunması için gerekli kolaylıklara sahip olabilmesi ise çok çeşitli şekilde karşımıza çıkabilecek bir haktır⁶⁶. Bu bağlamda hakkın kapsamına, savunmanın hazırlanması için gerekli olan “her şey” dahil edilebilecektir. Dolayısıyla sanığın varsa müdafisi ile hem sözlü hem de yazılı bir şekilde iletişimini ve dosyayı tartışabilmesini hem de hakkında gerçekleştirilen muhakeme kapsamındaki tüm iddia ve delillere erişip; bunlara ilişkin savunmasını kısıtlama olmaksızın ortaya koyabilmesini gerektirir⁶⁷. Bu özellikleri itibarıyla AİHS m. 6/3-b, adil yargılanma hakkı ile savunma hakkına ilişkin hükümlerde yer alan koruma boşluklarını dolduran bir yedek hüküm olarak değerlendirilmektedir. Bu şekilde Sözleşme’de hakkın tek tek içeriğinin sayılmamış olması ile AİHM’in bu yaklaşıma uygun içtihatları, somut olayda savunma hakkına ilişkin bir tereddüt oluşması halinde bu hükme yorum yoluyla başvurulmasını kolaylaştırdığından yerinde kabul edilmektedir⁶⁸. Gerekli zamanın sağlanmasında olduğu gibi, kolaylıkların sağlanmasında da sanığın ve müdafisinin aktif katılımı önemlidir. Bu anlamda müdafisi de üzerine düşeni yaparak savunmasını etkin bir şekilde yerine getirebilmek için Devletin gerekli imkanları sağlaması için çaba göstermeli ve eğer kendisine gerekli kolaylıklar sağlanmazsa, bunun denetiminin yapılması için gerekli mercilere başvurmalıdır⁶⁹.

Savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı çok çeşitli şekillerde ve görünümde karşımıza çıkabilmekle birlikte⁷⁰, bu görünümde çalışma için önem arz edeni şüphesiz sanığın hakkında verilmiş olan kararlar ile yapılan işlemleri öğrenme hakkıdır. Mahkemelerin vermiş oldukları gerekçeli kararların usulüne uygun şekilde kişilere tebliği de bu hak kapsamında sanığa sağlanması

tülüğüne ilişkin şikayetlerde bulunmakla yetinmiştir. (...) Bu sebeplerden dolayı Mahkeme (...) Sözleşme’nin 6/3 maddesiyle ilgili şikayetleri incelemenin gereksiz olduğuna, (...) Karar vermiştir” Kızıloz v. Türkiye Başvuru no: 32962/96 (AİHM, 25 Eylül 2001).

⁶⁶ Gölcüklü (n 4) 223.

⁶⁷ Cumhur Şahin, ‘Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olabilme Hakkı (İHAS 6/3-b)’ (Haziran 2004) 8 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 259, 261-262.

⁶⁸ Chorny v. Ukrayna Başvuru no: 35227/06 (AİHM, 16 Mayıs 2013) Bu kararda AİHM Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yapmak isteyen kişiye temyiz mahkemesinin kararının bir örneğinin verilmemesini AİHS m. 6/3-b’ye aykırı görmüştür; Campfell ve Fell v. Birleşik Krallık Başvuru no: 7819/77, 7878/77 (AİHM, 28 Haziran 1984) Bu kararda ise başvuru yapan avukat yardımıyla yararlanma hakkının aynı zamanda kişiye gerekli kolaylıkların sağlanmadığı anlamına da geleceğinden bahisle m. 6/3-b’yi de ilgilendirdiğini belirtmiş ve ihlal kararı vermiştir; Şahin (n67) 262.

⁶⁹ Şahin (n 67) 262.

⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkzn. Şahin (n 67); ayrıca Genç (n 61) 36-54.

gereken kolaylıklar arasında sayılmaktadır⁷¹. Ancak AİHM bu konuda da somut olayın şartlarına göre bir değerlendirmede bulunmaktadır. Örneğin Göç/Türkiye davasında, başvuru hakkında yürütülen bir ceza muhakemesi kapsamında verilen koruma tedbiri kararına ilişkin tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesinin tazminata ilişkin hükmünü hem hazine hem de başvuru temyiz etmiştir⁷². Temyiz incelemesi sırasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının her iki tarafın da temyiz gerekçelerinin dayanaksız olduğuna ve dolayısıyla reddedilmesi gerektiğine ilişkin görüşünün yer aldığı tebliğname ilgiliye tebliğ edilmemiştir. AİHM değerlendirmesinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının mütalaasının kararın neticesine etki doğurma potansiyelinde olduğunu ifade etmiştir. Bu da göz önünde bulundurulduğunda ilgiliye buna karşı görüşünü ifade etme imkanının verilmemesini Mahkeme hak ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, ilgili dosyada bu ihlali AİHS m. 6/3-b kapsamında değil, m. 6/1 kapsamında, çelişmeli yargı ilkesine veya çelişmeli yargılanma hakkına aykırılıkla gerekçelendirmiştir⁷³. Çelişmeli yargılanma hakkı, kişilere, kendileri hakkında verilecek mahkeme kararını etkileyebilecek her türlü delil veya görüşten haberdar olabilme ve bunlara karşı savunmalarını gerçekleştirebilme veya görüşlerini bildirebilme imkanının tanınmasını gerektirmektedir⁷⁴.

II. İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarına Başvuruya İlişkin Yapılan Değişiklikler

A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararının akabinde, 02.03.2024 tarihinde kabul edilen ve 12.03.2024 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanan, 8. Yargı paketi olarak da adlandırılan 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile CMK'da istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru süreleri ile ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır.

B. Önceki Durum

İstinaf istemi ve süresi başlıklı CMK'nın 273. maddesinin ilgili değişiklikten önceki hali, istinaf isteminin hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içerisinde yapılması gerekir şeklindeydi. Aynı maddenin 3. fıkrasında ağır ceza mah-

⁷¹ Şahin (n67) 287.

⁷² İlgili olayın olduğu tarihte henüz istinaf kanun yolu mevcut değildir.

⁷³ Göç v. Türkiye Başvuru no: 36590/97 (AİHM, 9 Kasım 2000) §35-36.

⁷⁴ Şahin (n 67) 288.

kemelerinde görev yapan Cumhuriyet savcılarının istinaf yoluna başvuru süresi ise 7 gün olarak düzenlenmekteydi. 5. fıkrada ise Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvurması halinde, bu başvurunun ilgililere tebliğinden sonra ilgililerin buna cevaplarını tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içerisinde iletmeleri gerektiği ifade edilmekteydi. Bunun yanında eski 275. maddede, eğer hükmün Cumhuriyet savcısı veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmadığı durumlarda, verilen hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren 7 gün içerisinde hükmün gerekçesinin ilgililere tebliğ edileceği yazılmaktaydı. 276. maddenin 2. fıkrasında ise, istinaf isteminin hükmü veren mahkemece reddedilmesi kararına karşı Cumhuriyet savcısı veya ilgililerin bu konuya ilişkin 7 gün içerisinde bölge adliye mahkemesinden bir karar vermesini isteyebilecekleri düzenlemesi yer almaktaydı. 277. maddenin 1. fıkrasında ise istinaf isteminin tebliğinden itibaren karşı tarafın cevap verebileceği süre 7 gün olarak düzenlenmekteydi.

Temyiz istemi ve süresi başlıklı CMK'nın 291. maddesinin yapılan değişiklik öncesi halinde temyiz isteminin hükmün açıklanmasından itibaren 15 gün içerisinde yapılması gerektiği düzenlenmekteydi. 295. maddede hükmün gerekçesiyle birlikte temyiz edenlere açıklanmamış olması durumunda, temyiz yoluna başvurulduğunun öğrenilmesi üzerine 7 gün içerisinde gerekçenin tebliğ edilmesi gerektiği belirtilmekteydi. 296. maddenin 2. fıkrasına göre ise temyiz isteminin hükmü veren mahkemece reddedilmesi kararına karşı temyiz edenin Yargıtay'dan bu konuyla ilgili bir karar vermesini isteme süresi 7 gün olarak düzenlenmekteydi. Aynı şekilde eski 297. maddenin 1 ve 3. fıkralarında, karşı tarafın temyiz dilekçesine kendilerine tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde cevap verebilecekleri yer almaktaydı.

C. Değişiklik Sonrası Durum

8. yargı paketiyle birlikte -kanunda düzenlenen diğer sürelerin yanında- istinaf ve temyizde yer alan süreler ciddi bir değişikliğe uğramıştır. Öncelikle hem istinaf hem de temyize başvuru süresi artık hükmün açıklanmasından değil, hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğ edilmesinden itibaren başlayacaktır. Bu şekilde başlayan süreler de her iki kanun yoluna başvuru için artık 7 ve 15 gün yerine 2 hafta olarak değiştirilmiştir. İstinaf ve temyiz kanun yoluna başvuru süreleri artık hüküm gerekçesiyle birlikte tebliğ edildiği andan itibaren işlemeye başlayacağından istinaf başvurusunun etkisi başlıklı 275. maddenin 2. fıkrası ile temyiz başvurusunun etkisi başlıklı 293. maddenin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili hükümler, hükmün kanun yoluna başvuranlara gerekçesiyle birlik-

te açıklanmadığı durumlarda, kanun yoluna başvurunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren 7 gün içerisinde gerekçenin ilgililere tebliğ edileceğini düzenlemektedir. Artık hüküm gerekçesiyle birlikte tebliğ edilmeden süre başlama-yacağından bu hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır.

273. maddenin 3. fıkrasında yer alan Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvuru süresi ve 5. fıkrasında yer alan Cumhuriyet savcısının istinaf yoluna başvurusu halinde, bu başvurunun ilgililere tebliğinden sonra ilgililerin kendilerine tebliğden itibaren buna ilişkin cevaplarını iletme süreleri iki hafta olarak değiştirilmiştir. 276. maddenin 2. fıkrasında istinaf isteminin hükmü veren mahkemece reddedilmesi kararına karşı Cumhuriyet savcısı veya ilgililerin bu konuya ilişkin bölge adliye mahkemesinden bir karar vermesini isteyebilecekleri süre, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta olarak ve 277. maddenin 1. fıkrasında yer alan istinaf isteminin tebliğinden itibaren karşı tarafın cevap verebileceği süre yine iki hafta olarak değiştirilmiştir.

Temyize ilişkin değişiklikler de yine istinaftakilerle paraleldir. 296. maddenin 2. fıkrasında yer alan temyiz isteminin hükmü veren mahkemece reddedilmesi kararına karşı temyiz edenin Yargıtay'dan bu konuyla ilgili bir karar vermesini isteme süresi ret kararının kendisine tebliğinden itibaren iki hafta olarak değiştirilmiştir. Ayrıca 297. maddenin 1 ve 3. fıkralarında yer alan, karşı tarafın temyiz dilekçesine kendilerine tebliğinden itibaren cevap verebilme süresi de iki hafta olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, istinaf ve temyize ilişkin sürelerin neredeyse tamamı düzenlenerek, 2 hafta olarak yeknesaklaştırılmıştır.

III. 8. Yargı Paketiyle Sürelere İlişkin Getirilen Diğer Değişiklikler

8. yargı paketi olarak ifade edilen 7499 sayılı kanunla birlikte, CMK'da yalnızca istinaf ve temyize ilişkin süreler değiştirilmemiştir. Bunların yanında kanunda yer alan birçok süre değiştirilerek 2 hafta olacak şekilde yeknesaklaştırma yoluna gidilmiştir. Birçok değişiklik olduğundan ve anlatım karmaşası olmaması açısından bu değişiklikleri numaralandırarak belirteceğiz.

1. Eski hale getirme kurumuna başvuru süresi öncesinde engelin kalkmasından itibaren 7 gün iken, bu süre iki hafta olarak değiştirilmiştir (CMK m. 41/1).
2. Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz daha öncesinde kararın tebliğinden itibaren 15 gün iken, bu süre 2 hafta olarak değiştirilmiştir (CMK m. 173/1).

3. Basit yargılama usulünde sanık, mağdur ve şikayetçinin beyan ve savunmaları için verilen süre iddianamenin kendilerine tebliğinden itibaren 15 gün iken, 2 hafta olarak değiştirilmiştir (CMK m. 251/2).
4. Olağan kanun yollarından olan hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz süresi, ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren 7 günden iki haftaya çıkarılmıştır (CMK m. 268/1).
5. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Yargıtay Ceza Dairesi kararlarına karşı sanığın aleyhine itiraz süresi, ilamın kendisine verildiği tarihten itibaren 30 gün iken, bu süre 1 ay olarak değiştirilmiştir (CMK m. 308/1).
6. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcılığının Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı sanığın aleyhine itiraz süresi kararın kendisine verildiği tarihten itibaren 30 gün iken, bu süre 1 ay olarak değiştirilmiştir (CMK m. 308/A).
7. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcılığının Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı itirazın tebliğinden itibaren ilgililerin buna cevap verebilme süresi gün iken 2 haftaya çıkarılmıştır (CMK m. 308/A).
8. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer görülmesinin üzerine Cumhuriyet savcısının ve ilgilinin yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin - varsa- beyanlarını iletebilme süresi, yargılanmanın yenilenmesi isteminin bu kişilere tebliğinden itibaren 7 gün iken, bu süre 2 hafta olarak değiştirilmiştir (CMK m. 319/2).
9. Yeniden yargılama yapılırken delillerin toplanması tamamlandıktan sonra Cumhuriyet savcısı ve hakkında hüküm kurulmuş kişiye görüş ve düşüncelerini bildirmeleri için mahkemece verilecek süre daha öncesinde 7 gün iken, bu süre iki haftaya çıkarılmıştır.
10. Koruma tedbirleri nedeniyle başvuru tazminata ilişkin davada Devlet Hazinesinin temsilcisinin beyan ve itirazlarını bildirme süresi dilekçe ve eki belgelerin kendisine tebliğinden itibaren 15 gün iken, bu süre 2 hafta olarak değiştirilmiştir.

IV. Anayasa Mahkemesi Kararının ve Yargı Paketinin Gerekçesinin Değerlendirilmesi

7499 sayılı Kanun ile CMK'da yer alan kanun yollarına ilişkin sürelerde, yukarıda açıklandığı gibi, ciddi değişiklikler yapılmıştır. İstinaf ve temyiz kanun yoluna ilişkin 7499 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerden ve ilgili AYM kararından

anlaşılan, kanun değişikliğinin temelini mahkeme kararlarının ilgili kişilere bildirim yollarından biri olan tefhimle başlayan sürelerin ilgili kişilerin kanun yollarına ilişkin başvuru haklarına ölçüsüz bir müdahale getirdiği iddiasına dayandığıdır.

Kararların ilgili kişilere bildirilmesi birden fazla yolla olabilmektedir. Öğretilerde doğrudan doğruya ve dolaylı bildirme olmak üzere temelde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Doğrudan doğruya bildirim, kararı veren makam ile ilgili kişi arasında vasita olmadan kararın bildirildiği hallerde söz konusu olmaktadır. Dolaylı bildirim ise bunun aksine vasitalı şekilde yapılan bildirimleri ifade etmektedir. Bu açıklamalara göre, kararların kişilere tefhimi doğrudan doğruya, tebliği ise dolaylı bildirim olmaktadır⁷⁵. Ceza muhakemesinde hâkim veya mahkeme kararlarının bildirilmesine ilişkin hükümler CMK'nın 35 ile 38. maddeleri arasında yer almaktadır. 35. maddeye göre, kişilerin yüzüne karşı verilen kararlar kendilerine açıklanacak ve isterlerse kararın bir örneği kendilerine verilecektir. İlgili maddenin 2. fıkrasında kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararlarının hazır bulunamayan ilgiliye tebliğ edileceği belirtilmiştir⁷⁶. 3. fıkrada ise serbest olmayan veya tutuklu kişiye tebliğ edilen kararın kendisine okunup anlatılacağı düzenlenmiştir⁷⁷.

İlgili kişilere kararların bildirilmesinin adil yargılanma hakkına hizmet ettiği açıktır. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde yer alan birden fazla güvencenin yerine getirilmesi açısından kararların ilgili kişilere bildirilmesi ve bildirme usulü önem taşımaktadır. AYM'nin iptal kararı ve buna dayanarak gerçekleştirilen kanun değişikliğinin gerekçesinde yer alan mahkemeye erişim hakkı bu güvencelerden yalnızca biridir. Aynı zamanda ilgili kişilere bildirilmediği takdirde tam anlamıyla yerine getirilmesi mümkün olmayan ve yukarıda açıklanan gerekçeli karar hakkı ile özellikle kanun yolu muhakemesinde ilgililerin savlarını ortaya koyabilmesi açısından kararın tamamına erişimlerinin söz konusu olması çok önemli olduğundan savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı da bu kapsamda korunan haklardan biridir. Bunların yanında ilgili AYM kararında ve kanun değişikliğinin gerekçesinde yer almayan ve adil yargılanma hakkının gü-

⁷⁵ Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgilisine Bildirilmesi' (Aralık 2021) 27 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 888, 889.

⁷⁶ İlgili hükmün ilk hali hukuken geçerli bir mazerete dayanarak hazır bulunmayan kişilere tebliğ edileceği şeklindedir. Fakat daha sonra 5353 sayılı Kanun ile bu ibare -isabetli şekilde- madde metninden çıkarılmıştır.

⁷⁷ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan (n 75).

vencelerinden biri olan hukuki dinlenilme hakkı da kararların bildirilmesi ile çok yakın bir ilişki içerisindedir. Dolayısıyla kendilerine ilişkin verilen kararların ilgili kişilere hukuka uygun şekilde bildirilmesi, diğer etkilerinin yanında, hukuki dinlenilme hakkının da güvence altına alınmasına hizmet etmektedir⁷⁸.

Kanun yoluna ilişkin ilgili kişilere yapılacak bildirim açık, anlaşılır ve tam bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir⁷⁹. Bu şu anlama gelmektedir: bilgilendirme, karara karşı başvurulacak kanun yolunun hangisi olduğunu, başvurunun hangi hâkim veya mahkemeye, ne kadar bir süre içerisinde ve nihayet ne şekilde yapılması gerektiğini açık bir şekilde içermelidir. Bildirimin içeriğindeki bu unsurların eksikliği veya karmaşıklığı bazı durumlarda kanun yoluna başvuru süresinin hiç başlamamasına neden olmakta, bazı durumlarda ise ilgililerin haklarını kullanabilmek için eski hale getirme yoluna başvurmaları gerekmektedir. Eski hale getirme yolu, muhakeme esnasında bir işlem için öngörülmüş olan bir süreyi kusursuz olarak geçiren kişinin, o işlemi yerine getirebilmesi için kendisine sağlanan ikincil bir korumadır. Eski hale getirme kurumu CMK'nın 40 ile 42. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 40. maddenin 2. fıkrasında kanun yoluna ilişkin bildirimlerin eski hale getirme kapsamındaki etkisine ilişkin açık bir düzenleme mevcuttur. İlgili hükme göre, *“Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz sayılır”*. Buna göre, aleyhine kanun yoluna başvuru hakkı bulunan bir hâkim veya mahkeme kararı kendisine bildirilmeyen ilgili bu hüküm uyarınca eski hale getirmeye başvurabilecektir. Kanun yoluna başvurma hakkının ilgili kişiye bildirilmemesi deyiminin kapsamına, bu hakkın hiç bildirilmemesi yanında eksik ya da hatalı bir şekilde yapılan bildirimlerin de girdiği kabul edilmektedir⁸⁰. Bu şekilde gerçekleştirilmeyen veya eksik ya da yanlış bildirimler ilgili kişi açısından eski hale getirme nedeni oluşturacaktır⁸¹. Ancak bunun kabulü için yapılmayan veya yanlış veya eksik yapılan bildirim hak kaybına neden olduğunun belirlenmesi gerekmektedir⁸².

⁷⁸ Turhan (n 75) 900.

⁷⁹ Turhan (n 75) 906.

⁸⁰ Faruk Turhan, 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme' in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, (Seçkin 2018) 1243; bunun yanında, mahkemenin bildiriminde kanun yoluna başvuru süresinin başlangıcına ilişkin bir hata olması durumunda, belirtilen süreye uygun olarak gerçekleştirilen başvurunun süresi içerisinde yapıldığı kabul edilmelidir, Kazım Furkan Ağkuş ve Oğuz Bandır, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar' (2022) 162 TBB Dergisi 105, 120.

⁸¹ Ancak bazı Yargıtay kararlarında kanun yoluna ilişkin bildirimde sürenin var olmaması veya yanlışlığı olması halinde sürenin işlemeye başlamayacağı, sürenin ancak bu hususun açıklanması

Bildirim kimlere yapıldığı takdirde sonuç doğuracağı bir başka ifadeyle bildirim ilgilisinin kim olduğunun tespiti de oldukça önemlidir. Bu anlamda özellikle avukatla kendisini temsil ettiren muhakeme süjelerinin durumunun açıklanması gerekmektedir. CMK m. 35'te kararın ilgili tarafa bildirilmesinden bahsedilmektedir. Öncelikle ceza muhakemesinde niteliği itibarıyla taraflardan değil süjelerden bahsedilebildiği; başka bir deyişle bir taraf muhakemesi söz konusu olmadığı için bu belirlemenin sorunlu olduğu ve bu ifadenin ilgili kişi olarak anlaşılması gerektiği doktrinde belirtilmiştir⁸³. Nitekim kaynak Al CMK'da da ilgili kişiye bildirimden bahsedilmektedir⁸⁴. İlgili kişi öncelikle şüpheli veya sanıktır. Bunun yanında karardan etkilenen mağdur, suçtan zarar gören, şikayetçi veya katılan da bu kapsamdadır⁸⁵. Ayrıca şüpheli veya sanığın müdafisi ile vekil de ilgili kişilerdir⁸⁶.

şekilde ilgililere bildirilmesinden itibaren başlayacağı da belirtilmektedir, "(...) sürenin bildirilmemesi veya yanlış bildirilmesi hâlinde bunun ilgili taraf açısından bir yanlışlığı oluşturarak bir hakkın kullanılmasını engellemesi durumunda ise açıklamalı davetiye ile bu hususun tebliğinden sonra süreler işlemeye başlayacak, böylece olası hak kayıpları önlenecektir" Yargıtay CGK 8-217/817 20.12.2022; Aynı yönde, Yargıtay CGK 12-114/679 02.11.2022.

⁸² Turhan (n 80) 1241.

⁸³ Turhan (n 75) 903.

⁸⁴ Al CMK § 35: "Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon **betreffenen Person** ergehen, werden ihr durch Verkündung bekanntgemacht".

⁸⁵ Turhan (n 75) 904.

⁸⁶ Yargıtay, önceki tarihli kararlarında Tebligat Kanunu m. 11'i dayanak göstererek müdafiyeye tebliğ edilen kararın ayrıca sanığa tebliğ edilmesine gerek olmadığına ilişkin içtihadını 2023 yılında değiştirmiş ve ceza muhakemesinde müdafisi ile şüpheli veya sanık arasındaki ilişkinin temsil ilişkisinden ziyade kamu hukuku kurallarına göre işleyiş usulleri belirlenen bağımsız bir görev ilişkisi olduğunu ifade ederek, sanığın ve müdafinin yokluğunda verilen kararların müdafinin yanında sanığa da tebliğ edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. "(...) 7201 Sayılı Kanun'un "Vekile ve kanuni mümessile tebligat" başlıklı 11. maddesinin birinci fıkrası; "Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden çok vekile yapılmış ise bunlardan ilkinin yapıldığı tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. Ancak Ceza Muhakemeleri Kanununun, kararların sanıklara tebliğ edilmelerine ilişkin hükümleri saklıdır." şeklinde düzenlenmiş olup madde gerekçesinde de; ceza yargılama sürecinde duruşmanın vekil için değil sanık için yapıldığı, yargılamanın akıbetinin de sanığın özgürlüğü veya mali durumu ile kısacası şahsı ile ilgili bulunduğu, bu itibarla ceza davalarında kararların sanıklara tebliğ edilmesine gerek görmemenin ve müdafiyeye yapılan tebliği geçerli saymanın adalet ilkeleriyle bağdaştırılmayacak bir durum olduğu ifade edilmiştir. CMK'nın "Kararların açıklanması ve tebliği" başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrasında; koruma tedbirlerine ilişkin olanlar hariç, aleyhine kanun yoluna başvurulabilecek hâkim veya mahkeme kararlarının hazır bulunamayan ilgisine tebliğ olunacağı hususu açıkça belirtilerek, müdafinin yanı sıra sanığa da tebligat yapılmasının yolu açılmıştır.

Öte yandan müdafisi, vekilden farklı olarak şüphelinin/sanığın temsilcisi değil, ondan bağımsız ayrı bir ceza muhakemesi organı/öznesidir. Ceza muhakemesinde müdafisi savunduğu kişiyi temsil etmemekte, kamusal bir yargılama makamı olarak kişinin savunmasına destek sağla-

Değişiklik öncesi durumda istinaf ve temyiz kanun yollarına ilişkin süreler hükmün doğrudan bildirilmesi başka bir ifadeyle tefhimiyle başlıyordu. Kural olarak kararın ilgili kişinin kendisinin seçtiği müdafii veya vekile tefhim edilmesi sürenin başlaması için yeterliydi. Bunun yanında kendisine zorunlu müdafii atanacağı bildirilen sanık da buna itiraz etmediği sürece, zorunlu müdafiiye yapılan tefhim sürelerin başlaması için yeterli kabul edilmekteydi⁸⁷. Ancak somut olayda süre eğer müdafinin ağır kusuru dolayısıyla kaçırıldıysa, bu durumda külfetin sanığa yüklenemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁸. Fakat bu durumda sanığın da ayrıca kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Kanun yollarına ilişkin sürelerde yapılan değişik değerlendirildiğinde, kural olarak yanlış veya eksik bildirimler ile ilgili kişilere yapılmayan bildirimler gibi bu husustaki sorunları çözecek bir değişikliğin söz konusu olduğunu söylemek zordur. Zira tebliğ ile gerçekleştirilen bildirimlerde de eksikliklerin veya yanlışlıkların olması ihtimal dahilindedir. Sürenin tefhimden değil de tebliğden itibaren başlaması da bu husustaki sorunları çözecek nitelikte bir değişiklik değildir. Ancak değişiklik öncesi durumda

maktadır. Buna göre şüpheli/sanık ile müdafii ilişkisinin temsil kavramıyla açıklanması olanaklı değildir. Buradaki ilişki temsil ilişkisi olmayıp işleyiş kamu hukuku kurallarıyla düzenlenmiş bağımsız bir görev ilişkisidir. Şüpheli/sanık ... müdafii birlikte ancak birbirinden bağımsız olarak savunma makamını işgal eden iki sùjedir. Dolayısıyla savunmaya ilişkin tüm kararlar iki sùjeyi de ilgilendireceğinden, ilgili sıfatıyla hem müdafie hem de şüpheli/sanığa tebligat yapılmalıdır.

Yukarıda yapılan değerlendirme ve tespitler doğrultusunda; ceza yargılamasında adil yargılanma hakkının bir parçası olarak etkin başvuru yolu, AİHS'nin 13. maddesi, CMK'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası, 7201 Sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, CMK'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeler ve müdafii ile vekil arasındaki farklılıklar ile itiraza konu olayda olduğu gibi; kural olarak müdafii ile takip edilen işlerde kanun yollarına başvuruda bulunmak müdafinin görevi kapsamında olduğu tartışmasız ise de; sadece müdafie tebliğ veya tefhim edilen hükümlere karşı süresi içinde temyiz kanun yoluna başvurmaması nedeniyle oluşan hukuki sonuçlardan, kendisine yapılan tebligata kadar hakkındaki mahkûmiyet hükümlerinden haberdar olmayan sanığın CMK. 40/2 maddesi gereğince kusursuz sayılacağı, müdafinin süresi içinde temyiz yoluna başvurmaması nedeniyle hak kaybına uğraması, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma ilkesi çerçevesinde etkin bir şekilde temyiz kanun yoluna başvurma hakkı ile bağdaşmayacağı da dikkate alındığında; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Ceza Dairesince verilen 27.12.2021 tarihli ve 244-1662 Sayılı istinaf başvurusunun esastan reddi kararının, kamu davasının asli bir sùjesi ve tarafı, diğer bir anlatımla cezanın sorumlusu olan sanığa, ayrıca tebliğ edilmesi gerektiğinin ve buna bağlı olarak da başka bir suçtan cezaevinde bulunan sanığa dosyada mevcut 07.03.2022 tarihli müddetnamenin 09.03.2022 tarihinde tebliğ edilmesi üzerine inceleme konusu mahkûmiyet hükmünden haberdar olan sanığın 10.03.2022 tarihli temyiz isteminin süresinde olduğunun kabulü gerekmektedir." Yargıtay CGK 11-49/277 17.05.2023.

⁸⁷ Turhan (n 80) 1237.

⁸⁸ Turhan (n 80) 1239.

olduğu gibi sonrasında da eski hale getirme gibi koruma yöntemleriyle ilgili kişilerin haklarının korunması sağlanmaya çalışılacaktır. AI CMK § 145a'da müdafî ve şüpheli/sanığa tebliğ ile ilgili özel bir düzenleme mevcuttur. İlgili hükme göre hem dosyaya vekalet sunmuş olan seçilmiş müdafî hem de atanmış müdafî şüpheli/sanık adına tebligat ve diğer bildirimleri kabul etme yetkisine sahiptir (AI CMK § 145a/1). Eğer tebliğ müdafîye yapılırsa, bu husus derhal şüpheli/sanığa bildirilir ve tebliğ edilen kararın bir örneği kendisine verilir; tebliğin şüpheli/sanığa yapılması durumunda ise dosyaya bir vekalet sunulmamış olsa dahi bu husus derhal müdafîye bildirilir ve kararın bir örneği kendisine verilir (AI CMK § 145a/3). Şüpheli/sanığa gönderilen celpname ise ancak müdafinin vekaletnamede bu hususa ilişkin özel bir yetkisinin olduğunun belirtilmesi halinde müdafîye tebliğ edilebilir (AI CMK § 145a/2). İlgili hükme göre, müdafîye tebliğ olunan kararın mutlaka şüpheli/sanığa tebliğ edilmesi gerekmekte; ancak tebligattan ve karardan haberdar olmasının sağlanması gerekmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı yukarıda açıklandığı üzere, mutlak olmayan ve demokratik bir toplum düzeni içerisinde, ölçülülük ve gereklilik gibi kriterlere uygun şekilde sınırlandırılabilen bir haktır. Bu meşru sınırlamalardan biri -kural olarak- önceden belirli olan ve kişilere bildirilen başvuru süreleridir. Muhakeme hukukunda süreler, düzeni ve denetimi sağlamak gibi fonksiyonlara hizmet etmeleri nedeniyle önemli bir görev ifa ederler. Mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde yapılan AYM denetiminde dikkat çekici olan nokta şudur: AYM, denetimini gerçekleştirirken, hükmün tefhimiyle birlikte başlayan istinaf kanun yoluna başvuru süresine ilişkin kanun maddesini kanunun sistematığı temelinde değil; uygulamada yer alan problemler aracılığıyla incelemiştir. Nitekim kararda geçen, *"Bu itibarla hükmün gerekçesiyle birlikte açıklanmadığı sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği durumlarda, istinaf kanun yoluna başvuru süresini hükmün açıklanmasından itibaren başlatan ve kanun yoluna başvuracak tarafa öncelikle süre tutum dilekçesi, gerekçeli kararın tebliğinden sonra ise istinaf nedenlerini bildirir ikinci bir dilekçe sunma zorunluluğu öngören kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmadığı, mahkemeye erişim hakkına gerekli olmayan bir sınırlama getirdiği anlaşılmaktadır"* ifadesi bunu kanıtlar niteliktedir. Zira CMK'da hükmün tefhiminin hüküm fıkrasının ve bunun dayandığı gerekçelerin ana hatlarıyla anlatılması oluşturur. Dolayısıyla aslında CMK'nın öngördüğü ceza muhakemesi hukuku sisteminde, hiçbir gerekçeye yer verilmeyen, yalnızca bir hüküm fıkrasının okunması söz konusu değildir. Ancak uygulamada, ne yazık ki durumun ekseriyetle böyle olduğu bir gerçektir. Bu durum ise ilgililer açısından gerekçeye henüz erişmeden kanun yoluna başvurmak zorunda olması dolayısıyla kişilerin

tereddüt içerisinde bırakılması ve henüz gerekçesini dahi öğrenmediği bir karara karşı bir nevi “ne olur ne olmaz” düşüncesiyle kanun yoluna başvuru yapmak durumunda kalması anlamına gelebilecektir. Dolayısıyla burada kanundan kaynaklanan bir problemde çok kanunun eksiksiz bir şekilde uygulanmamasından kaynaklanan bir sorun mevcuttur. Al CMK § 268/2’de de hükmün tefhiminin hüküm fıkrasının okunması ve hükmün gerekçesinin açıklanması yoluyla gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, hükmün gerekçesinin açıklanması, okunması veya ana hatlarıyla sözlü olarak bildirilmesi yoluyla gerçekleştirilir. Bu maddede belirtilen gerekçeden kastedilen, kararın dayandığı ana nedenlerin temel olarak içeriklerinin açıklanmasıdır; hükmün tefhimi esnasında uzun ve gerekçeli kararın hazırlanması, bu madde kapsamında belirtilmek istenen durum değildir. Bu hükümlerle, hükmün tefhiminin, kararla ilgili hususlara ilişkin ön bilgilendirme işlevinin görülmesi ile muhakeme sùjelerinin dosya kapsamında kanun yollarına başvurup başvurmayacaklarına ya da kanun yollarına başvurudan feragat edip etmeyeceklerine karar verebilecekleri bir bilgi seviyesine getirilmeleri amaçlanmaktadır. Bunun yanında hükmün tefhimiyle birlikte açıklanacak olan gerekçenin ana hatlarının belirlenmesinde, aleniyet ilkesi çerçevesinde güvence altında alınan ve kararın yazılı gerekçelerine hiçbir zaman erişemeyecek olan kamuoyunun bilgi ihtiyacı da dikkate alınmalıdır. Duruşma devresi ne kadar çekişmeli geçmişse, başka bir deyişle dosyanın içeriği ne kadar karmaşıkça, mahkemenin hükmün tefhimiyle birlikte gerekçenin ana hatlarını sunmak için o kadar fazla çaba harcaması gerekmektedir⁸⁹.

Her iki hak açısından da ihlal söz konusu olup olmadığına ilişkin denetim yapılırken AYM’nin iptal kararının karşı oyunda ifade edildiği gibi “*Bir normun anayasal denetiminde gözetilmesi gereken husus seçenekler arasında en ideal olanın belirlenmesi değil, mevcut düzenlemenin anayasaya uygun olup olmadığıdır*”. Kaldı ki hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğinden itibaren sürenin başlamasının da seçenekler arasından en ideali olup olmadığı hususu tartışmaya açıktır. Zira yukarıda belirtildiği gibi hukukumuzda gerekçelerin yazılıp dosyasına koyulması ile ilgili net bir uygulama bulunmamaktadır. CMK m. 232/3’te yer alan 15 günlük düzenleyici süre ise, yargıdaki iş yükü ve bazı dosyaların özellikle karmaşıklığı göz önünde bulundurulduğundan oldukça kısa ve dolayısıyla gerçek dışı olmaktadır ve bu süreye de çoğunlukla uyulmamaktadır. Dolayısıyla yeni getirilen başvuru sürelerinin zaten hali hazırda makul süreleri aşan yargılamaların daha da uzun sürmesine hizmet etme potansiyeline sahip olduğu söylenmelidir.

⁸⁹ BeckOK-StPO/Peglau, 53. Ed. 1.10.2024, StPO § 268 Rn. 9.

Mahkeme kararlarının gerekçelerine vakıf olmadan kanun yollarına başvuru yapmak durumunda kalma veya gerekçeler öğrenilemediği için kanun yoluna başvuruda bulunamamanın gerekçeli karar hakkı bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Yukarıda anlatıldığı gibi gerekçeli karar hakkını ihlal eden hallerden biri bu durumdur. AİHM'in Hadjianastassiou/Yunanistan kararı bu hususa örnek olarak gösterilebilir. İlgili kararda, başvuru, temyiz yoluna başvurmak için kararın kendisine açıklanmasından itibaren 5 gün içerisinde başvurusu gerektiğinden, kendisi hakkında verilmiş olan mahkûmiyet kararının gerekçesine ulaşmadan temyiz başvurusunda bulunmuştur. Temyiz mahkemesi de başvuru istemini, temyiz başvurusunun belirsiz nedenlere dayandığını belirterek reddetmiştir. AİHM bu başvuruda gerekçesi kendisine ileilmeyen mahkûmiyet kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmak zorunda kalan ilgilinin yalnızca duruşmada duyduklarıyla bu başvuruyu gerçekleştirmek durumunda kaldığını ve dolayısıyla gerekçeli bir başvuruda bulunmadığını belirterek, bu durumun gerekçeli karar hakkına aykırı olduğu ve bu dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁰. AİHM Melin/Fransa kararında ise nispeten bundan farklı bir değerlendirmede bulunmuştur. İlgili karara konu olan olayda başvuru istinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesince hakkında verilen mahkûmiyet kararını onaması üzerine kararın gerekçesini içeren bir örneğini kendisine verilmesini talep ederek temyiz yoluna başvurmuştur ve gerekçeye tam vakıf olmadığından, kararın onaylı nüshasını aldıktan sonra ilgili başka herhangi bir gerekçe ileri sürme hakkını saklı tuttuğunu ileri sürmüştür. Temyiz dosyası 14 Şubat 1986 tarihinde Yargıtay'a ulaşmıştır. Üç buçuk ay sonra, 27 Mayıs'ta ilgili Ceza Dairesi, hiçbir gerekçe ileri sürülmediği ve itiraz edilen kararda herhangi bir usul hatası bulunmadığı için temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bu karar başvuruca 18 Haziran'da tebliğ edilmiştir. 23 Haziran'da Ceza Dairesi Başkanı'na gönderdiği mektupta başvuru, 15 Ocak 1986 tarihli karar metnine ulaşmadığı için gerekçelerini sunmadığını belirtmiş, ayrıca raportör yargıcın kendisine gerekçelerini sunma süresini bildirmediğini ileri sürmüştür. İlgili olayda AİHM mesleği avukatlık olan başvuruca aradan geçen zaman boyunca talebini yinelemesi gerektiğini ve kararın kendisine ulaşabileceği tarihte ilgili bir araştırma yapabilme ve savunmasını dayandırdığı gerekçeleri ileri sürebilmek için erteleme talebinde bulunabilme imkânına sahip olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla söz konusu olayda AİHM başvuruca sahip olduğu bu haklardan biri veya birkaçına başvurmaması dolayısıyla

⁹⁰ Hadjianastassiou v. Yunanistan Başvuru no: 12945/87 (AİHM, 16 Aralık 1992), § 30 vd.

yetkililerin müdahalesiyle savlarını ileri sürmekten mahrum bırakıldığından yakınamayacağını belirterek 6. madde kapsamında bir ihlalin olmadığına karar vermiştir⁹¹. Hukuk sistemimizde, 7499 sayılı Kanun değişikliğiyle yürürlükten kaldırılanlarla birlikte gerekçelerin yazılması ve ilgililerine bildirilmesiyle ilgili birçok düzenleme bulunmaktadır.

İstinaf kanun yoluna başvuru için başvuruda bulunan Cumhuriyet savcısı dışındaki diğer süjeler açısından gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur (CMK m. 273/4-5). Dolayısıyla kişilerin yalnızca kararın istinaf edilmesini istediklerini ortaya koymaya elverişli ifadelerini içeren dilekçenin mahkemeye verilmesi veya beyanların zabıt katibine onaylatılması halinde istinafa başvuruda bulunmuş olur. Dolayısıyla değişiklik öncesi durumda kişilerin hükmün tefhiminden itibaren başlayan süreyi kaçırmamak amacıyla istinafa başvuru iradesini ortaya koyan ve gerekçeleri içermeyen "süre tutum dilekçeleri" de şeklen niteliği itibarıyla birer tam başvurudur. Bu uygulamanın gerekçeli karar hakkı veya savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olabilme hakkı bağlamında sakıncalı görülmesi mümkündür. Ancak kişilerin istinafa başvuruda bulunduğu mahkemece öğrenilmesinden itibaren 7 günlük süre içerisinde gerekçenin bu kişilere tebliğini zorunlu tutan madde hükmü (CMK m. 275/2 (Mülga)) ile bu durum bir arada değerlendirildiğinde herhangi bir hak kaybı olacağını söylemek zor olacaktır. Bunun yanında ilgili durum savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı açısından da değerlendirilmelidir. Önceki düzenlemede verilen süre tutum dilekçeleri içerik yönünden yorumlandığı takdirde ise, aslında kişilerin istinaf kanun yoluna başvurup başvurmayacaklarına ilişkin bir irade beyanı niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında da muhakeme süjelerinin gerekçeli başvurularını, başka bir deyişle istinaf kanun yoluna başvurma gerekçelerini, istinaf incelemesi sonuçlanıncaya kadar her zaman yapabileceklerinden ve istinaf incelemesinde hükmün hem hukuki hem de maddi yönüne ilişkin değerlendirme yapılması⁹² söz konusu olmasından dolayı bir hakkın engellenmesi veya kullanılmasının zorlaştırılmasının söz konusu olduğu söylenemeyecektir.

Temyiz kanun yolu açısından bakıldığında ise aslında istinaf ile ilgili bahsedilenlerin birçoğunun burada da geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır. Ancak önemli farklardan biri istinaf kanun yolunun aksine temyizde, başvuran kişinin

⁹¹ Melin v. Fransa Başvuru no: 12914/87 (AİHM, 22 Haziran 1993).

⁹² Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 49) 768; Şahin ve Göktürk (n 46) 609; Yenisey ve Nuhoğlu (n 46) 945.

gerekçe belirtme zorunluluğudur. Dolayısıyla istinafla ilgili yapılan değerlendirmede olduğu gibi burada da yalnızca kanun yoluna başvuru yapma iradesini ortaya koyan beyanın niteliği itibariyle tam bir başvuru olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim CMK m. 294/1 uyarınca, “*Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır*”. Ancak istinaf kanun yolunda olduğu gibi burada da kişilerin temyize başvurduğunun öğrenilmesinden itibaren gerekçenin 7 gün içerisinde tebliğ edileceğine ilişkin mülga hüküm ile birlikte düşünüldüğünde CMK sistematığında kişilerin bu anlamda hak kaybına uğrama tehlikelerine ilişkin gerekli önlemin alındığını söylemek gerekmektedir. Burada süjelerin gerekçelerini ortaya koymaları amacıyla öngörölmüş olan 7 günlük sürenin yetersiz olabileceği ileri sürülebilir. Temyiz kanun yolu sırasında kişilerin artık dosyaya olan hakimiyetleri göz önünde bulundurulduğunda, sürenin yeterli olacağı sonucuna varılabilecektir. Bunun yanında birçok hukuk sisteminde de buna benzer nitelikteki kısa sürelerin var olduğu görölmektedir. Örneğin AI CMK § 317’ye göre, (süre hükmün açıklanmasından itibaren başladığı için) istinaf sebepleri kanun yoluna başvuru süresinin bittiği tarihten itibaren 1 hafta içerisinde, eğer o esnada mahkemenin hükmü kişiye henüz tebliğ edilmemişse, hükmün tebliğinden sonra 1 hafta içinde, bildirilebilecektir.

Kaynak Alman Kanunu’nda da istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hükmün tefhiminden itibaren başlayacağı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (AI CMK) düzenlenmiştir. İlgili kanunun şekil ve süre başlıklı 314. maddesinde bu husus düzenlenmiştir. Buna göre, istinaf başvurusu hükmün tefhiminden itibaren bir hafta içinde yapılmalıdır. Süre, duruşmada bulunan kişiler açısından tefhimle başlamakta, eğer sanık veya müdafî duruşmada bulunmuyorsa o halde hükmün tebliğinden itibaren süreler başlamaktadır. İstinaf süresinin kişinin kusuru olmaksızın kaçırılması durumunda ise, şartlarının varlığı halinde eski hale getirmeye başvurulabileceği kabul edilmektedir. Ancak istinaf başvurusunda bulunan kişinin başvurusunu gerçekten süresi dışında yapıp yapmadığını belirlemek mümkün değilse, başvurusu süresi içinde yapılmış olarak kabul edilecektir⁹³. Görüldüğü gibi AI CMK’da 7499 sayılı Kanun değişikliğinden önceki istinaf başvuru süremizle aynı şekilde bir düzenleme mevcuttur. Bunun yanında AI CMK § 275’te ise hükmün tefhiminden sonra gerekçelerin ne kadar bir süre içerisinde hazırlanacağına dair süreler öngörölmüştür. Buna göre kural olarak gerekçe, hükmün tefhiminden en geç beş hafta sonra dosyaya eklenmelidir.

⁹³ BeckOK-StPO/Eschelbach, 53. Ed. 1.10.2024, StPO § 314 Rn. 15.

Ancak maddede duruşmaların sürelerine ilişkin ölçülü bir artış süresi de belirlenmiştir. Bu beş haftalık süre, eğer duruşma üç günden fazla sürdüyse iki hafta, on günden fazla sürdüyse her on günlük duruşma süresi için ikişer hafta olmak üzere uzayabilecektir. Somut olayda mahkemenin kesin olmasa da önceden hesap edebileceği ve dolayısıyla kararın gerekçesinin zamanında dosyasına koyulması için gerekli önlemleri almasının kendisinden beklenebileceği durumların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bunun yanında mahkemede görev yapan hakimlerin tamamının gerekçenin son teslim tarihine uyulması konusunda görevli olduğu da kabul edilmektedir. Mahkeme başkanı da gerekçenin zamanında hazırlanmasını sağlamakla yükümlüdür⁹⁴. Aynı maddenin ilk fıkrasının dördüncü cümlesinde ise öngörülen bu sürelerin aşılması durumu düzenlenmiştir. Buna göre ilgili sürelerin aşımı ancak somut olayda önceden öngörülemeyen ve önüne geçilemeyen bir durumdan kaynaklanabilir⁹⁵. Süre aşımı bu şartların varlığı halinde kabul edilebilir olsa da yine de sürenin makul olmayan bir şekilde aşımı haklı görülmemektedir⁹⁶.

Görüldüğü gibi Alman hukukunda mahkeme kararlarının gerekçelerinin yazılmasına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme mevcuttur. Türk hukukunda da buna benzer bir düzenleme CMK m. 232/3'te mevcuttur. Bu hükme göre, eğer hükmün ve eğer mevcutsa karşı oyun gerekçesi hüküm duruşmasında tutanağa geçirilmediyse, hükmün açıklanmasından itibaren 15 gün içerisinde yazılıp dosyasına koyulur. Ancak hukukumuzda Alman hukukunda olduğu gibi duruşmanın süresine dolayısıyla dosyanın karmaşıklığına göre ölçülü bir süre getirilmesi yerine tek bir süre öngörülmüştür. Bu süre ise niteliği itibarıyla düzenleyici bir süredir. Dolayısıyla bu süreye uymamanın bir yaptırımı yoktur⁹⁷. Uygulamada da ekseriyetle bu sürenin aşıldığı görülmektedir.

Hem AYM'nin gerekçesi hem de yukarıda anlatılan gerekçeler göstermektedir ki yapılan değişiklikler CMK sistematığında yer alan ve doğası gereği hak ihlaline neden olan maddelerin değiştirilmesi değil, aslında düzenlenmiş olan ancak sistemin işleyişi esnasında bazı eksiklikler dolayısıyla uyulmayan sürelerin telafisini sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiştir. Örneğin yukarıda bahsedilen gerekçelerin yazılması için öngörülmüş olan 15 günlük süre ile kişilerin kanun

⁹⁴ MüKoStPO/Valerius, 2. Aufl. 2024, StPO § 275 Rn. 17.

⁹⁵ MüKoStPO/Valerius, 2. Aufl. 2024, StPO § 275 Rn. 17.

⁹⁶ MüKoStPO/Valerius, 2. Aufl. 2024, StPO § 275 Rn. 18.

⁹⁷ İçer (n 43) 209.

yoluna başvurulduğunun kararı veren mahkemece öğrenilmesi üzerine gerekçenin kanun yoluna başvuru yapanlara tebliğ edilmesi için düzenlenmiş olan 7 günlük süreye uygulamada ekseriyetle uyulmadığı gözlemlenmektedir. Bu süreler nitelikleri itibariyle düzenleyici süreler olduğundan uyulmamasının herhangi bir yaptırımını da bulunmamaktadır. Aslında uygulamada olan bir ihlalin kanun değişikliği yoluyla giderilmesi de uygun bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Ancak bunun için öncelikle sahada alınması gereken önlemlerin alınması; bunların yetmediği durumlarda kanuni düzenlemede bir değişikliğe gidilmesi daha yerinde olacaktır. Zira getirilen yeni sistem için de gerekçeli kararların kişilere ne zaman ulaştırılacağına dair daha gerçekçi bir düzenleme mevcut değildir. CMK m. 232/3'te herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Dolayısıyla zaten daha öncesinde de ekseriyetle uyulmayan bu süreye, bu yeni sistemde de muhtemelen uyulmayacak ancak kişilerin hakkı zaten gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başladığı için bu durum bir hak ihlali olarak görülmemeyecektir. Ancak muhakemenin tek bir ilkesi olmadığı gibi muhakeme süjelerinin tek hakkı da yoktur. Gerekçenin duruşma devresinin bitmesinden itibaren çok uzun bir süre sonra yazılması da aslında kesintisizlik ilkesine zarar verebileceği gibi kişilerin makul sürede yargılanma haklarını da ihlal edebilecektir. Örneğin, kararın gerekçesi hükmün tefhiminden bir yıl sonra yazılıp dosyaya eklenirse, o halde artık bu kararın duruşmaya dayandığı varsayılmayacaktır⁹⁸. Bunun yanında 1 yıl gibi uzun süreler, yargının belirliliği ve kesinliği gibi ilkelere aykırılık teşkil edebilecektir. Örneğin, suçun mağduru açısından bakıldığında, kişinin, mahkeme kararının kesinleşip kesinleşmeyeceğini, buna bağlı olarak hukuk mahkemesinde tazminat davası açması gerekip gerekmeyeceğini nispeten uzun bir süre beklemesi hukuka olan güveni temelden sarsabilecek niteliktedir. Dolayısıyla aslında değişiklik sonrası durumda ceza muhakemesi uygulamasında, mahkemenin gerekçeli kararının tebliğ edilmesine kadar belirsiz bir süre kanun yolu başvuru süresi öngören bir sistem oluşturulmuş olmaktadır⁹⁹.

Bu anlatılanlar ışığında, ceza muhakemesinde var olan esas problemin mahkeme kararlarının gerekçelerinin yazılması ve bildirilmesiyle ilgili olduğu ve

⁹⁸ MüKoStPO/Valerius, 2. Aufl. 2024, StPO § 275 Rn. 18.

⁹⁹ Kanun yolu denetiminde hem başvurulacak hükümlere ilişkin sınırlamaların hem de sürelerle ilişkin sınırlamaların getirilmesi zorunludur. Zira mahkeme kararlarının bir zaman ve derecede kesinleştirilmesi gerekmektedir. Bu sınırların mevcut olmadığı ve uzun zamana yayılmış olan bir kanun yolu denetimi hukuki güvenliği zedelediği gibi ceza adalet sistemini de işlemez hale getirir, Fatih Birtok, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk' (2022) 80 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1331, 1337-1338.

bu problemin makul sürede yargılanma ve hukuki güvenlik gibi bazı ilkelerin zedelenebilmesi tehlikesi uğruna, kanun yollarına başvuru sürelerinin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren işlemeye başlamasıyla çözülmeye çalışıldığı tespit edilmektedir. Ancak çözüm açısından odaklanılması gereken hususun bundan ziyade kararların gerekçelerinin yazılıp dosyasına koyulması için öngörülecek gerçekçi süreler olduğunu düşünmekteyiz.

Bu anlatılanların yanında 7499 sayılı Kanunla birlikte kanun yolları kapsamındaki diğer bazı süreler de değiştirilmiştir. Değişiklikte gün olarak ifade edilen sürelerin hafta veya ay şeklinde ifade edilmesinin amaçlandığı kanunun gerekçesinde belirtilmiştir. Değişikliklerde dikkati çeken husus 7 gün olarak mevcutta ifade edilen sürelerin de uzatılarak yeknesak şekilde 2 hafta olarak güncellenmiş olmasıdır. Zira 7499 sayılı Kanun'un gerekçesinde de CMK'da yer alan sürelerin HMK ile yeknesak hale getirilebilmesi için bu değişikliklerin yapıldığını, bu şekilde yeknesak hale getirilen süreler ile uygulamadaki kafa karışıklıklarının önlenmesi ve kişilerin hak arama özgürlüklerinin daha güvenceli hale getirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu gerekçe okunduğunda akıllarda sürelerin tamamının yeknesak hale getirilmesine gerek olup olmadığı sorusu belirlemektedir.

Öncelikle kanun değişikliğinin genel gerekçesinde ceza ve hukuk yargılamalarında yer alan farklı sürelerin muhakeme sükelerinin adalete erişimlerini zorlaştırdığı, hak arama yollarında karışıklığa sebebiyet verdiği ve bu nedenlerle de hak kayıplarına neden olduğu belirtilmiştir. Ancak CMK m. 34/2'de, ceza muhakemesinde verilen kararların tamamının metin içeriğinde bu kararlara karşı başvurulabilecek kanun yolunun, başvuru süresinin, hangi merciye başvurulacağı ve nihayetinde başvuru şeklinin yer alması gerektiği düzenlenmektedir. Kararın hüküm fıkrasında hem verilen sonuç hüküm hem de uygulanan kanun maddeleri ile birlikte, kanun yoluna başvuru imkanının olup olmadığı ve eğer bu olanak mevcutsa hangi merciye ne kadar bir süre içerisinde başvurması gerektiği tereddüde yer vermeyecek bir açıklıkta yer almalıdır¹⁰⁰. Kanun yoluna ilişkin bu bilgilerin kararda yer almaması durumu bir eski hale getirme nedeni olarak kabul edilmektedir¹⁰¹. Dolayısıyla zaten ceza muhakemesi sistematığı içerisinde kanun koyucu bu süreler yeknesak olmasa dahi kişilerden kanun yolu başvurusu için bir araştırma yapmasını beklememektedir. Kişilerin hak kaybı

¹⁰⁰ Yenisey ve Nuhoğlu (n 46) 811.

¹⁰¹ Ali Tanju Sarıgül, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (Seçkin 2012) 58; Turhan (n 80) s. 1240-1241.

yaşamaması için yapması gereken tek şey kendileri hakkında verilen kararları okumaktır. Dolayısıyla sürelerin farklı olmasının hak arama yollarında karışıklığa sebebiyet verdiği tespitine de katılmıyoruz.

Bunun yanında değiştirilen sürelerde dikkati çeken diğer bir husus sürelerin birçoğunun 2 hafta olarak düzenlenmesidir. Örneğin daha öncesinde 7 gün olarak belirlenmiş olan Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet savcılığının Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı itirazın tebliğinden itibaren ilgililerin buna cevap verebilme süresi de değişiklik öncesi 15 gün olarak belirlenmiş olan basit yargılama usulünde sanık, mağdur ve şikayetçinin beyan ve savunmaları için verilen süre de değişiklik sonrası 2 haftadır. Ceza muhakemesinde her işlem veya başvuru yolu için sürelerin titizlikle ve hukuki yolun özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. Sürelerin yalnızca yeknesaklaştırılması amacıyla her bir işlemi aynı süreye tabi kılmak adil olmayacaktır. Bunun yanında daha öncesinde 7 gün olarak bildirilen sürelerin neden uzatılması gereği olduğu da kanun değişikliğinin gerekçesinde yer almamaktadır. Gerekçede yalnızca gün ile ifade edilen sürelerin yeknesak bir ifade benimsenip hafta veya ay şeklinde ifade edileceği belirtilmiştir. 7 günlük bir süre 1 hafta olarak değiştirilebilecekken uzatılarak 2 hafta yapılmasının gerekçesi açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak anlaşıldığı kadarıyla sürelerin ifadelerinin değil kendilerinin tamamen yeknesaklaştırılmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu durum da yukarıda ifade edildiği üzere, her işlemin aynı süreye tabi tutulması niteliği itibarıyla uygun bir uygulama olmadığından, kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Ayrıca, öncesinde 7 gün olarak belirlenen sürelerin 2 hafta şeklinde yeknesak bir şekilde değiştirilmesi, zaten uzun süren muhakeme işlemlerinin daha da uzun sürmesine neden olma potansiyeline sahiptir. Bu durum ise makul sürede yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir; ki bu husus Türk ceza muhakemesinin adeta kanayan yarasıdır.

Sonuç

Kişilerin kendileri hakkında verilmiş olan kararlara karşı bir kanun yolunun tek başına var olması yetmez; aynı zamanda kanun yoluna başvurunun mümkün olması ve ilgililerin başvuru yapabilmesi için çeşitli kolaylıkların sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda muhakeme süjeleri açısından kanunda düzenlenen başvuru süreleri nitelikleri itibarıyla bir sınırlama olduğu kadar aynı zamanda bir imkândır.

AYM, 23.10.2023 tarihli kararında, istinaf kanun yoluna başvuru süresinin hükmün tefhiminden itibaren başlayacağına ilişkin hükmü, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptaline karar ver-

miştir. Mahkemeye erişim hakkı, AİHS'te açıkça düzenlenmese de AİHM içtihatları tarafından AİHS m. 6'da yer alan adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. AİHM içtihatlarında da hakkın mutlak olmadığı ve kanunla, hakkın özüne dokunmayacak, kullanılmasını imkânsız hale getirmeyecek ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde sınırlandırılabilmesi ifade edilmektedir. Mahkeme'nin içtihatlarında bu sınırlamaya örnek olarak verilen husus ise, ekseriyetle, muhakeme içerisinde düzenlenen hak düşürücü sürelerdir. Bu sürelerin hukuki belirliliğe hizmet ettiği ve toplumun menfaatine yaradığı kararlarda ifade edilmektedir. Gerekçeli karar hakkı da tıpkı mahkemeye erişim hakkında olduğu gibi AİHM içtihatlarıyla adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. Gerekçeli karar hakkı bakımından, AİHM kişilerin kanun yollarına başvurabilecekleri süre içerisinde, bu başvuruyu yapmak isteyip istemediklerine karar verebilecekleri kadar, en azından kararın özetine vakıf olmalarının yeterli olduğunu ancak muhakemenin devamında kararın gerekçesinin tamamıyla kişilere bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

AYM'nin ilgili hüküm açısından verdiği kararda dikkat çeken husus, kanun maddelerinin bir bütün olarak Anayasa'ya aykırılığının denetlenmesinden ziyade, süre tutum dilekçesi verilmesi uygulamasının eleştirilmesine yer verilmesidir. Ceza muhakemesinde mutlaka ideal olan kişilerin haklarındaki kararın gerekçesini derhal ve ayrıntılı bir şekilde öğrenmeleri ve buna göre işlemlerini devam ettirmeleridir. Ancak bu her zaman mümkün olmayacak bir idealdir. Dolayısıyla yapılması gereken, mümkün olan en iyinin oluşturulmasına yönelik değişiklikler gerçekleştirmektedir. Ancak kanımızca hükmün tefhimiyle değil, gerekçesinin tebliğiyle başlayan kanun yollarına başvuru süresi, buna hizmet edebilecek bir değişiklik olmayacaktır.

Gerekçenin tebliğ edilmesinin değerlendirme başlığı altında bahsedilen gerekçeler bakımından olumlu etkisi olacak olmakla birlikte, değişiklik sonrası sürenin gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacak olması kanımızca kişileri bir tereddüt durumundan bir başkasına sürüklemeye potansiyeline sahiptir. Zira özellikle sanık sayısının fazla olduğu, daha ayrıntılı dosyalarda gerekçeli kararların yazılması belki de ayları bulabilecektir. Dolayısıyla düzenleme muhakeme sülhelerinin kanun yoluna başvuru esnasında kararın gerekçesine tamamen vakıf olması ve dolayısıyla sürece en başından daha etkili katılımını sağlamakla birlikte hali hazırda makul süreleri aşan yargılamaların sürelerinin daha da uzamasına hizmet edebilecek gibi görülmektedir. Zira mevcut düzenlemede hükmün gerekçesiyle birlikte açıklanmadığı durumlarda, hükmü tefhim yoluyla öğrenip mahkemeye süre tutum dilekçesi sunan taraflara hükmün gerekçesi

yedi gün içinde tebliğ edileceğine ilişkin 275. maddenin 2. fıkrası ile hükmün temyiz eden Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmadığı takdirde, hükmün temyiz edildiğinin bölge adliye mahkemesince öğrenilmesinden itibaren gerekçenin, yedi gün içinde tebliğ edileceğine dair 293. maddesinin 2. fıkrası 8. Yargı paketinin 21. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Aslında bu iki düzenleme de m. 232'deki gibi düzenleyici süreler içeriyor olmalarına karşın, süre tutum dilekçesiyle birlikte kanun yoluna başvuru yapan kişinin başvuru bir nevi kararın gerekçesinin yazılması noktasında bir görev hatırlatması oluşturabilmektedir. Dolayısıyla gerekçenin öğrenilmesinden itibaren sürenin başlaması olumlu bir değişiklik olmakla birlikte süreleri daha da uzatmakta ve yargılamaların makul sürede tamamlanmasını tehlikeye atmaktadır.

Sürelere ilişkin bu düzenlemelerin tamamı 1 Haziran 2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sürelere ilişkin yapılan değişiklikler de bu tarihte veya sonrasında verilen kararlar hakkında uygulanacak; daha öncesinde verilen kararlar açısından ise değişiklik öncesi düzenlemenin uygulanmasına devam edilecektir.

Kaynakça

- Ağkuş K F ve Bandır O, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar' (2022) 162 TBB Dergisi 105-154
- Ambos K, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları -Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS m. 6-' (Yener Ünver çev.) in Kayıhan İçel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004)
- Birtek F, 'Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk' (2022) 80 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1331-1372
- Beck'scher Online Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra (BeckOK-StPO), Edition: 53 Hrg: Jürgen Peter Graf, Stand: 1.10.2024, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FBeckOKStPO_53%2Fcont%2FBECKOKSTPO%2ehtm
- Bekri M N, 'Gerekçeli Karar Hakkı' (Mayıs 2014) (3) Ankara Barosu Dergisi 203-228
- Çayan G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Ekim 2016) 7 (28) TAAD 235-272
- Çetinkaya R, 'AİHM ve AYM Kararlarında Gerekçeli Karar Hakkı' (Ocak 2024) 15 (57) TAAD 323-360
- Doğan İ ve Demirdağ M B, 'Adil Yargılanma Hakkı' in İlyas Doğan (ed), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Astana 2019)
- Ekinci A, 'Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2014) XVIII (3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 821-848
- Evik V S, 'Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' in Kayıhan İçel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004)
- Genç M İ, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Asgari Sanık Hakları' (Yüksek Lisans Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi 2019)
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (5. Baskı, Adalet 2021)
- Gölcüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Adil Yargılama"' (1994) 49 (01) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199-234
- Grabenwarter C, 'Yargılama Güvenceleri- Adil Yargılanma Hakkı (İHAS Md. 6)' (Osman Can çev) in Kayıhan İçel Yener Ünver (eds), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004)
- İçer Z, *Ceza Muhakemesinde Gerekçeli Karar Hakkının Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması* (1. Baskı, Seçkin 2023)
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (2. Baskı, Beta 2005)
- , 'Adil Yargılanma Hakkı' in Sibel İnceoğlu (ed) *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (Avrupa Konseyi 2013)

- Ladewig H M, 'Adil Yargılanma Hakkı-I' (Özlem Yenerer Çakmut çev) in Kayıhan İcel Yener Ünver, *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku* (Seçkin 2004)
- Münchener Kommentar zur StPO (MüKo-StPO), Hrsg: Christoph Knauer, Hans Kudlich, Hartmut Schneider, 2. Auflage 2024, <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FMuekoStPO%2Fcont%2FMuekoStPO%2Ehtm>
- Nişancı D, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları* (Seçkin 2022)
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (16. Baskı, Seçkin 2023)
- Öztürk B vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 17. Baskı, Seçkin 2023)
- Sarıgül A T, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf* (Seçkin 2012)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Seçkin 2024)
- Şahin C, 'Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olabilme Hakkı (İHAS 6/3-b)' (Haziran 2004) 8 (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 259-306
- Taner F G, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin 2021)
- Turhan F, 'Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme' in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoğlu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (eds), *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, (Seçkin 2018)
- , 'Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgisine Bildirilmesi' (Aralık 2021) 27 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 888-932
- Ulaş H A, 'Yargı Kararlarının Gereççeli Olması Üzerine Bir Değerlendirme', (2021) 11 (2) Hacettepe HFD 1243-1283
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (23. Baskı, Adalet 2024)
- Yenerer Çakmut Ö, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm' (2007) XI (3-4) EÜHFD, 29-61
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin 2023)
- Yerdelen E, *Hükmün Gereççesi* (Adalet, 2015)

AİHM Kararları

[https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/#%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22])

Yargıtay Kararları

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>

Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme^(*)

Arş. Gör. Ali BOYRACI^(**)

Öz

Türk hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı oldukça tartışmalı bir konudur. Bu durumun temel sebebi ise kanunda konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi ile ilgili özel bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, gizli soruşturmacı, mahkeme tarafından onay verilmesi (Alman CMK §110b paragraf 2 bent 2) ve değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi (Alman CMK § 110c) şartıyla, herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilecektir. Bununla birlikte, Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu çalışmada gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi ve bu yetkinin kapsamına ilişkin Alman hukukundaki kanuni düzenleme, öğretideki görüşler ve yargı kararları ile Türk hukukundaki öğreti görüşleri incelenerek, konuya ilişkin değerlendirmelerimize ve önerilerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Gizli Soruşturmacı, Konut, Kanunen İzin Verilen Hile, Arama, El Koyma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.11.2024.

Atıf Şekli: Ali Boyracı, 'Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1239, 1304.

DOI: 10.52273/sduhfd..1562692.

^(**) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye.

E-posta: aliboyraci@atauni.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1112-4108>.

A Comprehensive Examination of the Legal Authority and Parameters of Undercover Agents' Power to Enter a Private Residence

Abstract

The authority of an undercover agent to enter a private residence is a matter of considerable debate within the Turkish legal system. The absence of explicit statutory provisions concerning the issue underlies the root cause of this situation. While Turkish Law remains silent on the matter, German Law has enacted a specific statutory provision pertaining to the authority of the undercover agents to enter private residences. Under these circumstances, an undercover agent may lawfully enter a private residence that is not ordinarily accessible without express permission, subject to the dual requirements of a judicial authorization (GCPC §110b paragraph 2 sentence 2) and the acquisition of consent from the relevant individual through the use of their false identity (GCPC §110c). However, the provision of GCPC § 110c has been subject of the constitutional challenges within the German legal system. In this study, we examined legal provisions, doctrine views and case law in German Law and the doctrine views in Turkish Law. Then we presented our opinions and suggestions.

Keywords

Undercover Agent, Residence, Legally Permitted Deception, Search, Seizure.

Extended Summary

In German Law, the power of undercover agents to enter private residences is expressly regulated by statute. The Article of 110b/paragraph 2-sentence 2 of the German Criminal Procedure Code (GCPC) stipulates that judicial approval is a prerequisite for undercover agents to enter private residences. Additionally, pursuant to the Article of 110c of the GCPC, the entry of undercover agents into private residences is contingent upon obtaining the consent of the relevant individual. Consequently, despite judicial approval, it can be said that it is not possible for undercover agents to secretly enter a private residence. It follows that the entry of undercover agents into a private residence is conditional upon securing both judicial approval and the consent of the relevant individual. In addition, pursuant to Article 110c/paragraph 2 of the GCPC, undercover agents are prohibited from employing any form of fraud, other than the use of a false identity, in order to secure the consent of the relevant individual.

In German Law, undercover agents who has gained lawful entry to a residence is generally deemed to have the authority to conduct observations, examine items in plain view and engage in conversations with suspect or others present. However, undercover agents do not have the authority to conduct a covert search within a residence. Because search is governed by the explicit safeguards provided in Article 102 of the GCPC and these safeguards do not permit undercover agents to engage in such activities. Therefore according to majority opinion in doctrine, the investigative conduct of undercover agents within a residence must not amount to a search as prescribed by Article 102 of the GCPC.

Turkish Criminal Procedure Code (TCPC) is silent on the question of whether undercover agents have the authority to enter private residences. Although Article 139/paragraph 4 of the TCPC permits undercover agents to investigate and collect evidence concerning offenses committed in the context of organized criminal activities, it does not explicitly authorize them to enter private residences. Therefore, the legality of undercover agents entering a residence is a controversial issue in Turkish doctrine. The majority opinion of the doctrine argue that, given the lack of an explicit statutory provision, undercover agents are not authorized to enter private residences. Additionally, the acquisition of consent from the relevant individual through the use of a false identity by undercover agents do not authorize them to enter the private residences. Given that undercover agents used a false identity, the consent from the relevant individual is obtained by fraud. However Article 26/paragraph 2 of the Turkish Penal Code (TPC) expressly stipulates that consent obtained by fraud is legally void.

In our opinion, undercover agents have the authority to enter a private residence within the framework of Article 139/paragraph 4 of the TCPC. While the mentioned article does not expressly grant such power, the broad authority to conduct any investigation and collect evidence necessarily includes the power to enter a private residence. However, given that Article 21 of the Turkish Constitution requires a judicial order for entry into a private residence, the judge's order must clearly indicate that the

undercover agent is authorized to enter a private residence. Despite the requirement under Article 21 of the Turkish Constitution and Articles 139/Paragraph 1 and 139/paragraph 4 of the TCPC for a judicial authorization for an undercover agent to enter a private residence, such authorization does not, in itself, confer the authority to secretly enter a private residence. Therefore, the consent of the relevant individual is a necessary for entry. Consequently, we conclude that under Turkish Law, as in German Law, the concurrent existence of a judicial authorization and the consent of the relevant individual is a prerequisite for an undercover agent to enter a private residence.

It can be argued that an undercover agent who enters a private residence lawfully also has the authority to gather evidence. Despite having the authority to gather evidence in a private residence, an undercover agent must adhere to the rules governing evidence collection. Since the Article 140/paragraph 5 of the TCPC expressly prohibits the making of audio or visual recording within a private residence, it follows that an undercover agent is precluded from conducting such recordings in a private residence. However, an undercover agent is permitted to eavesdrop on conversations and engage in them while inside a private residence. Besides, since there is no such prohibition for workplaces, an undercover agent can make audio or video recordings in a workplace. Furthermore, search and seizure is established as a legal procedure with the knowledge of the relevant individual. Thus, an undercover agent is not authorized to carry out covert searches within a private residence. Nevertheless, an undercover agent is permitted to identify evidences that is in plain view within a private residence.

Criminal organizations frequently carry out their operations in locations that are classified as private residences. The dismantling of a criminal organization necessitates the arrest of high-level individuals who serve as the organizations's founder, manager or financier. However, the existing legal powers granted undercover agents within a private residence are insufficient to arrest these high-level individuals and dismantle the criminal organization. Consequently, it is recommended that undercover agents be authorized to conduct covert search and seizure within private residences.

Giriş

Gizli soruşturmacının yetkileri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.139/4'te düzenlenmiştir. Buna göre, “*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür*”. Söz konusu maddede gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin açık bir hükme yer verilmediği gerekçesiyle, öğretideki ağırlıklı görüşe göre, mevcut durumda, gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisi bulunmamaktadır¹. Ayrıca ilgili kişinin konuta girme konusunda rıza göstermesi de bu değerlendirmede bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü gizli soruşturmacı CMK m.139/2 uyarınca değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için ilgili- nin rızası hile ile elde edilmiş olacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.26/2 uyarınca bu rızaya hukuken geçerlilik tanınamayacaktır².

Türk hukukunun aksine Alman hukukunda ise gizli soruşturmacının konuta girme yetkisine ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Gerçekten de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Alman CMK / Strafprozeßordnung- StPO) § 110b paragraf 2 bent 2'ye göre, gizli soruşturmacı ancak mahkemenin onayı ile herkesin girmesine açık olmayan bir konuta girebilecektir. Esasen Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca kural olarak, gizli soruşturmacının görevlendirilmesine onay verme yetkisi savcıya aittir³. Ancak kanun koyucu, konutun temel hak ve özgür-

¹ Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Seçkin Yayınevi 2001) 199, 200; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (17.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 576. Benzer görüş için bkz. Özdem Özaydın, ‘Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AİHM’in Konuya Yaklaşımı’, (2021) 16 (47) CHD 493, 499; Ramadan Sanıvar, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri’ (2019) 14 (40) CHD 403, 439; Mehmet Işık, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’, (2014) (110) TBBD 383, 392-393; Göksel Yüksel, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”’, (2011) (3) ABD 287, 294; Gülsüm Cansu Dikkat, ‘Gizli Soruşturmacı’, (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2019) 117; Sarper Alptekin, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’, (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE 2017) 75; Özlem Selvi Kılıbaş, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı’, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2010) 61.

² Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61; Fevzican Bingül, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2023) 66; Erdem, (n 1) 200.

³ Niclas-Frederic Weisser, ‘Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)’ 2018 (2) NZWiSt 59, 60; Stephan Weil, ‘Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung’

lüklerin korunması açısından taşıdığı önemi göz önüne alarak, konuta girilebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesini öngörmüştür⁴. Ayrıca Alman CMK §

(1992) 25 (7) ZRP 243, 244; Klaus Rogall, 'Strafprozessuale Grundlagen und Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren' (1987) 42 (18) JZ 847, 852; Simon Henrichs ve Karin Weingast, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Christoph Barthe ve Jan Gericke) (9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 110b Rn.1. Söz konusu onay, başsavcı ya da onun özel olarak belirlediği bir savcı tarafından verilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. Burada gizli soruşturmacının savcının emriyle değil, onayıyla görevlendirildiğini belirtmek gerekir. Zira kanun koyucu, -her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmiş olsa da- görevlendirme için polis memurunun rızasının şart olduğunu düşündüğü için bilinçli bir tercih yaparak madde metninde emir/karar (die Anordnung) değil, onay (die Zustimmung) kavramına yer vermiştir. Bkz. Jörn Hauschild, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 110b Rn. 4, 20; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. "...Savcı ve hâkim, polise, iradesi dışında gizli soruşturmacı kullanılmasını emreder ancak polisin, gizli soruşturmacıya yönelik tehlikeyi değerlendirerek bunun sorumluluğunu üstlenmesi gerektiği için, gizli soruşturmacı kullanılmasına onay verebilir..." BGH, 1-98 (NJW 1998 3578); "...Alman CMK § 110b paragraf 1'e göre, gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde savcının ve Alman CMK § 110b paragraf 2 çerçevesinde hâkimin onayının gerektiği bir gerçektir...Ancak bu düzenlemelerden, hâkim ya da savcıya, gizli soruşturmacının seçimini ve görevlendirilmesini yönetme yetkisi verilebileceği sonucu çıkmamaktadır. Böyle bir operasyon emri verme kararı polisin sorumluluğundadır. Savcıya ve hâkime sadece (emir verme yetkisi değil) onay verme hakkı tanınmıştır...Çünkü polisin iradesi dışında polis kuvvetlerinin personeli üzerinde tasarrufta bulunmalarına izin verilmemektedir. Bununla birlikte Alman CMK § 110b paragraf 3 uyarınca isminin açıklanmasını isteme hakkından dolayı olarak savcının veya hâkimin, münferit olaylarda polis tarafından (gizli soruşturmacı olarak) görevlendirilmesi planlanan polis memurunun kişiliğine ilişkin endişeler sebebiyle onay vermeyebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu durum yalnızca savcının veya hâkimin gizli soruşturmacının görevlendirilmesini reddetmelerine dayanarak oluşturabilecek bir hüküm olup tek başına bir yönlendirme yetkisinin bulunduğu kabulüne götüren bir hüküm olarak değerlendirilemez..." BGH, 733 94 (NJW 1995 2570). Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, soruşturma makamının özel bir koruma ve gözetim yükümlülüğünün olduğu bir soruşturma tedbidir. Gerçekten de soruşturmacı, önceden belli olmayan uzun bir süre boyunca soruşturma faaliyeti yürütmek için görevlendirilmektedir. Dolayısıyla bu görevlendirmenin yapılabilmesi için gerekli hazırlıkların tamamlanması, özel bir maliyet ve zaman gerektirmektedir. Bu çerçevede, göreve uygun bir polis memurunun bulunup bulunmadığına kolluk kuvvetleri karar verebilir. Diğer bir deyişle, polis memurunun karşılaşacağı tehlikeler ve sürecin yoğun bir hazırlık gerektirmesi dikkate alındığında, ancak kolluk kuvvetlerinin, gizli soruşturmacıya başvurmanın uygun olup olmadığına yönelik sağlıklı bir değerlendirme yapabileceği söylenebilir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 4; Gottfried Plagemann, 'Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri' (2014) 2 (1-2) CKHD 157, 177, 178. Benzer yönde bkz. Kurt Rebmann, 'Der Einsatz Verdeckt Ermittler Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung', (1985) (1/2) NJW 1, 6; Sigrid Hegmann, BeckOK StPO (Ed. Jürgen Graf) (52. Edition, C.H.Beck 2024) § 110b Rn. 2.

⁴ Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde savcı ve savcıya ulaşılamaması durumunda ise kolluk amiri, gizli soruşturmacının konuta girebilmesine onay verme yetkisine sahiptir (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 cümle 2 ve cümle 3). Aşağıda konu ile ilgili daha ayrıntılı bilgi verilmiştir.

110c' de gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle, ilgili kişinin rızasını alarak bir konuta girebileceği ve söz konusu rızayı elde ederken, değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde bir hileye başvuramayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla soruşturmacının bir konuta ancak mahkeme tarafından onay verilmesi ve ilgilinin rızasının bulunması şartıyla girebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, Alman öğretisinde Alman CMK § 110c'nin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin uzun zamandan beri süregelen bir tartışma bulunmaktadır.

Öğretide Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 1 ve § 110c'ye uygun olarak konuta girmenin, gizli soruşturmacıya konut içerisinde delil elde etme yetkisi verdiği kabul edilmektedir. Ancak bu yetkinin sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre, soruşturmacı konutta gözlemde bulunabilecek, etrafı inceleyerek açıkça görülen suç delillerini tespit edebilecek veya şüphelinin ya da diğer kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinleyip bunlara katılabilecektir⁵. Buna karşın, öğretideki hâkim görüş, soruşturmacının konut içerisindeki faaliyetlerinin arama boyutuna ulaşmaması gerektiği yönündedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacı, konut içerisinde gizlice bir arama faaliyetinde bulunmamalıdır⁶.

Çalışmanın amacı, gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığına yönelik Türk öğretisinde yaşanan tartışmaya katkı sunmaktır. Bu çerçevede, ilk olarak konuya ilişkin Alman hukukundaki kanuni düzenlemeler, öğreti görüşleri ve yargı kararları incelenecektir. Ardından Türk hukukundaki öğreti görüşlerine yer verilecektir. Son olarak ise genel bir değerlendirme yapılarak tespit edilen sorunlara ilişkin çözüm önerilerimiz sunulacaktır.

I. Konut Kavramı

Çalışmamızın konusu gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışması ile ilgili olduğundan, burada öncelikle konut kavramından ne anlaşılması gerektiğinden bahsetmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

⁵ Hans Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht durch das OrgKG -2.Teil-' (1992) (11) NSTz 523, 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 7.

⁶ Hans Hilger, 'Verdeckte Ermittler, V-Leute', Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70.Geburtstag (Udo Ebert, Claus Roxin, Peter Rieß ve Eberhard Wahle) (Walter de Gruyter 1999, 207, 217-218); Plagemann, (n 3) 179; Hauschild, (n 3) Rn. 6, 7; Hauschild, (n 3) Rn. 18; Weisser, (n 3) 61; Ulrich Eisenberg, 'Straf(verfahrens-) rechtliche Maßnahmen gegenüber "Organisiertem Verbrechen"', (1993) 16 NJW 1033, 1038; Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.161; Pierre Hauck, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3.Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014) § 110c Rn. 1.

Konut, günlük dilde, insanların süreklilik arz edecek şekilde içinde yaşadıkları bir yer olarak kullanılmaktadır⁷. Ancak hukuki anlamda ise daha geniş bir yoruma tabi tutulmaktadır⁸. Buna göre, insanların yaşamını sürdürdükleri, işlerini yaptıkları veya bir faaliyet icra ettikleri ve genellikle üçüncü kişilerin erişimine açık olmayan sabit, hareketli ya da yüzer bir alan konut olarak nitelendirilmektedir⁹. Dolayısıyla bir yerin konut olarak değerlendirilebilmesi için sabit olması şart olmadığı gibi, sürekli bir şekilde yaşanan bir mekân olması da gerekli değildir. Burada önem arz eden husus söz konusu yerin, kişisel ve mekânsal mahremiyetin bulunduğu, başkasının izinsiz girmesine kapalı bir ortam olmasıdır¹⁰. Bu çerçevede yaşanan bir evin odaları, ev ile doğrudan mekânsal bir bağlantıya sahip olmasa da çatı katı, garaj, kiler gibi yerler ile çitle çevrilmek veya farklı bir şekilde belirlenmek suretiyle, üçüncü kişilerin izinsiz girişine açık olmadığı anlaşılan bahçe gibi eve ait diğer alanlar; restoran, mağaza, büro, ofis, atölye, depo, ambar gibi işyerleri; otel odaları, karavan, içinde yaşanan otomobil, gemi gibi ulaşım araçları, taşınabilir evler ve çadırlar konut

⁷ Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 18 Haziran 2024).

⁸ Alman hukukunda tarihsel süreç içerisinde konut dokunulmazlığı kavramı, anayasa hukuku açısından önemli bir yere sahip olmuştur. Gerçekten de Almanya'nın anayasa ile ilgili tüm pozitif hukuk düzenlemelerinde (Prusya Anayasası, Weimar Cumhuriyeti Anayasası ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin mevcut Anayasası) konut dokunulmazlığına açıkça yer verilmiş ve geleneksel olarak konut, geniş bir koruma alanı sağlayacak şekilde yorumlanmıştır. Bkz. Christian Rückert, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 100c Rn. 6.

⁹ Weil, (n 3) 244; Michael Tsambikakis, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3.Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014) § 102 Rn. 29, 627, 628; Hauschild, (n 3) Rn. 3; Rückert, (n 8) Rn. 7, 8; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (21.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 505-507; Faruk Turinay, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme', (2021) 12 (46) TAAD 413, 435. Weisser de Alman Anayasası'nın konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan 13. maddesi kapsamında konut kavramının geniş yorumlanması ve kişinin fiilen kaldığı veya kullandığı herhangi bir odanın konut olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Weisser, (n 3) 61.

¹⁰ Hauschild, (n 3) Rn.3; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 100c Rn. 8; Tsambikakis, (n 9) Rn. 29-30, 627, 628; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (18.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 506; Turinay, (n 9) 434, 435; Veli Özer Özbek, 'Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri', *Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri* (Haz.: Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Veli Özer Özbek) 121; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 429.

kapsamında değerlendirilmektedir¹¹. Buna karşılık gözaltı odaları, tutukluların/hükümlülerin barındığı tutukevi/cezaevi odaları ile ziyaretçi odaları¹², içerisinde yaşama amacına tahsis edilmemiş otomobil gibi ulaşım araçları konut olarak kabul edilmemektedir¹³.

Öte yandan Alman hukukunda hukuka aykırı olarak işgal edilen bir yerin Alman Anayasası (Alman AY / Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland- GG)'nın 13. maddesi anlamında konut olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu anlamda madde tarafından sağlanan korumadan yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalı bir husustur¹⁴. Gerçekten de bir görüşe göre konut kavramı, hukuka uygun veya aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, bir kimsenin fiilen işgal ettiği yerleri ifade etmektedir¹⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre, bir yerin konut olarak nitelendirilebilmesi için o yerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi şart değildir. Diğer görüş ise hukuka aykırı biçimde bir yerde bulunan kişilerin Alman AY m.13 çerçevesinde korunamayacağını düşünmektedir. Bu nedenle de hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilen ve kullanılan bir yer konut olarak kabul edilemeyecektir¹⁶. Esasen buradaki tartışmanın salt teorik bir anlam ifade etmediğini, pratik bir sonucunun bulunduğunu belirtmek gerekir. Buna göre örneğin, hakkında yürütülen soruşturma işlemleri neticesinde uyuşturucu işleriyle uğraşan bir suç örgütünün lideri olduğu tespit edilen (C)'nin, iş adamı (B)'ye ait olan villaya zorla el koymak suretiyle burada yaşadığı anlaşılır. İşte bu durumda (C)'ye karşı görevlendirilecek gizli soruşturmacının söz konusu villaya girip giremeyeceği sorusunun cevabı, bu villanın konut olarak nitelendirilip nitelendirilememesine göre değişebilecektir.

¹¹ Rückert, (n 8) Rn. 9-14; Tsambikakis, (n 9) Rn. 29-30, 627, 628; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn.8. Ayrıca bkz. Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) Rn. 3; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 506; Turinay, (n 9) 434, 435; Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 121; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429. Ayrıca bkz. Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 1.

¹² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 508, 509. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında cezaevi ziyaretçi odasının Alman AY m.13 kapsamındaki korumadan yararlanamayacağını, diğer bir anlatımla, konut olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş ve bu odada sanık ile gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, sanığın konut dokunulmazlığı ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlâl etmediği sonucuna varmıştır. Bkz. BGH 51 10 (JuS 2010 833).

¹³ Rückert, (n 8) Rn. 14; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn.8.

¹⁴ Benzer bir tartışma Türk hukukunda da bulunmaktadır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 508. Yazarlar, hukuka aykırı olarak ele geçirilen bir yerin de konut olarak nitelendirileceğini kabul etmektedir.

¹⁵ Henrichs ve Weingast, (n 3) §§ 102 Rn.8, 110c Rn.1.

¹⁶ Hauschild, (n 3) Rn. 4.

Kanaatimizce de bir yerin konut sayılabilmesi için önemli olan husus, o yerin, izinsiz girilmesi durumunda ilgili kişiye rahatsızlık verecek, mekânsal ve kişisel mahremiyet sağlayan ve başkasının izinsiz girmesine kapalı olan bir ortam olmasıdır. Bu sebeple bir yerin hukuka uygun bir şekilde ele geçirilip geçirilmemesinin, konut olarak nitelendirilme üzerinde bir etkisinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Dolayısıyla ilk görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

Nihayet kafe, restoran, eğlence mekânı gibi ilgilinin açık bir rızasına ihtiyaç duyulmaksızın girilebilecek yerler çalışmamız kapsamında değildir. Çünkü gizli soruşturmacının da tıpkı üçüncü kişiler gibi bu yerlere girme yetkisinin bulunduğu hususu tartışmalı değildir¹⁷. Gerçekten de örneğin, (§)'nin kendisine ait eğlence mekânında uyuşturucu sattığının öğrenilmesi üzerine açılan soruşturmada görevlendirilen gizli soruşturmacı (G)'nin, bilgi almak amacıyla söz konusu eğlence mekânına girebileceği konusunda şüphe yoktur. Nitekim Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'de de "*herkesin girmesine açık olmayan bir konut (eine Wohnung, die nicht allegemein zugänglich)*" ifadesi kullanılmış olup hükmün mefhum-u muhalifinden gizli soruşturmacının da herkesin girmesine açık olan (açık bir rıza ile girilmesi mutad olan) bir konuta girebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma, gizli soruşturmacının örneğin, barınma amacıyla kullanılan bir ev ya da üçüncü kişilerin izinsiz girişine kapalı olan bir büro gibi ancak ilgilinin açık bir rızası ile girebileceği konutlara girme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususuna odaklanmaktadır.

II. Alman Hukukundaki Durum

A. Kanuni Düzenleme

Alman hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi özel olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 hükmüne göre, gizli soruşturmacı, mahkeme tarafından onay verilmesi şartıyla, herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilecektir. Esasen Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca gizli soruşturmacı prensip olarak savcının onayıyla görevlendirilmektedir¹⁸.

¹⁷ Hauschild, (n 3) Rn. 17; Hauck, (n 6) § 110b Rn. 5a; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6; Hegmann, (n 3) Rn. 4.

¹⁸ Weisser, (n 3) 60; Weil, (n 3) 244; Rogall, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 852; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. Söz konusu onay, başsavcı ya da onun özel olarak belirlediği bir savcı tarafından verilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1.

Ancak kanun koyucu şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine ciddi müdahalede bulunma imkânı verdiği gerekçesiyle, gizli soruşturmacının konuta girebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesini şart koşmuştur¹⁹. Böylelikle temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunmasını amaçlanmıştır²⁰. Ancak gizli soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilmesi için Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca mahkemenin onayı gerekli fakat yeterli değildir. Nitekim “Konuta Girme Yetkisi” başlığını taşıyan Alman CMK § 110c hükmüne göre, “Gizli soruşturmacılar, kendilerine verilmiş olan değiştirilmiş kimliği kullanarak, hak sahibinin (muvafakatı ile) kabul ettiği hallerde, bir konuta girebilirler (Cümle 1). Konuta kabul daveti, değiştirilmiş kimliğin kullanılmasının ötesinde, konuta girme yetkisine sahip bulunduğu konusunda hile yapılarak sağlanamaz (Cümle 2)²¹”. Dolayısıyla gizli soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesi (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2) ve ilgilinin rızasının olması (Alman CMK § 110c) şartının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir²². Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde²³

¹⁹ Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 2’ye göre, gecikmesinde sakınca bulunan durumda, savcı da soruşturmacının konuta girmesine onay verebilecektir. Savcı tarafından hazırlanan dosyanın mahkemeye sunulması ve mahkemenin inceleme yaparak bir karar vermesi belirli bir süre gerektirecektir. İşte söz konusu sürenin beklenmesi durumunda, tedbirle istenilen amaca ulaşmak mümkün olmayacaksa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin var olduğu kabul edilebilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 2. Ancak Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 4 uyarınca savcının gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verdiği bu karar, mahkemenin onayına sunulacak ve mahkeme tarafından üç iş günü içerisinde onay verilmezse tedbir sona erecektir.

²⁰ Karl Heinz Schnarr, ‘Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung’, (1991) (5) NSTZ 209, 210.

²¹ Çeviri için bkz. Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, (2.Baskı, Beta Yayınevi 2015) 136, 137. *Hauck*’ a göre, bu hükmün kabul edilmiş mak-sadı, gizli soruşturmacının hedef kişilerin konutlarına girememesi durumunda suç ortamına sızmasının pek de mümkün olmaması gerçeğine dayanmaktadır. Bkz. Hauck, (n 6) Rn. 1.

²² Plagemann, (n 3) 180; Matthias Jahn, ‘Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Verhör’, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10, (2010) (9) JuS 832 834; Hauschild, (n 3) Rn.18; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 2; Hegmann, (n 3) Rn. 4.

²³ Savcı tarafından hazırlanan dosyanın mahkemeye sunulması ve mahkemenin inceleme yaparak bir karara ulaşması belirli bir süre gerektirecektir. İşte söz konusu sürenin beklenmesi durumunda, tedbirle istenilen amaca ulaşmak mümkün olmayacaksa, gecikmede sakınca bulunan hâlin varlığı kabul edilebilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 2. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde de gecikmesinde sakınca bulunan hâl, “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin*

savcı; savcıya ulaşılamaması durumunda ise kolluk amiri de gizli soruşturmacının konuta girmesine onay verebilecektir (Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 2 ve cümle 3²⁴). Ancak savcı veya kolluk amiri tarafından verilen bu onay, mahkemeye sunulacak ve mahkemenin üç iş günü içerisinde muvafakat göstermesi hâlinde tedbir sona erdirilecektir (Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 4).

Alman CMK § 110c hükmü göz önüne alındığında, mahkemenin onayı bulunsa bile soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutlak olmayan) bir konuta gizlice girmesinin mümkün olmadığı söylenebilir²⁵. Bununla birlikte, söz konusu hükmün soruşturmacıya yalnızca ilgilinin rızası ile konuta girme yetkisi tanıdığı fakat mutlaka ilgili kişinin de orada bulunduğu sırada konuta girme gibi bir zorunluluk öngörmediği kabul edilmektedir. Bu çerçevede örneğin, ilgili kişinin, soruşturmacıya, bazı tadilat işlemlerini yapması veya bir eşyayı kendisine getirmesi için konutun anahtarını vermesi durumunda, soruşturmacının belirtilen amaçla tek başına konuta girmesi hukuka uygundur. Buna karşılık soruşturmacının konuta ilgili kişinin söylediğinden farklı bir amaç için girmesi ise Alman CMK § 110c'ye aykırı olacaktır²⁶.

Nihayet Alman CMK § 110c cümle 2'de gizli soruşturmacının konuta girmek için kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmanın ötesine geçerek bir aldatma unsuruna başvurmak suretiyle ilgilinin rızasını alması yasaklanmıştır. Buna göre örneğin, gizli soruşturmacının, ilgilinin rızasını almak için elektrik şirketinde görevli olduğunu ve binada kaçak ihbarında bulunulduğunu veya konuta girmesini gerektiren başka herhangi bir mesleği yaptığını söyleyerek konuta girme yetkisi yoktur²⁷.

kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli" olarak tanımlanmıştır.

²⁴ CMK'nın ilk hâlinde, gizli soruşturmacının sulh ceza hâkimi ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısının kararı ile görevlendirileceği hükme bağlanmıştı. Ancak bu düzenleme 21.02.2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi ile değiştirilerek gizli soruşturmacının ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile görevlendirileceği öngörülmüştü. Nihayet 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 27/1. maddesiyle "ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği" ile ifadesi "hâkim tarafından" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda mevcut durumda gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi münhasıran sulh ceza hâkimine ait olup gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığından bahisle, Cumhuriyet savcısına ya da kolluk amirine böyle bir yetki tanınmamıştır.

²⁵ Hauck, (n 6) Rn. 3; Hauschild, (n 3) Rn.18; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 2; Hegmann, (n 3) Rn. 4; Weisser, (n 3) 61.

²⁶ Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

²⁷ Hauck, (n 6) Rn. 2; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 28; Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 2; Helmut Frister, Handbuch des Polizeirechts (Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich) (7. Auflage, C. H. Beck 2021) Rn. 341, 342. *Hilger*, gizli soruşturmacının konuta girmek amacıyla

B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

Alman öğretisinde Alman CMK § 110c hükmü ile gizli soruşturmacıya yalnızca kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmak suretiyle bir konuta girme izninin verildiği ancak bu iznin konutta arama yapmak gibi bir yetkiyi içermediği kabul edilmektedir²⁸. Dolayısıyla soruşturmacı, mahkemenin onayını ve ilgilinin rızasını alarak konuta girmiş olsa dahi örneğin, ilgilinin geçici süreyle orada bulunmamasından yararlanarak “gizli arama” şeklinde bir faaliyet yürütemeyecektir²⁹. Diğer bir anlatımla, gizli soruşturmacının delil toplamak için konutta icra edeceği faaliyetler, Alman CMK § 102 anlamında arama boyutuna ulaşmamalıdır³⁰. Bu çerçevede özellikle gizli soruşturmacının konuta girmeden önce orada arama yapmak için plan hazırlayıp konuta girdikten sonra bu plan dâhilinde hareket edemeyeceğini belirtmek gerekir. Aksi yöndeki uygulama Alman CMK § 110c hükmü ile verilen yetkinin aşılmasına yol açacağı gibi, Alman AY m.13’ de güvence altına konut dokunulmazlığı hakkının da ihlâl edilmesi sonucunu doğuracaktır³¹. Bu kapsamda örneğin, örgütün yürüttüğü uyuşturucu ticaretine ilişkin tüm bilgilerin örgüt yöneticisi (E)’nin bilgisayarında olduğu bilgisini alan gizli soruşturmacı (G)’nin, değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle (G)’nin rızasını alarak konuta girip söz konusu bilgisayarı ele geçirmek için konut içerisinde arama yapması, hem Alman CMK § 110c hem de Alman AY m.13’ e aykırı olacaktır. Çünkü kanun koyucu, Alman CMK § 110c cümle 2’de açık bir şekilde, cümle 1’in gizli soruşturmacıya konuta girme konusunda kamu gücüne dayalı üstün bir yetki tanımadığına işaret etmiştir³². Gerçekten de Alman CMK § 110c cümle 2 ile gizli soruşturmacının konuta girebilmek amacıyla değiştirilmiş kimliğini kullanmasının ötesinde bir hileye başvurusu yasaklanmıştır. Bu durumda soruşturmacı ya üçüncü kişiler gibi hareket etmeli ya da gerçek kimliğini ifşa etmelidir. O hâlde konutta arama ve el koyma tedbirini

ilgili kişinin rızasını alırken kendisini “elektrik sayacı okuyucusu” ya da “apartman yönetiminin bir çalışanı” şeklinde tanıtamayacağını örnek olarak vermektedir. Bkz. Hilger, ‘Neues Strafverfahrenrecht’ (n 5) 525, d.160.

²⁸ Hauck, (n 6) Rn. 1; Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217, 218; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 7.

²⁹ Hauschild, (n 3) Rn.18; Plagemann, (n 3) 179.

³⁰ Hauck, (n 6) Rn. 1; Weisser, (n 3) 61; Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217, 218; Eisenberg, (n 6) 1038; Hilger, ‘Neues Strafverfahrenrecht’ (n 5) 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.6.

³¹ Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217-219; Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.6.

³² Hilger, uygulamada bazı gizli soruşturmacıların Alman CMK § 110c hükmünü bu şekilde yorumlamadıklarını, maddeyle kendilerine yasal olarak konuta girme yetkisi verildiği gerekçeyle, kabul edilemez yöntemlerle veya amaçlarla konutlara girdiklerini belirtmektedir. Bkz. Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 219.

uygulamak isteyen gizli soruşturmacı, bu tedbirleri ancak gerçek kimliğini ifşa ederek icra edebilecektir³³. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof- BGH) de bir kararında arama koruma tedbirini düzenleyen Alman CMK § 102 ve devamı maddelerinde muhatabından habersiz olarak yürütülebilecek gizli arama kararı verilebilmesi için yasal bir dayanağın bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca Alman CMK' ya uygun bir arama tedbirinin, ancak işlemin yapılacağı yerde fiziksel olarak bulunan görevliler tarafından, ilgili kişiye, açıkça bir suç isnadı üzerine soruşturma yürütüldüğünün bildirilmesi suretiyle uygulanabileceğini eklemiştir³⁴.

Bununla birlikte, gizli soruşturmacının konutta olduğu süreç içerisinde gözlemlenme, etrafı incelemek suretiyle açıkça olan eşyalara göz atma ya da şüpheliyle veya konutta yer alan diğer kişilerle konuşma yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁵. Buna göre soruşturmacının, konut içerisinde şüpheliyle veya diğer kişilerle gerçekleştirdiği konuşmalar ile ilgili olarak hazırladığı tutanağın belge delili olarak kullanılması veya soruşturmacının duruşmada tanık olarak dinlenebilmesi mümkün olduğu gibi, diğer şartların da varlığı hâlinde, konut içerisindeki gözlemlerinin arama kararı verilmesine dayanak teşkil etmesi de mümkündür³⁶. Gerçekten de örneğin, konuta giren gizli soruşturmacının açık bir şekilde mutfak masasının üzerinde bulunan bir miktar uyuşturucu maddeyi veya ateşli bir silahı görmesi durumunda, Alman CMK § 102 uyarınca arama kararı verilebilecektir.

Nihayet gizli soruşturmacının ilgili kişinin davetinin bulunması ve konutta arama, el koyma işlemi yapmayarak kendisini yalnızca konuta girmekle sınırlaması şartıyla, sahte alıcı kılığına girmek suretiyle³⁷ konutta uyuşturucu satın

³³ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 219; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁴ Bkz. BGHStB 18 06 (NJW 2007 930).

³⁵ Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁶ Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁷ Yargıtay, gizli soruşturmacının sahte alıcı kılığına girmek suretiyle şüpheliden uyuşturucu madde satın almasını "güven alımı" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yargıtay 10 CD, 4525/268, 10.01.2024; Yargıtay 20 CD, 15770/121, 14.01.2016; Yargıtay 20 CD, 14985/5043, 08.12.2015; Yargıtay 20 CD, 889/4086, 15.10.2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bu durumu "test purchase (test alımı)" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. *Kuzmina and Others v Russia App no 66152/14, 76054/14, 77426/14, 15189/15, 23497/15, 23896/15, 28472/15, 29068/15, 30920/15 (ECHR, 20 April.2021)*; *Lagutin and Others v Russia App no 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09 (ECHR, 24 April 2014)*; *Veselov and Others v Russia App no 23200/10, 24009/07, 556/10 (ECHR, 02 October 2012)*; *Vanyan v Russia App no 53203/99 (ECHR, 15 December 2005)*.

alma gibi bir işlem gerçekleştirmesinin de hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Çünkü gizli soruşturmacı burada konuta girme konusunda kamu gücüne dayalı ayrıcalıklı bir yetkiye başvurmamakta, aksine uyuşturucu satın almak isteyen üçüncü bir kişi gibi hareket etmektedir³⁸.

C. Gizli Soruşturmacıya Konuta Girme Yetkisi Veren Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Uygunluğu Sorunu

1. Genel Olarak

Alman öğretisinde gizli soruşturmacıya ilgilinin rızasını almak suretiyle bir konuta girme yetkisi tanıyan Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Buna göre, bazı yazarlar söz konusu hükmün konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan Alman AY m.13'e aykırı olduğunu iddia ederken, diğer yazarlar aksi kanaattedir. Aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

2. Öğretideki Görüşler

a. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Aykırı Olduğunu Savunan Görüş

Gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan Alman AY m.13' e bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre, soruşturmacının ilgili kişinin rızası ile bir konuta girmesine izin veren Alman CMK § 110c hükmü, Alman AY m.13' te belirtilen sınırlamalara uygun olmadığı için anayasaya aykırıdır³⁹. Gerçekten de Alman AY m.13 fıkra 1'de temel prensip olarak, konutun dokunulmaz olduğu belirtildikten sonra diğer fıkralarda ise bu prensibin istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre, Alman AY m.13 fıkra 2'de, hâkim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığı durumunda kanunda gösterilen diğer mercilerin kararına dayanılarak ve kanunda belirtilen şekilde konutta arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede bahsedilen kanuni düzenleme Alman CMK § 102 vd.

³⁸ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 219, 220.

³⁹ Hauck, (n 6) Rn. 12; Plagemann, (n 3) 181, 182; Claus Roxin, 'Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233)' (1998) (1) StV 43, 43-44; Eisenberg, (n 6) 1036, 1038; Frister, *Handbuch* (n 27) Rn.342; Helmut Frister, 'Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG', (1993) (3) StV 151, 153-154; Hartmut Schneider, 'Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler -Eine Zwischenbilanz-' (2004) (7) NStZ 359, 366-367; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15.

hükümleridir. Söz konusu hükümler incelendiğinde, konutta gerçekleştirilecek arama işleminin, ilgilinin haberdar edildiği “açık bir koruma tedbiri” olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Alman AY m.13 fıkra 7⁴⁰’de ise “önleyici bir tedbir olarak”, belirli şartların varlığı hâlinde, şüphelinin içerisinde bulunduğu müdahalede bulunabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile Alman AY m.13’ e, fıkra 2’den sonra gelmek üzere bir düzenleme eklenerek (fıkra 3 ile fıkra 6) bazı şartların varlığı hâlinde, konut içerisinde teknik araçlarla akustik dinleme yapılabilmesine imkân tanınmıştır⁴¹. Ancak bu düzenlemelerde adli ya da önleyici amaçlarla, bir konut içerisinde yapılan konuşmaların dinlenmesi öngörüldüğünden, teknik araçlarla izleme tedbiri (Alman CMK § 100c, CMK m.140) ile ilgilidir. Dolayısıyla Alman AY m.13 fıkra 3 ile fıkra 6 arasında yer alan bu hükümler de gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin anayasal dayanağı olarak gösterilemez⁴².

Görüldüğü üzere, gizli soruşturmacıya konuta girme yetkisi veren Alman CMK § 110c, konut dokunulmazlığına müdahale edilmesine imkân tanıyan ve

⁴⁰ Alman Anayasasının ilk hâlinde bu düzenleme fıkra 3’te yer almaktaydı. Ancak 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile birlikte fıkra 3 ile fıkra 6 arasında konut içerisinde teknik araçlarla akustik dinleme yapılmasına izin veren yeni bir düzenleme eklenmiştir. Bu değişiklikle fıkra 3’te yer alan söz konusu düzenleme, fıkra 7’ye teselsül ettirilmiştir.

⁴¹ Alman AY m.13 fıkra 3’e göre, belirli olguların kanunda özel olarak düzenlenmiş ağır bir suçun işlendiği şüphesini doğurması hâlinde, olguların diğer yöntemler kullanılarak araştırılması orantısız derece zor olacak veya bu yöntemlerden bir sonuç alınamayacaksa, mahkeme kararına istinaden sanığın bulunduğu konutta teknik cihazlar kullanılarak dinleme yapılabilecektir. Tedbir belirli bir zamanla sınırlı olacak ve tedbirin uygulanmasına üç hâkimden oluşan bir mahkeme heyeti tarafından karar verilebilecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, karar bir hâkim tarafından da alınabilecektir. Alman AY m.13 fıkra 4’te ise bir tehlikenin önlenmesi amacıyla, mahkeme kararına dayanılarak teknik araçlar kullanılmak suretiyle bir konutun izlenmesine izin verilmiştir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, söz konusu tedbire kanunla belirlenmiş başka bir makam tarafından da karar verilebilecek ve bu durumda yetkili makam kararını derhâl mahkemenin onayına sunacaktır. Alman AY m.13 fıkra 5’e göre, teknik araçlar yalnızca konutta çalışan kişilerin korunması amacıyla kullanılacaksa, tedbirin uygulanmasına kanunla belirlenen bir makam karar verebilecektir. Bu şekilde elde edilen bilgilerin başka bir şekilde kullanılmasına, yalnızca cezai kovuşturma ya da bir tehlikenin önlenmesi amacıyla ve tedbirin yasallığının bir mahkeme tarafından tespit edilmesi hâlinde izin verilecektir. Alman AY m.13 fıkra 6’ da ise Federal Hükümetin, her yıl Federal Meclise, 3. fıkraya, Federasyonun yetki alanı ile sınırlı olarak 4. fıkraya ve yargısal denetimin gerektirdiği ölçüde 5. fıkraya dayanılarak teknik araçların kullanılması konusunda bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır.

⁴² Plagemann, (n 3) 181, 182.

Alman AY m.13 fıkra 2 ile fıkra 7 arasında düzenlenen istisnai düzenlemeler ile örtüşmemektedir⁴³. Nitekim Alman AY m.13 fıkra 2’de açık bir koruma tedbiri olarak aramadan bahsedilmektedir. Oysa gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, gizli bir koruma tedbiri olduğu için Alman CMK § 110c’nin bu fıkroda öngörülen istisnai düzenlemenin kapsamında yer almadığı anlaşılmaktadır⁴⁴. Konut doku-

⁴³ Hauck, (n 6) Rn. 12; Plagemann, (n 3) 181, 182; Roxin, (n 39) 43, 44; Eisenberg (n 6) 1038; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153, 154; Schneider, (n 39) 367; Weil, (n 3) 245, 246; Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15.

⁴⁴ *Weil*’ e göre konutta icra edilecek çeşitli gizli soruşturma yöntemlerini de arama olarak nitelendirmek ilk bakışta makul görünebilir. Çünkü konutta gerçekleştirilen arama işlemi de bir olayın araştırılması bağlamında, bir eşyanın veya bir kişinin ele geçirilmesi, diğer bir anlatımla, gizlenen bir şeyin ortaya çıkarılması amacıyla yapılmaktadır. Ancak arama tedbiri ile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri arasında ciddi farklılıklar bulunduğunu söylemek gerekir. Bu kapsamda ilk olarak, aramanın temel karakteristiği, muhatabının bilgisi dâhilinde icra edilen açık bir tedbir olmasıdır. Arama tedbirinde görevliler, ilgili kişinin açıkça görebileceği biçimde konuta girmekte ve araştırma faaliyetinde bulunmaktadır. Buna karşın yalnızca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri değil, bütün gizli koruma tedbirlerinde tam tersi bir yaklaşım sergilenmekte ve bu tedbirler araştırma yapılırken ilgili kişinin durumdan haberdar olmaması esasına dayanmaktadır. İkinci olarak, arama tedbirinde görevliler aktif bir rol oynayarak süreci yönlendirmekte ve kontrolü elinde tutmaktadır. Gerçekten de arama sırasında görevliler tüm konutu kendi inisiyatifi ile inceleyip gerekli gördükleri hâllerde konuta müdahale (örneğin, mutfak dolaplarını sökme gibi) edebilmektedir. Oysa gizli soruşturmacı kontrolü elinde bulundurmamakta ve şüphelinin kendisine sözlü, görsel veya yazılı olarak ilettiği bilgileri toplamakla sınırlı bir görev icra etmektedir. Diğer bir ifadeyle, şüpheliyi, fiziksel veya psikolojik baskı altına alarak işlendiği iddia edilen suç ile ilgili bilgi vermeye zorlama yetkisi olmadığından, burada soruşturmacının daha pasif bir konumda yer aldığı söylenebilir. Son olarak, arama tedbirine daha çok belirli bir kişiyi veya eşyayı ortaya çıkarmak için başvurulurken, gizli soruşturmacının öncelikli amacı, işlendiğinden şüphe duyulan suçla ilgili bilgi elde etmektir. Ancak tüm bu farklılıklara karşın gizli soruşturmacının bir konuta değiştirilmiş bir kimlik kullanarak girmesinin, ileride yürütülecek arama işlemine hazırlık olarak nitelendirilip Alman AY m.13 fıkra 2 çerçevesinde değerlendirilmesi gündeme gelebilir. Ancak yazar bu görüşün isabetli olmadığı kanısındadır. Çünkü öncelikle gizli soruşturmacının konuta girmesinin, daha sonraki aşamada bir arama işlemi ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağı belirli değildir. Öte yandan bu değerlendirme, temel hak ve özgürlükleri hukuka aykırı biçimde sınırlandıran müdahalelerin meşrulaştırılması anlamına geleceğinden, makul bir yaklaşım değildir. Ayrıca gizli soruşturmacının, konut içerisinde şüpheli ile yaptığı görüşmenin, arama işlemine nazaran temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale teşkil ettiği de iddia edilebilir. Fakat yazar, şüphelinin, konutuna gizlice yapılan müdahale hakkında bilgi sahibi olmaması durumunda, bu müdahaleye tepki vermesinin mümkün olmadığından hareketle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin özel bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak *Weil*’ a göre, yukarıda ifade edilen tüm farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, arama olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle Alman AY m.13 fıkra 2’de yalnızca “arama”dan söz edilmiş olup temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemeler açısından kıyas yapılması olanağı da bulunmadığından, gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, Alman AY m.13 fıkra 2 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bkz. Weil, (n 3) 245, 246.

nulmazlığına müdahalede bulunulmasına izin veren Alman AY m.13 fıkra 7’de ki istisnai düzenleme ise kamu güvenliğine ve düzenine yönelik acil bir tehlikeye son verme amacını taşıyan önleyici bir tedbir mahiyetindedir. Buna karşın gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, hukuki niteliği itibarıyla önleyici bir tedbir olmayıp suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra suçun aydınlatılması ve suç failinin/faillerinin yakalanması için başvurulmuş bastırıcı nitelikte bir tedbirdir. Esasen Alman CMK’ da bir tehlikenin önlenmesine yönelik değil, bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra yürütülecek sürece ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman CMK § 110c hükmünün, Alman AY m.13 fıkra 7 kapsamında da yer almadığı görülmektedir⁴⁵. Benzer şekilde Alman AY m.13 fıkra 3 ile fıkra 6 arasındaki hükümler de gizli soruşturmacı ile ilgili olmayıp bir konutta yapılan konuşmaların adli veya önleyici amaçlarla teknik bir araç kullanılarak dinlenmesi hususunu düzenlemektedir.

Öte yandan bu görüşe taraftar olan yazarlar, Alman CMK § 110c’de öngörülen “ilgilinin rızasının” da hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu yazarlardan *Eisenberg’* e göre, prensip olarak konut sahibi, konutuna kimlerin girebileceğine karar verme yetkisine sahip olduğundan, sahibinin rızasıyla konuta girilmesi durumunda, konut dokunulmazlığına

⁴⁵ Hauck, (n 6) Rn. 19; Roxin, (n 39) 43, 44; Eisenberg, (n 6) 1038; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153, 154; Schneider, (n 39) 367; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15. *Weil’e* göre, özellikle örgütlü suçluluk alanında, çoğu durumda, işlenmiş olan suçların soruşturulması ile ileride işlenecek suçların önlenmesi arasında bir ayırım yapmak zor görünmektedir. Diğer bir ifadeyle, örgütlü suçluluk söz konusu olduğunda, önleyici nitelikteki tedbirler ile bastırıcı nitelikteki tedbirlerin iç içe geçmesi mümkündür. Ancak yazar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi nüfus sayımı kararında, vatandaşların kişisel verilerinin herhangi bir sınır olmadan toplanmasının, işlenmesinin ve saklanmasının, bilgi edinme çerçevesinde kendi kaderini tayin etme hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiş ve bu hakkın korunmasına ilişkin en önemli araçlardan birinin de devletin veri toplamasının belirli bir amaçla sınırlı olması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla belirli bir amaçla toplanan veriler, herhangi bir sınıra tabi olmaksızın başka bir amaç için kullanılmamalıdır. O hâlde Alman AY m.13 fıkra 3’ün açık bir biçimde tehlikenin önlenmesi amacıyla konuta müdahalede bulunulmasına izin verdiği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, gizli soruşturmacı konuta, bir tehlikeyi önlemek için değil, bir soruşturma faaliyeti yürütmek için girdiği sürece, soruşturmacının bu faaliyetinin Alman AY m.13 fıkra 3 kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Bkz. *Weil*, (n 3) 245, 246. Buna karşılık *Rebmann’* a göre, veri toplamanın ve işlemenin tehlikeleri açısından düşünüldüğünde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi nüfus sayımı kararında olaya kişilik hakları perspektifinden bakmış ve incelemesini, devletin, vatandaşların kişisel verilerini toplu bir şekilde elde etmek için yaptığı müdahaleler ile sınırlı tutmuştur. Bu nedenle, suçların soruşturulması için şüphelilerin kişisel verilerinin elde edilmesi bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer bir anlatımla, suç soruşturması çerçevesinde bilgi toplama faaliyetinin yürütülmesi, istatistiksel amaçlarla toplu bir şekilde kişisel verilerin toplanmasından farklı bir değerlendirilme tabi tutulmalıdır. Bkz. *Rebmann*, (n 3) 4.

hukuka aykırı bir müdahalenin olduğu söylenemez. Ancak buradaki rızanın, konut dokunulmazlığına bir müdahalede bulunduğu gerçeğini değiştirmediğini belirtmek gerekir. Çünkü konutun koruma alanının kapsamı, ilgililerin inisiyatifine bırakılmamış, doğrudan Anayasa tarafından belirlenmiştir. Dolayısıyla ilgilinin rızası yalnızca konuta yönelik müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilir. Bu sebeple Alman AY m.13 fıkra 1 anlamındaki rızanın, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku tarafından ortaya konan rıza kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bakımından rızanın geçerli olabilmesi için ise hile ile sağlanmamış olması şarttır. Zira temel hak ve özgürlükler, kişilere kendilerini devlet tarafından yapılacak müdahalelere karşı koruma amacıyla sağlanan haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bir kimsenin kendisini devlet tarafından yapılacak müdahaleye karşı koruyabilmesi için öncelikle söz konusu müdahale ile ilgili bilgi sahibi olması şarttır. Oysa ilgili kişi, değiştirilmiş bir kimlik kullanan gizli soruşturmacının gerçek kimliğini bilmeden onun konuta girmesine müsaade ettiğinden, burada devletin hileye başvurduğu görülmektedir. Dolayısıyla hileye dayanan bir rıza çerçevesinde kişilerin konutuna müdahale edilmesi, hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bir duruma yol açmaktadır. Ayrıca bu yöntemin, polislerin faaliyetlerini kişilere karşı açık ve öngörülebilir biçimde yürütmesini gerektiren prensibe aykırı olduğunu da belirtmek gerekir⁴⁶.

Roxin' e göre, Alman AY m.13, kişilerin, devletin müdahalesi olmadan konutunda huzur ve sükun içerisinde bulunma (konutunda yalnız bırakılması) hakkını korumaktadır. Bu nedenle konut sahibinin, kendi rızasıyla, devlet karşısında bu hakkından feragat etmesi⁴⁷, yalnızca konutuna girmek isteyen devlet otoritesini temsil eden bir kimse olduğunu bilmesi durumunda anlam ifade edebilecektir. Aksi hâlde gösterilen rızanın hukuken bir geçerliliği olduğu söylenemeyecektir. Bu durum bir doktorun, hastasına, tıbbi müdahalenin olası sonuçları ve riskleri hakkında bilgi vermemesine benzemektedir. Nasıl ki doktorun yeterli aydınlatmayı yapmadığı hâllerde hastanın rızası olsa bile yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilemeyecekse, devletin de soruşturma faaliyetinde bulunduğunu gizlemesi hâlinde de konut sahibinin gösterdiği rıza, hu-

⁴⁶ Eisenberg, (n 6) 1038.

⁴⁷ Aksi yöndeki *Duttge'*ye göre ise hak sahibinin, bir kimsenin konutuna girmesine rıza göstermesi, kısmen dahi olsa, konut dokunulmazlığı hakkından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Çünkü burada konut sahibi, sadece kendisine anayasa ve yasalar tarafından sağlanan bir temel hakkını kullanmaktadır. Bkz. Gunnar Duttge, 'Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes', (1996) 51 (11) JZ 556, 562.

kuken geçerli sayılmayacak ve Alman AY m.13' ün ihlâli gündeme gelecektir. O hâlde Alman CMK § 110c uyarınca rızanın bulunduğu gerekçesiyle, konut dokunulmazlığına hukuka aykırı bir müdahalede bulunulmadığını savunmak, makul bir yaklaşım değildir. Gerçekten de anayasa koyucu temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran müdahalelere ilişkin genel bir hüküm koymamış, her bir temel hak ve özgürlüğe müdahale koşullarını açıkça ve ayrıca göstermiştir (numerus clausus). Bu nedenle Alman CMK § 110c'de yapıldığı gibi hileye dayanan bir rızaya binaen konuta girilebileceğinin öngörülmesi, Alman AY m.13' te düzenlenmeyen bir müdahale nedeni yaratılması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak salt gizli soruşturmacının değil, devlet otoritesini temsil eden herhangi bir görevlinin, resmi kimlikleri konusunda kişileri aldatmak suretiyle onların konutlarına girmeleri Alman AY m.13' e aykırıdır⁴⁸.

Weil da gizli soruşturmacı değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için konut sahibi tarafından verilen rızanın hukuken geçerli olmadığını savunmaktadır. Yazar bu görüşünü şu üç gerekçeye dayandırmaktadır: ilk olarak, Alman AY m.13 devletin müdahalesine karşı konutu korumayı amaçladığından, bir konuta hileye başvurularak girilmesi ile cebir kullanılarak girilmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da konuta yönelik bir müdahale söz konusudur. İkinci olarak, temel hak ve özgürlüklerin amacı, hak sahibini kendisinden daha üstün konumda olan devlete karşı korumaktır. Bu amaç ise Alman AY m.1 fıkra 3'te ifade edildiği üzere, devlet otoritesini sınırlandırmak ve temel hak ve özgürlüklere müdahale koşullarını açıkça belirlemek suretiyle yerine getirilmektedir. Dolayısıyla devletin, kişileri hile ile kandırmasına izin verilmesi, temel hak ve özgürlükleri koruyan sistemi etkisiz hâle getirecektir. Üçüncü olarak ise Alman AY m.13 tarafından güvence altına alınan konuta girilmesine yönelik rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için bunun gönüllü olarak verilmesi gerekir. Rızanın gönüllü olarak verildiğinin kabul edilebilmesi için ise ilgilinin konutuna müdahalede bulunan kişinin gerçek kimliği ve bu müdahalenin anlamı, önemi ve kapsamı hakkında bilgilendirilmiş olması şarttır. Bununla birlikte yazar, ilgilinin, konutuna giren kişi hakkında ayrıntılı bir bilgi sahibi olmayı önemsemediği istisnai durumlarda, gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle elde ettiği rızanın hukuka uygun olabileceğini belirtmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Roxin, (n 39) 43, 44. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Plagemann, (n 3) 181; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13, 14; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153; Schneider, (n 39) 366, 367.

⁴⁹ Weil, (n 3) 244, 245.

Bu görüşe taraftar olan yazarlardan farklı olarak, *Schneider* ise gizli soruşturmacının bir konuta girmesinin olağan bir durum olarak karşılanması gerektiği görüşündedir. Gerçekten de soruşturmacının konuta girmesine yönelik bir yasağın kabul edilmesi, anayasal sistemin gerektirdiği biçimde ciddi suçların soruşturulmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ve bu suçlarla mücadele bakımından bir zafiyete yol açabilecektir. Bu sebeple, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht- BVerfG), Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya aykırı olduğu şeklinde bir karar verinceye kadar soruşturma makamlarınca gizli soruşturmacının konuta girmesine yönelik bir uygulamanın yapılması anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesi göz önüne alındığında, Alman AY m.13'te yer alan ve konuta müdahaleye izin veren istisnai düzenlemeler arasına bir hüküm eklenerek, halihazırda gri bir alan oluşturulan bu konunun netliğe kavuşturulması en uygun çözüm olacaktır⁵⁰. Görüldüğü üzere, *Schneider* da Alman CMK § 110c hükmünün Alman AY m.13 ile bağdaşmadığını düşünmekte fakat pratik bazı gerekçelerle mevcut durumda gizli soruşturmacıların değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını almak suretiyle konuta girebileceğini düşünmektedir.

b. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Aykırı Olmadığını Savunan Görüş

Bu görüşe taraftar olan yazarlardan *Hilger*, esasen Alman CMK § 110c hükmünün konuta müdahale etme yetkisi veren ve Alman AY m.13 fıkra 2 ve fıkra 3'te öngörülen istisnai düzenlemelerin kapsamında yer almadığını kabul etmektedir. Yazara göre ilgili kişi, gizli soruşturmacının gerçek kimliğini bilseydi onun içeri girmesine izin vermeyeceğinden, burada ilgilinin rızasının da hukuken geçerli olmadığı düşünülebilir. Dolayısıyla soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanarak elde ettiği rıza sonucu konuta girmesinin, Alman AY m.13 fıkra 1'e de uygun olmayacağı ileri sürülebilir. Buna karşın yazara göre kanun koyucu, Alman CMK § 110c hükmüyle gizli soruşturmacıya, "üstün bir kamusal (egemen) yetki" vermediği için söz konusu hüküm Alman AY m.13'e aykırı de-

⁵⁰ Schneider, (n 39) 367. *Frister*'e göre ise değiştirilmiş kimliğini kullanarak bir konuta girmesine müsaade edilmeyen gizli soruşturmacının herhangi bir operasyonel değerinin bulunmadığı gerekçesiyle, soruşturmacının konuta girme yetkisinin olmadığı şeklindeki görüş pek sorgulanmamaktadır. Oysa kendisini yasal hükümlere dayanarak teşekkül etmiş bir topluluk olarak gören bir devlette, cezai alanlarda icra edilen soruşturma ve kovuşturma yöntemleri de anayasada belirtilen sınırlamalara uygun olarak belirlenmelidir. Bu nedenle, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi bulunmadan kullanılması mümkün değil ise o hâlde bu soruşturma yönteminden tamamen vazgeçilmesi gerekmektedir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 155.

ğildir⁵¹. Nitekim gizli soruşturmacıya ilişkin Alman CMK § 110a vd. hükümlerini ihdas eden Yasadışı Uyuşturucu Ticareti ve Diğer Organize Suçlarla Mücadele Kanunu'nda (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität- OrgKG), Alman AY m.19 fıkra 1 cümle 2 uyarınca⁵², Alman AY m.13' e herhangi bir atıfta bulunulmaması da bu görüşü destekler mahiyettedir. Ayrıca Alman CMK § 110c cümle 1'de gizli soruşturmacının ancak ilgilinin rızasını almak suretiyle bir konuta girebileceğine ilişkin düzenleme de soruşturmacının, konut dokunulmazlığına kamusal (egemen) bir müdahalede bulunmadığının diğer bir kanıtıdır. Esasen gizli soruşturmacı, kamusal otoriteye dayanan egemen bir yetki kapsamında kendi inisiyatifiyle hareket etmemekte ve özellikle konuta girme talebinde bulunmamakta, yalnızca konuta girmek amacıyla kendisinin başlatmadığı bir süreci takip etmektedir⁵³. Yine yazara göre, soruşturmacının gerçek kimliği konusunda bilgi sahibi olmadığı doğru olmakla birlikte, burada ilgili kişinin gizli soruşturmacıyı davet etmesi ile kimliğini bilmediği herhangi bir özel kişiyi davet etmesi arasında fark yoktur. Dolayısıyla soruşturmacı resmi sıfatının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak konuta girmeye çalışmamalı, maddede öngörülen sınırlamaya uygun olarak, ilgili kişi tarafından davet edildikten sonra konuta girmelidir⁵⁴. Bu sınırlamanın temel amacı ise gizli soruşturmacının faaliyet alanına belirli kısıtlamalar getirmek suretiyle, kişilerin soruşturma işlemleri sırasında göz ardı edilen birer nesne hâline getirilmelerinin önüne geçmektir⁵⁵. Nitekim Alman CMK § 110c cümle 2 ve cümle 3 de bu kanaati desteklemekte-

⁵¹ Benzer yönde bkz. Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 1. Aksi düşüncedeki *Hauck*'a göre ise gizli soruşturmacı soruşturma işlemi yapmak ve delil toplamak amacıyla bir konuta girdiğinden, Alman CMK § 110c' nin gizli soruşturmacıya konuta girme noktasında egemen bir yetki vermediği savı, ikna edici bir argüman değildir. Bkz. *Hauck*, (n 6) Rn. 13a.

⁵² Alman AY m.19 fıkra 2 cümle 1'e göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için ilgili kanunda hangi temel hak ve özgürlüğe müdahalede bulunulmasına izin verildiğinin ismen zikredilerek ve Alman AY' nin ilgili maddesine atıfta bulunularak açıkça belirtilmesi zorunludur.

⁵³ Hans Hilger, 'Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten' Anmerkung zu BGH Urteil vom 06.02.1997 - 1 StR 527/96, (1997) (9) NSTZ 448, 449.

⁵⁴ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 217. Aksi görüşte olan *Schneider*'e göre ise gizli soruşturmacı, bir soruşturma faaliyeti kapsamında konuta girdiği için Alman AY m.13'e yönelik kamu otoritesine dayanan egemen bir müdahalenin bulunduğu kabul edilmeli ve konuta girmenin ilgilinin davetiyle yapılması ile gizli soruşturmacının kendi inisiyatifiyle gerçekleşmesi arasında herhangi bir fark gözetilmemelidir. Bkz. *Schneider*, (n 39) 366.

⁵⁵ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 221; Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.160; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn.2.

dir. Gerçekten de gizli soruşturmacının konuta girmek amacıyla değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde hileli davranışlara başvurması durumunda Alman AY m.13'e yönelik bir müdahalenin varlığı söz konusu olacağından, Alman CMK § 110c cümle 2, soruşturmacının bu tür davranışlara başvurmasını yasaklamaktadır. Böylece soruşturmacının ilgili kişi üzerinde egemen bir yetki kullanmasına izin verilmemektedir. Benzer değerlendirme Alman CMK § 110c cümle 3 için de yapılabilir. Bu hüküm soruşturmacının konutta gizli bir şekilde faaliyet yürütmesine örneğin, arama yapmasına, müsaade etmediği için soruşturmacının egemen bir yetki kullandığından ve Alman AY m.13' e müdahale ettiğinden bahsedilemeyecektir⁵⁶. Esasen bu düzenleme gizli soruşturmacıya iki seçenek sunmaktadır. Buna göre, soruşturmacı ya özel bir kişi gibi davranmalı ya da gerçek kimliğini ifşa ederek faaliyette bulunmalıdır. Sonuç olarak yazara göre, gizli soruşturmacının Alman CMK § 110c cümle 2 ve 3'te öngörülen düzenlemelere uygun olarak, değiştirilmiş kimliği ile ilgilinin rızasını aldıktan sonra konuta girmesi, kamu otoritesine dayanan egemen bir yetki kullanılması anlamına gelmediği için Alman CMK § 110c anayasaya uygundur. Bu nedenle de Alman AY m.19 paragraf 1 cümle 2 uyarınca OrgKG' da değişiklik yapılarak Alman AY m.13' e atıfta bulunulması şart değildir⁵⁷.

Benzer şekilde OrgKG'nın gerekçesinde belirtilen "yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılık ilkesinin gözetildiği" şeklindeki ifadeden hareketle, kanun metnini hazırlayanlara göre de Alman CMK § 110c uyarınca soruşturmacının bir konuta girmesinin, Alman AY m.13 anlamında anayasaya aykırı olmadığı söylenmektedir⁵⁸.

⁵⁶ Aksi görüşteki *Frister ve Weil*' e göre, gizli soruşturmacının, konutta arama yapmak gibi delil araştırmasında bulunmayıp sadece gözlem yapması veya konuşulanları dinlemesinin bir önemi yoktur. Çünkü konut dokunulmazlığını düzenleyen Alman AY m.13 kural olarak, devletin bir konuta hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştireceği her türlü müdahaleyi yasaklamıştır. Bu yasak, polis memurlarının konuta fiziksel olarak girip soruşturma faaliyeti yürütmesi de dâhil olmak üzere, konutta kalmasını kapsamaktadır. Bu nedenle bir konuta giren, konutta kalan ve konuşulanlara katılmak veya dinlemek suretiyle bilgi toplayan gizli soruşturmacının Alman AY m.13 anlamında konut dokunulmazlığına yönelik müdahalede bulunduğu kabul edilmelidir. Zira konutlar prensip olarak, kamu otoriteleri için bilgi kaynağı olma niteliğinden bağışık tutulmuştur. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 153; *Weil*, (n 3) 244.

⁵⁷ *Hilger, Scheinkäufer* (n 53) 449. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Duttge*, (n 47) 561, 562.

⁵⁸ Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 151; *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn.8; *Hauck*, (n 6) Rn.12; *Hegmann*, (n 3) § 110c Rn. 1. *Plagemann*' a göre kanun koyucu, anayasa hukuku açısından ortaya çıkan bu sorunu açık bir biçimde ihlal etmek suretiyle, madde gerekçesindeki bu ifadeye yer vererek gizli soruşturmacının konuta girmesinin anayasaya uygun olduğunu belirt-

Öte yandan ne “atıf şartı” başlığını taşıyan OrgKG § 11’de ne de diğer maddelerde Alman AY m.13’ e atıfta bulunulmuştur. Esasen taslak metnin ilk hâlinde OrgKG § 11’de, Alman AY m.13’ te güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkının bu Kanun ile sınırlandırıldığından söz edilmiş ancak kanunlaşan metinde bu düzenleme yer almamıştır⁵⁹. Dolayısıyla bu durum da OrgKG tasarısını hazırlayanların, Alman CMK § 110c’nin, konut dokunulmazlığına bir müdahalede bulunmadığı ve dolayısıyla Alman AY m.13’e aykırılığın söz konusu olmadığı kanaatine sahip olduğunu göstermektedir. Çünkü aksi durumda Alman AY m.19 cümle 2 uyarınca, OrgKG’ da, Alman AY m.13’e atıfta bulunan bir düzenlemeye yer verilir⁶⁰.

Bu görüşü savunan diğer bir yazar olan *Rogall* ise ilgilinin rızasının hukuken geçersiz olduğu durumlarda⁶¹, bir temel hak ihlâline yol açmamak için yasal bir dayanağın zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede konut dokunulmazlığına müdahalede bulunulmasına izin veren istisnai düzenlemelerden biri de Alman AY m.13 fıkra 2’dir. Gerçekten de söz konusu hükme göre, açık bir kanuni düzenleme olması koşuluyla, arama yapmak amacıyla bir konuta girilmesi, hukuka aykırı bir müdahale olarak nitelendirilemez. Esasen böyle bir kanuni düzenlemeye Alman CMK §§ 102 vd.’nda yer verilmiştir. Gerçekten de gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, Alman CMK §§ 102 vd. anlamında bir “arama hazırlığı” veya “arama başlangıcı” olarak değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla yazara göre, Alman AY m.13 fıkra 2 ve Alman CMK §§ 102 vd. hükümleri,

mekle yetinmiştir. Bkz. Plagemann, (n 3) 180. *Frister ve Schneider* ise OrgKG tasarısını hazırlayanların, yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılılık ilkesinin gözetildiği gerekçesiyle, Alman CMK § 110c uyarınca soruşturmacının konuta girmesinin, Alman AY m.13 anlamında anayasaya aykırı olmadığı görüşünün tutarlı olmadığını düşünmektedir. Buna göre, Alman CMK’ da konutta yapılacak gizli operasyonlar için özel usul düzenlemeleri yer almaktadır. Gerçekten de konutta icra edilecek gizli operasyonlar, Alman AY m.13’e müdahalede bulunmuyorsa, bu hâlde, gizli soruşturmacının genel olarak erişilebilir olmayan (açık bir izin olmaksızın girilemeyen) konuta girebilmesi için mahkemeden onay alınmasını (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2) ve operasyondan sonra da ilgililere haber verilmesini (Alman CMK § 110 d cümle 1) öngören düzenlemelerin varlık nedenini izah etmek mümkün değildir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 152, 153; *Schneider*, (n 39) 366. Benzer yönde eleştiri için bkz. *Hauck*, (n 6) Rn.12, 13.

⁵⁹ Bkz. *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn.8.

⁶⁰ Buna karşın *Frister* ise Alman AY m.19 fıkra 1 cümle 2 uyarınca, OrgKG’ da, Alman AY m.13’ e açık bir atıf yapılmadığından, Alman CMK § 110c hükmü anayasaya aykırı olduğu kanaatindedir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 153.

⁶¹ Yazar, gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle ilgilinin rızasını alması hâlinde, bu rızanın hukuken geçersiz olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, eserinde yaptığı açıklamalardan hareketle, bu görüşte olduğunu düşünmekteyiz.

gizli soruşturmacının konuta girmesinin yasal dayanağını teşkil ettiğinden, burada anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır⁶².

3. Yargının Konuya Yaklaşımı

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1997 yılında verdiği bir kararda, öncelikle konu ile ilgili öğretide savunulan karşıt görüşlere yer vermiş ve konuya ilişkin içtihat hukukunda da henüz bir karar verilmediğini ifade etmiştir. Ardından kanun koyucunun Alman CMK § 110c hükmünü tesis ederken konu ile ilgili net bir açıklama yapmadığını, Alman AY m.19 paragraf 1 cümle 2 hükmü uyarınca Alman AY m.13' e herhangi bir atıfta bulunmadığını ve yalnızca OrgKG'nın gerekçesinde "yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılılık ilkesinin gözetildiği" şeklinde bir ifadeye yer verdiğini belirtmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, her ne kadar OrgKG' de, Alman AY m.13' e herhangi bir atıf yapılmamış olsa da kanun koyucunun Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'de öngördüğü adli denetim mekanizması ile Alman AY m.13 fıkra 2'de yer alan sınırlama sebebine yakın bir hüküm oluşturduğu görüşündedir. Dolayısıyla Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için mahkemenin onayının aranmasını, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli bir güvence olarak kabul ettiği söylenebilir.

Öte yandan Yüksek Mahkeme aynı kararda, ilgili kişi tarafından konuta girilmesine rıza gösterilmesinin, temel hak ihlâlini reddetmek için bir sebep teşkil edebileceğini değerlendirmiştir. Ancak anayasa hukuku ile ceza hukuku kapsamında korunan alanların farklılık gösterebileceği gerekçesiyle, bu değerlendirmeyi, ilgilinin rızasının StGB § 123' te düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun oluşmasını engellemesi durumu ile karşılaştırmanın her durumda isabetli olmayabileceği hususunu da eklemiştir.

⁶² Rogall, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 853. Aksi kanaatte olan *Weil* ise gizli soruşturmacının konuta girmesinin, ileride icra edilecek arama işlemine hazırlık olarak veya arama başlangıcı olarak nitelendirilmesini isabetli bulmamaktadır. Çünkü soruşturmacının konuta girmesinden sonra, orada herhangi bir arama işlemi yapılıp yapılmayacağı henüz belli değildir. Ayrıca bu görüş, gizli soruşturmacının konuta yönelik hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirdiği müdahalenin meşrulaştırılması anlamına geleceği için makul değildir. Bkz. *Weil*, (n 3) 245, 246. *Weisser* de gizli soruşturmacının konuta girmesinin, arama başlangıcı veya arama hazırlığı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Çünkü burada gizlenen bir kişinin yahut eşyanın ortaya çıkarılması gibi bir amaç olmadığı gibi arama, muhatabın bilgisi dâhilinde icra edilen açık bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. *Weisser*, (n 3) 61.

Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, tüm bu tespitlerden sonra kendi görüşüne ilişkin bir değerlendirme yapmadan sorunun cevabını açık bırakmayı tercih etmiştir⁶³. Ayrıca yaptığımız araştırmalar neticesinde, bugüne kadar konunun Alman Federal Anayasa Mahkemesi' ne taşındığına ilişkin bir bilgiye de rastlanmamıştır.

III. Türk Hukukundaki Durum

A. Genel Olarak

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda gizli soruşturmacının konuta girebileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten de gizli soruşturmacıya ilişkin yasal düzenleme olan CMK m. 139' da konu ile ilgili özel bir hüküm sevk edilmemiştir. İşte bu durum Türk öğretisinde gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda tartışmaların yaşanmasına ve bu çerçevede çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Aşağıda bu görüşler incelenecektir.

B. Öğretideki Görüşler

1. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Olmadığını Savunan Görüş

Öğretideki hâkim görüşe göre, konut dokunulmazlığına müdahale oluşturduğundan, bir konuta girilebilmesi için açık bir kanun hükmünün var olması şarttır. Her ne kadar CMK m.139/4' te gizli soruşturmacının görevlendirildiği örgütün işlediği suçlara ilişkin olarak her türlü araştırmada bulunabileceği ve delil toplayabileceği belirtilmiş ise de söz konusu maddede soruşturmacının konuta girme yetkisinin olduğuna dair bir ifade yoktur. Dolayısıyla CMK' da konu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmadığı için gizli soruşturmacının gerek şüphelilerin gerekse de üçüncü kişilerin konutuna girme yetkisine sahip olmadığını kabul etmek gerekir⁶⁴. Ayrıca gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi de bu kabulde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü soruşturmacı gerçek kimliğini gizleyen değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için, burada ilgilinin rızası hile ile alınmış olacağından, bu rıza TCK m.26/2 anlamında geçersiz sayılacaktır⁶⁵. O hâlde, gizli soruşturmacının değişti-

⁶³ Bkz. BGH 527 96 (NStZ 1997 448).

⁶⁴ Erdem, (n 1) 199, 200; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576. Benzer görüş için bkz. Özaydın, (n 1) 499; Sanıvar, (n 1) 439; Işık, (n 1) 392, 393; Yüksel, (n 1) 294; Dikkat, (n 1) 117; Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61.

⁶⁵ Erdem, (n 1) 200; Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61; Bingöl, (n 2) 66.

rılmış kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını almak suretiyle konuta girebilme yetkisine sahip olabilmesi için CMK m.139' a, Alman CMK § 110c' ye benzer bir hüküm eklenmelidir⁶⁶.

Bu görüşü savunan *Turhan* ise CMK' da, Alman CMK § 110c'ye benzer bir düzenleme olmadığı tespitinde bulunduktan sonra, gizli soruşturmacının ancak hâkim kararı ile konuta girebileceğini belirtmektedir. Ancak Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenlemenin bulunmaması, soruşturmacının başkasına ait konuta giremeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Ancak yazar, bu durumu eleştirmekte ve başkasının konuta girme yetkisi bulunmayan bir gizli soruşturmacının, örgütün güvenini kazanarak görevini yerine getirmesinin de pek mümkün gözükmediğini belirtmektedir⁶⁷.

2. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Sınırlı Olduğunu Savunan Görüş

Ünver ve Hakeri' ye göre, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu, konutuna girecek kişi göz önüne alınarak ikili bir ayırım yapılmak suretiyle değerlendirilmelidir. Buna göre, gizli soruşturmacının tedbirin uygulandığı şüphelilerin konutuna girme yetkisi yoktur. Çünkü bu kişilerin, gizli soruşturmacının konutlarına girmesine rıza göstermesi pek olası görünmemektedir. Esasen rıza gösterebilirler bile, şüpheli/sanık haklarının güvenceye alınması maksadıyla, ceza muhakemesi sürecinde uygulanan tedbirlerin bazı şart ve teminatlarla kabul edilmesi ve rızanın bu şartlardan birini veya birkaçını ortadan kaldırdığının kanunda açıkça belirtilmemiş olması sebebiyle, söz konusu rıza hukuken geçerli sayılamaz. Buna karşılık gizli soruşturmacının tedbirin muhatabı olan şüphelilerin dışındaki üçüncü kişilerin konutlarına bu kişilerin rızasını almak suretiyle girebilmesi mümkündür. Çünkü bu durumda üçüncü kişinin rızası, TCK m.26/2 anlamında ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde geçerli kabul edilecektir⁶⁸.

⁶⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576; Bingül, (n 2) 66; Dikkaş (n 52) 118; Müge Aydın, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021) 78.

⁶⁷ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Asil Yayın Dağıtım 2006) 278. Benzer eleştiri için bkz. Yüksel, (n 1) 294; Sanıvar, (n 1) 439.

⁶⁸ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19.Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 482, 483.

3. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşe taraftar olan *Nuhoğlu*, her ne kadar mevcut durumda CMK' da konu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle, ilgilinin rızasını elde ederek bir konuta girme yetkisinin bulunduğu kanaatindedir. Ayrıca yazar, söz konusu rızanın hile ile elde edilmemesi gerektiğini de belirtmektedir⁶⁹. Yine yazara göre, ilgilinin rızası ile konuta girmek, gizli soruşturmacıya delil araştırma ve toplama yetkisi vermektedir. Ancak soruşturmacı, konutta delil toplarken kanunda belirtilen delil yasaklarına uymak zorundadır. Bu kapsamda örneğin, CMK m.140/5'e göre konut içerisinde teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamayacağından, soruşturmacı konuta bir cihaz yerleştirerek ses ve/veya görüntü kaydı alamayacaktır⁷⁰.

Eryılmaz' a göre ise gizli soruşturmacı, örgüte ilişkin her türlü araştırmayı yapmak ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri elde etmek amacıyla görevlendirildiğinden, soruşturmacının, örgütün ve örgüt üyelerinin her türlü faaliyetlerini izlemesi gerekli olup bu çerçevede örgütün faaliyet yürüttüğü her yerde bulunma yetkisi de vardır. Dolayısıyla CMK m.139' a göre görevlendirilen bir gizli soruşturmacı, ayrıca bir karara ihtiyaç bulunmaksızın, örgütün faaliyet gösterdiği konut, işyeri gibi kamuya açık olmayan yerlere de girebilecektir⁷¹.

IV. Konu ile İlgili Değerlendirmelerimiz

A. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Bulunup Bulunmadığına İlişkin Görüşümüz

1. Genel Olarak

Türk öğretisinde gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığının tartışmalı olmasının temel sebebi, gizli soruşturmacı görevlendi-

⁶⁹ Ayşe Nuhoğlu, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı (C.2, 2008) 1064. Esasen gizli soruşturmacının ilgilinin rızasını kendisine verilen değiştirilmiş kimliğini kullanarak alması da bir tür "hile" olarak değerlendirilebileceği için, yazarın burada Alman CMK § 110c cümle 2'de yer alan düzenlemede olduğu gibi, soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmanın ötesinde başka bir hileli davranışta bulunamayacağını kastettiği söylenebilir.

⁷⁰ Nuhoğlu, (n 69) 1064.

⁷¹ Bkz. Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Seçkin Yayınevi 2012) 544.

rilmesi tedbirinin kanuni dayanağı olan CMK m.139' da, Alman CMK §§ 110b paragraf 2 bent 2 ve 110c'de olduğu gibi, konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa konuta girme yetkisi bulunmayan bir gizli soruşturmacının görevini yerine getirmesi pek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla CMK m.139' da açık bir hüküm sevk edilmemiş olsa da, amaçsal yorum yöntemini kullanarak, gizli soruşturmacının CMK m.139/1, CMK m.139/2 ve CMK m.139/4 çerçevesinde, “görevlendirme kararında konuta girme yetkisinin bulunduğu açıkça belirtilmesi” ve “değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi” şartıyla, konuta girme yetkisine sahip olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, AY m.13 hükmü⁷² ve konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları⁷³ dikkate alındığında, öğretilerde yaşanan tartışmaların ve uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi açısından, Alman hukukunda olduğu gibi, CMK m.139' da değişiklik yapılarak, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunduğuna ilişkin özel bir hüküm eklenmesinin en isabetli çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

2. Sulh Ceza Hâkiminin Görevlendirme Kararında Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Olduğunu Açıkça Belirtmesi

CMK m.139' da konuya ilişkin açık bir hüküm sevk edilmemiş olsa da gizli soruşturmacının CMK m.139/4 çerçevesinde konuta girme yetkisine sahip olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de CMK m.139/4 ile soruşturmacıya görevi kapsamında, “her türlü araştırmada bulunma ve delil toplama” yetkisi verilmiş-

⁷² Söz konusu maddeye göre, “**temel hak ve hürriyetler**, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak **kanunla sınırlanabilir.**”

⁷³ “...Anayasa uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekir. **Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre de, Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan kanunilik ölçütünün karşılanması için müdahale şekli anlamda bir kanuna dayanmalıdır. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır. Kanunun bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlama, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir...**” Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/38953, 23.07.2020.

tir. Söz konusu maddede, açık bir şekilde konuta girme hususundan bahsedilmediği doğrudur. Ancak gizli soruşturmacı konuta, araştırma ve delil toplama faaliyetinin bir parçası olarak girdiğinden, CMK m.139/4 ile tanınan her türlü araştırmada bulunma ve delil toplama yetkisinin, konuta girmeyi de kapsadığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte, AY m.21'e göre, "*Kimsenin konutuna dokunulamaz... Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi ... veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça ... kimsenin konutuna girilemez.*" Dolayısıyla bu hüküm, konuta müdahalede bulunulabilmesi için hâkim tarafından özel olarak konuta girme yetkisi veren bir kararın bulunmasını zorunlu gördüğünden, gizli soruşturmacının konuta girebilmesi için CMK m.139/1 uyarınca sulh ceza hâkimi tarafından verilen genel görevlendirme kararının yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle sulh ceza hâkiminin, CMK m.139/1 kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verirken, CMK m.139/4 çerçevesinde soruşturmacının konuta girebilme yetkisinin bulunduğunu özel olarak belirtmesi şarttır. Ancak bu durumda da gizli soruşturmacıya verilen konuta girme yetkisinin nasıl sınırlandırılacağı meselesi gündeme gelmektedir. Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yalnızca bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olup bu tedbire önleyici amaçla başvurulması ise kabul edilmemiştir⁷⁴. Gerçekten de CMK m.139/1 ve CMK m.139/4'ten de anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacıya kural olarak belirli bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen/işlenmekte olan suçlarla ilgili araştırma yapmak ve delil toplamak amacıyla başvurulduğundan, sulh ceza hâkiminin görevlendirme kararında, soruşturma kapsamında tespit edilen örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesi olan şüphelilere de yer vermesi gerekmektedir.

⁷⁴ Veli Özer Özbek, 'Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (2014) 2 (1-2) CKHD 135, 146; Alptekin, (n 1) 54; Bingül, (n 2) 34; Aydın, (n 66) 12; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 415. Aksi görüşteki *Centel ve Zafer*' e göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hem adli hem de önleyici bir niteliğe sahiptir. Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20.Bası, Beta Yayıncılık 2021) 521. Oysa 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) Ek madde 7'de, önleyici amaçla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (fıkra 2) ve teknik araçlarla izleme (fıkra 6) tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmişken, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine yer verilmemiştir. Buna karşın Alman Federal Polis Kanunu (Bundespolizeigesetz- BPolG) § 28, Federal Kriminal Polis Kanunu (Bundeskriminalamtgesetz- BKAG) § 45, Federal Anayasayı Koruma Kanunu (Bundesverfassungsschutzgesetz- BVerfSchG) § 9a ve bazı eyalet polis kanunlarında örneğin, Schleswig-Holstein Eyaleti İdari Kanunu (Landesverwaltungsgesetz- LVwG) § 185 hükümleri uyarınca önleyici polis faaliyeti kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir.

tedir⁷⁵. Dolayısıyla konuta girme yetkisinin söz konusu şüphelilerin konutları ile sınırlı tutulması düşünülebilir. Fakat soruşturmacı görevlendirilirken şüphelilerin henüz varlığından haberdar olunmayan konutları bulunabileceği gibi, üçüncü kişilerin konutlarına girme ihtiyacı da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla burada asıl sorun, gizli soruşturmacının, henüz tespit edilmemiş konutlara girme yetkisinin nasıl belirleneceğidir. İşte Alman öğretisinde görevlendirme kararında girilmesine izin verilen konutların ayrıntılı bir biçimde belirtilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacıya konuta girme konusunda genel bir yetki verilebileceği savunulmaktadır⁷⁶. Ancak gizli soruşturmacıya herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin konutuna girebileceğine ilişkin genel bir yetki verilmesini, temel hak ve özgürlüklere müdahalede gözetilmesi gereken orantılılık ilkesi ile bağdaştırmak güç görünmektedir. Bu sakıncayı gidermek için bazı yazarlar, soruşturmacıya konuta girme hususundaki genel yetkinin somut olayın kesinlikle gerekli kıldığı durumlarda sınırlı olarak verilebileceğini belirtmektedir⁷⁷. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında gizli soruşturmacıya ancak sıkı koşullar çerçevesinde henüz varlığı bilinmeyen konutlara girebilme izni verilebileceğine hükmetmiştir⁷⁸. Dolayısıyla Alman Fe-

⁷⁵ Yürütülen soruşturma faaliyeti çerçevesinde her olayda örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesinin gerçek kimliğiyle tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Dolayısıyla gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için söz konusu şüphelilerin ismen bilinmesinin şart olmayıp bir birey olarak teşhis edilmesinin (bireyselleştirme) yeterli olduğu söylenebilir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 16; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 5; Hegmann, (n 3) Rn. 3.

⁷⁶ Hauschild, (n 3) Rn. 19; Hauck, (n 6) Rn. 12; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

⁷⁷ Hauschild, (n 3) Rn. 19. *Henrichs ve Weingast* ise Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'nin lafzını ve amacını göz önüne alarak, hükmün sadece belirli bir ya da birden fazla konuta girme yetkisinden söz etmediği, aksine soruşturmacıya, sınırlı bir süre için konutlara girme hususunda genel bir yetki verdiği görüşündedir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

⁷⁸ "...Hakime sunulan formda "Bu nedenle Alman CMK § 110a paragraf 1 cümle 4'e göre önemli bir suç işlendiğine dair şüphe bulunmaktadır" ifadesi yer almaktadır. Operasyonun gerekliliği altı çizilerek gerekçelendirilmiştir: (gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulmaksızın) soruşturmada sonuç alınması imkansız ya da önemli ölçüde daha zordur. **Operasyonun yapılacağı üç şehir belirtilmiştir. Daha sonra da "Bu operasyon sırasında gizli soruşturmacının muhtemelen henüz bilinmeyen konutlara (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 anlamında) girmek zorunda kalacağı göz ardı edilemez" denilmiştir...**Sistematik olarak, Anayasanın 13. maddesi göz önüne alındığında, gizli soruşturmacının bilinmeyen bir ya da birden fazla konuta girebildiği bu tür operasyonlara rıza gösterilmesi (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent), Anayasa § 13 paragraf 2 göz önüne alındığında, Alman CMK § 105 çerçevesinde bir arama emrinden daha düşük şartlara tabi tutulamaz...Bu gerekçelendirme yükümlülüğü, burada olduğu gibi, belirli bir şüpheliye karşı uygulanan tedbirin, aynı zamanda yaşamın en kişisel alanına müdahale etmesi ve ilgili kişiler için muhtemelen telafisi mümkün olmayan zararlara yol açması durumunda daha da sıkı uygulanmalıdır..." BGH 685 95 (NStZ 1997 249).

deral Yüksek Mahkemesi'nin katı bir gerekçelendirme yükümlülüğü altında, soruşturmacıya konuta girme konusunda genel bir yetki verilmesini hukuka uygun bulduğu söylenebilir.

Kanaatimizce de soruşturmacının girebileceği konutların önceden belirlenmesi mümkün olmadığından, görevlendirme kararında soruşturmacıya konutlara girebileceği konusunda “görevlendirildiği örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili araştırmada bulunmak ve delil toplamak amacıyla konuta girebilir” şeklinde genel bir yetki verilmesi, en uygun çözümdür. Ancak bu kabulün orantılılık ilkesi açısından yaratacağı sakıncayı gidermek ve toplumsal hayatı ciddi şekilde tehdit eden suçların soruşturulması noktasındaki kamusal menfaat ile şüphelilerin ve/ya da üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması konusundaki bireysel menfaati arasında denge kurulması açısından şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir:

- Gizli soruşturmacıya genel olarak konuta girme yetkisi ancak gerekçesi kararda açıklanmak ve somut olayın koşullarının zorunlu kılması hâliyle sınırlı olmak şartıyla verilmelidir. Dolayısıyla her görevlendirmede otomatikman böyle bir genel yetki tanınmamalıdır.
- Görevlendirme kararında mümkün olduğunca girilmesi muhtemel olan konutlar tarif edilerek sınırlandırılmalıdır. Bu çerçevede, CMK m.139/4' e göre soruşturmacı prensip olarak, örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili araştırmada bulunma ve delil toplamak için görevlendirildiğinden, “soruşturmacıya verilen konuta girme yetkisinin, şüpheliler ve/veya bunların doğrudan bağlantı hâlinde olduğu üçüncü kişilerce kullanılan konutları kapsayacağını” düşünmekteyiz⁷⁹. Dolayısıyla gizli soruşturmacı kendisine tanınan konuta girme yetkisini, bu yetkinin sınırlarına uygun bir şekilde kullanmalıdır. Buna göre örneğin, gizli soruşturmacı (G), (A) suç örgütünün çökertilmesi amacıyla görevlendirilir ve ardından örgüte sızar. Bir gün örgüt yöneticisi (Ö), silah taciri olan (B) isimli bir şahsın konutuna gidip ondan silah alacaklarını söyler. Bu durumda (G), (B)'nin konutuna girebilecek ve (G)'nin, konut içerisinde görevlendirildiği örgüt ile ilgili elde ettiği

⁷⁹ *Hauschild ile Henrichs ve Weingast* de hâkimin kararında gizli soruşturmacının girmesi mümkün görülen konutları mümkün olduğunca somutlaştırarak, “şüpheli/şüpheliler ya da bunların doğrudan bağlantı hâlinde bulunduğu kişiler tarafından kullanılan konutlar” şeklinde bir sınırlandırma öngörmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 19; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

deliller, muhakemede kullanılabilir⁸⁰. Buna karşın eğer üçüncü kişi, görevlendirme kararında belirtilen şüphelilerin faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı değil ise CMK m.139/4 çerçevesinde soruşturmacının bu kişi ile ilgili araştırmada bulunma ve delil elde etme yetkisi bulunmadığından, onun konutuna da giremeyeceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda örneğin, uyuşturucu ticareti yapan (T) isimli bir suç örgütüne sızan gizli soruşturmacı (P), örgüt üyesi (Ü)'den, (T) örgütü ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan, (Y) tarafından kurulup yönetilen ve göçmen kaçakçılığı işi ile uğraşan bir suç örgütü olduğunu öğrenir. İşte burada (P), spesifik olarak (T) isimli suç örgütü hakkında araştırma yapıp delil toplamak için görevlendirildiğinden, (Y)'nin konutuna girme yetkisine sahip değildir. Bu durumda (Y)'nin yönettiği suç örgütü hakkında soruşturma başlatılıp CMK m.139'da yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde, ayrı bir gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı verilmelidir.

2. İlgilinin Rızasının Bulunması

AY m.21, CMK m.139/1 ve m.139/4 çerçevesinde gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için hâkim tarafından bu konuda özel olarak yetkilendirilmesinin gerekli fakat tek başına yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü bu düzenlemeler çerçevesinde soruşturmacıya “bir konuta gizlice müdahalede bulunma yetkisi” verilmediğinden, soruşturmacı ancak ilgilinin rızası ile konuta girebilecektir. Dolayısıyla gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için Alman hukukundaki gibi Türk hukukunda da hâkim kararının bulunması ve ilgilinin rızasının elde edilmesi şartlarının bir arada olması gerektiği kanaatindeyiz⁸¹.

⁸⁰ Kanaatimizce (B) hakkında elde edilen deliller ise “tesadüfen elde edilen delil” olarak nitelendirilecektir. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti konusunda açık bir düzenleme olmadığından, söz konusu deliller muhakemede kullanılamamakla birlikte, (B) ile ilgili soruşturma açılması ve koruma tedbirlerine başvurulması için dayanak teşkil edebilecektir. Benzer yönde bkz. Ersan Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, (6.Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 276; Yasin Sezer, Ali İhsan İpek ve Engin Parlak, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme*, (Seçkin Yayınevi 2012) 241; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 513. *Canpolat'a* göre ise CMK' da, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delillere ilişkin açık bir düzenleme olmadığından, elde edilen delil, CMK m.139/7'de düzenlenen katalog suçlardan birine ait olsun veya olmasın, muhakeme sürecinde hiçbir şekilde kullanılamayacaktır. Bkz. Can Canpolat, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Uluslararası Hukuk Kongresi: Güncel Temalar & Başlıklar, Samsun, 05-09.12.2018) 314.

⁸¹ *Yenisey ve Nuhoğlu* da eserlerinde gizli soruşturmacının ancak değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle ilgilinin rızasını aldıktan sonra konuta girebileceğini belirtmekte ve bu görüşle-

Bununla birlikte, soruşturmacı değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için ilgilinin rızasının hukuken geçerli sayılamayacağı ve bu nedenle soruşturmacının konuta girmesinin hukuka aykırı olacağı yönündeki değerlendirmelere katılmadığımızı belirtmek gerekir. Esasen ilgili kişinin, soruşturmacının gerçek kimliğini bilmediği doğru olup bu bilgiye sahip olsaydı, konutuna girilmesine rıza göstermeyeceği de kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla soruşturmacının, ilgilinin rızasını elde ederken “hileye” başvurduğu hususunda tereddüt yoktur⁸². Oysa TCK m.26/2’ ye göre, ilgilinin rızasının hukuken geçerli sayılabilmesi için hile ile elde edilmiş olması gerektiği gibi⁸³, CMK m.148’de de aldatmanın yasak bir delil elde etme yöntemi olarak kabul edildiği söylenebilir. Ancak kanun koyucu CMK m.139/2 ile soruşturmacıya, değiştirilmiş bir kimlik kullanma ve bu kimlikle hukuki işlemlerde bulunma yetkisi tanımak suretiyle, soruşturmacının hile unsuruna başvurmasına izin vermiştir. Esasen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, toplumsal hayatı ciddi şekilde bozan örgütlü suçlarla mücadelede arama, el koyma, tutuklama gibi açık koruma tedbirlerinin yetersiz kalması nedeniyle ihdas edilen gizli bir koruma tedbir olduğundan⁸⁴, soruşturmacının değişti-

rini de Alman CMK 110c’ ye dayandırmaktadır. Oysa Alman CMK § 110c’ye benzer bir düzenlemeye CMK’ da yer verilmemiştir. Öte yandan yazarlar, açıkça herhangi bir kanuni dayanağa atıfta bulunmadan gizli soruşturmacının açık bir rıza ile girilebilen bir konuta ancak hâkimin onayı ile girebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca gecikmede sakınca var ise savcılığın onayının yeterli olduğunu ve savcının onayının da zamanında alınamaması söz konusu ise işlem yapıldıktan sonra (soruşturmacı konuta girdikten sonra) onayın geciktirilmeksizin alınacağını eklemektedir. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 511, 512. Oysa son anılan hüküm, Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 cümle 1 ve cümle 4 arasında düzenlenmekte olup benzer bir düzenleme CMK’ da bulunmamaktadır. Söz gelimi CMK m.139, gizli soruşturmacının yalnızca sulh ceza hâkimi tarafından görevlendirileceğini kabul etmiş ve gecikmesinde sakınca olan bir hâlin varlığı durumunda bile savcıya yetki vermemiştir.

⁸² Reşit Karaaslan, ‘Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği - İfade Almada Yasak Usul Olan “Aldatma” Örneği Üzerinden Bir İnceleme’, (2021) XXV (2) AHBVÜHFD 555, 575; Arndt Sinn, ‘Karanlık Ağda Soruşturma’ (Çeviren: Nilüfer Köker) (2018) (104) Fasikül Hukuk Dergisi 16, 22.

⁸³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 298; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 353.

⁸⁴ Özbek, ‘Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu’ (n 74) 135; Canpolat, (n 80) 298; Atacan Köksal, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (2016) 65 (4) AÜHFD 2133, 2134, 2135, 2139; Yunus Emre Bağlar, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (2021) 16 (180) THD 1474, 1475; Abdullah Batuhan Baytaş, ‘Gizli Soruşturmacı’, 7.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletin Korunması” Tebliğler, (Ed. Adem Sözüer) (On İki Levha Yayıncılık 2022) 1, 4; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5.Bası, Seçkin Yayınevi 2022) 332; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 219; Yüksel, (n 1) 292; Engin Parlak, ‘Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bir Bakış’

rilmiş bir kimlik kullanması, tedbirin niteliğinden kaynaklanmaktadır⁸⁵. Aksi durumda tedbirden elde edilmesi umulan amaca ulaşılması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla CMK m.139/2 soruşturmacıya görevini yerine getirirken değiştirilmiş kimlik kullanma yetkisi verdiğinden, soruşturmacının bu kimlikle ilgilinin rızasını alıp konuta girmesinin, TCK m.26/2 anlamında hukuka aykırı olmadığı ve CMK m.148 çerçevesinde aldatma olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz⁸⁶. Esasen öğretideki aksi görüşün savunulması hâlinde, gizli soruştur-

(2010) 5 (48) THD 25, 25; Işık, (n 1) 388; Sanıvar, (n 1) 404; Özaydın, (n 1) 493; Aydın, (n 66) 12; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14.Bası, Seçkin Yayınevi 2023) 388; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, (Beta Yayıncılık, 2015) 258. Aksi görüşteki *Centel ve Zafer*'e göre ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, bir koruma tedbiri niteliğinde olmayıp delil elde etmek için uygulanan bir araştırma vasıtasıdır. Bkz. *Centel ve Zafer*, (n 74) 522.

⁸⁵ *Hilger*, değiştirilmiş kimlik kullanmayan bir kimsenin gizli soruşturmacı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. *Hilger*, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 209. *Hauschild* de değiştirilmiş kimlik kullanımının gizli soruşturmacının görevlendirilmesi için temel teşkil ettiği görüşündedir. Bkz. *Hauschild*, § 110c (n 3) Rn. 26. *Baytaz* da değiştirilmiş kimlik kullanmayı, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri için olmazsa olmaz bir durum olarak nitelendirmektedir. Bkz. *Baytaz*, (n 84) 5, 18, 19. *Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır* ise değiştirilmiş kimlik kullanımının, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini, diğer koruma tedbirlerinden ayıran unsur olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (6.Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 541. Benzer yönde diğer görüşler için bkz. *Rogall*, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 849; *Michael Soiné*, 'Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren' (2010) 11 NSTz 596, 599; *Özbek*, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 136; *Köksal*, (n 84) 2143; *Bağlar*, (n 84) 1483; *Canpolat*, (n 80) 304; *Hasan Sınar ve Efser Erden*, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine İlişkin Bir AİHM Kararı Bykov V. Rusya' (2010) 2 (13) 30, 31; *Işık*, (n 1) 397; *Bingül*, (n 2) 53; *Baytaz*, (n 84) 5; *Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç*, (n 84) 339, 342; *Yenisey ve Nuhoğlu*, (n 80) 510; *Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok*, (n 1) 574; *Doğan Soyaslan*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (8.Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 289; *Osman Şahin*, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE 2019) 42, 43.

⁸⁶ CMK m.148 ve bu hükmün karşılığı olan Alman CMK § 136a ifade alma veya sorgu sırasında uygulanması yasak usulleri düzenlemektedir. Ancak öğretinin çoğunluğu, gizli soruşturmacının şüpheliden bilgi almak için yürüttüğü faaliyetin, CMK m.147 ve Alman CMK § 136 anlamında bir ifade alma ve sorgu olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir. Bkz. *Plagemann*, (n 3) 183; *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn. 31; *Henrichs ve Weingast*, (n 3) § 110c Rn 17; *Plagemann*, (n 3) 182, 183; *Ellen Schlüchter*, 'V-Mann-Aussage zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten' Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (1995) 7 NSTz 354, 355; *Mahmut Gökçınar*, 'Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması' (2023) 31 (2) SÜHFD 665, 672, 673; *Bağlar*, (n 84) 1487; *Yenisey ve Nuhoğlu*, (n 80) 514. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi (Großer Senat für Strafsachen) de bir kararında gizli soruşturmacının bu faaliyetinin, Alman CMK § 136 anlamında bir ifade alma işlemi olarak değerlendirilemeyeceğine, "ifade alma benzeri bir işlem (Vernehmungsfähnliches Gespräch-Situation)" olarak nitelendirileceğine karar vermiştir. Bkz. *BGHGSSt 1 96* (NJW 1996 2941). Bununla birlikte, öğretide gizli soruşturmacının da CMK m.148 ve Alman CMK § 136a' da belirtilen yasak ifade veya

macının hukuka uygun delil toplama imkânı olmayacak ve elde edilen delillerin tamamının hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Çünkü gizli soruşturmacı bütün işlemlerinde değiştirilmiş kimlik kullanmaktadır. Bu çerçevede örneğin, örgüt yöneticisinin, bir sohbet esnasında soruşturmacıya, örgütün işlediği suçları anlatması olayında, eğer yönetici, soruşturmacının gerçek kimliğinden haberdar olsaydı, bu bilgiyi paylaşmayacağı için, burada söz konusu bilgi hile ile elde edilmiş olacağından, AY m.38/5 uyarınca nemo tenetur ipsum accusare ilkesine⁸⁷ aykırı kabul edilerek muhakemede kullanılmayacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

Konu ile ilgili değinilmesi gereken son husus ise gizli soruşturmacının, ilgili kişinin konutta olmadığı esnada konuta girmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, soruşturmacının konuta gizlice girme yetkisinin

sorgu usullerine başvuramayacağı ancak salt değiştirilmiş kimlik kullanmasının CMK m.148 ve Alman CMK § 136a anlamında bir “aldatma” olarak kabul edilemeyeceği görüşü hâkimdir. Bkz. Plagemann, (n 3) 184; Hauck, (n 6) § 110c Rn.8; Karaaslan, (n 82) 575; Klaus Rogall, ‘Selbstbelastungsfreiheit und Vernehmungssähnliche Befragung durch Verdeckten Ermittler’, Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/04, (2008) 2 NSTZ 110, 111; Hauschild, (n 3) §§ Rn. 32a, 110c Rn. 35,; Mark A. Zöllner, ‘Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler’ (2014) 2 (1-2) 85, 98; Friedrich Dencker, ‘Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren’ (1994) 2 StV 667, 681, 682; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 20; Bijan Nowrousian, ‘Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden?’ (2015) 11 NSTZ 625, 625, 626; Frister, *Handbuch* (n 27) Rn. 326, 327; Rogall, ‘Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler’ (n 3) 851; Bağlar, (n 84) 1487. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi de bir kararında benzer yönde hüküm kurmuştur. Bkz. BGHGSt 1 96 (NJW 1996 2942). *Yenisey ve Nuhoglu* ise gizli soruşturmacının bilgi elde etmek için yaptığı faaliyetin ifade alma olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle, CMK m.148 ve Alman CMK § 136a’ da ki yasak yöntemlerin gizli soruşturmacı açısından geçerli olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu, (n 80) 514. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira bu görüşün kabul edilmesi durumunda, gizli soruşturmacının, şüpheliye, örneğin, ilaç vermesi, işkence yapması, fiziki müdahalede bulunması hukuka uygun ve meşru bir yöntem olarak değerlendirilecektir.

⁸⁷ Nitekim öğretilerde isabetli bir şekilde soruşturmacının, şüpheli üzerinde cebir veya tehdit gibi herhangi bir maddi ya da manevi baskı uygulamadan, salt gerçek kimliğini gizleyen değiştirilmiş kimlik kullanmak suretiyle, şüpheliden kendini suçlayıcı beyanlar almasının, nemo tenetur ipsum accusare ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Plagemann, (n 3) 184, 185; Nowrousian, (n 86) 626, 627; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 18; Z. Özen İnci, ‘Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler’ (2017) 7 (2) Hacettepe HFD 119, 156; Bağlar, (n 84) 1487. *Toprak* da Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin uygulamasının, gizli soruşturmacı kullanımının tek başına nemo tenetur ipsum accusare ilkesini ihlâl etmediği şeklinde olduğunu bildirmektedir. Bkz. Ufuk Toprak, ‘Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış’ (2011) 1 (7) TAAD 257, 269.

bulunmadığı hususunda bir tartışma yoktur. Buna göre, soruşturmacının konuta girebilmesi için ilgilinin rızasının bulunması şarttır. Dolayısıyla burada yasak olan şey, soruşturmacının konuta, ilgilinin rızası dışında müdahale etmesidir. O hâlde kanaatimizce ilgilinin bilgisi dâhilinde olmak koşuluyla, soruşturmacının onun bulunmadığı bir sırada konuta girmesi mümkündür⁸⁸. Diğer bir ifadeyle, soruşturmacının, konuta mutlaka ilgilinin de konutta olduğu sırada girmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, konuta girmek için değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde bir hile kullanılmamalı ve konuta girme amacının dışında davranışlarda bulunulmamalıdır⁸⁹. Bu kapsamda örneğin, örgüt yöneticisinin, gizli soruşturmacıyı arayarak ondan işyerinin gizli bölümünde yer alan bürosunda unuttuğu bir belgeyi kendisine getirmesini istemesi durumunda, soruşturmacı büroya girebilecek fakat arama gibi bir faaliyette bulunamayacaktır. Benzer şekilde soruşturmacının, örgüt yöneticisini arayıp -gerçekte öyle olmasına rağmen- cüzdanını depoda unuttuğunu söyleyerek depoya girmesi ve burada suç deliline yönelik araştırma yapması da hukuka uygun olmayacaktır.

B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

1. Genel Olarak

Konutta delil araştırma ve elde etme faaliyetinde bulunamayacağı kabul edilen bir soruşturmacıya, konuta girme yetkisi tanınmasının da bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla CMK m.139/4'ten de anlaşılacağı üzere, soruşturmacı konuta delil elde etmek için girdiğinden, konuta girmenin doğal bir sonucu olarak, soruşturmacının burada delil toplayabileceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, soruşturmacı konut içerisinde delil toplarken, delil elde etme yasaklarına uygun hareket etmekle yükümlüdür⁹⁰. Aşağıda söz konusu yasak çerçevesinde, mevcut hukuki durumda soruşturmacının konut içerisinde sahip olduğu delil toplama incelendikten sonra olması gereken hukuk açısından bazı değerlendirmeler ve önerilerde bulunulacaktır.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

⁸⁹ Benzer yönde bkz. Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

⁹⁰ Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı*, (Seçkin Yayınevi 2019) 148; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 239, 240.

2. Mevcut Hukuki Durum

a. Soruşturmacının Ses ve/veya Görüntü Kaydı Yapması

i. Konut Açısından Değerlendirme

Konut, özel hayat alanının önemli bir parçasını oluşturduğundan, kanun koyucu konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasına izin vermemiştir⁹¹. Gerçekten de CMK m.140/5'te herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin, "Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz" denildiği için, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220), uyuşturucu madde ticareti (TCK m.188) veya silah kaçakçılığı (Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m.12) gibi toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olsa dahi, konut içinde ses ve/veya görüntü kaydı alınamayacaktır. Bu çerçevede örneğin, soruşturmacının telefon, video kamera gibi teknik bir cihaz yardımıyla, konutta konuşulanları kaydetmesi veya bir suç delilinin fotoğrafını çekmesi mümkün değildir⁹². Aksi hâlde elde edilen deliller hukuka aykırı olacağından, muhakemede kullanılamayacaktır⁹³. Dolayısıyla mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, her ne kadar kayıt yapamazsa da soruşturmacının, bilgi elde etmek amacıyla konut içerisinde bulunan şüphelilerle veya üçüncü kişilerle konuşması ya da onların kendi aralarında gerçekleştirdiği konuşmaları dinlemesi mümkündür. Soruşturmacının bu şekilde elde ettiği bilgiler, duruşmada tanık olarak ifadesine başvurulmak suretiyle, muhakemede delil olarak kullanılabilir. Ancak mahkemenin CMK m.139/3 uyarınca soruşturmacının tanık olarak sorgulanmamasına karar vermesi durumunda, soruşturmacının bu bilgilere ilişkin tuttuğu notlar CMK m.211/1-b uyarınca duruşmada okunabileceği gibi, soruşturmacının rapor verdiği polis amirinin dolaylı tanık olarak dinlenmesi de mümkündür⁹⁴. Ayrıca bu bilgilere dayanılarak, CMK m.116 vd. ve m.123 vd. hükümleri uyarınca arama ve el koyma kararı verilmesi imkânı da bulunmaktadır⁹⁵.

⁹¹ Turinay, (n 9) 435; Sezer, İpek ve Parlar, (n 80) 260; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 155, 157; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16.Bası, Seçkin Yayınevi 2019) 471, 474; Şahin ve Göktürk, (n 84) 396, 397.

⁹² Nuhoğlu, (n 69) 1064.

⁹³ Adem Kartal, 'Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi', (2014) 9 (98) THD 14, 17; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 580.

⁹⁴ Şahin ve Göktürk, (n 84) 392.

⁹⁵ Wolfgang Müller ve Sebastian Römer, 'Legendierte Kontrollen Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund' (2012) 10 NSTZ 543, 547.

ii. İşyeri Açısından Değerlendirme

Yukarıda ilgili bölümde yaptığımız açıklamalarda konut kavramının temel hak ve özgürlükler lehine geniş bir yoruma tabi tutulduğunu ve bu anlamda işyerini de kapsadığını belirtmiştik. Dolayısıyla burada işyeri açısından değerlendirme şeklinde bir başlık açılmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak kanun koyucu, teknik araçlarla izleme tedbiri açısından konut ile işyeri arasında bir ayırım yapmış ve söz konusu tedbirin konutta uygulanmasını yasaklamışken, işyerinde uygulanmasına izin vermiştir.

Nitekim CMK m.140/1' da "*şüpheli veya sanığın ... işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir*" ifadesine yer verilmiş olup CMK m.140/5'te ise "*Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz*" denilerek, teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanması yasaklanmış iken, bu tedbire işyerinde başvurulmasına müsaade edilmiştir. Ayrıca yakın zamanda yapılan kanun değişikliği ile CMK m.139/4' e konu ile ilgili bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, "*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir*"⁹⁶. Dolayısıyla gizli soruşturmacıya, şüphelinin konutunda ses ve/veya görüntü kaydı yapmasına izin verilmemesine karşın, işyerinde böyle bir kayıt yapma imkânı tanınmıştır. Ayrıca kanun koyucu burada açık bir rıza ile girilmesi mutat olan ve olmayan işyeri şeklinde bir ayırım yapmadığından, gizli soruşturmacının hem açık bir rıza gerekmeksizin girilmesi mutat olan hem de ancak açık bir rıza ile girilebilen işyerinde ses ve/veya görüntü kaydı alması mümkündür⁹⁷. Bu

⁹⁶ Söz konusu hüküm 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle eklenmiştir.

⁹⁷ Turinay da CMK m.140/1' de açık bir rıza ile girilebilen işyerleri ile açık bir rızaya ihtiyaç olmaksızın girilebilen işyerleri arasında bir ayırım yapılmadığı için ancak açık bir rıza ile girilebilen işyerlerinde de teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte yazar, olması gereken hukuk bakımından, mahiyet itibarıyla konuta yakın bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle, açık bir rıza ile girilen işyerlerinde de tıpkı konutta olduğu gibi teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Turinay, (n 9) 438. Aksi görüşteki Centel ve Zafer'e göre, CMK m.140/1 hükmü, teknik araçlarla izlemeye cevaz vermekle birlikte, yalnızca açık bir rıza ile girilebilen bir işyerine girme izni vermemektedir. Çünkü gelişen teknoloji, teknik araçların yardımıyla bir işyerinin uzaktan izlenmesini mümkün kılmıştır. Dolayısıyla yazarlar, açık bir rıza ile girilebilecek bir işyerine CMK m.140/1 uyarınca teknik izleme yapılması amacıyla alet yerleştirilmesi hâlinde, TCK m.116/2 kapsamında konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun oluşacağı ve bu durumda elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil olarak nitelendirileceğini düşünmektedir. Bkz. Centel ve Zafer, (n 74) 527, 528.

çerçevede örneğin, gizli soruşturmacı (S), içerisine sızdığı örgütün yöneticisi olan (Y) ile onun işlettiği eğlence mekanının alt katında bulunan bürosunda sohbet ederken, (Y)'nin tuvalete gitmesinden yararlanarak ses ve/veya görüntü kaydeden bir cihaz yerleştirebilecektir. Ancak soruşturmacının böyle bir faaliyette bulunabilmesi için CMK m.139 uyarınca verilen genel görevlendirme kararı yeterli olmayıp CMK m.139/4-2. cümle çerçevesinde görevlendirme kararında soruşturmacıya, ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisinin verildiğinin de özel olarak belirtilmesi gerekir⁹⁸.

⁹⁸ Gizli soruşturmacının CMK m.139/4 hükmüne dayanarak kendiliğinden diğer koruma tedbirlerine başvurup başvuramayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, CMK m.139/4'te yer alan "her türlü araştırma" ifadesine dayanarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğunu savunmaktadır. Buna göre, gizli soruşturmacı, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlara ilişkin araştırma yaparken, diğer koruma tedbirlerine de kendiliğinden başvurabilir. Bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 145, 146; Kılıbaş, (n 1) 77; Adem Kartal, 'Tesadüfen Elde Edilen Deliller', (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü 2010). Diğer görüş ise konuyu ikiye ayırarak incelemektedir. Bu çerçevede, gizli soruşturmacı birincilik özelliği gösteren tedbirleri kendiliğinden uygulayabilecek iken, ikincilik özelliği gösteren tedbirlere ise kendiliğinden başvuramaz. Buna göre, ayrı bir karar alınmasına ihtiyaç olmadan, CMK m.139/4'e dayanarak şüpheli veya tanıklarla görüşebilir, olay yerinde inceleme yapabilir, ses ve/veya görüntü kayıtlarını, belirti delillerini elde edebilir. Ancak ilgilinin rızası olmadan bilgisayar, bilgisayar özelliğine sahip telefon ya da tablet gibi cihazlardan ses ve/veya görüntü kaydı alamaz, arama, teknik takip, iletişimin denetlenmesi gibi tedbirleri kendiliğinden uygulayamaz. Bkz. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşliğinde Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4.Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 894. Öğretideki ağırlıklı görüş ise gizli soruşturmacının diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvuramayacağını savunmaktadır. Bkz. Nuhoğlu, (n 69) 1063, 1064; Köksal, (n 84) 2170; Baytaz, (n 84) 12; Şen, *Gizli Soruşturmacı* (n 80) 232, 233, d.83; Bağlar, (n 84) 1483; Bingül, (n 2) 65; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 425; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 150; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 468; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 511, 514; Şahin ve Göktürk, (n 84) 391; Centel ve Zafer, (n 74) 523; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 229; Turinay, (n 9) 424; Aydın, (n 66) 76, 77; Dikkaş, (n 52) 158; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 467, 468. Ünver ve Hakeri ise CMK m.139' da gizli soruşturmacının diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurabileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmamasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve bu durumun öğretide farklı görüşlerin savunulmasına yol açtığını belirtmektedir. Bkz. Ünver ve Hakeri, (n 68) 481.

Kanaatimizce her ne kadar gizli soruşturmacı, CMK m.139/2 ve m.139/4 çerçevesinde ilgilinin rızası ile konuta girip delil araştırması yapabilirse de CMK m.139/4' ün soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurma yetkisi vermediğini düşünmekteyiz. Aksi görüş, tedbir kararını verecek merci, tedbirin şartları, süresi gibi hususları, diğer bir anlatımla, her tedbirin kendine has özelliklerini dikkate almamaktadır. Ayrıca koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden biri de temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmalarıdır. AY m.13' e göre ise temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bununla birlikte, AYM' ye göre, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp aynı zamanda erişilebilir, ulaşılabilir, açık ve anlaşılır da olması gerekir (AYM, T.22.03.2023, E.2022/145,

iii. Suç Merkezi Hâline Getirilen Konut ve Konut-İşyeri (Home-Office) Açısından Değerlendirme

Burada değinilmesi gereken son husus ise bir konutun suç işlemek amacıyla bir merkez hâline getirilmesi veya bir konutun aynı zamanda işyeri olarak da kullanılması durumudur. Gerçekten de CMK m.140/5'in emredici hükmü karşısında, gizli soruşturmacının konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydetmesinin yasak olduğu bilgisine sahip olan suç örgütlerinin, faaliyetlerini konut içerisinde yürütmelerine rastlanabilmektedir⁹⁹. Ayrıca günümüzde yaygın bir şekilde konutun bir kısmından işyeri (ofis, büro vs.) olarak da yararlandırıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, gizli soruşturmacı (G), içerisine sızdığı suç örgütünün kurucusu (Ö)'nün, kırsal bir alanda bulunan villada ailesiyle birlikte yaşadığı ve bu villada bulunan odalardan birini de örgütün suç faaliyetleri yürütmek maksadıyla ofis olarak kullandığı bilgisini edinir. İşte bu durumda soruşturmacının, söz konusu odaya ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesinin ve bu şekilde elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilerek muhakemede kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorusuyla karşılaşmaktadır. Görüldüğü üzere, suç faaliyetlerinin merkezi hâline getirilen konutta ya da konutun işyeri olarak kullanılan kısmında ses ve/veya görüntü kaydı yapılıp yapılamayacağı, tartışmaya değer önemli bir sorun hâline gelmiştir¹⁰⁰. Nitekim konu ile ilgili öğretilerde de farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, günlük yaşamda home-office olarak isimlendirilen konut-ofislerde olduğu gibi, eğer konut yasal bir biçimde işyeri olarak da kullanılıyorsa, burada herhangi bir sorun yaşanmaz. Bu çerçevede konut-ofisin banyo,

K.2023/59, pa.28, 29 - T.10.05.2023, S.32186; T.23.03.2023, Baş.No.: 2019/40991, pa.82, 83 - T.20.06.2023, 32227). Fakat CMK m.139/4 hükmü, gizli soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerini de kendiliğinden uygulama yetkisi verdiği şeklinde yorumlanmaya açık ve anlaşılır bir düzenlemeye sahip değildir. Esasen öğretinin çoğunluğu da hükmü bu şekilde değerlendirmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir (Yargıtay 10 CD, 4525/268, 10.01.2024; 4546/4153, 09.05.2023; 17087/2156, 14.03.2023). Nihayet, CMK m.139/4-2.cümle ve CMK m.140/3-3.cümledeki düzenlemeler de kanun koyucunun gizli soruşturmacının kendiliğinden diğer koruma tedbirlerine başvuramayacağı görüşünde olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak, mevcut durumda CMK m.139/4'ün gizli soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurma yetkisi vermediğini düşünmekteyiz. Benzer şekilde Alman hukukunda da savcı, mahkeme ya da kolluk tarafından Alman CMK §§ 110a ve 110b uyarınca gizli soruşturmacının görevlendirilmesine dair verilen onayın, soruşturmacıya, diğer koruma tedbirlerini de kendiliğinden uygulama yetkisi tanımadığı kabul edilmektedir. Bkz. s. 13-15.

⁹⁹ Turinay, (n 9) 436; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429.

¹⁰⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429, 430.

tuvalet ve yatak odası gibi konut olarak kullanılan yerleri hariç olmak üzere, işyeri olarak yararlanılan kısmında CMK m.140 çerçevesinde ses ve/veya görüntü kaydı alınabilecektir. Dolayısıyla burada sorun teşkil eden husus, soruşturma evresinde şüphelinin konutunu aynı zamanda işyeri olarak da kullandığına ilişkin bir şüphenin ortaya çıkmasıdır. Bu sorunun giderilmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/1. maddesindeki işyeri tanımı¹⁰¹ da yeterli çözüm sunmamaktadır. Bununla birlikte, teknik araçlarla izleme bir koruma tedbiri olup temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunduğundan, mevcut boşluğun kıyas yapılmak suretiyle doldurulması da hukuka uygun değildir. Çünkü ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu yasaktan hareketle, bir konutun aynı zamanda işyeri olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰². Görüldüğü üzere bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka aykırı olacak ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.

İkinci görüşe göre, CMK m.140' da açık bir hüküm bulunmadığından, burada amaçsal yorum yönteminin benimsenmesi suretiyle bir çözüme varılması en makul yöntem olacaktır. Bu çerçevede hem konut hem de işyeri olarak kullanılan bir yer, işyeri özelliğine sahip olsa da burada konut işlevine üstünlük tanınmalı ve CMK m.140/5 kapsamına girdiği kabul edilerek böyle bir yerde teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmamalıdır. Aksi durum elde edilen ses ve/veya görüntü kayıtlarının, hukuka aykırı delil olarak nitelendirilerek muhakemede kullanılmamasına yol açacaktır¹⁰³. Dolayısıyla bu görüşe göre de yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka aykırı olacak ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.

Üçüncü görüş de konut amacına tahsis edilmiş her yerin, bunun yanında başka ek işlevlere sahip olsa bile, konut olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmekte ve CMK m.140/5 uyarınca böyle bir yerde teknik araçlarla izleme yapılamayacağını savunmaktadır. Çünkü konut işlevinin yanında işyeri olarak da kullanılan bir yerin, CMK m.140/5 anlamında konut sayılmaması durumunda,

¹⁰¹ Söz konusu maddeye göre, "işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir".

¹⁰² Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 121, 122; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429, 430.

¹⁰³ Ünver ve Hakeri, (n 68) 487.

maddede yer verilen istisnai düzenleme anlamsız hâle gelecektir. Oysa esas olan, yetkinin (teknik araçlarla izleme tedbirinin kapsamı) dar, özgürlüğün (konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği) ise geniş yorumlanmasıdır. Yine bu görüşe göre, ulaşılan sonuca, istisnai hükümlerin dar yoruma tabi tutulabileceği kuralıyla da karşı çıkılmaz. Çünkü bu görüş, konut kavramını (istisna) geniş yorumlamamakta, sadece işlevsel bakımından standart anlamını (içinde yaşanılan yer) muhafaza etmektedir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, bu görüş de yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesini hukuka aykırı olduğunu ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacağını savunmaktadır.

Dördüncü görüş ise şüpheli örgüt mensuplarının faaliyetlerini (görüşmelerini, talimatlarını vs.) konut içerisinden yürüttüklerinin kolluk tarafından tespit edilmesi ve bu konutun izlenmesi hâlinde delil toplamanın mümkün olması şartıyla, söz konusu konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle, bir yer, resmi olarak konut vasfına sahip olmakla birlikte, bu yerin fiilen suç faaliyetlerinin organizasyonu için bir işyeri olarak kullanıldığı sabit ise artık burada teknik araçlarla izleme yapılabilecektir. Çünkü CMK m.140/5' in amacı, bir kimsenin, ailesi, eşi, çocukları ile yaşadığı hayatın, kolluk güçleri tarafından izlenmemesini güvence altına almaktır. Fakat şüpheli, burada bir suç faaliyeti yürütmekteyse bu yer, en azından söz konusu faaliyete devam edildiği müddetçe, konut olarak nitelendirilemez ve CMK m.140/5'te düzenlenen yasak kapsamında değerlendirilemez¹⁰⁵. Sonuç olarak, bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun kabul edilecek ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilir.

Beşinci görüş, CMK m.140/1' de katalog şeklinde belirtilen suçlardan bir kısmının konutta işlenmesi mümkün olduğu gerekçesiyle, konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin yasaklanmasının delil toplamayı güçleştireceğini belirtmektedir. Bu nedenle bazı suçlar açısından, belirli şartlarla, konutta teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına izin verilmelidir. Bu çerçevede örneğin, bir konutun suç örgütü tarafından merkez hâline getirildiğinin somut deliller ışığında ortaya konulması durumunda, söz konusu konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilmelidir. Fakat bu görüş, dördüncü görüşten farklı

¹⁰⁴ Turinay, (n 9) 439.

¹⁰⁵ Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, (Seçkin Yayınevi 2007) 686.

olarak, bu konuda yasal bir değişiklik yapılmasını zorunlu görmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla bu görüşün de mevcut durumda, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun bulmadığı ve bu suretle elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağını savunduğu söylenebilir.

Nihayet son bir görüşe göre, konu ikili bir ayırımı tabi tutularak incelenmelidir. Eğer şüpheli, konuttan, suç faaliyetlerini yürütmek için bir merkez olarak yararlanıyorsa, bu yer konut değil, işyeri olarak kabul edilmeli ve teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmalıdır. Fakat bunun için konutun, suç faaliyetlerinin merkezi hâline getirildiğinin ortaya konulması şarttır. Buna karşın bir yerden hem konut hem de işyeri olarak yararlanılıyorsa, CMK m.140/5 gereğince burada teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamamalıdır¹⁰⁷. Sonuç olarak, bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun olup bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilir.

Konu ile ilgili kanaatimize gelirse, burada amaçsal yorum yaparak bir çözüme ulaşmanın mümkün olacağını düşünmekteyiz. Buna göre, kanun koyucunun CMK m.140/5 ile konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına izin vermemesinin amacı, kişilerin, konutunda devletin herhangi bir müdahalesi olmadan huzur ve sükûn içerisinde yaşamasını (konutunda yalnız bırakılma) güvence altına almaktır¹⁰⁸. Oysa konutun bir kısmından veya tamamından, suç faaliyetlerini organize etmek için büro veya ofis olarak yararlanılması, kanun koyucu tarafından sağlanan bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Hakkın kötüye kullanılmasının ise hukuk düzeni tarafından korunmayacağı muhakkaktır¹⁰⁹. Dolayısıyla bu durumda artık konutun ilgili kısmının işyeri olarak

¹⁰⁶ İlyas Şahin, *Teknik Araçlarla İzleme*, (2.Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 30-32.

¹⁰⁷ Donay, (n 84) 263.

¹⁰⁸ Roxin, (n 39) 43.

¹⁰⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2/1. maddesinde, herkesin, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bir hakkın açıkça kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar 5271 sayılı CMK'da ve 5237 sayılı TCK'da konu ile ilgili özel bir düzenleme yer almasa da dürüstlük kurallarına uyma yükümlülüğü ve hakkının kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı kuralı, genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edildiğinden, kamu hukukunda ve dolayısıyla ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Recep Çakrak ve Samet İldeş, 'Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı', (2014) 2 (2) SaÜHFD 47, 47, 72, 73; Ozan Tok, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın

nitelendirilmek suretiyle, CMK m.140/5 ile sağlanan güvencenin kapsamında olmadığı kabul edilerek, bu kısımda teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilir olmalıdır. Bu çerçevede yukarıdaki örnekte, gizli soruşturmacı (G)'nin, içerisine sızdığı suç örgütünün kurucusu (Ö)'nün, ailesiyle yaşadığı villada bulunan ve örgütün suç faaliyetlerini yürütmek için ofis olarak kullandığı odaya ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesinin hukuka uygun olduğu ve bu suretle elde edilen delillerin muhakemede kullanılabilmesi sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak bunun için görevlendirme kararında soruşturmacıya CMK m.139/4-2. cümle uyarınca ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisinin verildiğinin özel olarak belirtilmesinin veya böyle bir durumun soruşturmacının görevlendirilmesinden sonra ortaya çıkması hâlinde ise ek bir kararla, böyle bir yetkinin tanınmasının şart olduğunu hatırlatmak gerekir¹¹⁰. Bununla birlikte, CMK m.140/5'te değişiklik yapılarak, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti ya da silah kaçakçılığı gibi toplumsal düzeni ciddi şekilde tehdit eden suç tiplerinin konut içerisinde işlenmesi hâlinde, ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasına açıkça izin verilmesi en isabetli çözüm olacaktır^{111,112}.

Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması', (2015) 21 (1) MÜHF-HAD 239, 239.

¹¹⁰ Bkz. d.98.

¹¹¹ *Ünver ve Hakeri*, CMK m.140/5'te yer alan düzenlemeyi hatalı bulmaktadır. Yazarlara göre, konutta teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaması, suç örgütlerinin faaliyetlerini konut içerisinde yürütmelerine yol açacaktır. Dolayısıyla suç örgütü içerisinde yer alan kişiler de kanun boşluklarından yararlandıkları için söz konusu düzenlemeyi kendi lehlerine suistimal edeceklerdir. Ayrıca kara paranın aklanması, çocuk pornografisi gibi suçlar genel olarak konut olarak kullanılan çiftliklerde işlenmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenleme, suçla, özellikle örgütlü suçlulukla, mücadelede zafiyete sebep olacaktır. Bu nedenle, kanunda değişiklik yapılmak suretiyle, en azından bazı suçların ve belirli suçların ise örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, konutta ses ve/veya görüntü kaydı alınmasına izin verilmelidir. Bkz. *Ünver ve Hakeri*, (n 68) s.486. Aksi kanaattaki *Turinay'* a göre ise teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanmasına izin verilmesi, başta cinsel hayat olmak üzere, hayatın kesinlikle müdahale edilemeyecek olan gizli alanına müdahalede bulunulması biçiminde ağır ve telafisi mümkün olmayan bir sonuca yol açacaktır. Ayrıca böyle bir durum, söz konusu tedbirin hukuka aykırı şekilde kötüye kullanılması riskini de bünyesinde barındırmaktadır. Bkz. *Turinay*, (n 9) 436.

¹¹² Nitekim Alman hukukunda belirli şartlarla, konut içerisinde gerçekleştirilen aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenmesine ve kayda alınmasına izin verilmiştir. Gerçekten de Alman CMK § 100c paragraf 1 hükmüne göre konut içerisinde aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenmesi ve kaydedilmesi mümkündür. Ancak bunun için;

- bir kimsenin, somut olgular ışığında, fail ya da şerik olarak maddenin ikinci paragrafında sayılan ağır suçlardan birini (cinsel özgürlüğe karşı işlenen bazı suçlar, kasten öldürme, nitelikli kasten öldürme, kişi hürriyetine karşı işlenen bazı suçlar, nitelikli yağma, suçtan kay-

b. Soruşturmacının Konut İçerisinde Arama ve El Koyma Tedbirine Başvurması

Gizli soruşturmacının konut içerisinde uygulayabileceği delil elde etme yöntemlerinden bir diğeri de arama ve el koyma tedbidir. Ancak soruşturmacının bu tedbirlere başvurup başvuramayacağı öğretide tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, CMK m.116, 119 ve m.127 çerçevesinde yetkili merci tarafından karar verilse bile soruşturmacının arama yapması ve bulduğu suç eşyasına el koyması mümkün değildir. Bu görüşün gerekçesini, arama ve el koyma tedbirine ilişkin Anayasa ve CMK'da yer alan düzenlemelere dayandırmaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre, arama ve el koyma, muhatabının bilgisi dahilinde

naklanan malvarlığı değerlerini aklama, **uyuşturucu ticareti, silah kaçakçılığı, örgütlü olarak işlenen bazı suçlar** vs.) işlediği ya da işlemeye teşebbüs ettiğine yönelik şüphenin bulunması,

- somut olayda işlendiği iddia edilen suçun özel bir ağırlığa sahip olması,
- somut olgular ışığında bu tedbire başvurulmasının, maddi gerçeğin aydınlatılması ya da diğer bir şüphelinin/sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi için gerekli olması,
- diğer tedbirlerin uygulanması suretiyle aynı amaca ulaşılmasının orantısız şekilde zor ya da imkânsız olması, şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Maddenin üçüncü paragrafına göre ise bu tedbire şüpheli/sanık hakkında başvurulabilecek ve tedbir şüphelinin/sanığın konutunda uygulanabilecektir. Ancak Alman CMK § 100c hükmü ile yalnızca konut içerisinde aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenip kayıt altına alınması düzenlendiğinden, görüntü kaydedilmesine izin verilmemektedir. Dolayısıyla konutta telefon, video kamera gibi teknik bir araç kullanılarak görüntü alınması yasaktır. Bkz. Rückert, (n 8) Rn. 3. Öte yandan somut olgular ışığında;
- şüphelinin söz konusu konutta bulunduğu belirlenmişse,
- tedbirin yalnızca şüphelinin/sanığın konutunda uygulanması hâlinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ya da diğer bir şüphelinin/sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi amaçlarına ulaşamayacaksa, üçüncü kişilerin konutlarında da -bu kişiler tedbirden etkilense dahi- teknik araçlarla dinleme ve kayıt yapılabilecektir. Nihayet maddenin dördüncü ve beşinci paragrafına göre, tedbir, özel hayatın çekirdek alanına dâhil olan konuşmaları kapsamaktadır. Dolayısıyla bu tür konuşmaların kayıt altına alındığının fark edilmesi hâlinde, bu kayıtlar derhal silinecektir. Ayrıca işyerlerinde yapılan konuşmalar, prensip olarak, özel hayatın çekirdek alanına dâhil sayılmayacaktır. Alman CMK § 100d' de ise bu tedbire karar vermeye yetkili merci gösterilmiştir. Buna göre, Alman CMK § 100c uyarınca konut içerisinde yapılan konuşmaların dinlenmesine ve kayıt altına alınmasına, savcılığın talebi üzerine, Mahkeme Teşkilat Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz- GVG) § 74a paragraf 4'te gösterilen Eyalet Mahkemesi (Landgericht) karar verecektir. Gecikmede sakınca bulunan durumlarda ise kararı Mahkeme başkanının vermesi de mümkündür. Mahkeme başkanının kararı üç iş günü içerisinde Mahkeme tarafından onaylanmaz ise tedbir sona erdirilecektir. Ayrıca tedbirin uygulanmasına en fazla bir ay süreyle karar verilebilecektir. Ancak tedbirin uygulanma şartlarının devam etmesi hâlinde, her defasında bir aydan fazla olmamak üzere tedbirin uzatılması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, tedbirin süresi toplamda altı aya kadar uzatılmış ise bundan sonraki uzatmalar için karar verme yetkisi Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne (Oberlandesgericht) aittir.

yürütülen açık bir koruma tedbiridir. Dolayısıyla ne Anayasada ne de CMK da gizli arama ve el koyma şeklinde bir tedbire yer verildiği için, soruşturmacının bu tedbirleri uygulaması söz konusu olmayacaktır¹¹³. Diğer görüş ise gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirine başvurabileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte, görevlendirme kararında arama ve el koyma tedbirini uygulayabileceğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

Kanunda gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirini uygulamasına yönelik bir yasak öngörülmediği için teorik olarak CMK m.116 vd. ile m.123 vd.'nda yer alan esas ve usule uygun olmak şartıyla, soruşturmacının arama ve el koyma tedbirlerini uygulayabileceğini¹¹⁵ düşünmekteyiz. Bununla birlikte, konut içerisinde gerçekleştirilecek arama işlemine Cumhuriyet savcısının katılmaması durumunda iki tane işlem tanığı çağrılacak (CMK m.119/4), aranılacak yerin sahibi ya da eşyanın zilyedi de aramada hazır bulunabilecek (CMK m.120/1) ve arama sonrasında istem üzerine tedbirin uygulandığı kişiye, aramanın kanuna uygun bir şekilde yapıldığını gösteren bir belgenin verilecektir (CMK m.121). Ayrıca arama sonucunda elde edilmesi umulan eşyayı yanında bulunduran kişi talep üzerine bunu göstermek ve teslim etmekle yükümlü kılınmış, aksi durumda disiplin hapsine çarptırılacağı öngörülmüştür (CMK m.124). Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, CMK' nın sisteminde aramanın ve el koymanın muhatabının bilgisi dâhilinde gerçekleştirilen açık bir koruma tedbiri olarak düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla her ne kadar gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirine başvurması teorik olarak mümkünse de yürüttüğü görevin bir gereği olarak gerçek kimliğinin saklı kalması zorunlu olduğundan, fiili olarak bu tedbirleri uygulaması mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan kanunda "gizli arama ve el koyma" şeklinde bir tedbire yer verilmediğinden, soruşturmacının konut içerisinde gizli bir arama faaliyeti gerçekleştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle örneğin, sulh ceza hâkiminin kararı ve ilgilinin rızasıyla konuta giren soruşturmacı, lavaboyu kullanacağı bahanesiyle, konuttaki diğer odalarda gizlice suç delili araştırıp bunlara el koyması hukuka uygun değildir. Ancak soruşturmacının özel bir araştırma yapmaksızın konutun içinde açık bir şekilde görülen, örneğin, mutfak masasının üzerinde

¹¹³ O. Şahin, (n 85) 76.

¹¹⁴ Özen, (n 98) 887. Ayrıca bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 176; Sanıvar, (n 1) 439; Aydın, (n 66) 77.

¹¹⁵ Bkz. d.98.

duran uyuşturucu madde veya oturma odasındaki koltukta bulunan silahı tespit etmesi mümkündür. Bu durumda soruşturmacı, ilgili polis amirine haber verdikten sonra CMK m.116 vd. hükümleri uyarınca sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca var ise Cumhuriyet savcısının kararı üzerine ilgili konutta açık bir şekilde arama tedbiri uygulanmak suretiyle, suç delillerinin ve şüphelilerin ele geçirilmesi mümkün olabilecektir¹¹⁶. Sonuç olarak, soruşturmacının konut içerisindeki arama yetkisinin, araştırma yapılmasına gerek olmaksızın açıkta duran suç delillerini gözlemlemekle sınırlı olduğu ve arama boyutuna ulaşan bir faaliyette bulunamayacağı söylenebilir.

Nihayet gizli soruşturmacının konutta delil elde etmek amacıyla, sahte alıcı kılığında uyuşturucu madde gibi suç eşyalarını satın alma yetkisi bulunmaktadır¹¹⁷. Nitekim CMK m.139/7-a-1 hükmüne göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m.188) açısından örgütün varlığı şart olmayıp bu suçun bireysel olarak işlenmesi hâlinde de gizli soruşturmacı görevlendirilebileceği öngörülmüştür¹¹⁸. Bu kapsamda örneğin, (D)'nin konutunda uyuşturucu sattığı bilgisinin edinilmesi üzerine, görevlendirilen gizli soruşturmacı (E), (D) ile temas kurarak ondan uyuşturucu madde satın almak istediğini söyler. (D) ise

¹¹⁶ Müller ve Römer, (n 95) 547.

¹¹⁷ Yargıtay da gizli soruşturmacıların "suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmek" amacıyla, sahte alıcı kılığında, şüphelilerden uyuşturucu madde satın almasını, meşru bir soruşturma yöntemi olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yargıtay 10 CD, 1265/838, 16.03.2016; Yargıtay 20 CD, 15935/1480, 14.03.2016; Yargıtay 9 CD, 218/1858, 24.02.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024).

¹¹⁸ Bu düzenleme 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 27. maddesiyle CMK' da dâhil edilmiş olup, söz konusu değişikliğin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır: "...Yargıtay Ceza Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararında, gizli soruşturmacının sadece örgüt kapsamında işlenen suçlarda görevlendirilebileceğine, 5271 sayılı Kanunun 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasında sayılan ve münferiden işlenen suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile Yargıtay'ın uyuşturucu suçlarına bakmakla görevli diğer ceza daireslerinin kararları doğrultusunda, bireysel uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında adli kolluk görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilememektedir. **Madde ile uyuşturucu madde ticareti suçları ve özellikle sokak satıcılarıyla daha etkin mücadele edilebilmesi için bireysel olarak işlenen uyuşturucu ticareti suçlarında da gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi amacıyla 5271 sayılı Kanunun 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasında düzenleme yapılmaktadır...**" Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu", Sıra Sayısı: 438, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Madde 28, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2024). Bu değişikliğe yönelik eleştiri için bkz. Koray Doğan, 'Soruşturmada Tuzığa Düşürme Yasağı' Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach' a Armağan, (Seçkin Yayınevi 2018) 969, 973-976.

(E)'den konutuna gelmesini ister. İşte burada sahte alıcı kılığındaki (E)'nin salt uyuşturucu madde alışverişi yapmak için (D)'nin konutuna girmesi mümkündür.

3. Olması Gereken Hukuk Açısından Değerlendirme ve Öneriler

CMK m.139/4, m.139/5 ve m.139/7 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukukunda gizli soruşturmacının prensip olarak, suç örgütleriyle mücadele etmek amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır¹¹⁹. Suç örgütlerinin ise faaliyetlerini, genellikle ev, depo, ofis, büro, otel odası gibi üçüncü kişilerin ulaşımına açık olmayan ve konut kavramının kapsamına giren kapalı alanlarda gerçekleştirdiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de örgütün, silah veya uyuşturucu madde alışverişi gibi işlemleri kamuya açık bir yerde yapmasını beklemek, pek makul bir yakla-

¹¹⁹ Gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için CMK m.139/7'de belirtilen suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin zorunlu olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tedbirin amacı ve niteliği dikkate alındığında, gizli soruşturmacının katalogta yer alan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde görevlendirilebileceği söylenebilir. Ancak CMK' da yer alan düzenleme belirsiz olduğundan, kanunda değişiklik yapılarak konuya ilişkin açık bir hüküm sevk edilmelidir. Bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 148; O. Şahin, (n 85) 76; Kılıbaş, (n 1) 48. İkinci görüşe göre, CMK m.139' da yer alan düzenlemelere lafzi yorum yöntemiyle yaklaşıldığında, gizli soruşturmacının sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar için görevlendirilebileceğine dair kesin bir hükme varmak mümkün değildir. Bununla birlikte, amaçsal yoruma başvurulduğunda, bu tedbirin yalnızca örgütlü suçlarda uygulanacağı söylenebilecektir. Bu sonuç ise kişiler bakımından daha lehe bir durum yaratmaktadır. Bkz. Özen, (n 98) 889, 890. Üçüncü görüş ise gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar açısından görevlendirilebileceği hususunda şüphe olmadığını belirtmektedir. Ancak soruşturmacı, CMK m.139/7'de belirtilen suçlarla sınırlı olmaksızın, örgüt tarafından işlenen bütün suçlar için görevlendirilecektir. Öte yandan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi şartı bulunmaksızın, CMK m.139/7'de sayılan suçlar, örneğin, 6136 sayılı Kanunda düzenlenen silah kaçaklığı suçu, bakımından da bu tedbire başvurulması mümkündür. Bkz. Çolak ve Taşkın, (n 105) 667. Ayrıca bkz. Ersan Şen, *Yorumluyorum - VII*, (Seçkin Yayınevi 2014) 152. Dördüncü görüş ise gizli soruşturmacının görevlendirilebilmesi için örgüt faaliyeti çerçevesine işlenmiş bir suçun varlığının zorunlu olmadığını savunmaktadır. Bkz. Nuhoğlu, (n 69) 1059; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 228; Sınar ve Erden, (n 85) 30, 31. Öğretilerdeki çoğunluk görüşüne göre ise kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, gizli soruşturmacı ancak CMK m.139/7'de belirtilen suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde görevlendirilebilecektir. Bkz. Doğan, (n 112) 975, 976; Baytaz, (n 84) 11; Bağlar, (n 84) 1481; Canpolat, (n 80) 302; Köksal, (n 84) 2156, 2157; Şen, *Gizli Soruşturmacı* (n 80) 236; Parlak, (n 84) 35, 36; Işık, (n 1) 390, 391; Sanıvar, (n 1) 435, 436; Turhan, *Ceza Muhakemesi* (n 67) 274, 278; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 147, 148; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 466; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 510, 511; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 416; Şahin ve Göktürk, (n 84) 389, 390; Soyaslan, (n 85) 290, 291; Aydın, (n 66) 59 60. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Yargıtay CGK, 1405/72, 04.03.2021; 207/96, 13.03.2018; 71/319, 03.07.2018; Yargıtay 20 CD, 15770/121, 14.01.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 28 Temmuz 2024).

şım olmayacaktır¹²⁰. Dolayısıyla konutta delil araştırma ve elde etme, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılarak örgütün çökertilmesi açısından kilit öneme sahip bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisindeki yetkisi, şüphelilerin ve/ya da üçüncü kişilerin yaptıkları konuşmaları dinleyerek bu konuşmalara katılmak, özel bir araştırma gerektirmeksizin açıkta görülen suç eşyalarını tespit etmek ve işyeri ile suç merkezi hâline getirilen konut ve konut-işyerinin işyeri olarak kullanılan kısmında ses ve/veya görüntü kaydetmekle sınırlıdır. Oysa soruşturmacının temel görevi, duyduğunu, gördüğünü rapor etmek değil, görevlendirildiği örgütün işlediği suçlarla ilgili somut delilleri toplayarak soruşturma makamlarına iletmektir¹²¹. Ancak gizli soruşturmacıya uyuşturucu madde, silah, örgütün yönetim kadrosunu ya da suç kayıtlarını gösteren dosya veya belge gibi maddi suç delillerini araştırma ve bunlara el koyma yetkisi verilmemiştir¹²². Dolayısıyla mevcut durumda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması suretiyle hedeflenen amaca ulaşılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu görüşümüzün gerekçesi ise şu şekilde açıklanabilir:

1. *Soruşturmacının her olayda konut içerisinde özel bir arama yapmaksızın açıkça görülen suç eşyaları ile karşılaşması pek muhtemel olmadığı gibi, bu eşyaların ele geçirilmesiyle örgütün varlığına son verilmesi de olası gözükmemektedir.* Nitekim suç örgütlerinin kurucusu ve/veya yöneticisi konumunda bulunan kişiler, arka planda kalarak faaliyetlerini ön planda yer alan örgüt üyeleri aracılığıyla yürütmektedir. İşte soruşturmacının konut içerisindeki görgüsüne dayanarak alınan arama kararına binaen uyuşturucu, silah gibi eşyaların ele geçirilmesi, örgütün çökertilmesini değil, söz konusu örgüt üyelerinin yakalanmasını sağlayabilir. Oysa suç örgütleri her zaman yeni üyeler bulmaktadır. Dolayısıyla soruşturmacı, suç örgütünün alt kademesinin ötesine geçmek suretiyle, üst yönetim kadrosuna nüfuz etmeli ve örgütün iç işleyişini öğrenerek arka planda faaliyet gösteren yönetici, kurucu, finansör gibi çekirdek kadroyu ortaya çıkarmalıdır¹²³. Çünkü örgütün dağıtılması ancak bu şekilde mümkün olabilir.

¹²⁰ Weisser, (n 3) 59.

¹²¹ Şen, *Yorumluyorum* (n 119) 154.

¹²² Benzer durum Alman hukuku için de geçerlidir. Bkz. II. Alman Hukukundaki Durum, B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

¹²³ David Ryan Kirkpatrick, 'Der Einsatz Von Verdeckten Ermittlern in Wirtschaftsstrafverfahren' (2019) 4 NStZ 177, 177. *Müller ve Römer*' e göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, suç örgütünün iç işleyişine nüfuz ederek uyuşturucu satıcılarının ve kuryelerin yanı sıra bun-

2. *Gizli soruşturmacının konut içerisinde şüphelilerin ve/veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmalarla ilgili duydukları hakkında duruşmada tanık olarak verdiği beyanlar ve tuttuğu notlar, örgütün dağıtılması için yeterli delil sunmamaktadır.* Gerçekten de CMK m.139/3-2. cümleye göre, soruşturmacı kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması durumunda, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TTK)'nin 9. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle, gizli tanık tedbirlerine başvurularak dinlenecektir. Ancak TTK m.9/8 hükmünde ise söz konusu tedbirler kapsamında dinlenen bir tanığın beyanının tek başına hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir¹²⁴. Nitekim öğretide de gizli tanık ifadelerinin ancak mahkûmiyet hükmünü kuvvet-

ların arkasında bulunan üst düzey kişilere karşı da güvenilir ve sağlam deliller toplamayı ve mümkünse soruşturmanın açığa çıktığı aşamada örgütü dağıtmayı amaçlamaktadır. Bkz. Müller ve Römer, (n 95) 543. Alman Federal Yüksek Mahkemesi

Büyük Ceza Dairesi de bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Suç örgütleri, örgütün hiyerarşik olarak en tepesinde bulunan kimseleri, mümkün olduğunca dış dünyadan uzak tutan bir yaklaşımı benimsemektedir. Dolayısıyla polis geleneksel yöntemleri kullanmak suretiyle ancak bu tür suç örgütlerinde ikincil bir rol oynayan örgüt üyelerini ele geçirebilmektedir. Oysa bunlar genellikle yeri doldurulabilir kimseler olduklarından ve örgütün yapısı hakkında bilgi sahibi olmadıklarından, ele geçirilmeleri, örgütün suç faaliyetlerini devam ettirmesini engellemez. Ayrıca bu örgütler, para vererek ya da tehdit ederek, diğer kaynakların da kendileri hakkında bilgi aktarmasını önlemektedir. Öte yandan bir üyenin yakalanması hâlinde örgüt genellikle, söz konusu üyenin ihtiyaç sahibi ailesine maddi destek sağlamak ve örgüt üyesinin savunma masraflarını karşılamaktadır. Böylelikle, yakalanan üyenin örgüt ile iş birliği yapmaya devam etmesi ve örgüt ile bilgilerin ifşa edilmesi engellenmektedir. Öte yandan suç örgütleri, hiyerarşik yapıya ve iş bölümüne dayalı bir prensip çerçevesinde profesyonelce yürütülmekte, kolluk kuvvetlerinin dikkatini çekmemek için sistematik olarak çaba göstermekte, gizliliklerini korumak için kendileri hakkında bilgi verebilecek muhbir vs. kimseleri tehdit, öldürme gibi yöntemlerle sindirmektedir. Oysa örgütlü suçlarla mücadelede başarılı olmak için, örgütün hiyerarşik olarak üst kademesinde yer alanların, organizatörlerin, finansörlerin ve perde arkasında faaliyet gösteren örgütün beyni olan kimselerin ele geçirilip mahkûm edilmeleri gerekmektedir. Bunun için ise suç örgütlerinin çökertilmesi için örgüte sızarak, örgüt hakkında içeriden bilgi edinmek elzem hâle gelmiştir...” BGHGSSt 1 83 (NJW 1984 247).

¹²⁴ Buna karşın Alman hukukunda Alman CMK § 68 Paragraf 2 ve Paragraf 3 hükümleri çerçevesinde tam adresi, ikametini, bulunduğu yeri ve/ya da kimliği gizli tutularak dinlenen tanığın beyanının tek başına hükme esas alınmayacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın öğretide söz konusu hükümlere dayanılarak gizli tanık sıfatıyla dinlenen tanığın beyanının değerlendirilmesinde katı bir standardın uygulanması ve bu beyanların ancak diğer delillerle desteklenmesi hâlinde hükme esas teşkil edebileceği savunulmaktadır. Özellikle Alman CMK § 68 Paragraf 3 cümle 1 uyarınca kimliğinin gizli tutulmasına ve cümle 3 kapsamında yüzünün kısmen ya da tamamen gizlenmesine karar verilen tanığın jest ve mimikleri ile ilgili bir izlenim edinmek çok zor hatta imkânsız olacağından, bu durumda, tanık beyanına daha dikkatli bir şekilde yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Stefan Maier, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 68 Rn. 94, 95.

lendirmek için başvurulabilecek bir yan delil olduğu kabul edilmekte ve bu ifadelerin hükme esas teşkil edebilmesi için -diğer gizli tanık ifadeleri hariç olmak üzere- mutlaka başka deliller tarafından desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁵. Öte yandan AİHM de mahkûmiyet hükmünün tek başına ya da belirleyici ölçüde sanığın, muhakemenin herhangi bir evresinde güvenirliliğini sorgulayamadığı bir gizli tanığın ifadesine dayandırılmasının, savunma hakkını gereğinden fazla kısıtlayacağı görüşündedir¹²⁶. Benzer şekilde soruşturmacının görgü ve duyusuna dayanarak hazırladığı raporlar da tek başına ya da belirleyici ölçüde mahkûmiyete esas alınamayacaktır.

3. *Mevcut durumda konut içerisinde gizli soruşturmacıya tanınan delil araştırma ve elde etme yetkisi, gizli soruşturmacıya ilişkin CMK m.139 hükmünün niteliğiyle bağdaşmamaktadır.* Çünkü temel hak ve özgürlüklere, diğer gizli koruma tedbirlerine oranla daha ağır müdahalede bulunma imkânı sunması; gizli soruşturmacının seçilmesinin, eğitiminin, örgüt içerisine sızmasının, korunmasının vs. büyük bir organizasyon gerektirmesi ve soruşturmacının gerek kendisinin gerekse de yakınları açısından hayati tehlike riskinin olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun gizli soruşturmacı görevlendirilmesini en son çare olarak başvurulması gereken tedbir olarak öngördüğü söylenebilir¹²⁷. Ancak mevcut durumda gizli soruşturmacı, konut içerisinde yalnızca konuşulanlarını dinleyip gözlemlerinde bulunmak ve işyeri ile konut-işyerinin işyeri olarak kullanılan

¹²⁵ Faruk Turhan, *Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Seçkin Yayınevi 2009) 162-165; Burcu Dönmez, 'AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması' (2016) 127 TBBD 121, 131, 132.

¹²⁶ *Al-Khawaja And Tahery v The United Kingdom App no 26766/05, 22228/06 (ECHR, 15 December 2011); Balta And Demir v Turkey App no 48628/12 (ECHR, 23 June 2015)*. AİHM' in gizli tanıklık kurumuna yaklaşımı ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Faruk Turhan ve Ozan Can Belci, 'Terör Örgütünün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Tanıkların Kimliğinin Gizli Tutulması - AİHM Kararları Işığında Uygulamanın İncelenmesi', *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku*, II. Cilt (Ed. İzzet Özgenç) (Bireklam Arısı Matbaacılık 2024) 329, 333-351.

¹²⁷ Benzer yönde bkz. Frister, *Handbuch* (n 27) Rn. 327; Rogall, *Selbstbelastungsfreiheit* (n 86) 110; Soiné, (n 79) 597; Nuhoğlu, (n 69) 1061; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır, (n 85) 537; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 509; Çolak ve Taşkın, (n 105) 665. Yargıtay da bir kararında öncelikle iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135), daha sonra teknik araçlarla izleme (CMK m.140) tedbirine başvurulması ve bunlardan bir sonuç elde edilememesi durumunda ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 18 CD, 29755/4468, 09.07.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 06 Ağustos 2024). Aksi görüşte olan *Turinay'* a göre, gizli koruma tedbirleri arasında en son çare olarak başvurulması gereken tedbir, teknik araçlarla izlemedir. Bkz. *Turinay*, (n 9) 431.

kısımında ses ve/veya görüntü kaydı yapabilmektedir. Oysa aynı amaca teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmak suretiyle ulaşılabilmektedir. Gerçekten de konut içerisine ses ve/veya görüntü kaydeden bir cihaz yerleştirilerek dinleme ve gözlemde bulunulabilir. Hatta günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte, konutun içerisine girmek zorunda kalmadan, konutun dışından teknik cihazlar kullanılarak ortam dinlemesi yapma imkânı da bulunmaktadır. Dolayısıyla mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisindeki delil araştırma ve elde etme yetkisinin, tedbirin son çare olma özelliği ile uyumlu olmadığı açıkça görülmektedir.

Tespit edilen sorunun çözümüne yönelik önerimize gelince; örgütün üst yönetim kadrosunun tespit edilerek varlığına son verilebilmesi için gizli soruşturmacının maddi delil araştırması ve elde etmesi zorunlu olduğundan, kanunda değişiklik yapılarak soruşturmacıya konut içerisinde gizlice arama yapma ve el koyma yetkisinin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Ancak bu öneriye çeşitli gerekçelerle itiraz edilmesi mümkündür. Bu çerçevede ilk olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sakınca yaratacağı ileri sürülebilir. Gerçekten de soruşturmacının konutta gizlice arama ve el koyma tedbirini uygulamasının temel hak ve özgürlüklere yönelik ciddi bir müdahale oluşturacağı muhak-

¹²⁸ Müller ve Römer'e göre, arama kanunda açık bir koruma tedbiri olarak düzenlenmekle birlikte, kanunda aynı zamanda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli koruma tedbirlerine de yer verilmiştir. Oysa aramanın muhatabının bilgisi dahilinde yürütülmesi hâlinde, bu gizli koruma tedbirlerine başvuruyla elde edilmesi umulan amaca ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla burada hukukun üstünlüğü ilkesi ile etkin bir ceza soruşturması yürütme gerekliliği arasında denge kurmak amacıyla, hâkim tarafından verilen arama kararının ilgiliye tebliğ edilmeden gizlice bir arama yapılması düşüncesi ileri sürülebilir. Ancak bu düşünce mevcut hukuk düzenine aykırıdır. Çünkü arama, kanunda herhangi bir istisna öngörülmezsizin açık bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle gizli bir şekilde gerçekleştirilen arama işleminin, kanunda yer alan diğer gizli koruma tedbirlerine atıfta bulunularak ya da etkin bir ceza soruşturması gerekliliği öne sürülerek meşrulaştırılması söz konusu olamaz. Benzer şekilde bu uygulamayı haklı gösterecek genel bir ceza muhakemesi ilkesi de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, örgütlü suçluluk gibi aydınlatılması zor olan suç tipleri ile mücadele edilmesi için gizli koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulduğu da bir gerçektir. Sonuç olarak yazarlar, mevcut hukuki durumda, arama tedbirinin uygulanabilmesi için öngörülen şartların, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli koruma tedbirleri ile uyumlu olmadığını belirtmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan etkin bir soruşturma yürütülebilmesi için gerekli yasal değişikliğin yapılmasını önermektedir. Bkz. Müller ve Römer, (n 95) 547. Hauck' a göre ise gizli soruşturmacı bir konuta ilgili kişinin kendi rızası ile göstermeyeceği suç delillerini araştırmak için girmektedir. Esasen bu durum da soruşturmacı tarafından yürütülen faaliyetin arama işlemine benzediğini göstermektedir. Dolayısıyla Alman CMK § 110b ve 110c hükümleri uyarınca mahkemenin kararı ve ilgilinin rızası ile konuta giren bir gizli soruşturmacının, konutta (gizlice) arama yapma yetkisine de sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. Hauck, (n 6) 110c Rn. 1.

kaktır. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, mevcut durumda, gizli soruşturmacıya tanınan sınırlı yetki ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla mücadele edilmesi de mümkün görünmemektedir. Burada yapılması gereken ise çatışma hâlinde olan iki menfaat arasında makul bir dengenin kurulmasıdır. Kanaatimizce adli bir denetim mekanizmasının varlığı, bu denge unsurunun sağlanmasında önemli bir güvence fonksiyonu oluşturmaktadır. Nitekim gizli soruşturmacının gizlice arama ve el koyma tedbirini uygulayabilmesi için CMK m.139 uyarınca görevlendirilmesi yeterli olmayıp bunun için CMK m.116 ve m.123 çerçevesinde arama ve el koyma kararı da verilmesi gerekir¹²⁹. Buna göre, sulh ceza hâkimi somut olayın özelliklerini göz önüne alarak söz konusu tedbirlerin uygulanabilmesi için gereken şartların oluşup oluşmadığını ayrıca inceleyecektir. Öte yandan CMK m.119/2-c hükmüne göre, arama kararı ancak belirli bir süre ile verilebilecektir. Bu sürenin dolmasından sonra soruşturmacının gizlice arama ve el koyma tedbirine başvurması gerekirse, sulh ceza hâkimi tarafından CMK m.116 ve m.123 kapsamında yeniden bir değerlendirme yapılacaktır. Dolayısıyla önerdiğimiz değişikliğin hayata geçirilmesi hâlinde, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin doğuracağı dezavantajlı durumun, söz konusu adli denetim mekanizması ile telafi edileceğini düşünmekteyiz.

İkinci olarak, CMK m.119/2-b’de arama kararında, “Aranılacak kişi, aranmanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya”nın açıkça gösterileceği ifade edildiğinden, gizli arama ve el koyma kararının ne şekilde sınırlandırılacağı da bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de prensip olarak, “arama kararında geniş kapsamlı ifadelerin kullanılmasını” ve “arama kararında aranılacak yerlere ve eşyalara yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmeden, soruşturmacılara çok geniş yetkiler verilmesini”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.8’de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâli olarak kabul etmektedir¹³⁰. Bununla birlikte

¹²⁹ Hauck’ a göre, mahkemenin Alman CMK § 110b çerçevesinde gizli soruşturmacıya konuta girme onayını vermesi yeterli olup Alman CMK § 105 (CMK m.119’un karşılığı olan bu maddede arama tedbirine başvurulmasına karar vermeye yetkili merci düzenlenmektedir) uyarınca açıkça arama yetkisi bulunduğunu belirtmesi zorunlu değildir. Diğer bir anlatımla, Alman CMK §§ 110b ve 110c’ye uygun olarak, mahkemenin kararına ve ilgilinin rızasına dayanarak bir konuta girmek, soruşturmacıya konutta (gizlice) arama yapma yetkisi de vermektedir. Çünkü Alman CMK § 110b gereğince mahkeme tarafından soruşturmacıya konuta girme onayı verilebilmesi için aranan şartlar, Alman CMK § 105’ e göre hâkim tarafından arama kararı verilebilmesi için aranan şartlardan daha hafif nitelikte değildir. Bkz. Hauck, (n 6) Rn. 1.

¹³⁰ **Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını tespit etmektedir. Hakim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama**

AİHM, arama kararında aranılacak kişiler ile yerlerin ve eşyaların somutlaştırılması ve böylece polisin yetki sınırının belirlenmesi şeklindeki gerekliliğin, her olayda katı bir biçimde uygulanmasının zorunlu olmadığını, somut olayın özellikleri kapsamında bu konuda esnek davranılabileceğini kabul etmektedir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, planlı bir şekilde büyük ölçekli bir terör saldırısı yapılacağına iddia edildiği bir olayda, aramanın konusunu oluşturan eşyaların kesin bir şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, kolluk kuvvetlerine, aranılacak eşyaya yönelik genel ve geniş kapsamlı bir yetki verilmesini AİHS m.8'e aykırı bulmamıştır¹³¹. Nitekim öğretilerde de şüpheli/sanık hakkında

koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus olduğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polislerle oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM'nin kanaatine göre, bir arama emri...aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir...AİHM, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilaflı müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, başvurular M... ve S... ile ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir..." Bkz. Aydemir v Turkey App no 17811/04 (ECHR, 24 May 2011) pa.98, 100 (Özet Çeviri). "...Özellikle bina aramaları ve el koymalarla ilgili olarak, Mahkeme sürekli olarak sözleşmecî devletlerin belirli suçlarla ilgili fiziksel kanıt elde etmek için bu tür tedbirlere başvurmayı gerekli görebileceğine karar vermiştir. Mahkeme, bu tür tedbirleri haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığını...orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirecektir...Mahkeme öncelikle ilgili mevzuat ve uygulamanın bireylere istismara karşı yeterli ve etkili güvenceler sağladığından emin olmalıdır. İkinci olarak, Mahkeme, somut olayda söz konusu müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını göz önünde bulundurmalıdır. Mahkeme'nin bu ikinci hususu belirlerken dikkate aldığı kıstaslar, diğerlerinin yanı sıra, arama emrinin verildiği koşullar, özellikle o sırada mevcut olan diğer deliller, arama emrinin içeriği ve kapsamı, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunması da dâhil olmak üzere aramanın gerçekleştirilme şekli ve aramadan etkilenen kişinin işi ve itibarı üzerindeki olası yansımaların boyutu olmuştur...Arama emri son derece geniş terimlerle kaleme alınmış, herhangi bir sınırlama olmaksızın "ceza davasının [no. 7806] soruşturulmasıyla ilgili olan her türlü eşya ve belgeye" ayırım gözetmeksizin atıfta bulunulmuştur...Aramanın yapılış şekliyle ilgili olarak, Mahkeme ayrıca, arama emrinin aşırı geniş şartlarının, polise hangi belgelerin cezai soruşturma için "ilgili" olduğunu belirlemede sınırsız takdir yetkisi verdiğini; bunun da kapsamlı bir arama ve el koyma ile sonuçlandığını gözlemlemektedir...Özetle, Mahkeme...başvurucunun konutunda yapılan aramanın "demokratik bir toplumda gerekli olmadığı" kanaatindeydi. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir..." Smirnov v Russia App no 71362/01 (ECHR, 07 June 2007) pa.44, 47-49. Benzer yönde bkz. Buck v Germany App no 41604/98 (ECHR, 28 April 2005) pa.45-46, 50, 52-53; Ernst And Others v Belgium App no 33400/96 (ECHR, 15 July 2003) pa.115-117; Roemen And Schmit v Lüksemburg App no 51772/99 (ECHR, 25 February 2003) pa.70-72.

¹³¹ Söz konusu karara konu olan olay özetle şöyledir: Başvurucular (3 kişi) 08.04.2009 tarihinde Terör Kanunu'nun (Terrorism Act 2000) 41. maddesi uyarınca terör eylemi gerçekleştirmek için hazırlık yapmak, terör eylemlerini teşvik etmek ve gerçekleştirmek şüphesiyle tutuklan-

miştir. Aynı gün içerisinde polis, Manchester sulh ceza hakimine başvurarak, başvurucularla bağlantılı olan bazı adresler (işyeri, konut) için arama ve el koyma izni talep etmiştir. İlgili polis memuru, talep yazısında belirtilen eşyaların bir terör soruşturması için önemli bir değere sahip olabileceği gerekçesiyle, bunların gizlenmesini, kaybolmasını, zarar görmesini, değiştirilmesini ya da yok edilmesini engellemek amacıyla el konulması gerektiğine inanmak için makul gerekçeler bulunduğunu ifade etmiştir. Söz konusu eşyalar şunlardır: “yazışmalar, broşürler, posterler, dergiler, abonelik formları, kimlik belgeleri, seyahat belgeleri, pasaportlar, haritalar, krokiler, planlar, telefon kayıtları, konaklama bilgileri, literatür/kitaplar, kullanım/kontrol ile ilgili araç belgeleri, diğer mülkler/kilitler/garajlar ve bunların anahtarları ile ilgili yazışmalar, satın alınan mallar için makbuzlar, dini/siyasi inanç kayıtları, el yazısı notlar, makbuzlar, faturalar, sipariş formları, teslimat notları, reklamlar, kara deniz ve hava seyahat bilgileri, bilgisayarlar, bilgisayar ekipmanları, PDA yazılım, donanım, dijital depolama, faksler, yazıcılar, tarayıcılar, fotokopi makineleri, yazıcı kağıtları, DVD’ler, CD’ler, CD Rom’lar, video/ses kasetleri, hafıza çubukları, cep telefonları, sim kartlar, cep telefonu satın alma ve kayıt ve faturalama kanıtları, kredi kartları, kontör kartları, nakit para, çek defterleri, para transfer belgeleri, mali belgeler, kameralar/video ekipmanları, fotoğraflar/negatifler, iletişim cihazları, kimyasal veya ön imleç malzemeleri, hatıra eşyaları/süs eşyaları/bayraklar, eşyaları gizlemek veya taşımak için kullanılan eşyalar, terörizmle bağlantılı olduğu düşünülen her türlü eşya”. Hâkim ise polis memuruna arama yapmak amacıyla gerekli olan kişi ya da kişilerle birlikte, kararın verildiği tarihten itibaren 1 ay içerisinde yalnızca bir defa kararda belirtilen binaya girme ve binada arama yapma yetkisi vermiştir. Polis bu karara dayanarak, başvurucuların konutlarında yaklaşık 11 gün boyunca arama yapmıştır. Ayrıca başvuruculardan birinin işyerinde de 3 gün boyunca arama yapılmıştır. 21.04.2009 tarihinde başvurucular, herhangi bir suçlama yöneltilmeden serbest bırakılmış ve kendilerine sınır dışı edileceklerine dair tebliğde bulunulmuştur. 22.04.2009 tarihinde ise Göçmen Kanunu uyarınca gözaltına alınarak sınır dışı edilme birimine nakledilmiştir. Ardından başvurucular çeşitli şikâyetlerin yanı sıra haklarındaki arama emirlerinin çok geniş kapsamlı olduğu gerekçesiyle, hâkime başvurmuştur. Hâkim ise söz konusu şikâyetin reddine karar vermiştir. Hâkim ilk olarak, başvurucuların iddiasının çok genel nitelikte olduğunu zira bir davada uzun sayılabilecek bir listenin diğer bir davada uygun kabul edilebileceğini belirtmiştir. İkinci olarak, mevcut olayda polisin tam ne olarak ne aradığını bilmesinin pek mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu sebeple polis, geçmişte bu tür olaylarla ilgili olan eşyalara atıfta bulunmuştur. Üçüncü olarak ise yürütülmekte olan acil bir terör soruşturması kapsamında belli bir yerde arama yapan polisin, X maddesi listede bulunurken, Y maddesi listede olmadığı için ona el koymasının engellenmesi kamu yararına aykırı olacaktır. Nitekim uygun bir şekilde tanımlanmış sınırlar çerçevesinde, listenin kısıtlanmamasında açık bir kamusal yarar mevcuttur. Sonuç olarak hâkim, bu gibi olaylarda arama kararlarının geniş kapsamlı olmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiş ve Terör Kanunu kapsamında kamu güvenliğini sağlama amacına vurgu yaparak, arama kararının çok geniş kapsamlı olduğu veya arama kararının bu şekilde düzenlenmesini hukuka aykırı ya da rasyonel olmadığına dair tartışılabilir durum olduğu yönündeki iddiaları reddetmiştir. Ardından başvurucular çeşitli şikâyetlerin yanı sıra arama kararını geniş kapsamlı olduğu iddiasıyla AİHM’ e müracaat etmiştir. AİHM ise başvuruculardan birinin iş yeri hakkında verilen arama kararına yönelik şikâyeti ile ilgili olarak, iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle ret kararı vermiş, başvurucuların konutları ile ilgili olarak verilen arama kararının geniş kapsamlı olduğu iddiasını ise AİHS m.8 çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, başvurucuların söz konusu arama kararının özel hayatlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkına, hukuka uygun olduğuna ve meşru bir amacı bulunduğu hususlarına bir itirazda bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM bu kararda verilen arama kararının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına

ğını, diğer bir anlatımla, ulaşılmak istenen amaç ile başvuru amaç arasındaki ilişkinin oran-
tılı olup olmadığını incelemiştir. Söz konusu inceleme kapsamında ise;

- aramanın, hâkim tarafından verilen ve makul bir şüpheye dayanan bir karar üzerine yapılıp yapılmadığı;
- arama kararının kapsamının makul ölçüde sınırlı olup olmadığı ve
- avukat bürosunun aranması söz konusuysa- aramanın mesleki gizliliğe tabi eşyalara el konulmamasını sağlamak için bağımsız bir gözlemcinin huzurunda yapılıp yapılmadığı hususlarını araştıracağını ifade etmiştir. Mahkeme somut olayda arama kararının bir hâkim tarafından, polis memurunun belirlenen adreslerdeki eşyaların bir terör soruşturması açısından önemli bir değere sahip olabileceğine inanmak için makul gerekçeleri bulunduğu dayanılarak verilmiştir. Esasen başvuru da arama kararının verilmesi için makul gerekçe bulunmadığını ileri sürmemiştir. AİHM bu tespitten sonra arama kararının kapsamının çok geniş olduğuna yönelik iddialar hakkında şu değerlendirmede bulunmuştur: “...*Arama kararında nispeten geniş terimlerin kullanıldığı doğrudur. Kararda dosyaların aranması ve bunlara elkonulmasına yönelik verilen yetkinin çerçevesi, belirli ifadeler kullanılarak sınırlandırılmış iken, yazışmaların, kitapların, elektronik cihazların, mali belgelerin ve çok sayıda diğer eşyanın aranmasına ve elkonulmasına ilişkin genel ve sınırsız bir şekilde izin verilmiştir. Ancak kolluk kuvvetleri tarafından yapılan bir aramada el konulacak eşyalar hakkında hazırlanan listenin belirliliği, somut olaydaki iddiaların niteliğine bağlı olarak davadan davaya değişiklik gösterebilecektir. Planlanmış büyük ölçekli bir terör saldırısı iddialarını içeren mevcut dava gibi davalar, bir saldırının hazırlanmakta olduğuna dair makul bir şüpheye yol açacak yeterli kanıt bulunsa da, saldırının amaçlanan niteliği veya hedefleri hakkında spesifik bilgi bulunmaması, arama sırasında aranan eşyaların kesin olarak tanımlanmasını imkansız hale getirdiğinden, özel zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca, bu tür vakaların karmaşıklığı, izin verilebilecek olandan daha geniş kapsamlı terimlere dayalı bir aramayı haklı gösterebilir. Mevcut davada olduğu gibi, birden fazla şüphelinin bulunması ve şifreli bir dil kullanılması, aranan eşya ve belgelerin özel niteliğini arama öncesinde belirlemeye çalışan polisin karşılaştığı güçlükleri daha da artırmaktadır. Son olarak, durumun aciliyeti göz ardı edilemez. Bir arama emrinde, aranan ve el konulacak eşyaların kesin niteliğinin ayrıntılı olarak belirlenmesi zorunluluğunu 8. madde kapsamında dayatmak, çok sayıda hayatın tehlikede olabileceği bir soruşturmanın etkinliğini ciddi şekilde tehlikeye atabilir. Bu tür durumlarda polise, arama sırasında karşılaşılanlara dayanarak, hangi eşyaların terörist faaliyetlerle bağlantılı olabileceğini değerlendirme ve daha fazla inceleme için bunlara el koyma konusunda bir miktar esneklik tanınmalıdır. Elektronik cihazların aranması özellikle hassas konuları gündeme getirir ve kişisel verilere aşırı müdahaleye karşı koruma sağlamak için özel güvenceler gerektirse de, bu tür aramalar başvuruların şikayetlerine veya bu davadaki yerel yargılamalara konu olmamıştır ve sonuç olarak, taraflar tarafından İngiliz hukukunda bu tür güvencelerin var olup olmadığına dair herhangi bir kanıt sunulmamıştır. Son olarak...Başvurucuların arama sırasında herhangi bir eşyaya el konulmasına itiraz etmemiş olmaları ve soruşturmanın niteliğine atıfta bulunarak haksız yere el konulduğunu veya arandığını iddia ettikleri herhangi bir eşyaya işaret etmemeleri dikkat çekicidir...”. Mahkeme bu değerlendirmelerden hareketle, mevcut davada verilen arama kararının kapsamının aşırı ölçüde geniş olarak nitelendirilemeyeceği ve ulusal mercilerin başvuru sahiplerinin özel hayatlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkına yaptıkları müdahalenin AİHS m.8/2 çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatine ulaşmıştır. Sonuç olarak başvuru sahiplerinin AİHS m.8’de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bkz. *Sher And Others v the United Kingdom App no 5201/11 (ECHR, 20 January 2015)* pa.7-38, 85-86, 158, 163-165, 171-176.*

verilen arama kararlarında, aramaya konu olan suç delillerinin neler olduğunun tek tek belirtilerek somutlaştırılmasının zorunlu olmadığı savunulmaktadır¹³². Dolayısıyla sulh ceza hâkiminin somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu madde ticareti, silah kaçakçılığı gibi toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden durumlarda, gizli soruşturmacıya genel ve geniş kapsamlı bir arama ve el koyma yetkisi tanımasının, AİHM uygulamasına ve AİHS m.8' e aykırı olmayacağı söylenebilir.

Üçüncü olarak, konut içerisinde gizlice arama ve el koyma yetkisi verilmesi hâlinde gizli soruşturmacı aktif bir davranışta bulunarak suç delillerini elde etme yetkisine sahip olacağından, bu durumun gerek öğreti gerekse de Yargıtay ve AİHM kararları ile uyumlu olmayacağı akla gelebilir. Nitekim hem öğreti¹³³ hem de Yargıtay¹³⁴ ve AİHM¹³⁵, gizli soruşturmacının aktif bir konumda olmama-

¹³² Bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58 (1) AÜHFD 139, 149. *Yılmaz* da arama kararında suç delillerinin net bir şekilde gösterilmesinin her zaman mümkün olmadığını ve somut olayın şartları çerçevesinde genelleme yapılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Zahit Yılmaz, 'Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"' (2011) 6 (17) CHD 160, 178. Aksi görüşteki *Y. Yılmaz* ise arama kararında aranılacak eşyanın mutlaka açık bir şekilde ifade edilmesi, hatta mümkün olması hâlinde bu eşyanın tanımlanması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Yeşim Yılmaz, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) 124 TBBD 247, 267.

¹³³ Centel ve Zafer, (n 74) 522. *Meyer-Mews*, aktif davranışta bulunma yasağının yalnızca gizli soruşturmacı için değil, soruşturma makamları adına çalışan güvenilir kişi, muhbir gibi kişiler açısından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, soruşturma makamlarına suçun aydınlatılmasında yardımcı olan kişiler de davranışlarını pasif bir bilgi toplama faaliyeti ile sınırlamalıdır. Bkz. Hans Meyer-Mews, "Wiederaufnahme nach Nichteröffnung - Zeugenseitig provozierte Selbstbelastung", Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 01.12.2016 - 3 StR 230/16, NJW, S.25, 2017, s.1831.

¹³⁴ "...Somut olayda, başka bir soruşturmada ele geçen başka suçtan şüpheli S...'ın telefonuna cevap veren polis memurunun, uyuşturucu isteyen sanık ...'ın talebine olumlu cevap vererek cezaevi nizamıyesine istediği uyuşturucu maddeyi getirip teslim ettiği anlaşılmasına göre **emniyet mensuplarının müdahalesi yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi soruşturmakla sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yani kanıt toplanarak veya kanıt ileri sürmek için başka türlü işlenemeyecek bir suça yönlendirecek şekilde polisin aktif teşviki mevcut olup, bu davranışın ardından toplanan delillerin kullanılmasının kamu yararını haklı kılmayacağı**, böyle bir uygulamanın esasen faili adil yargılama hakkından yoksun bırakır nitelikte olduğu gözlemlenmeden sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...Yasaya aykırı..." Yargıtay 8 CD, 16283/878, 21.01.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 18 Ağustos 2024).

¹³⁵ **AİHM**, sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterebilecek bile **polis provokasyonunun ardından toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının haklı kılmayacağını hatırlatmaktadır**. Böyle bir uygulama sanığı, ab initio'dan ve esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır niteliktedir. **AİHM**, belirlenen ajanların -

sı gerektiğini, yalnızca pasif hareketlerle suç delillerini toplayabileceğini kabul etmektedir¹³⁶. Ancak gizli soruşturmacı için kabul edilen aktif davranışta bulunma yasağı, soruşturmacının, şüphelileri, aktif bir şekilde suç işlemeye kışkırtamayacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacı, şüphelileri bir suç işlemeye yönlendirecek şekilde aktif bir davranışta bulunmamalıdır. Bu nedenle soruşturmacının konut içerisinde gizlice arama ve el koyma faaliyetinde bulunması söz konusu yasağın kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla önerdiğimiz değişikliğin öğretideki kabule ve mevcut yargı uygulamasına aykırı olmadığını belirtmek gerekir.

Sonuç

Türk ceza muhakemesi öğretisinde ağırlıklı görüş, gizli soruşturmacının, konuta girme yetkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşün temel sebebi ise Alman CMK' da konuya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmesine rağmen CMK' da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa konuta girme

güvenlik güçleri mensupları veya onların isteğiyle müdahil olan kişiler- yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yani kanıt toplamak veya kanıt sürmek için başka türlü işlemeyeceği bir suça azmettirecek nitelikte bir kişi üzerinde etkili olursa polisin provokasyonu olduğunu hatırlatmaktadır. Mevcut davada, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine ekstazy tabletleri temin etmesi için başvurunu cebinden aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuru, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkum edildiğini gözlemlemektedir. AİHM, başvuran tarafından işlenen suçu oluşturan unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşündedir. Nitekim söz konusu ajan, Hun'un suç teşkil eden eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiş, başvuranı telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvuranı suça azmettirmiştir. Başka bir deyişle, Hükümet'in ifadelerinin aksine, başvuran suç işleme potansiyeline sahip olmuş olsa bile, dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koymamıştır. Bu bağlamda AİHM, özellikle, başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organize bir örgütün söz konusu olmamasını dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine, uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir (bkz. aynı anlamda, Teixeira de Castro)...Polis soruşturmasının zorluklarına ve önemine dikkat eden AİHM, yukarıda söylenenler göz önüne alındığında, ajan X'in müdahalesi olmadan, söz konusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatindedir; söz konusu müdahaleyi ve ihtilafli ceza davasında kullanılmasını göz önüne alan AİHM, başvuranın davasının, AİHS'nin 6.maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu itibarla, AİHS'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir..." Burak Hun v Turkey App no 17570/04 (ECHR, 15 December 2009).

¹³⁶ Centel ve Zafer, (n 74) 522.

yetkisine sahip olmayan bir gizli soruşturmacının operasyonel değerinin olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla CMK m.139' da açık bir düzenleme olmasa dahi amaçsal yorum yöntemi uygulanarak, AY m.21, CMK m.139/1, m. 139/2 ve m.139/4 hükümleri çerçevesinde, sulh ceza hâkiminin görevlendirme kararında açıkça belirtmiş olması ve ilgilinin rızasının bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde, soruşturmacının konuta girmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisna olduğundan, soruşturma makamlarına, konut dokunulmazlığına yönelik müdahalede bulunma yetkisinin açık bir şekilde verilmesi gerekir. Bu anlamda AY m.13 hükmü ve konu ile ilgili AYM kararları dikkate alındığında, öğretilerde yaşanan tartışmaların ve uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi açısından, Alman hukukunda olduğu gibi, CMK m.139' da değişiklik yapılarak, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunduğuna ilişkin özel bir hüküm eklenmesinin en isabetli çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan orantılılık ilkesinin bir gereği olarak, gizli soruşturmacıya konuta girme yetkisi ancak somut olayın gerekli kıldığı durumlarda, gerekçesi ortaya konularak verilmeli ve bu genel yetki, “şüphelilerin ve şüphelilerle doğrudan bağlantısı bulunan üçüncü kişilerin konutları” ile sınırlandırılmalıdır. Ayrıca soruşturmacı, konuta girmek amacıyla ilgilinin rızasını elde ederken, CMK m.139/2 çerçevesinde kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmanın ötesinde bir hileye başvurmamalıdır.

Konuta giren gizli soruşturmacının yetkisine gelince; kanun koyucu özel hayatın gizliliği çerçevesinde, CMK m.140/5 hükmü ile teknik araçlarla izleme tedbirinin konut içerisinde uygulanmasına izin vermediğinden, gizli soruşturmacı konutta şüphelilerin veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinlenip bu konuşmalara katılabilecek ancak ses ve/ya da görüntü kaydı alamayacaktır. Oysa bu durum örgüt mensuplarının faaliyetlerini konutta yürütmesine yol açabilecektir. Bu nedenle konutun suç işlemek amacıyla bir merkez hâline getirilmesi durumunda, ilgili kısmın işyeri olarak nitelendirilerek CMK m.140/5'te öngörülen korumanın kapsamına dâhil olmadığı kabul edilmesi suretiyle, bu kısımda ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun CMK m.140/5' te bir değişiklik yaparak suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile silah kaçakçılığı gibi toplumsal hayatı ciddi şekilde tehdit eden suçlar açısından tedbirin uygulanmasına izin vermesi uygun olacaktır. Nitekim Alman hukukunda da belirli ağırlıktaki suçların işlendiğine yönelik şüphenin varlığı hâlinde konutta teknik araçlarla izleme

yapılabileceği kabul edilmiştir (Alman CMK § 100c¹³⁷). Öte yandan CMK m.140/1 ve m.140/5 birlikte değerlendirildiğinde, soruşturmacının, hem açık bir rıza ile girilmesi mutlak olan hem de açık bir rızaya ihtiyaç olmadan girilebilen bir işyerinde, ses ve/veya görüntü kaydı alma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca CMK m.119/4, m.120/1, m.121 ve m.124 hükümleri çerçevesinde arama ve el koyma açık bir koruma tedbiri olarak düzenlendiğinden, soruşturmacının konut içerisinde gizli bir arama ve el koyma faaliyetinde bulunamayacağı görülmektedir. Buna karşın soruşturmacı, konut içerisinde özel bir arama gerektirmeden açıkça görülen suç eşyalarını tespit edebilecektir. Sonuç olarak, mevcut durumda, gizli soruşturmacının konutta şüphelilerin veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinlemek veya bu konuşmalara katılmak ve özel bir arama yapılmaksızın açık bir şekilde görülen suç delillerini tespit etmekle sınırlı bir yetkisinin olduğu ve soruşturmacıya maddi delil elde etme yetkisinin tanınmadığı söylenebilir.

Oysa suç örgütlerinin faaliyetleri, genellikle ev, depo, otel odası gibi üçüncü kişilerin ulaşımına açık olmayan ve konut kavramının kapsamına giren kapalı alanlarda gerçekleştirdiği dikkate alındığında, mevcut durumda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması suretiyle örgütün dağıtılması mümkün gözükmemektedir. Nitekim örgütün varlığına son verilmesi için arka planda yer alan örgütün kurucusu, yöneticisi, finansörü gibi üst düzey kişilerin ele geçirilmesi şarttır. Bunun için ise soruşturmacı, örgütün yapısını, işleyişini ve işlediği suçları gösteren maddi delilleri elde etme yetkisine sahip olmalıdır. Dolayısıyla toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden örgütlü suçlarla mücadele edilebilmesi amacıyla, kanunda gerekli değişikliğin yapılarak soruşturmacıya konut içerisinde gizlice arama ve el koyma yetkisinin tanınması önerilmektedir.

¹³⁷ Alman CMK'nın soruşturma makamlarına konutta dinleme yetkisi veren § 100c hükmü ihdas edilmeden önce 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile Anayasada değişiklik yapılarak, Alman AY m.13' e fıkra 2'den sonra gelmek üzere konu ile ilgili düzenleme yapılmıştır (fıkra 3 ile fıkra 6 arasında). Bkz. Plagemann, (n 3) 181. Bu çerçevede Alman hukukunda da konutta dinlemenin ancak sıkı şekil şartları altında uygulanabilecek bir tedbir olduğunu hatırlatmak gerekir.

Kaynakça

- Alptekin S, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE 2017)
- Aydın M, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021)
- Bağlar Y E, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2021) 16 (180) THD 1474-1490
- Baytaz A B, 'Gizli Soruşturmacı', 7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletin Korunması" Tebliğler, (Ed. Adem Sözüer) (On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Bingül F, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2023)
- Canpolat C, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Uluslararası Hukuk Kongresi: Güncel Temalar & Başlıklar, Samsun, 05-09.12.2018) 297-319
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20. Bası, Beta Yayıncılık 2021)
- Çakrak R ve İldeş S, 'Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı' (2014) 2 (2) SaÜHFD 47-76
- Çolak H ve Taşkın M, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, (Seçkin Yayınevi 2007)
- Dencker F, 'Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren' (1994) 2 StV 667-683
- Dikkat G C, 'Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2019)
- Doğan K, 'Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı' Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach' a Armağan, (Seçkin Yayınevi 2018) 969-989
- Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, (Beta Yayıncılık 2015)
- Dönmez B, 'AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması' (2016) 127 TBBD 121-156
- Duttge G, 'Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes', (1996) 51 (11) JZ 556-565
- Eisenberg U, 'Straf(verfahrens-) rechtliche Maßnahmen gegenüber "Organisiertem Verbrechen"' (1993) 16 NJW 1033-1039
- Erdem M R, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Seçkin Yayınevi 2001).
- Eryılmaz M B, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Seçkin Yayınevi 2012)
- Frister H, 'Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG', (1993) 3 StV 151-155 (Privatwohnungen)
- , *Handbuch des Polizeirechts* (Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich) (7. Auflage, C. H. Beck 2021) (Handbuch)

- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Gökpinar M, 'Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması' (2023) 31 (2) SÜHFD 665-701
- Göksel Y, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi"' (2011) 3 ABD 287-298
- Hauck P, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3. Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014)
- Hegmann S, BeckOK StPO (Ed. Jürgen Graf) (52. Edition, C.H. Beck 2024)
- Henrichs S ve Weingast K, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Christoph Barthe ve Jan Gericke) (9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Hilger H, 'Neues Strafverfahrenrecht durch das OrgKG -2. Teil-' (1992) 11 NSTz 523-526 (Neues Strafverfahrenrecht)
- , 'Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten', Anmerkung zu BGH Urteil vom 06.02.1997 - 1 StR 527/96, (1997) 9 NSTz 448-449 (Scheinkäufer)
- , 'Verdeckter Ermittler, V-Leute', Festschrift für Ernst-Walter Hanacak zum 70. Geburtstag (Udo Ebert, Claus Roxin, Peter Rieß ve Eberhard Wahle) (Walter de Gruyter 1999) 207-220 (Verdeckter Ermittler)
- Işık M, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2014) 110 TBBD 383-398
- İnci Z Ö, 'Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7 (2) Hacettepe HFD 119-168
- Jahn M, 'Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Verhör', Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10, (2010) 9 JuS 832-834
- Jörn H, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Karaaslan R, 'Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği - İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneğinden Üzerinden Bir İnceleme' (2021) XXV (2) AHBVÜHFD 555-621
- Kartal A, 'Tesadüfen Elde Edilen Deliller' (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü 2010)
- , 'Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi' (2014) 9 (98) THD 14-24
- Keskin Kızıroğlu S, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58 (1) AÜHFD 139-168

- Kılıbaş Ö S, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2010)
- Kirkpatrick D R, 'Der Einsatz Von Verdeckten Ermittlern in Wirtschaftsstrafverfahren' (2019) 4 NStZ 177-182
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Köksal A, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2016) 65 (4) AÜHFD 2139-2176
- Maier S, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Meyer-Mews H, "Wiederaufnahme nach Nichteröffnung - Zeugenseitig provozierte Selbstbelastung", Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 01.12.2016 - 3 StR 230/16, NJW, S.25, 2017, 1828-1831
- Müller W ve Römer S, 'Legendierte Kontrollen Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund' (2012) 10 NStZ 543-547
- Nowrousian B, 'Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden?' (2015) 11 NStZ 625-628
- Nuhoglu A, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı (C.2, 2008) 1057-1067
- Özbek V Ö, *Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri*, Türk Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri (Haz.: Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Veli Özer Özbek) (Gizli Soruşturmacı Tedbirleri)
- , 'Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (2014) 2 (1-2) CKHD 135-155 (Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu)
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) (Ceza Muhakemesi)
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (18. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) (Ceza Hukuku Özel Hükümler)
- Özbek V Ö, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Başbüyük İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Özdem Ö, 'Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AİHM'in Konuya Yaklaşımı', (2021) 16 (47) CHD 493-524
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5. Bası, Seçkin Yayınevi 2022)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Y F, Alan E, Özaydın M, Erden Tütüncü E, Tok M C, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)

- Parlak E, 'Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bir Bakış' (2010) 5 (48) THD 25-38
- Plagemann G, 'Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri' (2014) 2 (1-2) CKHD 157-187
- Rebmann K, 'Der Einsatz Verdeckt Ermittlender Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung' (1985) 1/2 NJW 1-6
- Rogall K, 'Strafprozessuale Grundlagen und Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren' (1987) 42 (18) JZ 847-853 (Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler)
- , 'Selbstbelastungsfreiheit und Vernehmungähnliche Befragung durch Verdeckten Ermittler', Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/04, (2008) 2 NSTZ 110-113 (Selbstbelastungsfreiheit)
- Roxin C, 'Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233)' (1998) 1 StV 43-45
- Rückert C, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Sanıvar R, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri' (2019) 14 (40) CHD 403-449
- Schlüchter E, 'V-Mann-Aussage zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten' Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (1995) 7 NSTZ 354-355
- Schnarr K H, 'Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung' (1991) 5 NSTZ 209-216
- Schneider H, 'Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler -Eine Zwischenbilanz-' (2004) 7 NSTZ 359-367
- Sezer Y, İpek A İ ve Parlak E, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme*, (Seçkin Yayınevi 2012)
- Sınar H ve Erden E, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine İlişkin Bir AİHM Kararı Bykov V. Rusya' (2010) 2 (13) 30-36
- Sinn A, 'Karanlık Ağda Soruşturma' (Çev.: Nilüfer Köker) (2018) 104 Fasikül Hukuk Dergisi 16-23
- Soiné M, 'Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren' (2010) 11 NSTZ 596-602
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Stephan W, 'Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung' (1992) 25 (7) ZRP 243-247
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Bası, Seçkin Yayınevi 2023)
- Şahin İ, *Teknik Araçlarla İzleme*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- Şahin O, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE 2019)

- Şen E, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) (Gizli Soruşturmacı)
- , *Yorumluyorum - VII*, (Seçkin Yayınevi 2014) (Yorumluyorum)
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (21. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Tok O, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması', (2015) 21 (1) MÜHF-HAD 239-260
- Toprak U, 'Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiyi Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış' (2011) 1 (7) TAAD 257-286
- Tsambikakis M, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Gralman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3. Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014)
- Turhan F, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Asil Yayın Dağıtım 2006) (Ceza Muhakemesi)
- , *Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Seçkin Yayınevi 2009) (Tanıkların Korunması)
- , 'Terör Örgütünün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Tanıkların Kimliğinin Gizli Tutulması - AİHM Kararları Işığında Uygulamanın İncelenmesi', *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku*, II. Cilt (Ed. İzzet Özgenç) (Bireklam Arısı Matbaacılık 2024) 329, 333-351. (329-374)
- Turinay F, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme' (2021) 12 (46) TAAD 413-454
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Yenisey F ve Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, (2. Baskı, Beta Yayınevi 2015)
- Yılmaz Y, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) 124 TBBD 247-304
- Yılmaz Z, 'Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"' (2011) 6 (17) CHD 160-185
- Yurtcan E, *Ceza Yargıcının El Kitabı*, (Seçkin Yayınevi 2019) (Ceza Yargıcının El Kitabı)
- , *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayınevi 2019) (Ceza Yargılaması Hukuku)
- Zöllner M A, 'Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler' (2014) 2 (1-2) 85-103
- Weisser N-F, 'Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)' (2018) 2 NZWiSt 59-63

Yargıtay Kararları Işığında Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru^(*)

Mert GÖZÜBÜYÜK^(**)

Öz

Dolandırıcılık içerikli eylemler çok eski dönemlerden beri var olmasına rağmen cezai anlamda dolandırıcılık suçu ülkelerin mevzuatlarında mal varlığına karşı işlenen diğer suçlara nazaran daha geç yer almıştır. Türk Ceza sisteminde dolandırıcılık suçuna hem 765 sayılı yasada hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 157. maddesinde dolandırıcılık suçu, 158. maddesinde nitelikli halleri ve 159. maddesinde ise daha az cezayı gerektiren hal düzenlenmiştir. Resmi rakamlardan da anlaşılacağı üzere dolandırıcılık suçları günden güne artış göstermekte ve işlenme şekli bakımından gelişmektedir. Dolandırıcılık suçunu mal varlığına karşı işlenen diğer suçlardan ayıran en önemli unsur hiledir. Hile, dolandırıcılık suçunun çekirdeğidir. Dolandırıcılık suçu bakımından hilenin ne olduğu, nasıl ve ne yoğunlukta olması gerektiği konularında TCK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönlerden hile kavramı doktrin ve uygulamadaki içtihatlarla şekillenmektedir. Uygulamada soyut yalandan ibaret hile dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşması bakımından yeterli görülmemekte hilenin belli özelliklere sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Uygulamada hilenin belli ağırlık ve yoğunluğa sahip olması gerektiği savunulmaktadır. Menfaatin temin edilmesi ile tamamlanan dolandırıcılık suçunda hilenin bu aşamaya kadar gerçekleştirilmesi gerekmekte ve hileli hareketler suçun tamamlanmasını sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Dolandırıcılık, Hile, Menfaat Temini, Aldatmak, Mal Varlığı.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2024.
Atıf Şekli: Mert Gözübüyük, 'Yargıtay Kararları Işığında Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru' 2024 (14)2 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1305, 1347.
DOI: 10.52273/sduhfd..1462920.

(**) İstanbul Cumhuriyet Savcısı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: ab198924@adalet.gov.tr.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4284-1572>.



The Factor of Cheating in the Crime of Fraud in the Light of the Supreme Court Decisions

Abstract

Although fraudulent acts have existed since ancient times, the crime of fraud, which involves criminal sanctions, has generally been included in the legislation of states later than other crimes committed against assets. In the Turkish Penal System, the crime of fraud is included in both the law numbered 765 and the Turkish Penal Code numbered 5237. Article 157 of the Turkish Penal Code No. 5237 regulates the crime of fraud, Article 158 regulates its qualified forms and Article 159 regulates the lesser penalty. As can be understood from the official figures, fraud crimes are increasing day by day and developing in terms of the way they are committed. The most important element that distinguishes the crime of fraud from other crimes committed against assets is fraud. Fraud is the core of the crime of fraud. In terms of the crime of fraud, there is no clear regulation in the Turkish Penal Code on what fraud is, how it should be and how intense it should be. In this respect, the concept of fraud is shaped by the jurisprudence in doctrine and practice. In practice, the deception consisting of an abstract lie is not considered sufficient in terms of the formation of the elements of the crime of fraud, and it is stated that the deception must have certain characteristics. In practice, it is stated that the fraud must have a certain weight and intensity. In the crime of fraud, which is completed by obtaining the benefit, the fraud must be carried out until this stage and fraudulent acts ensure the completion of the crime.

Keywords

Fraud, Cheating, Acquiring Benefits, Deceive, Assets.

Extended Summary

The crime of fraud is defined in the law as the perpetrator's fraudulent actions to deceive the victim and obtain benefits for himself or a third person to the detriment of him or someone else. As can be seen in the definition, we can express the main concepts of the offense as obtaining benefits through fraud and deception. The deception is directed against both the freedom of will and the assets of the persons.

The legal benefit protected in the crime of fraud is the person's right to property. According to some opinions in the doctrine and the decisions of the Court of Cassation, the legal benefit protected in the crime of fraud is the right to property and the freedom of will of the person.

All natural persons can be the perpetrators of the crime of fraud. Although legal persons are not perpetrators of the crime of fraud, only this crime can be committed for the benefit of a legal person.

In the crime of fraud, the victim is the person whose will has been violated and whose assets have been damaged. The victim of this crime can be anyone who is a real person. Since the will of legal persons cannot be mentioned, they can only be in the position of being damaged by the crime in terms of the crime of fraud.

The subject of the crime of fraud can be any asset value, element. Movable and immovable property, rights are included in this scope. There are even opinions in the doctrine that personal services are also within this scope.

In the crime of fraud, the benefit obtained by the perpetrator must be the result of deceiving the victim with fraudulent actions and there must be a cause and effect relationship between the action and the result.

The crime of fraud is a crime that can be committed intentionally and it is not possible to commit it with negligence.

There are many opinions on the definition of fraud in the doctrine, and according to the generally accepted opinion in practice, fraud is a qualified lie that eliminates the victim's ability to control the victim, which shows a certain weight, intensity and mastery.

In the crime of fraud, as can be understood from the definition of fraud in the law, it can be any action aimed at crippling the will of the victim. In the crime of fraud, the victim delivers the benefit subject to the crime to the perpetrator with his own consent. However, the consent of the victim for the delivery of the interest is a deceived and misused will.

The addressee of the deception can only be real persons. Legal entities, machines, information systems that do not have a will cannot be the addressee of the fraud in terms of the crime of fraud. Legal entities can only be in the position of being damaged by the crime.

One of the most important discussions in the doctrine on the crime of fraud is whether the deception applied in the crime can be abstract deception and whether it is

necessary for the deception to reach a certain weight and intensity. Some authors state that the deception applied should be skillful, qualified, intense and heavy in a certain proportion and should be of a nature to eliminate the victim's tendency to examine and inspect. Some authors, on the other hand, state that there is no regulation in the Law No. 5237 in the style of the regulation in the Law No. 765, especially the phrase "capable of deceiving" is not included in the new law, and that it is not necessary for the deception to reach a certain intensity in order for the crime to occur, and that it is sufficient to deceive the victim from the concrete event. According to this opinion, it is argued that if the deception is required to have certain criteria, persons who can be removed by simple deception will be deprived of legal protection. The Court of Cassation, on the other hand, states that the deception must be more than a simple lie, it must be qualified, heavy and intense to a certain extent, and it must be of a nature that will eliminate the possibility of control of the other party. In our opinion, every lie should constitute the fraud element of the crime of fraud, the lie should have certain qualities in terms of intensity, weight, display, and should eliminate the possibility of inspection of the other party.

There is no clear regulation on the timing of the fraud. However, in the decisions of the Court of Cassation and in practice, the fraud must occur before the benefit is obtained and at the latest when the benefit is to be obtained. The fraud that occurs after the provision of the benefit will not constitute the crime of fraud. In case of fraudulent acts related to the debt that has already arisen, the crime of fraud will not occur. Here, fraudulent acts have no effect on the formation of the debt. The crime of fraud will occur in the case of obtaining benefits by exhibiting fraudulent acts to terminate a pre-existing debt and establish a new debt relationship.

Giriş

Çok eski çağlardan beri insanlar arasında her daim haksız fiil kavramı var olmuştur. Haksız fiil hukuka, herkes için bağlayıcı kurallara muhalif eylemlerdir. Geçmiş çağlardan bu yana toplu yaşamının dezavantajlarından birisi olarak insanlar her daim birbirlerinin mal varlıklarına yönelik haksız eylemlerde bulunmuşlardır. Bu nedenle geçmişten günümüze her dönemde mal varlığının korunması ihtiyacı olmuştur. Bu ihtiyacın kaos, kavga ve hatta savaşılar neden olacak bireysel bir korumadan ziyade hukuki bir zeminde ve genel bir koruma olması gerekmiştir. Bu nedenle devletler toplumu oluşturan insanların malvarlıklarının korunması için önlemler almak zorunda kalmıştır. Özel hukuk önlemleri her ne kadar hukuki yönden anlaşmazlıkları çözüme kavuşturursa da bir başkasının mal varlığına yönelik haksız eylemde ve haksız menfaat temin etme girişiminde bulunan kişiler bakımından caydırıcı olmamıştır. Tüm bu nedenlerle insanların mal varlığı hakkını korumak için caydırıcı önlemler alınması gerekmiştir. Bu gerekliliğin sonucu olarak da geçmişten günümüze pek çok ceza yasasında mal varlığına yönelik işlenen suçlar yer almıştır. Bu şekilde devletler toplumu oluşturan insanların mal varlığı hakkını korumayı ve toplumda iyi niyet ve güven ilişkisinin bozulmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır¹.

Dolandırıcılığın geçmişi insanlık tarihi kadar uzundur. Dolandırıcılığa ilişkin eylemler geçmişten günümüze dek hatta ilkel toplumlarda dahi suç olarak görülmüştür². Dolandırıcılık suçunun temeli hırsızlık suçuna dayanmaktadır³. Bu suçun hırsızlık vb. malvarlığına yönelik diğer suçlardan bağımsız nitelik kazanması uzun zaman almıştır. Dolandırıcılık suçunun ilk esintileri Roma hukukundaki “*falsum*”, “*furtum*” kavramlarına dayanmaktadır. Bu kavramlar hile ve desise kavramlarını içinde barındırmış ancak dolandırıcılık dışında sahtecilik, yalan beyan gibi dürüstlüğü aykırı hile içerikli birçok suçu kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmıştır⁴. 2. yüzyılda “*Stellionatus*” kavramı bugünkü manada dolandırıcılık suçuna en yakın kavramdır⁵. Hile, desise, aldatıcılık yönü olan tüm

¹ Ahmet Gündel, *5237 Sayılı TCK'da Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları* (Sözkesen Matbaacılık 2009) 459.

² Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (7. Baskı, US-A Yayıncılık 2019) 400.

³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Ü. Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 622.

⁴ Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 15.

⁵ Sami Selçuk, *Dolandırıcılık* (Yasa Yayınları 1982) 36 vd.

suçlar bu kavram altında birleşmekteydi. Sonrasında uzunca bir süre bu alanda bir gelişme kaydedilememiş ve hatta sahtekarlık eylemleri ile karışmış bir hal almıştı. Bugünkü kapsamı ile dolandırıcılık suçu modern Ceza hukuku telakkilerine dayanmaktadır. İlk olarak 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda müstakil olarak düzenlenen dolandırıcılık suçu yine aynı ülkenin 1810 tarihli ceza yasası düzenlemesinde daha bir suç olarak yer almış olup kavramsal olarak XIX. yüzyılda sahtekarlık suçlarından ayrılarak bugünkü anlamına bürünmüştür⁶.

Başlarda hırsızlık, yağma gibi mal varlığına yönelik basit suçlar işlenmekte iken toplumsal, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere paralel olarak suçlarda ve suç işleme şekillerinde de değişiklik, gelişme, karmaşıklık olmuştur. Bu gelişmeler doğrultusunda basit hırsızlık, yağma gibi işlenmesi bakımından daha düz ve basit olan suçlara nazaran işlenmesi daha karmaşık ve daha planlı olan dolandırıcılık suçunda artış olmuştur⁷. Özellikle teknolojik gelişmeler doğrultusunda dolandırıcılık suçunun işlenmesinin kolaylaşması, arakada iz bırakmama durumu, basit bir şekilde para kazanılmasını sağlama gibi durumlar nedeni ile suçun işlenişinde artış eğilimi olduğu gibi suçluların tespiti de zorlaşmıştır⁸.

Dolandırıcılık suçu, mal varlığına karşı işlenen diğer suçlarda olduğu gibi basit bir tanım ile failin mağdurun mal varlığına yönelerek haksız fiili ile mağdurun mal varlığında azalma kendi mal varlığında ise artış sağlamasıdır. Bu suçun mal varlığına yönelen diğer suçlardan en dikkat çeken farkı hile unsurudur⁹. Mal varlığına karşı işlenen diğer suçlarda çoğunlukla fail doğrudan mağdurun mal varlığına yönelerek haksız eylemi ile mağdurun mal varlığı değerini rızası dışında uhdesine geçirmektedir. Ancak dolandırıcılık suçunda fail hileli hareketi ile mağdurun iradesini fesada uğratmakta ve iradesi fesada uğrayan mağdur rızası ile mal varlığı değerini faile teslim etmektedir¹⁰. Dolandırıcılık suçunun

⁶ Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1994) 363; Selçuk, (n 5) 46.

⁷ Behiye Eker Kazancı ve İlker Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan" (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517, 518.

⁸ Fulya Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi" (2020) 69 (3) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 1415, 1417.

⁹ Mustafa Atalan, *Dolandırıcılık Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 1.

¹⁰ "Hileli davranışların sergilendiği her olay dolandırıcılık suçu olarak vasıflandırılmayacaktır. Hile, başka bir suçun işlenmesinin kolaylaştırılması veya işlendikten sonra açığa çıkmasının önlenmesi amacıyla da kullanılabilir. Oysa dolandırıcılığın hareket unsuru olan hilenin, mağdurun irade ve rızasını elde etmeye yönelik olması gereklidir. Dolayısıyla dolandırıcılıkta kullanılan hile, mağdu-

mal varlığına karşı işlenen diğer suçlardan en büyük ve en önemli farkının bu durum olduğu söylenebilir¹¹. Güveni kötüye kullanma suçunda da suça konu değer mağdurun rızası ile failin hakimiyetine geçiyor ise de bu suçta rıza, fesada uğramamış ve hukuken geçerli bir rızadır¹².

Dolandırıcılık suçunda kişinin mal varlığı hakkının yanında irade özgürlüğü de ihlal edilmektedir. Bu anlamda dolandırıcılık suçunda mal varlığı hakkının yanında aynı zamanda irade özgürlüğünün de korunması amaçlanmaktadır¹³. Her ne kadar dolandırıcılık suçunda kişinin mal varlığı hakkı ve irade özgürlüğü korunuyor olsa da burada failin amacının mal varlığı değerini elde etmek olduğu söylenebilir. Karşı tarafın irade özgürlüğünü ihlal etmek ise failin amacı olmayıp mal varlığı değerini elde etmekte kullandığı araçtır. Bu nedenle dolandırıcılık suçunun ceza yasasında mal varlığına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkündür¹⁴. Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) da dolandırıcılık suçunun düzenlendiği yer mal varlığına karşı işlenen suçlar bölümüdür.

Günlük hayattaki her hileli davranışın dolandırıcılık suçunu oluşturacağı söylemez. Hileli davranış kimi durumlarda yaptırımını özel hukukta bulmakta, kimi

run kanmasını ve menfaati rızasıyla faile veya göstereceği kişiye teslim etmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır. Dolandırıcılıkta mağdurun mali teslimde rızası vardır, fakat bu rıza hile kullanıldığı için sakatlanmıştır. Hileli davranışlar geçici de olsa rızai bir teslimi doğurmamış; bu bağlamda mal, failin el çabukluğu veya özel becerisi gibi maddi bir hareketiyle bulunduğu yerden alınmak suretiyle elde edilmiş ise eylem dolandırıcılık suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturacaktır...”, Yargıtay CGK, 6-378/205, 05.04.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

¹¹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Baskı, Legem Yayınevi 2023) 441.

¹² “Katılanın işletmecisi olduğu Kamil Koç otobüs firmasının Susurluk Acentesinde 2010-2015 yılları arasında bilet satış görevlisi olarak çalışan sanığın, çalıştığı süre içerisinde bilet satışı yapılan bir kasada bulunan bilgisayarda hayali biletler kestiği, daha sonra diğer kasada bulunan bilgisayardan bu hayali bileti iptal ettiği, fazla veren kasadan iptal ettiği biletlerin paralarını kendisi almak suretiyle menfaat ettiği somut olayda; hizmet ilişkisinin gereği olarak kendisine teslim edilmiş olan paraları sahte hayali biletler düzenleyip daha sonra bu biletleri iptal etmek ve iptal edilen bilet paraları miktarında parayı uhdesine geçirmek suretiyle zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu, sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun’un 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve uzlaştırma kapsamında kalan zincirleme şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması...”, Yargıtay 11 CD, 15160/365, 15.01.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2023.

¹³ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2019) 809; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2019) 807; Nevzat Toroslulu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Baskı, Savaş 2019) 180; Selçuk, (n 5) 71 vd.

¹⁴ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta 2017) 499.

durumlarda ise şartların oluşması halinde müeyyidesini ceza yasalarında bulmaktadır. Dolandırıcılık suçunu malvarlığına yönelik diğer suçlardan ayıran, bu suçta rengini veren, suçun özünü oluşturan unsur hiledir. Ancak hile ve hilenin uygulanması konusunda doktrinde ve uygulamada birçok farklı görüş mevcut olup bu yönde net bir görüş ve içtihat birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Dolandırıcılık suçu bakımından bu kadar önemli olan hile unsurunu çalışmamızda öğreti ve Yargıtay kararları ışığında ele alarak bu hususta tespitlerimizi ortaya koyacağız.

I. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Dolandırıcılık Suçu ve Unsurları

A. Türk Ceza Kanunu Kapsamında Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümler kitabı kısmında ve 10. bölümde 157, 158. maddelerde düzenlenmiştir. Aynı bölümde düzenlenen diğer suçlardan en dikkat çeken farkı hile kavramıdır¹⁵.

Dolandırıcılık suçu yasada failin hileli hareketleri ile mağduru aldatarak onun ya da bir başkasının zararına kendisi yahut üçüncü bir kişiye menfaat temin etmesi olarak tanımlanmıştır¹⁶. Tanımda görüldüğü üzere suçun ana kavramlarını hile ve aldatma ile menfaat temini olarak ifade edebiliriz. Hile ile mağdurun yahut bir başkasının mal varlığı değeri fail veya üçüncü bir kişinin hakimiyetine geçmektedir. Yani hile kişilerin hem irade özgürlüğüne hem de mal varlığına yönelmektedir¹⁷.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda (mülga TCK) yasada dolandırıcılık; failin mağduru kandırabilecek mahiyette hile ve desiselerle aldatıp mağdurun yahut başka bir kimsenin zararına, kendisine yahut üçüncü bir kişiye haksız menfaat sağlama olarak tanımlanmıştır¹⁸. Mülga TCK'da, yeni yasada bulunmayan "desise" kavramına yer verilmişti. Bu kavram TDK sözlüğünde "entrika" olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Yargıtay desiseyi maddi eylemlerle karşı tarafı hataya zorlamak amacı ile başvuru araç olarak tanımlamıştır²⁰. Mülga TCK'da

¹⁵ Osman Erdoğan, "Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru" (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 2.

¹⁶ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

¹⁷ Erdener Yurtcan, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 295.

¹⁸ Mülga Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG 13.03.1926/320.

¹⁹ <<https://sozluk.gov.tr/>> 05/01/2024.

²⁰ "Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için failin, bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiselerle hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisi veya başkasının yararına haksız bir

hilenin kandırıcı nitelikte olması gerektiği belirtilmişken TCK'da bu düzenlemeden vazgeçilmiştir. Yine mülga TCK'da sağlanan menfaatin haksız olması aranmışken TCK'da bu ifadeye yer verilmemiştir²¹. Suçun konusu olan değer mağdur tarafından haksız elde edilmiş olmasının suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır²². Örneğin; mağdur tarafından hırsızlanan bir cep telefonunun fail tarafından hile ile mağdurdan ele geçirilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır²³. Kanun maddelerinde görüldüğü üzere TCK ve mülga TCK'da hile kavramı tanımlanmamıştır.

Mevcut düzenlemede olmayan ancak mülga TCK'da bulunan desise kavramını hile kavramı ile birlikte incelemekte fayda vardır. Mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde doktrinde; dolandırıcılık suçu bakımından failin sözlü nitelikteki eylemleri hile, maddi nitelikteki eylemleri ise desise olarak tanımlanıyordu²⁴. Mülga TCK'da desise kavramının hile ile birlikte anlamı kuvvetlendirmesi için kullanıldığını belirten görüş de mevcuttur²⁵. Örneğin failin mağdura yalan söyleyerek iradesini sakatlaması hile, sahte bir evrak düzenleyerek bu evrak ile mağduru aldatması ise desise olarak adlandırılmıştır. Ancak yeni yasa döneminde doktrinde hakim olan görüşe göre TCK'da desise kavramının yer almaması bir eksiklik olmayıp her iki kavramın farklı anlamlar içermediği ve TCK'da hilenin desise kavramını da kapsar şekilde düzenlendiği belirtilmektedir²⁶.

çıkarması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağduru denetleme olanağı ortadan kaldırılmalıdır. Desise ise maddi nitelikteki fiil ve hareketlerle mağduru hataya düşürmek için kullanılan aldatıcı vasıtalar. Kullanılan hile ve desiseler ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.”, Yargıtay 11 CD, 9335/30801, 11.11.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2024.

²¹ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2023) 694; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku* (4. Baskı, Savaş Yayınları 1983) 572.

²² Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (n 14) 493.

²³ Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Cürümler* (17. Baskı, Beta 2004) 397.

²⁴ Önder, (n 6) 369; Gündel (n 1) 460.

²⁵ Sinan Esen, *Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2007) 296.

²⁶ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Dolandırıcılık Suçu” (2008) 14 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1, 16; Atalan (n 9) 9.

B. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

Suçun hukuki konusu suç ile korunan hak, çıkar, hukuki varlıktır²⁷. Dolandırıcılık suçu TCK'nın mal varlığına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Suçun yukarıda izah edildiği üzere tanımı ve kanunda düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda korunan hukuki yararın kişinin mal varlığı hakkı olduğunu söylemek mümkündür²⁸. Ancak doktrinde failin mağdurun mal varlığına yönelmek için mağdurun iradesini hileli hareketler ile fesada uğratması gerektiği belirtilerek dolandırıcılık suçunda korunan hukuki yararın mal varlığı hakkının yanında irade özgürlüğü de olduğu belirtilmektedir²⁹. Yine kanunun gerekçesinde; "... Bu suretle kişinin irade serbestisi etkilenmekte ve irade özgürlüğü ihlal edilmektedir." ibaresinden de anlaşıldığı üzere bu suç ile kişilerin iradelerini özgürce ifade etmeleri güvence altına alınmaktadır³⁰. Yargıtay'ın da dolandırıcılık suçunda korunan hukuki yararın mal varlığı hakkının yanında kişi iradesinin de olduğuna ilişkin kararları mevcuttur³¹. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler bulursa da kanaatimizce dolandırıcılık suçu bakımından yasanın gerekçesinde de özellikle vurgulanan irade özgürlüğü görmezden gelinemez ve bu nedenle suçta korunan hukuki değer hem malvarlığı hakkı hem irade özgürlüğü olduğunu söylemek mümkündür.

Fail; kanuni tanımda belirtilen hukuka aykırılık teşkil eden eylemi gerçekleştiren kişi ya da kişilerdir³². Tüm gerçek kişiler dolandırıcılık suçunun faili ola-

²⁷ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı, Beta 2017) 232; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 310; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2012) 242.

²⁸ Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt 3 (2. Baskı, Adalet 2023) 4981; Gökçen ve Balcı, (n 26) 4, 5.

²⁹ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 809; Atalan, (n 9) 2; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 13) 709; Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar" (2015) 6 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 597, 600.

³⁰ Hafizoğulları ve Özen, (n 2) 401.

³¹ "Malvarlığının yanında irade özgürlüğünün de korunduğu dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için fail kendisi veya başkasına zarar sağlamak amacıyla bilerek ve isteyerek hileli davranışlar yapmalı bu davranışlarla bir başkasına zarar vermeli, verilen zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunmalı ve zarar da nesnel ölçütler göz önünde bulundurularak belirlenecek ekonomik zarar olmalıdır.", Yargıtay 11 CD, 9335/30801, 11.11.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 12 Ocak 2024.

³² Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 488; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 625; Soyaslan *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 27) 239.

bilirler³³. Hileli hareketleri gerçekleştiren kişi ile suçtan menfaatlenen kişinin farklı olması halinde hileli hareketlerde bulunan kişi fail olup yararına menfaat temin edilen kişi baştan beri fail ile aynı kast ile bilerek hareket etmiş ise müş-terek fail ancak hileli davranışları bilmiyor ve baştan itibaren bu kastta değilse somut olayın özelliğine göre TCK'nın 165. maddesi kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir³⁴. Tüzel kişiler hileli eylemde bulunamayacaklarından dolandırıcılık suçunun faili olamazlar. Bu suç bir tüzel kişilik yararına işlenebilir ve bu durumda yetkili temsilci bu suçun faili olabilir³⁵. Bu durumda ilgili tüzel kişilik hakkında gerekli güvenlik tedbirleri uygulanabilir³⁶. Bu suç bakımından failin herhangi bir özellik göstermesi gerekmez. Yalnız failin belli özellikler gösterdiği, bazı niteliklere sahip olduğu durumlarda suçun nitelikli hali söz konusu olabilmektedir. Örneğin; TCK'nın 158/1-h maddesinde dolandırıcılık suçunun failinin tacir, şirket yöneticisi, şirket adına hareket eden kimse olması ve ticari faaliyeti sırasında eylemi gerçekleştirmesi hali nitelikli hal olarak düzenlenmiştir³⁷. Tüm değerlendirmeler ışığında faili özellik göstermeyen bu suç bakımından hileli harekette bulunma irade ve potansiyeli bulunmayan tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün değildir.

Mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kişi, suçun pasif süjesi olarak tanımlanabilir³⁸. Dolandırıcılık suçunda mağdur, iradesi fesada uğratılan ve mal varlığı zarara uğratılan gerçek kişidir³⁹. Malvarlığı değeri zarara uğrayan kişi ile hileye muhatap kalarak iradesi sakatlanan kişinin aynı olmaması durumunda mağdur, iradesi fesada uğratılan kişidir. Malvarlığı değeri zarara uğrayan kişi ise suçtan zarar görendir⁴⁰. Doktrinde mağdurun malvarlığı değeri zarara uğrayan kişi olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur⁴¹. Tüzel kişilerin iradelerinden söz edilemeyeceğinden dolandırıcılık suçu bakımından ancak suçtan zarar gören

³³ Toroslu, (n 13) 180.

³⁴ Aydın, (n 4) 23.

³⁵ Korkmaz, (n 8) 33.

³⁶ Erdoğan, (n 15) 37.

³⁷ Esen, (n 25) 294; Önder, (n 6) 365.

³⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 313; Soyaslan *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 27) 240; Aydın, (n 4) 24.

³⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 688.

⁴⁰ Özen, (n 21) 697; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 628; İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Elde Etmek Amacıyla İşlenen Suçlar* (Seçkin 2002) 30.

⁴¹ Hafizoğulları ve Özen, (n 2) 401, 402; Toroslu, (n 13) 180.

konumunda olup bu halde mağdur ise tüzel kişiliği temsil eden gerçek kişidir⁴². Suçun mağduru herkes olabilir ancak bazı durumlarda mağdurun gösterdiği özellik eylemin nitelikli hal kapsamına girmesine neden olabilir. Örneğin; mağdurun algılama yeteneğinin zayıf olduğu halde failin bu durumdan faydalanarak dolandırıcılık suçunu işlemesi halinde TCK'nın 158/1-c maddesi gündeme gelecektir⁴³. Dolandırıcılık suçunu malvarlığına karşı işlenen diğer suçlardan ayıran ve hatta bu suça rengini veren unsur hile olduğuna göre bu suçun mağdurunun da kendisine karşı hile uygulanarak iradesi sakatlanan kişi olduğunu söylemek mümkündür. Malvarlığı itibari ile zarara uğrayan kimse iradesi sakatlanan kim-seden farklı ise bu kişinin suçtan zarar gören olduğunu söylemek mümkündür.

Hareketin yöneldiği kişi yahut obje suçun maddi konusunu oluşturmaktadır⁴⁴. Dolandırıcılık suçunun konusu herhangi bir mal varlığı değeri, ekonomik değer olabilir⁴⁵. Doktrinde ceza hukuku anlamında malvarlığı değerinin kapsamına manevi değerlerin de girdiğini savunan görüşler de mevcuttur⁴⁶. Taşınır ve taşınmaz mallar, haklar, tüm ekonomik değerler bu kapsama dahildir⁴⁷. Hatta doktrinde şahsi hizmetlerin de bu kapsamda olduğunu savunan görüşler mevcuttur⁴⁸.

Ceza hukuku anlamında hareket; kanuni tanımda belirtilen ve neticeye ulaşmayı sağlayan iradi davranıştır⁴⁹. TCK 157/1'deki düzenlemede de görüldüğü üzere hareket unsuru; hileli davranışlar ile mağdurun aldatılmasıdır. Mağduru aldatıp onun veya bir başkasının zararına, failin yahut üçüncü bir kimsenin yarar sağlaması ile suç tamamlanır⁵⁰. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁵¹. Dolan-

⁴² Eker Kazancı ve Zeyrek (n 7) 524; Gökçen ve Balcı, (n 26) 15.

⁴³ Maviş, (n 28) 602.

⁴⁴ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 309, Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 232; Soyaslan *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 27) 243.

⁴⁵ Gündel (n 1) 463; Dönmezer, (n 23) 393.

⁴⁶ Toroslu, (n 13) 187; Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 536.

⁴⁷ Esen, (n 25) 293.

⁴⁸ Gökcan ve Artuç, (n 28) 4986; Maviş, (n 28) 601; Ersin Şare, "Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Ceza-landırılan Hile" (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 669, 680.

⁴⁹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 238; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 237.

⁵⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 13) 711; Şare, (n 48) 683.

⁵¹ "...sanık hakkında dolandırıcılığa teşebbüs suçlamasıyla kamu davası açılmış ise de; para sanığın hesabına geçtiği anda sanığın menfaat temin ettiği, sanık parayı çekememiş olsa dahi suçun müştekinin sanığın hesabına parayı gönderdiği anda tamamlandığı anlaşılmalı sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanmadığı gerekçesiyle, dolandırıcılık suçundan temyiz

dırıcılık suçu hileli hareket, aldatma, zarara uğrama ve yarar sağlama eylemlerini bir arada barındıran çok hareketli bir suçtur⁵². Yasada suç bakımından herhangi bir hareket şekli öngörülmemiş olup bu bakımdan dolandırıcılık suçu serbest hareketli ve malvarlığına karşı işlenen diğer suçlara nazaran karmaşık yapıya sahiptir. Dolandırıcılık suçu ile çokça karıştırılan hırsızlık suçu arasındaki en önemli fark mağdurun rızası noktasında karşımıza çıkmaktadır. Suça konu ürün mağdurun rızası dışında elinden çıkıyorsa hırsızlık; mağdurun rızası ile elinden çıkıyorsa dolandırıcılık suçu gündeme gelecektir. Tabii buradaki rıza sakatlanmış bir iradenin ürünüdür. Güveni kötüye kullanma suçunda ise mağdur geçerli, sakatlanmamış irade ile ürünü teslim etmekte ancak sonrasında fail mağdurun rızası dışında, verilmiş amacına uygun olmayan tasarruflarda bulunmaktadırlar. Yağma suçunda ise ürün cebir, tehdit ile mağdurdan zorla alınmaktadır⁵³.

İlliyet bağı; neticenin sorumluluk anlamında bir kimseye yüklenebilmesi, neticenin bu kimsenin hareketi sonucu meydana gelmesi yani neden sonuç ilişkisini ifade eder⁵⁴. Tüm suçlarda olduğu gibi dolandırıcılık suçunda da uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. İlliyet bağı hareket ile netice arasındaki neden sonuç ilişkisidir. Yani meydana gelen sonuç bir kimsenin eylemi nedeniyle olmuş ise bu eylem ile sonuç arasında illiyet bağının varlığından bahsedilebilir⁵⁵. Dolandırıcılık suçu bakımından failin hileli hareketleri ile mağdur aldanmalı ve bunun sonucu olarak mağdurun yahut başkaca bir kimsenin zararına ve failin ya da üçüncü bir şahsın yararına menfaat sağlanmalıdır. Yani failin elde ettiği menfaatin hileli hareketler ile mağdurun aldatılmasının bir sonucu olması, yani eylem ile sonuç arasında neden sonuç ilişkisi bulunması gereklidir⁵⁶. Elde edilen menfaat ve mağdurun uğradığı zararın failin hileli davranışından kaynaklanmaması halinde dolandırıcılık suçundan söz edilemeyecektir⁵⁷.

incelemesine konu mahkûmiyet hükmü kurulmuştur... Gerekçe bölümünde açıklanan nedenlerle Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, 08.11.2018 tarihli ve 2018/261 Esas, 2018/401 Karar sayılı kararında... oy birliğiyle ONANMASINA..., Yargıtay 11 CD, 9335/30801, 11.11.2015 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁵² Berrin Akbulut, "Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı" (2022) 30 (4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2267, 2271; Yurtcan, (n 17) 295; Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, (3. Baskı, Seçkin 2010) 2537.

⁵³ Erem ve Toroslu, (n 21) 561; Maviş, (n 28) 605.

⁵⁴ Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 272; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 275.

⁵⁵ Atalan, (n 9) 24.

⁵⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 635.

⁵⁷ Korkmaz, (n 8) 72; Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 535.

Görüldüğü üzere suçun oluşumu için zararın doğması gerekmekte olup bu bakımdan dolandırıcılık suçu zarar suçudur. Meydana gelen zarar ve yararın miktarının suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmayıp uygulamada temel cezanın tayininde önem arz etmektedir.

Manevi unsur; fiil ile fail arasındaki manevi, psikolojik bağlıdır. Failin cezalandırılabilmesi için hareketinin iradi, kusurlu olması gerekir⁵⁸. TCK'da manevi unsur genel olarak kasttır. Dolandırıcılık suçu özel saik gerekmesizin genel kast ile işlenebilen bir suçtur⁵⁹. Yani failin hileli eylemde bulunduğunu, bunun sonucunda mağdurun aldandığı ve mağdurun yahut üçüncü bir kişinin zararına kendisine veya bir başkasına menfaat temin ettiğini bilmeli ve bu şekilde hareket etmelidir. Kanunda taksire ilişkin özel bir düzenleme bulunmadıkça o suç yalnızca kasten işlenebilir. TCK kapsamında suçların taksirle işlenmesi istisna olup suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi yasada o suçun taksirle işlenebileceğine dair düzenleme olmasına bağlıdır. Dolandırıcılık suçu bakımından yasada taksirle işlenebileceğine dair özel bir düzenleme bulunmayıp yalnızca kasten işlenebilmektedir. Yine suçun oluşması için hukuka aykırılığın da gerçekleşmesi şarttır⁶⁰.

Suçta hukuka aykırılık unsuru; eylemin hukuken yasaklanmış olmasını ifade etmektedir. Eylemin cezaya tabi tutulmaması halinde hukuka aykırılıktan ve dolayısıyla suçtan bahsedilemez⁶¹. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran birtakım durumlar kanunda düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçu bakımından bu durumlardan en önemlisi ilgilinin rızasıdır. Dolandırıcılık suçunda aslında mağdurun suça konu değeri faille verme konusunda rızası bulunmaktadır. Ancak bu rıza sağlıklı bir iradenin değil sakatlanmış, aldatılmış bir iradenin ürünü olması nedeni ile hukuken geçerli olmayıp suçun oluşmasına da engel değildir⁶².

Daha önce de belirtildiği üzere dolandırıcılık suçunu aynı bölümde düzenlenen diğer suçlardan farklı kılan en önemli unsur, failin aldatıcı hareketleri ile mağduru aldatması ve mağdurun fesada uğramış iradesi ile failin amaçladığı menfaati yerine getirmesidir. Dolandırıcılık suçunu diğer suçlardan ayıran unsur olan hile kavramını bu çalışmada ele alacağız.

⁵⁸ Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 356; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 318.

⁵⁹ Aydın, (n 4) 73; Yurtcan, (n 17) 296; Parlar ve Hatipoğlu, (n 51) 2536; Şare, (n 48) 684.

⁶⁰ Akbulut, (n 52) 2271.

⁶¹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (n 27) 290; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, (n 27) 398; Soyaslan *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (n 27) 363.

⁶² Gökçen ve Artuç, (n 28) 5006, 5007.

II. Dolandırıcılık Suçunda Hile Kavramı

A. Genel Olarak

Dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla bir kimse aldatılarak menfaat temin edilmektedir. Aldanma kişinin zihninde olan ile gerçekte olanın farklı olması halidir⁶³. Tipiklik unsurunun gerçekleşmesi için kanun maddesinde de görüldüğü üzere hareketin belli şartlara sahip olması gerekmektedir. Dolandırıcılık suçunun hareket unsurunu failin hileli hareketleri oluşturmaktadır. Fail hileli hareketleri ile mağduru aldatmaktadır. Hileli bir davranışın bulunmaması halinde dolandırıcılık suçu gündeme gelmeyecektir⁶⁴. Hile yoksa dolandırıcılık suçu da yoktur⁶⁵. Kanunda hareketin nasıl olması gerektiği, hilenin ne olduğu konularında bir açıklama bulunmamaktadır⁶⁶. Kanuni düzenlemede de görüldü-

⁶³ Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 534

⁶⁴ “Saniğin 2008 yılı Mayıs ayından başlayarak suç tarihi itibarıyla ... isimli alışveriş merkezinin halkla ilişkiler yetkilisi olduğu, katılan ... isimli firmadan çalıştığı iş yerinin ve patronlarının da ismini ve itibarını kullanarak ilk kez 14.4.2010’da toplam 51.514,48 TL bedelinde dış ve iç hat uçak biletini, bilet kesim tarihinden itibaren 15 gün içinde ödeneceğini söyleyerek satın aldığı, saniğin daha sonra da 16.4.2010’da toplam 4.661 TL bedelli, 22.4.2010’da toplam 5.970 TL bedelli ve en son 3.5.2010 tarihinde 12.203 TL bedelli muhtelif iç ve dış hat uçak biletlerini satın aldığı, katılan ...’in saniğin çalıştığı yerin bilgisi dahilinde alım yapmasına güvenerek uçak biletlerinin bedelini sonra tahsil etmek üzere parasız olarak saniğe teslim ettiği, ancak vadesi gelmesine rağmen uçak biletlerinin bedeli ödenmeyince katılan firmanın, saniğin iş verenine müracaatta bulunduğu, bunun üzerine satın alınan biletlerin bir kısmı hariç hiç birinin Avm yetkililerinin talimatı ile satın alınmadığını, yapılan araştırma sonucunda anlaşıldığı ve böylece saniğin katılana yönelik dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen olayda; katılanın güveninin saniğin şahsına olduğu, dosya kapsamındaki faturaların saniğin adına kesildiği, atılı suçun hile unsuru yönünden oluşmadığı ve katılanın zararının hukuken tazmin edilmesinin mümkün olduğu anlaşılmalı sanık hakkında yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,” Yarg., 15. CD. 21.06.2016, E. 2014/2289, K. 2016/6493(UYAP). “Katılan ile saniğin düğün yapıp, resmi nikahları olmaksızın birlikte yaşamaya başladıkları, katılanın düğünde takmış olduğu dört adet bilezik, üç adet yüzük, bir çift küpe ve altın saati değiştirmek bahanesi ile istediği sanık S... B...’in takıların halasında kaldığını, alıp geleceğini söyleyerek ortadan kaybolduğu gibi düğünde toplanan 10.000 TL parayı da yanında götürdüğünün iddia edildiği olayda; saniğin savunmasında başlık parası karşılığında istemediği bir evliliğe zorlandığını, bu nedenle suça konu takıları ve parayı yanına almaksızın kaçtığına dair beyanı ile katılanın geleneklerine göre saniğe resmi nikahtan önce düğün yapıp takı taktığı şeklindeki ifadesi birlikte değerlendirildiğinde saniğin dolandırıcılık kastı ile hareket edip haksız menfaat temin etmek için katılan ile evlenecekmiş gibi hile kullandığına dair delil bulunmadığı gibi bu hali ile somut olayda dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesine dayanan beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15 CD, 9008/4386, 07.06.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024.

⁶⁵ Maviş, (n 28) 618.

⁶⁶ Erdoğu, (n 15) 47.

ğü üzere bu suç serbest hareketlerle oluşan bir suç olup yine uygulanacak hilenin bir sınırı bulunmamaktadır. Yine her ne kadar kanuni tanımda “hileli davranışlarla” ibaresi bulunsada suçun oluşması için birden fazla hileli harekette bulunulmasına gerek yoktur⁶⁷. Fail, mağdurun aldanmasını ve menfaat teminini sağlayabileceği her türlü düzene, oyuna başvurabilir⁶⁸.

Her ne kadar dolandırıcılık suçu serbest hareketli bir suç olup suçun oluşması bakımından uygulanacak hilenin de herhangi bir sınırı bulunmasada kanuni tanımda görüldüğü üzere hile dolaylı olarak bir şarta bağlanmıştır. Hileli hareketler ile mağdurun aldatılması ve sonucunda menfaat temininin bu şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁹. Bu nedenle öğretide dolandırıcılık suçunun bağlı hareketli bir suç olduğuna ilişkin görüşler mevcuttur⁷⁰. Ancak gerçekleşen hileli hareketin türü ve sınırı olmadığından yola çıkılarak dolandırıcılık suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu söylemek mümkündür⁷¹. Failin hileli hareketleri sergilediği ancak mağdurun bu hileli hareketlere aldanmadığı ancak insani duygular ile yahut başkaca bir sebep ile failin lehine menfaat teminini rızası ile gerçekleştirdiği durumda dolandırıcılık suçunun oluştuğundan bahsedilemeye-

⁶⁷ Aydın, (n 4) 34.

⁶⁸ “Katılan Şerife Yılmaz’ın davalarını takip etmek için bir avukat aradığı, bir arkadaşı aracılığı ile kendisini avukat olduğunu söyleyen ve iş yeri tabelasında da avukat olarak geçen sanık Recep Kısacık ile görüştüğü ve avukat olarak çalışan Murat Kodal adına noterden vekâlet çıkarttığı ve peyderpey sanığa 70.000,00 TL parayı verdiği, ancak sonradan davalarında bir sonuç alınmadığı ve şüphelenmesi üzerine araştırdığında sanığın avukat olmadığını anlayarak şikâyetçi olduğu, katılan Şerife Özmedir’in de benzer şekilde avukat olarak sanıkla anlaştığı, ona davasını takip etmesi için 117.000,00 TL ödeme yaptığı ancak daha sonra avukat olmadığını öğrendiği ve sanığın kendisini avukat olarak tanıtır şikâyetçilerden menfaat temin ettiği, bu şekilde sanığın atılı suçu işlediği iddia olunan somut olayda; sanık kendisinin avukat olmadığını sadece hukuk danışmanlık şirketi bulunduğunu belirtmiş ise de olayın bu şekilde gerçekleşmediği, her iki şikâyetçiye kendisini avukat olarak tanıtarak şikâyetçilerin davalarının takibi hususunda onlardan yüklü miktarda paralar aldığı ve apartman girişinde ki tabelada dahi avukat Recep Kısacık şeklinde gözüktüğü, dinlenen tanık beyanları ile de bu hususun doğrulandığı ve dolayısıyla sanığın kendisini avukat olmadığı halde avukat olarak tanıtır buna ilişkin bir avukatlık bürosu tanzım edip sekreter ve çalışanlar ve ücretli avukatta çalıştırmak sureti ile buranın bir avukatlık bürosu olarak hizmet verdiği konusunda inandırıcı görüntü sağlayarak katılanlardan menfaat temin etmek sureti ile her iki katılına yönelik dolandırıcılık suçlarını işlediği gerekçesiyle temyize konu mahkûmiyet hükümleri kurulmuştur...oy birliğiyle ONANMASINA...”, Yargıtay 11 CD, 36333/2070, 22.02.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 28 Ocak 2024.

⁶⁹ Gökcan ve Artuç, (n 28) 4987.

⁷⁰ Erdoğan, (n 15) 50; Selçuk, (n 5) 88; Parlar ve Hatipoğlu, (n 51) 2536; Güneş Okuyucu Ergün, “Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı” (2021) 12 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 304, 307.

⁷¹ Özen, (n 21) 704; Koca ve Üzülmüş, (n 39) 689; Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 526.

cektir. Görüldüğü gibi dolandırıcılık suçundaki hareketler, mal varlığına yönelik işlenen diğer suçlardaki hareketlere göre daha farklı ve karmaşık bir yapıda olup genel bir çerçevesi bulunmamaktadır⁷².

B. Hile Kavramı

Hile kavramı çok eski çağlardan beri mevcut olan bir kavramdır. Roma Hukuku'nda "*dolus*" olarak ifade edilen hile, bir haksız fiil olup karşı tarafın aklında yanlış düşünceler oluşturarak işin doğrusunu bilebilseydi yapmayacağı eylemi yapmasına neden olmaktadır. Yani hile karşı tarafın iradesini sakatlayan haksız bir eylemdir⁷³.

Türk Dil Kurumu sözlüğünde hile, bir kimseyi aldatmaya yönelik kurulan düzen olarak tanımlanmaktadır⁷⁴.

Hile; konusu, şekli, usulü itibarıyla sınırlamaya tabi olmayan bir davranış biçimidir. Bu davranış biçimi her zaman, her yerde, farklı biçimlerde insanların karşısına çıkabilmektedir. Dolandırıcılıkta hile ile yapılmayan yapılmış, yapılan yapılmamış gibi gösterilerek yahut işin doğrusu saklanarak karşı tarafa hata yaptırılmaktadır⁷⁵.

Hile; özel hukukta ve ceza hukukunda farklılık arz etmektedir. Özel hukukta hile, karşı tarafın irade beyanında bulunması için onda hatalı bir irade uyandırma yahut hatalı iradesini sürdürmesini sağlamak olarak tanımlanmaktadır⁷⁶.

⁷² Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 11) 442.

⁷³ S. Bengi Sayın Korkmaz, "Roma Hukukunda Hile (Dolus) Kavramı" (2017) 7 (2) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 425, 438.

⁷⁴ "1. isim Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen; al (II), dolap, dümen, oyun, ayak oyunu, fen, fent, fesat, nakış.2. isim Çıkar sağlamak için bir şeye değersiz bir şey katma:" <<https://sozluk.gov.tr/>>, 10/02/2024.

⁷⁵ Gökcan ve Artuç (n 28) 4987.

⁷⁶ "Yürürlük tarihi itibarıyla somut uyuşmazlıkta uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 23 ve devam maddelerinde (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, m. 36 vd.) düzenlenen irade fesadı hâlleri arasında yer alan hile 28. madde hükmünde; "Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz. Üçüncü bir şahsın hilesine duçar olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Su kadar ki diğer taraf bu hileye vakıf bulunur veya vakıf olması lazım gelirse, o akit lazım olmaz" şeklinde açıklanmıştır. Kelime anlamı "birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, desise, entrika" olan hile; bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten hatalı bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut olan hatalı bir kanaati koruma veya sürdürme fiilidir (Fikret Eren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, gözden geçirilmiş 6. bası, İstanbul 1998, C: 1, s. 368; Türk Hukuk Kurumu: Türk Hukuk Lügati, Ankara 2021, C. 1. S., 44,489*). Hilenin sebep ol-

Özel hukuk bakımından hile alelade araç ile herhangi bir şekilde basit bir yalan ile oluşmaktadır. Ceza hukuku anlamında hilede ise basit bir yalan yeterli olmayıp birbirini kuvvetlendiren yalanlar, mizansen gerekmektedir⁷⁷. Ceza hukuku ve özel hukuk hilesi ayrımı yapılmasının nedeni sözleşme ve özel hukuk ilişkilerinin olumsuz yönde etkilenmesini engellemektir⁷⁸. Bu ayrımın günümüzde eskiye oranla önemini yitirdiğini söylemek mümkün ise de tamamen yok olduğunu söylemek mümkün değildir⁷⁹. Özel hukuk hilesi ceza hukuku hilesine oranla daha kapsamlı olup her ceza hukuku hilesinin aynı zamanda bir özel hukuku hilesi olduğunu söylemek mümkünken her özel hukuk hilesinin aynı zamanda ceza hukuku hilesi olduğunu söylemek mümkün değildir⁸⁰. Dolandırıcılık suçu bakımından önemli olan özel hukuk hilesinin hangi anda ceza hukuku hilesine döndüğüdür⁸¹.

Selçuk, hileyi; bir kişinin yargılama gücünü etkileyerek ve yanlış bir kanı uyandırarak, özel ve nesnel koşulları sömürerek ve ikna edici söz ve jestlerle gerçeği perdeleyen, edilgen bir öznenin zihinsel süreçlerini etkileyen ve aldatıcı bir hareket yaratan diyalektik ve entelektüel bir aldatma taktiği şeklinde açıklamaktadır⁸².

Dönmezer ise hileyi; olaylar hakkında yalan söyleyerek ve bu durumu güçlendirecek şekilde etkili ve güçlü olarak ve muhatabın dikkatini etkileyerek kişinin düşünce ve eylemlerinde yanlış bir izlenim oluşturarak, gerektiğinde dış faktörlerle de destekleyerek ve var olan koşullardan yararlanarak, kişinin yanıltılması ve sonuç olarak yanlış bir karar almasının sağlanması şeklinde açıklamaktadır⁸³.

duğu sakatlık irade beyanında değil, iradenin oluşmasında meydana gelir. Bir diğer anlatımla, hilede aldatılan şahsın iradesi ile irade beyanı birbirine uygunsu da, bu iradenin oluşumunda aldatan tarafın sebep olduğu bir saik hatası söz konusu olur. Aynı zamanda haksız fiil teşkil eden hile, yalnızca hukuk yargılamasının değil, ceza yargılamasının da konusudur.”, Yargıtay HGK, (13)3-538/1739, 13.12.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

⁷⁷ Toroslu, (n 13) 181; Hafızoğulları ve Özen, (n 2) 403.

⁷⁸ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 11) 442, 443; Erem ve Toroslu; (n 21) 567; Selçuk, (n 5) 106.

⁷⁹ Şare, (n 48) 688.

⁸⁰ Önder, (n 6) 370.

⁸¹ Selçuk, (n 5) 93, 94.

⁸² Selçuk, (n 5) 114.

⁸³ Dönmezer, (n 23) 453.

Özgenç hileyi; bir kişinin yanıltılması, gerçekte var olmayan bir şeyi varmış gibi göstererek veya gerçekleşmemiş bir olayı gerçekmiş gibi sunarak gerçekleştirilen bir tür aldatmaca şeklinde tanımlamıştır⁸⁴.

Centel-Zafer-Çakmut hileyi; oyun, aldatma ve düzen kavramlarını içeren ve objektif olarak yanıltıcı ve başkasının düşüncesini etkileyebilecek her türlü davranış şeklinde tanımlamıştır⁸⁵.

Soyaslan hileyi; failin mağduru aldatmak amacı ile yaptığı olumlu veya olumsuz hareketler; gerçeği değiştirme, gizleme ve saklama amacıyla yapay ve sahte eylemlerin kullanılması olarak açıklamıştır⁸⁶.

Hafizoğulları-Özen hileyi; bir kimseyi kendisi yahut üçüncü bir kişinin zararına olarak aldatma olarak tanımlamış ayrıca hilenin varlığından söz edebilmek için hileli hareketlerin yeterli olmayacağını aynı zamanda bu hareketlerin bir kimseyi aldatmış olması gerektiğini de belirtmiştir⁸⁷.

Erem-Toroslu hileyi saniadan farklı olarak maddi olmayan araçlar ile mağduru hataya düşürmek olarak tanımlamıştır⁸⁸.

Yargıtay'a göre hile; belli bir ağırlık, yoğunluk ve ustalık gösteren, mağdurun denetleme imkanını ortadan kaldıran nitelikli bir yalandır⁸⁹.

⁸⁴ Özgenç, (n 39) 19.

⁸⁵ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (n 14) 499.

⁸⁶ Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 11) 442, 443.

⁸⁷ Hafizoğulları ve Özen, (n 2) 404, 405.

⁸⁸ Erem ve Toroslu; (n 21) 564.

⁸⁹ "...Hile nitelikli yalandır. Yalan belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırmalıdır. Kullanılan hile ile mağdur yanılgıya düşürülmeli ve yanıltma sonucu kandırıcı davranışlarla yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hileli davranışın aldatacak nitelikte olması gerekir. Basit bir yalan hileli hareket olarak kabul edilemez...Yerleşmiş uygulamalar ve öğretideki baskın görüşlere göre ortaya konulan ilkeler göz önünde bulundurulduğunda; hile, maddi olmayan yollarla karsısındakini aldatan, hataya düşüren, düzen, dolap, oyun, entrika ve bunun gibi her türlü eylem olarak kabul edilebilir. Bu eylemler bir gösteriş biçiminde olabileceği gibi, gizli davranışlar olarak da ortaya çıkabilir. Gösterişte, fail sahip bulunmadığı imkânlarla ve sığa sahip olduğunu bildirmekte, gizli davranışta ise kendi durum veya sıfatını gizlemektedir. Ancak sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli birtakım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böy-

C. Dolandırıcılık Suçunda Hile

Dolandırıcılık suçunun hareket unsurunu failin hileli davranışları oluşturmaktadır. Bu suçu benzer mahiyetteki diğer suçlardan ayıran, suçu özelleştiren unsur hiledir. Hile mağdurun belli bir konudaki tasarruf özgürlüğünün temelini oluşturan hususlarda yanıltılarak esasen isteyeceğinin dışında bir yönde tasarrufta bulunmasına neden olmaktadır⁹⁰. Dolandırıcılık suçunda hile, yasadaki tanımından da anlaşılacağı üzere mağdurun iradesini sakatlamaya yönelik her türlü eylem olabilir. Hile; miktar, nitelik, yaş, kimlik bilgileri, medeni durum, evrak üzerinde yapılan sahtecilik, ekonomik durum, kazanç vaadi, meslek durumu gibi çok farklı konularda uygulanabilir.

Dolandırıcılık suçunda failin amacı gerçekleştirdiği hile ile mağdurun aslında rıza göstermeyeceği bir şeye rıza göstermesini sağlamaktır. Mağdur faile inandırmaktadır. Dolandırıcılık suçunda suça konu menfaati mağdur kendi rızası ile faile teslim etmektedir. Ancak mağdurun menfaatin teslimine yönelik rızası aldatılmış, fesada uğratılmış bir iradedir⁹¹. Failin eylemi olmasaydı mağdur rıza göstermeyecekti deniliyorsa bu durumda failin hileli hareketinden bahsetmek mümkündür.

Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın belirli olay, olguya, vakiya dayanması gerekmektedir. Bu olgular insan aklındaki içsel veya dışa yansıyan hareketler haline gelen dışsal olgular şeklinde olabilir⁹². Failin mağdur ile yaptığı anlaşma kapsamında baştan beri edimini ifa etmeyeceğine yönelik kastı içsel olguya dayalı hiledir⁹³.

Gelecekte gerçekleşecek durumlar vakia değildir. Bu nedenle gelecekte gerçekleşecek olaylara ilişkin ileri sürülen iddialar bilimsel verilere dayalı tahmin olmadığı sürece hileden dolayısıyla dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Örneğin bir sigortacı tarafından müşterisine gelecek yaz bölgede dolu yağacağı ileri sürülerek aracını sigorta ettirmesinin sağlanması durumunda hileden ve dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir⁹⁴.

lece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.", Yargıtay CGK, 5-306/456, 20.09.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

⁹⁰ Özgenç (n 39) 18.

⁹¹ Önder, (n 6) 371.

⁹² Özgenç (n 39) 20; Koca ve Üzülmüş, (n 39) 690.

⁹³ Şare, (n 48) 689.

⁹⁴ Koca ve Üzülmüş, (n 39) 692.

Hilenin muhatabı haksız fiile maruz kalan ve yasa ile koruma altına alınan değeri ihlal edilen kimsedir. Başka bir deyişle dolandırıcılık suçunun mağduru hilenin muhatabıdır. Hilenin muhatabı ancak gerçek kişiler olabilir. İradesi bulunmayan tüzel kişiler, makineler, bilişim sistemleri hilenin muhatabı olamazlar⁹⁵. Tüzel kişiler yalnızca suç nedeni ile zarara uğrayan pozisyonunda olabilirler. Bilişim sistemlerine yönelik sergilenen hileli hareketler de ise dolandırıcılık suçu değil somut olaya göre başka suçlar gündeme gelecektir. Örneğin gerçek bir kişiyi muhatap almaksızın doğrudan kişinin hesaplarına girerek kendi hesabına para gönderme şeklindeki eylemde dolandırıcılık suçu unsurları itibarıyla oluşmayacaktır. Çünkü örnekte fail mağdur ile irtibat kurmamış, mağdura yönelik hileli hareketler sergilememiş ve dolayısı ile mağdurun iradesi fesada uğratılmamıştır. Bu durumda somut olayın özelliğine göre kanunun 244/4. maddesinde düzenlenen suç meydana gelecektir⁹⁶. Ancak failin mağdura yönelik hileli hareketler ile mağdurun iradesini sakatlayarak aynı eylemi gerçekleştirmesi halinde somut olayın özelliğine göre dolandırıcılık suçu meydana gelecektir. TCK'nın 244/4. maddesindeki düzenleme de bu yönde olup bahse konu eylemin işlenmesi ile başka bir suç oluşmaması halinde bu maddenin uygulanması gündeme gelecektir. Yine aynı şekilde otomatlara yönelik gerçekleştirilen hileli eylemler neticesinde elde edilen menfaat halinde de dolandırıcılık suçu değil TCK'nın 163/1. maddesinde düzenlenen karşılıksız yararlanma suçu gündeme gelecektir^{97,98}. Yani dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için hilenin mağ-

⁹⁵ Gökcan ve Artuç, (n 28) 5000.

⁹⁶ "Somut olayda ise; saniğin, katılanın G... Bankası 1. Levent Şubesi'nde bulunan hesabına internet bankacılığı yoluyla girip hesaptaki paradan 3.200.00 TL'yi G... Bankası Osmanbey Şubesi'ndeki kendi hesabına internet yoluyla havale ettikten sonra parayı çekerek haksız menfaat sağladığı iddia ve dosya içeriğine uygun kabul edilmesi karşısında; gerçek kişiye yönelen hile oluşturacak nitelikte bir hareketin bulunmaması ve tamamen bilişim sistemi içinde gerçekleştirilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının bulunmadığı, "verilinin taşınabilir bir mal olarak kabul edilmesinin olanaklı olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun unsurlarının da gerçekleşmediği eylemin, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 525/b (5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesine uygun "bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suretiyle haksız çıkar sağlama") maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşürerek bilişim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.", Yargıtay 11 CD, 161/11328, 07.10.2009 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024.

⁹⁷ Aydın, (n 4) 48, 49.

⁹⁸ "Sahte telefon kartları ile haksız yere konuşma yaptığı ihbar olunan saniğin, yapılan aramada üzerinde 48 adet kopyalanmış sahte telefon kartının ele geçtiği, sulh ceza mahkemesindeki sorgusu ile soruşturma sırasında C. Savcılığında ve kollukta verdiği ifadesinde kartların sahte

durun algısına temas etmesi gerekir⁹⁹. Görüldüğü üzere dolandırıcılık suçunun meydana gelmesi için hilenin muhatabının iradeye sahip kimse yani insan olması gerekmektedir¹⁰⁰.

Dolandırıcılık suçu serbest hareketli bir suç olduğundan hile; sözlü, yazılı, fiili bir hareketle yahut başkaca birçok farklı şekilde gerçekleşebilir¹⁰¹. Örneğin mağdura yönelik hileli bir şekilde yatırım vaadinde bulunmak, mağdurun satın alacağı aracın kilometre bilgilerini değiştirmek veya araçta bulunan hatalı durumları söylememek, mağdurun satın alacağı ürünün orijinalliği konusunda mağduru yanıltmak, sahte çek tanzim ederek mağdura ödeme amaçlı vermek, camiye yardım yapılacağı vaadiyle mağdurdan para almak vb. birçok farklı şekilde ve alanda hile gerçekleştirilebilir. Hilenin sergileneceği alan ve usulü konusunda herhangi bir sınırlama yoktur¹⁰².

olduğunu bildiği ve olay günü İstanbul'daki ve Suudi Arabistan'daki yakınlarını aradığını belirterek suçunu ikrar ettiği anlaşıldığından, suç teşkil eden ve sübut bulan 765 Sayılı TCK' nun 521/b (5237 Sayılı TCK. nun 163/1) maddesindeki otomatik aletlerden karşılıksız yararlanma suçundan dolayı 5252 Sayılı Yasanın 9/3. maddesi uyarınca 765 ve 5237 Sayılı Yasanın ilgili tüm maddeleri uygulanarak birbiriyle karşılaştırılması sonucu bulunarak lehe hükmün uygulanması suretiyle sanığın cezalandırılması sonucu bulunarak lehe hükmün uygulanması suretiyle sanığın cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde beraatine hükmolunması...”, Yargıtay 11 CD, 8984/1807, 19.03.2007 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024.

⁹⁹ Özen, (n 21) 706.

¹⁰⁰ *“Sanığın, 20.03.2012 tarihinde katılan Sıddık Öztürk'ün yanına yaklaşmış, İnceler köyünü sorduğu ve bu köyde Ermeni bir kuyumcu olduğunu, ona saat satacağını söylediği, o sırada olay yerinde bulunan ve kimliği tespit edilemeyen bir kişinin saatleri alma teklifinde bulunması üzerine katılanı kuyumcuya götürdükleri, kuyumcudaki bulunan dördüncü bir kişinin saatlerin 11.000,00 TL edeceğini belirtmesi üzerine sanığın saatleri katılana satma konusunda ikna ettiği ve düşük değerli saatleri 9.500,00 Euro bedelle katılana sattığı, sanığın yine 15.05.2012 günü mağdur Ramazan Ersan Hayıt'ın yanına yaklaşmış, cenazesi olduğunu söyleyerek cebinden saat çıkardığı, o sırada orada bulunan iki kişinin bu saati almak istediklerini, 25.000,00-30.000,00 TL civarında olduğunu söyleyerek para getirmek amacıyla ayrıldıkları, sanığın da mağdura satma teklifinde bulunması üzerine mağdurun 60.00 TL parası olduğunu, ileride polisler olduğunu, saatin değerli olması nedeniyle polis eşliğinde kuyumcuya gitmesini söylemesi üzerine sanığın aniden mağdurun yanından uzaklaştığı, mağdurun az ilerideki polisleri durumu anlatması üzerine sanığın yakalandığı, sanığın üzerlerine atılı dolandırıcılık suçunun uzlaşma kapsamında olması nedeniyle, dosyanın uzlaştırma bürosuna tevdi edildiği ancak uzlaşmanın sağlanamadığı kabul edilerek sanığın dolandırıcılık suçundan cezalandırılmasına dair temyiz incelemesine konu mahkûmiyet hükümlerinin kurulduğu anlaşılmıştır...oy birliğiyle ONANMASINA...”, Yargıtay 11 CD, 22363/1706, 15.02.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024.*

¹⁰¹ Özen, (n 21) 704; Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 526, Gökçen ve Balcı, (n 26) 15.

¹⁰² *“Bu kabulün sonucu olarak belirtilen hareketler sonsuz şekilde gerçekleştirilebilir. Bu hareketler fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi başka kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Yazılı ve görsel ilanlarla, sözlü açıklamalarla yalanların onaylanması, yazılı yalanların kullanılması, diğer belirli bazı hareketlerle gerçeğin gizlenerek sahte film, raporlar ve vesikalar*

Susmanın hileli davranış teşkil edip etmeyeceği dolayısıyla dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı hususunun üzerinde durmak gerekmektedir. Mülga TCK'da *"fiili mağdurda esasen var olan hatadan hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştirme"* ibaresi mevcutken TCK'da bu ibareye yer verilmemiş ancak gerekçesinde; *"Hile, icraî bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmalî davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmalî davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir."* ibaresine yer verilmiştir¹⁰³. Ceza hukuku yönü ile ihmal; hukuki olarak yapılması gerekli olanın yapılmaması olup bu davranış biçimi ile işlenebilen suçlar da ihmal sureti ile işlenen suçlardır¹⁰⁴. Doktrinde hilenin ihmali şekilde de gerçekleştirilebileceği dolayısıyla dolandırıcılık suçunun ihmali davranış ile de işlenebileceği görüşü hakimdir¹⁰⁵. Ancak bunun için failin garantörlük durumunun bulunması gerekir. Yani failin mağdurun aldatıldığı durumda onun aydınlatılması konusunda hukuki sorumluluğunun bulunması gerekir¹⁰⁶. Aynı zamanda failin ihmali davranışının icrai hareket gibi bir beyan içermesi de gerekir¹⁰⁷. Ancak failin icrai davranışta bulunma yükümlülüğü yoksa yalnızca hareketsiz kalması halinde ihmali davranış ile dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkün değildir¹⁰⁸. Failin icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün bulunması, dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenebilmesinin şartıdır. Failin aydınlatma yükümlülüğü; yasadan, anlaşmadan, öncesinde meydana gelen tehlikeli eylemden, iyiniyet ve güven kuralından doğabilir¹⁰⁹. Örneğin TTK'nın 1435. maddesi kapsamında düzenlenen sigorta sözleşmesi baki-

gösterilerek merhamet çekilmesi hallerinde de hile ve desise söz konusudur.", Yargıtay CGK, 6-280/359, 24.11.1998 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 18 Şubat 2024.

¹⁰³ "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", S. Sayısı. 664, (Erişim) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>, 18/02/2024

¹⁰⁴ Okuyucu Ergün, (n 70) 307.

¹⁰⁵ Özgenç (n 39) 23; Koca ve Üzülmöz, (n 39) 692, 693; Erem ve Toroslu; (n 21) 571; Okuyucu Ergün, (n 70) 309; Şare, (n 48) 718; Parlar ve Hatipoğlu, (n 51) 2533.

¹⁰⁶ Atalan, (n 9) 15; Özen, (n 21) 706; Yurtcan, (n 17) 295.

¹⁰⁷ Özgenç (n 39) 23.

¹⁰⁸ Şare, (n 48) 700.

¹⁰⁹ Esen, (n 25) 297; Okuyucu Ergün, (n 70) 309.

mından sigorta ettirenin sözleşme ile ilgili bildiği yahut bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmesi gerekir. Bu kişinin kanundan doğan aydınlatma yükümlülüğü kapsamındadır¹¹⁰. Sözleşmeden doğan yükümlülük bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa kişinin her sözleşme bakımından karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kişiye garantörlük görevini yükleyebilmek için taraflar arasında özel güven ilişkisine dayalı bir anlaşmanın mevcut olması gerekmektedir¹¹¹. Örneğin müşterinin bir esnaftan ürün satın aldığı ve esnafın hatalı olarak müşteriye para üstünü fazla verdiği, müşterinin de susarak fazla para üstünü aldığı durumda dolandırıcılık suçunun unsurları itibariyle oluştuğu söylenemeyecektir. Burada aradaki sözleşme ile müşteriye yüklenmiş bir aydınlatma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu durumda da kişinin aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu dolayısıyla bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişi bakımından dolandırıcılık suçunun yasal unsurları itibariyle oluştuğunu savunan görüşler de mevcuttur¹¹². İhmali davranışın bir türü olan failin gerçeğe aykırılık teşkil edecek şekilde susması durumunda hile zımnî şekilde gerçekleştirilebilir. Failin zımnî hareketi gerçeğe aykırı ve mağdurun yanılmasına neden olmuşsa hilenin gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Bu da yine suçun ihmali davranışla işlenmesidir. Örneğin failin mağdur ile arasındaki ticaret nedeni ile doğan borcuna karşılık bono vermesi failin borcunu ödeyeceğine yönelik zımnî beyan içermektedir¹¹³. Önceki tehlikeli eylem nedeniyle garantörlük durumunda ise kişinin önceki eylemi nedeniyle mağdurun aldandığı durumda kişinin karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yargıtay'ın da garantör olma şartı ile hilenin ihmali şekilde de gerçekleştirilebileceğine yönelik kararları mevcuttur¹¹⁴. Doktrinde kanunda dolandırıcılık

¹¹⁰ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

¹¹¹ Akbulut, (n 52) 2279, 2280.

¹¹² Koca ve Üzülmüş (n 39) 693; Özgenç (n 39) 24, 25.

¹¹³ Akbulut, (n 52) 2277 vd.

¹¹⁴ "Dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından birden fazla failin gerçekleşmesi zorunludur. İlk olarak mağdura karşı hile (nitelikli yalan) kullanılmalıdır. Hileli davranışlar, icraî olabileceği gibi; mağdurun içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak suretiyle ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, ihmali davranışın hile teşkil edebilmesi için kişinin, hataya düşen mağduru bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, aydınlatma yükümlülüğü vardır. Ayrıca gerçekleştirilen hilenin etkisiyle, bu hileye maruz kalan kişinin veya bir üçüncü kişinin zararına olarak, fail veya bir başkası bir menfaat elde etmiş olması gerekir.", Yargıtay 11 CD, 17150/18087, 31.10.2022 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.

suçunun ihmali davranışla işlenebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından kanunilik ilkesi gerekçe gösterilerek hilenin ihmali davranışla gerçekleştirilmeyeceğine yönelik görüşler de bulunmaktadır¹¹⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre dolandırıcılık suçunun susarak işlenmesinin iki koşulu bulunmaktadır. Mağdurun aldanmasının sebebi karşı tarafın susması olmalı ve yine bu durum karşı tarafın hukuki yükümlülüğünün ihlali niteliğinde olmalıdır¹¹⁶.

Sürekli gelişmekte olan bilişim teknolojisi dolandırıcılık suçu alanında da kendisini göstermiş ve failer tarafından bilişim sistemleri suçun icrasını kolaylaştırma, kamufle olmayı sağlama, yüz yüze gelmeksizin eylemi gerçekleştirme gibi gerekçelerle sıkça başvurulur hale gelmiştir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından bu duruma yönelik özel düzenleme gereği duyulmuş ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması sureti ile dolandırıcılık suçunun işlenmesi nitelikli haller bölümünde TCK'nın 158/1-f maddesinde ayrı düzenleme alanı bulmuştur¹¹⁷. Maddede geçen bilişim sistemi kavramı, bilişim sistemi ile ilgili suç düzenlemesinin bulunduğu 243. maddenin gerekçesinde *"Verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemdir."* şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁸. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasından kasıt bilgiler ile otomatik işlem yapan manyetik sistemlerin kullanılmasıdır¹¹⁹. Burada hileli hareketler bilişim sistemleri kullanılarak gerçek kişi mağdura yönelik gerçek-

¹¹⁵ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 812; Özbek, Doğan ve Bacaksız, (n 13) 712; Okuyucu Ergün, (n 70) 307.

¹¹⁶ Toroslu, (n 13) 184.

¹¹⁷ Koca ve Üzülmez (n 39) 702.

¹¹⁸ "Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)", S. Sayısı. 664, (Erişim) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>, 20/07/2024

¹¹⁹ "Saniğin, katılanın facebook hesabını kullandığı sırada, katılanın arkadaşı olan B.. H.. E..'in facebook hesabını bir şekilde ele geçirerek katılana mesaj gönderdiğini, internet banka hesabı kullanıp kullanmadığını sorduğu, kullandığını öğrenince de kendisinden iade etmek şartıyla 450,00 TL para istediği, katılanın Akbank internet bankacılığı aracılığıyla saniğin vermiş olduğu ... numaralı GSM hattına 450,00 TL para gönderdiğini, daha sonra B..H.. E..'in facebook sayfasının dondurulduğunu görünce şüphelendiği ve bankadan yaptığı araştırmada gönderdiği paranın 9 dakika sonra Antalya Kumluca'da bulunan ATM'den çekildiğini öğrendiği, B..'yi aradığında facebook hesabının çalındığını söylediği, ATM güvenlik kamera kayıtlarının temin edilerek emanete alındığı, havalenin yapıldığı ... numaralı GSM hattının sanık M..'un annesi F.. Ç.. adına kayıtlı olup saniğin gözetimine alındığı 25/12/2012 tarihinde yapılan üst aramasında suça konu hattın saniğin cep telefonuna takılı halde üzerinde bulunduğu olayda, nitelikli dolandırıcılık suçunun oluştuğu yönündeki kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay 15 CD, 14846/12178, 01.07.2013 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

leşmekte ve mağdurun da bilişim sistemine olan güveni kullanılarak iradesi daha kolay sakatlanmaktadır. Sisteme yükleme yapma, sisteme ilişkin bazı verileri ele geçirme, sistemde olmayan şeyleri varmış gibi gösterme, sistem üzerinden ilan verme gibi pek çok farklı şekilde mağdurun iradesi fesada uğratılmaktadır. Örneğin internet üzerinden Letgo, Sahibinden.com gibi siteler aracılığı ile ilan verilerek mağdurun dolandırılması durumunda bu nitelikli hal gündeme gelecektir¹²⁰. Bu nitelikli halin gündeme gelmesi için hileli hareketin gerçek bir kişiye yapılmış olması ve iradesinin sakatlanması ve bu irade ile mağdurun yahut bir başkasının zarar uğraması ve failin veya üçüncü bir kişinin menfaat elde etmesi gerekmektedir¹²¹. Bilişim sisteminde verileri değiştirme, yeni veri ekleme vb. sisteme, otomatlarla, makinalara yönelik gerçekleştirilen hileli hareketlerde bu nitelikli hal gündeme gelmeyecektir¹²². Çünkü bu durumda iradesi olan, gerçek bir kişiye yönelen hileli bir eylem ve iradenin fesada uğratılması söz konusu değildir. Ancak bu sistemlerin, yapay zekâ ile çalışan makinaların açıkları kullanılarak yapılan müdahale ile menfaat temini halinde suçun oluşacağı belirtilmektedir. Buna göre; bu makinalar gerçek bir kişi tarafından tasarlanmakta ve yine gerçek bir kişi tarafından menfaat sağlanmakta olduğundan makinaya karşı yapıldığı düşünülen hilenin aslında makinanın tasarımcısı, makinadan menfaat sağlayan gerçek kişile-

¹²⁰ "Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 11.06.2013 tarihli ve 2013/15-239 Esas, 2013/289 Karar sayılı kararında açıklandığı üzere, sanığın internet sitesine ilân vererek bu sistem üzerinden katılımdan menfaat temin etmesine göre, bilişim sistemi olan internetin araç olarak kullanıldığının anlaşılması karşısında; eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 158 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendindeki "bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık" suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek "basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle dolandırıcılık" suçundan hüküm kurularak eksik ceza tayini, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.", Yargıtay 11 CD, 29209/1897, 20.02.2024 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 21 Temmuz 2024.

¹²¹ Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 524; Esen, (n 25) 351.

¹²² "Dolandırıcılık suçunda unsur olan hilenin gerçek kişiye yönelmesi ve hataya düşürülerek kendi veya bir başkasının mal varlığı aleyhine, sanık veya bir başkasının lehine bir işlemde bulunmaya yöneltilmesi ve bu işlem sonucunda sanığın kendine veya başkalarının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekir. Somut olayda ise; Sanığın, evraki tefrik edilen suç ortaklarıyla birlikte fikir ve eylem birliği içinde, şikayetçi G... İ..'ın Türk Ekonomi Bankası Karaköy Şubesindeki internet bankacılık hesabına internet üzerinden girilerek, mevduatta bulunan 15.050.00 YTL parayı sahte G.. G.. kimliği ile Kadıköy Denizbank Altıyol ve İş Bankası Altıyol şubesinde açtırılmış hesaplara aktarıp paraları çekmek isterken yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminin bir bütün halinde 5237 Sayılı TCK.nun 244/4. maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek dolandırıcılık suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 11 CD, 5591/5863, 09.06.2008 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 23 Temmuz 2024.

re yapıldığı savunulmaktadır¹²³. Yine yapay zekanın gelişmesi ile doğru orantılı olarak suçlarda kullanılması da artış göstermektedir. Yapay zekâ ile özellikle deepfake teknolojisi kullanılarak dolandırıcılık suçunun hile unsuru gerçekleştirilmektedir. Deepfake bir kişinin ifadelerinin yazılım, teknolojik araçlar kullanılarak görsel ve ses bakımından manipüle edilmesidir. Bu yöntem ile gerçek kişilerin görüntülü kayıtlarına yüzler, sesler eklenmekte ve taklitler yaratılmaktadır¹²⁴. Gerçekte bu kimselerin söylemedikleri, yapmadıkları şeyleri söyleyip yaptıkları sahte videolar oluşturulmaktadır¹²⁵. Deepfake teknolojisi hızla gelişmekte ve çok farklı amaçlar için kullanılmaktadır¹²⁶. Bu şekilde yapay zekâ kullanılarak mağdurun iradesi fesada uğrattılırken eylemin hile unsurunu yapay zekâ oluşturmaktadır. TCK'nın 243. maddesinin gerekçesindeki açıklamaya uyumlu olan yapay zekâ kullanılarak mağdura yönelik hile gerçekleştirilerek dolandırılması halinde TCK'nın 158/1-f maddesi gündeme gelmektedir¹²⁷. Örneğin failin yapay zekâ ile kendisini olduğundan başka birisi gibi tanıtarak mağduru dolandırması eyleminde TCK'nın 158/1-f maddesi gündeme gelecektir. Yine son zamanlarda sosyal medyada "BOTAŞ-Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı Yatırım Fonu" reklam içerikli linkler sıkça karşımıza çıkmaktadır. Burada cumhurbaşkanı, bakanlar, ilgili firmaların ve kuruluşların yetkililerinin, birtakım ünlülerin ses, görüntü ve videoları yapay zekâ kullanılarak sahte olarak üretilerek kullanılmaktadır. Bu şekilde ilgili kişilerin sesleri yapay zekâ kullanılarak kopyalanmakta ve görüntüleri de kullanılarak videolar oluşturulmaktadır. Bu videoları gören insanlar da görüntülerdeki kişilerin gerçek olduğunu düşünerek buldukları konumlarda göz önünde bulundurulduğunda bu hilelere inanmakta ve yönlendirildikleri şekilde işlemler yaparak dolandırılmaktadır¹²⁸. Görüldüğü üzere bu şekilde yapay zekâ da kullanılarak dolandırıcılık suçlarının işlenişi daha da kolaylaşmakta ve yine failer daha kolay kamufle olmaktadır. Suç işlenmesinde kullanılan yapay zekadan verilerin

¹²³ Şare, (n 48) 676; Selçuk, (n 5) 73.

¹²⁴ Mustafa Evren Berk, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi "Deepfake"" (2020) 16 (28) Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 1510, 1511.

¹²⁵ Berk, (n 124) 1511.

¹²⁶ Cenk Kemer, "Deep Fake Dolandırıcılığı" (2024) (17) Hukuk ve Bilişim Dergisi <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/deep-fake-dolandiriciligi/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2024.

¹²⁷ Murat Balcı ve Kerim Çakır, "Yapay Zeka Kullanarak İşlenen Dolandırıcılık Suçu ve Dolandırıcılığın Yapay Zeka ile Tespiti" (2023) 18 (52) Ceza Hukuku Dergisi <<https://jurix.com.tr/article/35802?u=0&c=0>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2024.

¹²⁸ Kemer, (n 126) <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/deep-fake-dolandiriciligi/>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2024.

işleme konulması, sınıflandırılması gibi alanlarda suçun önlenmesi ve tespiti için de faydalanılmaktadır¹²⁹.

D. Hilenin Yoğunluğu, Ağırlığı

Dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümler mülga TCK'da 503-507. maddeler arasında düzenlenmişti. 503. maddedeki düzenlemede mağduru kandırabilecek düzeyde hile ve desise ibaresi yer almaktaydı. Yeni yasada ise "desise" kavramına yer verilmeyip yalnızca "hile" kavramı ile yetinilmiş ve yine önceki yasada yer alan "kişiyi kandırabilecek nitelikte" ibaresine yer verilmemiştir. Yine aynı şekilde bu ibareye kanunun gerekçesinde de yer verilmemiştir¹³⁰.

Dolandırıcılık suçu konusunda doktrindeki en önemli tartışmalardan biri suçta uygulanan hilenin soyut hile olup olamayacağı ve hilenin belli bir ağırlık ve yoğunluğa ulaşmasının gerekli olup olmadığıdır. Bazı yazarlar uygulanan hilenin; sergileniş bakımından ustaca, nitelikli, belli oranda yoğun ve ağır ve yine mağdurun inceleme, denetleme eğilimini ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir¹³¹. Bazı yazarlar ise TCK'da mülga TCK'daki düzenleme tarzında bir düzenleme olmadığını, özellikle "kandırabilecek nitelikte" ibaresinin yeni yasada bulunmadığını, bu surette suçun oluşması bakımından uygulanan hilenin belli bir yoğunluğa ulaşmasının gerekli olmadığını, somut olayda mağduru aldatmış olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir¹³². Bu görüşe göre, hilenin belli kriterlere sahip olmasının şart olarak aranması durumunda basit hilelerle kandırılacak kişilerin hukuki korumadan yoksun kalacağı ve yasada bulunmayan bir unsurun uygulama ile eklenmiş olacağı savunulmaktadır¹³³. Yargıtay ise hilenin basit bir yalandan öte nitelikli, belli oranda ağır ve yoğun, karşı tarafın denetim imkanını ortadan kaldıracak nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir¹³⁴. Kanaatimizce her yalan dolandırıcılık suçunun

¹²⁹ Balcı ve Çakır, (n 127) <<https://jurix.com.tr/article/35802?u=0&c=0>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2024.

¹³⁰ Esen, (n 25) 297.

¹³¹ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (n 14) 506; Özgenç (n 39) 25; Parlar ve Hatipoğlu, (n 51) 2539; Şare, (n 48) 718.

¹³² Eker Kazancı ve Zeyrek (n 7) 531; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 813; Okuyucu Ergün, (n 70) 306.

¹³³ Şare, (n 48) 692.

¹³⁴ "Sanıklar Hasan Çolak ve Mürşit Çolak'ın Soymen Menkul Kıymetler AŞ'nin ortakları oldukları, diğer sanık Barış Altıok'un da bu şirketin Ankara Şubesinde müşteri temsilcisi olarak görev yaptığı, İstanbul'da oturan ve İstanbul Adliyesinde yazı isleri müdürü olan katılan Nesrin Özben ile sanık Mürşit'in uzun yıllardır birbirlerini tanıdıkları, katılan Nesrin'in sanık Mürşit'e kendisinin ve

avukat olan kızı katılan Alisa Dilsad Çetin'in bankada mevcut birikimlerinden bahsettiği, sanık Mürşit'in de bu birikimlerini borsada değerlendirmeleri yönünde katılan Nesrin'e tavsiyelerde bulunmaya başladığı, katılan Nesrin'in sanık Mürşit'in telkinde bulunmasıyla, katılan Alisa Dilsad'ın ise annesi olan katılan Nesrin'in yönlendirmesi ile paralarını borsaya yatırmaya karar verdikleri, 09.10.2008 tarihinde Is Bankası İstanbul Ulus Şubesi aracılığıyla Soymen Menkul Kıymetler AŞ'nin İstanbul Borsa Şubesi nezdindeki hesabına katılan Nesrin'in 248.000 TL, katılan Alisa Dilsad'ın ise 276.000 TL havale yaptıkları, Soymen Menkul Kıymetler AS ile yatırımcı sıfatıyla katılanlar arasında hisse senedi alım satım ve işlemlerine yönelik olarak 09.10.2008 tarihli alım satım aracılık çerçeve sözleşmelerinin imzalandığı, katılanlar adına Soymen Menkul Kıymetler AS nezdinde açılan hesaplar üzerinden yine ilk olarak 09.10.2008 tarihinde hisse senedi alımı yapılmaya başlandığı, hisse senedi alım satım işlemlerine ilişkin müşteri emir formlarında müşteri temsilcisi olarak sanık Barış'ın adı ve soyadının yazılı olduğu ve bu şekilde hisse senedi alım satım işlemlerinin 17.12.2008 tarihine kadar devam ettiği, 19.12.2008 tarihi itibarıyla hisse senedi stoku bulunmayan her iki hesaptan katılan Nesrin'e ait olan hesapta 183.423 TL ve katılan Alisa Dilsad'a ait hesapta ise 167.636 TL tutarında nakit bakiye bulunduğu, hisse senedi alım satım işlemleri neticesinde katılan Nesrin'in hesabında 64.577 TL ve katılan Alisa Dilsad'ın hesabında 108.364 TL değer kaybı meydana geldiği, yerinde yapılan inceleme sonucunda Sermaye Piyasası Kurulunca düzenlenen raporda 20.11.2008 tarihine kadar olan hisse senedi alım satım işlemlerine ilişkin imzalı müşteri emir formlarının bulunduğu, ancak bu tarihten sonra 26.11.2008 tarihi dışındaki 17.12.2008 tarihine kadar gerçekleşen işlemlere ilişkin müşteri emir formlarında imza bulunmadığının ve İstanbul Levent Şubesi sorumlusu tanık İknur Sarak'ın katılanlarla 20.11.2008 tarihinden sonra yapılan işlemlere ilişkin müşteri emir formlarını imzalamak amacıyla kayıt altına alınan bir telefon görüşmesi yaptığının tespit edildiği, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teftiş Kurulu Başkanlığınca yapılan disiplin incelemesi sonucunda düzenlenen raporda ise 22.10.2008 ve 23.10.2008 tarihinde katılan Nesrin'in hesabından toplam 144.000 TL, katılan Alisa Dilsad'ın hesabından 207.000 TL çekildiği ve bu tutarların 24.10.2008 tarihinde hesaplara yeniden yatırıldığı ancak bu işlemlere ilişkin tahsilat/tekiye makbuzlarının ibraz edilmediğinin belirtildiği, yapılan incelemeler neticesinde Sermaye Piyasası Kurulunun 11.12.2009 tarihli ve 1055 sayılı kararı ile Soymen Menkul Kıymetler AS hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi gereğince ilk olarak katılanlar adına hisse senedi alım satım kararlarının Soymen Menkul Kıymetler AS yetkilileri tarafından verilmesi, gerçekleşen işlemlere ilişkin olarak hazırlanan müşteri emir formlarına katılanların imzalarının sonradan alınması ve katılanlar ile aracı kurum arasında hisse senedi alım satım işlemlerine yönelik yazılı olmayan bir vekalet ilişkisi kurulmuş olması nedeniyle 15.000 TL idari para cezası, ikinci olarak 21.11.2008 ve 17.12.2008 tarihleri arasında katılanlara ait hesaplarda gerçekleşen hisse senedi alım satım işlem emirlerinin katılanlar tarafından verildiğine dair belge bulunmaması nedeniyle 15.000 TL idari para cezası ve üçüncü olarak ise katılanların hesaplarında gerçekleşen nakit giriş/çıkışlarına ilişkin ödendi ve alındı belgelerinin ibraz edilmemesi nedeniyle de uyarı cezası verilmesine karar verildiği, katılanların vekilleri aracılığıyla şikâyetçi olmaları üzerine başlatılan soruşturmada sanıkların nitelikli dolandırıcılık suçunu islediklerinin iddia olduğu anlaşılan olayda; Sermaye Piyasası Kurulunca suç tarihinden sonra 02.12.2011 tarihi itibarıyla faaliyetlerinin sürekli olarak durdurularak sahip olduğu yetki belgelerinin iptal edilmesine ve tedrici tasfiyesine karar verilen Soymen Menkul Kıymetler AŞ'nin suç tarihinde hisse alım satımına yetkili aracı kurum olması, katılanların 09.10.2008 tarihinde adı geçen şirket nezdinde kendi adlarına açılan hesap numaralarına banka aracılığıyla para yatırmaları, para yatırma dekontlarının açıklama kısımlarında katılan Nesrin'in hesap numarasının 40805 ve katılan Alisa Dilsad'ın hesap numarasının 40806 olarak gösterilmesi ve bu hesaplara yatırılan paraların sanıklar tarafından başka bir hesaba aktarılmasının da söz konusu olmaması, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen raporda katılanların tarihsiz olarak imzaladıklarını iddia ettikleri alım satım aracılık

çerçeve sözleşmelerinin Soymen Menkul Kıymetler AŞ'nin muhasebe programına 18.11.2008 tarihinde taranarak yüklendiğinin ancak sözleşmelerin üzerlerinde yazılı olan 09.10.2008 tarihi sonrasında düzenlendikleri yönünde bir tespite ulaşılamadığının belirtilmesi nedenleriyle sözleşmelerin imzalanması, katılanlar adına hesap açılması ve katılanların bu hesaplara para yatırmalarının birbirleriyle uyumlu olması, bilirkişi tarafından düzenlenen rapora göre de ibraz edilen sözleşmeler ve müşteri emir formlarında kendi adlarına bulunan imzaların katılanların eli ürünü olduklarının belirlenmesi, katılanların hesaplarında müşteri temsilcisi sıfatıyla sanık Barış tarafından 17.12.2008 tarihine kadar yapılan hisse senedi alım satım işlemleri neticesinde katılan Nesrin'in hesabında 64.577 TL ve katılan Alisa Dilsad'ın hesabında 108.364 TL zarar oluştuğu, bu işlemlerin bir kısmı için müşteri emir formlarının toplu çıktı alınmak suretiyle katılanlara imzalatıldığı, bir kısmı için ise imzalı müşteri emir formları ile katılanların hesaplarında aynı miktarda nakit çıkışı ve girişine ilişkin belge ibraz edilemediği belirlenmiş ise de bu eylemlerin yetkili ve görevli Sermaye Piyasası Kurulunca değerlendirilerek Soymen Menkul Kıymetler AS hakkında idari para cezaları ve uyarı cezası uygulandığı, ayrıca aynı Kurul tarafından somut olayda hisse senetlerinin sanıkların menfaatine kullanılmasının söz konusu olmadığı ve bu nedenle Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/I-A-5 maddesinde tanımlanan suç fiillerinin oluşmadığı kanaatine ulaşıldığının belirtilerek sanıklar hakkında Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulmamış olması, dosyadaki bilgi ve belgelere göre katılan Nesrin'e 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin bekleme müddeti sonunda iade edildiği, Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtımına çıkarıldığı, Aralık ayı hesap ekstresinin 14.01.2009 tarihinde tebliğ edildiği; katılan Alisa Dilsad'a 2008 yılı Ekim ayı hesap ekstresinin 19.11.2008 tarihinde tebliğ edildiği, Kasım ayı hesap ekstresinin dağıtımına çıkarıldığı, Aralık ayı hesap ekstresinin ise bekleme müddeti sonunda iade edildiğinin ve bahsedilen tebligat eksikliklerine ilişkin olarak noterlik vasıtasıyla katılanlara ihtarname gönderildiğinin anlaşılması, 18.11.2008 tarihi itibarıyla katılan Nesrin'e ait 40805 numaralı hesabın 431.613,90 TL ve katılan Alisa Dilsad'a ait 40806 numaralı hesabın ise 434.937,47 TL tutarına ulaşarak ilk yatırılan tutarların üzerine çıkıp bu tarihten sonra borsalarda meydana gelen genel düşme eğilimi nedeniyle 17.12.2008 tarihi itibarıyla katılanların zarara uğramış olmaları, tanık İlknur Sarak ile yapılan ve mevzuat gereği kayıt altına alınan telefon görüşmesinde katılan Alisa Dilsad'ın hesabındaki hisse senetlerinin ne zaman satılacağını sorup nakde dönmeyi istemesi ancak hesabındaki hisse senedinin satılması durumunda nakde döneceğinin ve hesabında zarar meydana geleceğinin söylenmesi üzerine artık hiçbir şey imzalamayacağını söylemek suretiyle; aynı telefon görüşmesine dahil olan katılan Nesrin'in de sanık Mürşit'in kendisini aramasını isteyerek kendilerine "%50 kâr edeceksiniz." denildiğini, sanık Mürşit'in en ufak bir risk olmadığını söylediğini, nasılsa bu para artacağı için kızı olan katılan Alisa Dilsad'a avukatlık ofisini kredisiz alabileceklerini düşündüklerini, daha önce hiç hisse senedi almadığı için fiyatının yükselip düşmesinden anlamadığını, parayı batsın diye göndermediklerini, sanık Mürşit'in zararlarını giderip hisse senetlerini kendisinin alması gerektiğini, kendilerinin kâr istemediklerini, yatırdıkları paraları istediklerini söylemek suretiyle hesaplarındaki hisse senedi alım satımlarından ve hisse senetlerinin değerlerinin düştüğünden bilgilerinin olduğunun anlaşılması, katılanların sanıklar aleyhinde değil de Soymen Menkul Kıymetler AS aleyhinde alacak davaları açarak hem zararlarının giderilmesini hem de hesaplarında kalan paraların ödenmesini talep etmeleri üzerine hukuk mahkemelerince katılanlar lehine verilen kararlar sonucunda Soymen Menkul Kıymetler AŞ'nin devredildiği Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından katılan Nesrin'e toplam 330.744,23 TL, katılan Alisa Dilsad'a ise toplam 307.651,44 TL ödeme yapılması hususları birlikte nazara alındığında; sanıkların eylemlerinin dolandırıcılık suçunun maddi konusunun hareket unsurunu oluşturan hileli davranış olarak nitelendirilemeyeceği ve sanıklara atılı dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı kabul edilmelidir.", Yargıtay CGK, 11-330/75, 08.02.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 29 Şubat 2024.

hile unsurunu oluşturmamalı; yalanın belli yoğunlukta, ağırlıkta, sergilenişi açısından belli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde soyut nitelikteki tüm yalanların dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturduğu varsayımında özellikle ticari hayatta özel hukuk mahiyetindeki tüm ihtilaflar nedeniyle dolandırıcılık suçu oluşacak, suç ve hukuki ihtilaf kavramları birbirine girecek ve hukuk mahkemelerinin görev alanına giren hukuki olaylara cezai soruşturma ve kovuşturmalar da yapılacak ve bu durum sosyal ve ticari hayatın olumsuz etkilenmesine neden olacaktır. Bu görüş; soyut, basit yalanın karşılıksız kalması anlamına gelmemektedir. Soyut yalan nedeniyle karşı tarafın uğradığı zarar bakımından icra daireleri ve hukuk mahkemeleri nezdinde zararın tazminine yönelik müracaat hakkı her zaman baki olup bu şekilde soyut yalan nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararın önüne geçilmekte ve kişinin soyut yalan içerikli eylemi özel hukuk normları kapsamında yaptırımsız kalmamaktadır.

Dolandırıcılık suçunun oluşması için yalnızca hileli harekette bulunulması yeterli olmayıp aynı zamanda mağdurun aldatılmış olması da gereklidir¹³⁵. Hilenin aldatıcı nitelikte olmasının gerekliliği hususunda doktrinde görüş ayrılıkları mevcuttur. Doktrinde bir kısım yazarların görüşüne göre, mağdurun aldanmış olması yeterli olup hilenin aldatıcı nitelikte olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır¹³⁶. Bu görüşte olan yazarlara göre; aksi durum akli zayıf, saf, korunmaya muhtaç olan kimselerin cezai koruma dışında kalmasına neden olacaktır. Diğer bir kısım yazarın görüşüne göre ise mağdurun aldanmasının yanında hilenin de aldatıcı nitelikte olması gerekmektedir¹³⁷. Bu görüşü savunanlar arasında da aldatıcılığın belirlenme şekline ilişkin görüş farklılığı mevcuttur. Bu görüşte olan yazarların bir kısmına göre; hilenin objektif olarak aldatıcı niteliğe sahip olması gerekmektedir¹³⁸. Diğer bir kısım görüşe göre ise aldatıcılığın mağdurun durumu, fail ile olan ilişkisi gibi daha subjektif kıstaslar göz önünde bulundurulurken somut olaya göre belirlenmesi gerekmektedir¹³⁹. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre hilenin aldatıcı niteliğe sahip olup olmadığı hususu somut duruma göre tahlil edilmelidir^{140,141}. Yargıtay da iştirak ettiğimiz son görüşte

¹³⁵ Erdoğan, (n 15) 47.

¹³⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 813; Toroslu, (n 13) 184; Eker Kazancı ve Zeyrek, (n 7) 529.

¹³⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 632; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 11) 442; Özen (n 16) 708; Koca ve Üzülmez (n 39) 694.

¹³⁸ Hafızoğulları ve Özen (n 2) 405, 406; Özen (n 21) 709.

¹³⁹ Önder (n 6) 372; Atalan (n 9) 12; Koca ve Üzülmez (n 39) 694.

¹⁴⁰ Özgenç (n 39) 19; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (n 14) 509.

olup eylemin aldatıcı nitelikte olup olmadığı ve dolayısıyla dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmadığı konusunda genel geçer bir kural benimsemek yerine failin ve mağdurun durumu, aralarındaki ilişki, olayda kullanılan araçlar gibi hususların göz önünde bulundurularak somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁴².

III. Dolandırıcılık Suçunda Hilenin Zamanı

A. Zamanın Tespitinde Önemli Unsurlar

Dolandırıcılık suçunun oluşması için failin uyguladığı hile ile mağdurun aldanması arasında bağ bulunmalıdır. Bu bağ nedensellik (illiyet) bağıdır. Mağdurun aldatılması failin hilesinden ileri gelmiyorsa başka bir sebebe bağlı olarak mağdur aldanmış ise bu durumda dolandırıcılık suçunun unsurları itibariyle oluştuğu söylenemez¹⁴³. İzah edildiği gibi failin uyguladığı hile sonucunda mağdurun hataya düşmesi gerekmektedir. Failin aldatmaya yönelik elverişli hileli hareketlerde bulunduğu ancak mağdurun aldanmadığı durumda ise somut olayın özelliklerine göre TCK'nın 35. maddesi kapsamında teşebbüs hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁴.

Dolandırıcılık suçunun oluşması için failin hileli hareketleri ile aldatılan mağdurun mal varlığı üzerinde tasarruf etmesi gerekmektedir¹⁴⁵. Aldatma için mağdurun tasavvuruna etki etmek gerekmekte olup hatalı tasavvur olmadan

¹⁴¹ Maviş, (n 28) 605 vd.

¹⁴² "Arsasını aynı mahallede bulunan başka bir arsayla takas etmeyi düşünen katılanın telefon numarasını öğrenen saniğin, kendisini Almanya'dan gelen işadami olarak tanıtip, takası istenen arsanın sahibi olduğunu, arsa ve 25.000 lirasının karşılığında takasa hazır olduğunu belirtip, söylem ve eylemleri ile güven telkin ederek, 5.000 lirası pesin, kalan 20.000 lirası ise tapu işlemlerinin yapılacağı gün verilmek üzere katılanla anlaşmaya vardığı, 5000 lirayı alan saniğin, tapu da-iresine gidildiğinde gerçeğin ortaya çıkacağını bilinci içinde bu kez tapu işlemlerinin yapılacağı gün, kız kardeşinin öldüğü ve bu nedenle acilen paraya ihtiyacı olduğu şeklinde kurguladığı mizansenle katılanı inandırarak kalan 20.000 lirayı da katılıandan aldığı, katılanın kendisine olan güvenini iyice pekiştirmek amacıyla da 25.000 lira değerinde senedi katılana vermesi şeklinde gelişen olayda; saniğin kendisini Almanya'dan gelen işadami olarak tanıtmayı, kız kardeşinin öldüğü ve bu nedenle acilen paraya ihtiyacı olduğu şeklinde oluşturduğu mizansen ve katılanın kendisine olan güvenini iyice pekiştirmek ve denetleme olanağını ortadan kaldırmak amacıyla katılana 25.000 lira değerinde senet vermesi şeklindeki davranışları bütün halinde hileli olup, saniğin bu davranışlar sonucunda katılanı aldatarak kendisine yarar sağladığı anlaşılmalı, saniğin üzerine atılı dolandırıcılık suçu yasal unsurları itibariyle oluşmuştur.", Yargıtay CGK, 15-488/97, 13.03.2012 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 7 Mart 2024.

¹⁴³ Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (n 14) 508; Gökcan ve Artuç (n 28) 4987.

¹⁴⁴ Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 13) 730; Parlar ve Hatipoğlu, (n 51) 2542.

¹⁴⁵ Önder, (n 6) 377.

yalnızca bilmeme hali bu suç oluşturmayacaktır. Mağdur kendisine yönelik öne sürülen durumu gerçek bilmeli yahut gerçek olabileceğini düşünmelidir¹⁴⁶. Hileli hareketler ve aldatılma ile mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunma arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Mağdurun tasarrufta bulunması failin hileli hareketi sonucu aldanması nedeniyle değil de başka bir nedenle olması halinde dolandırıcılık suçu yasal unsurları itibarıyla oluşmayacaktır¹⁴⁷.

Dolandırıcılık suçu, mağdurun hileli hareketlerle aldatılarak kendisinin veya başkasının mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunması ile oluştuğundan hileye uğrayan kişi ile tasarrufta bulunan kişinin aynı olması gerekir¹⁴⁸. Ancak hileye uğrayarak hataya düşen mağdur kendisi yahut bir başkasının mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunabilir. Yani mağdur ve suçtan zarar gören farklı kişiler olabilir. Bu durumun suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Hileli eylemde bulunmakla beraber hilenin içeriğinin mağdurun mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunmasına yönelik olmadığı hallerde dolandırıcılık suçundan bahsedilemez¹⁵⁰. Örneğin; failin mağduru banka görevlisi gibi arayarak banka aidatlarının iade edileceğinden bahisle kredi kartı bilgilerini aldıktan sonra kredi kartından harcama yaparak menfaat sağlaması durumunda dolandırıcılık suçu değil TCK'nın 245. maddesinde düzenlenen banka, kredi kartlarına ilişkin suç gündeme gelecektir. Burada failin hileli hareketinin yöneldiği konu mağdurun mal varlığını teslim etmesi değil, kredi kartına ilişkin bilgilerin temin edilmesidir. Yine mağdur da kendisinin veya başkasının mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunma saikinde olmayıp yalnızca aidat iadesi alacağı düşüncesi ile kredi kartı bilgilerini vermektedir¹⁵¹.

¹⁴⁶ Akbulut, (n 52) 2284.

¹⁴⁷ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 824.

¹⁴⁸ Koca ve Üzülmöz, (n 39) 688, 689.

¹⁴⁹ Esen, (n 25) 294.

¹⁵⁰ Akbulut, (n 52) 2286, 2287.

¹⁵¹ "Oluşa ve dosya kapsamına göre; müşteki Mustafa'nın telefon ile aranarak kredi kartına 200.00 TL hediye konpara yükleneceği hilesi ile kart bilgileri ve akabinde, telefonuna gelen şifre öğrenilerek kredi kartı ile bir iş yerinin post cihazından 720,00 TL'lik alışveriş yapıldığı, müştekiye ait Akses hesap özeti ve Akbank yazısına göre, 25.07.2013 tarihinde internet üzerinden Erpa GSM Hizmetleri isimli üye iş yerinden 720,00 TL'lik harcama gerçekleştirildiği, müşterinin Kaya Bilişim Bayi Emel Beyhan olduğu, müşteri IP numarasının 213.****.198 olduğu, üye işyeri e posta adresi olarak serhat77@live.com adresi telefon numarası olarak, 0530 ****38 numaranın belirtildiği, 720,00 TL'lik alışveriş yapıldığı Erpa GSM hizmetlerinin

Mağdurun hileye uğrayarak aldatılmış iradesi ile rızaen tasarrufta bulunması dolandırıcılık suçu ile hırsızlık suçunu ayıran unsurdur¹⁵². Mağdurun mal varlığı değerini rızası ile teslim etmemesi, rızası hilafına teslim etmesi halinde dolandırıcılık suçu değil, somut olayın özelliklerine göre hırsızlık suçu gündeme gelecektir¹⁵³.

Zarar suçu olan dolandırıcılık suçunda; mağdurun tasarrufu sonucunda kendisinin yahut bir başkasının mal varlığı değerinde azalma; failin yahut üçüncü bir kişinin mal varlığı değerinde ise artma meydana gelmelidir. Mağdur yahut üçüncü kişinin mal varlığında azalma meydana gelmediği yani zarara uğramadığı ve failin veya üçüncü kişinin mal varlığı değerinde artış meydana gelmediği takdirde dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir¹⁵⁴. Somut olayın özelliklerine göre teşebbüs hükümleri değerlendirilecektir. Örneğin; failin uyguladığı hile ile kendi malını alması durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Failin hukuki ilişkiye dayanan alacağını temin edebilmek amacı ile hile uyguladığı durumda hali hazırda malın mülkiyeti halen karşı tarafta olduğundan yine dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Bu durum için TCK'nın 159/1. maddesinde daha

*sahibi Tekin Abay'ın ifadesinde işlemin alt bayi Beyhan İletişim Emel Beyhan tarafından yapıldığını beyan ettiği, Emel Beyhan'ın tanık olarak verdiği ifadesinde ise şikayete konu post cihazından 720,00 TL çekme işlemini alt bayi Kaya İletişim Serhat Karakaş tarafından yapıldığını belirttiği, 0530***8 38 numaralı hattın abone kimlik bilgileri Fatih Karaüzüm adına kayıtlı olduğu, Fatih Karaüzüm tanık olarak ifadesinde söz konusu hattı hiç kullanmadan arkadaşı Serhat Karakaraş'a verdiğini beyan ettiği anlaşılmakla; katılanın iradesi fesada uğratılarak kredi kartı bilgileri ile 3D secure şifrelerini verdiğinin anlaşılması karşısında; mağdurun hukuken geçerli bir rızasının söz konusu olmadığı olayda, eylem 5237 sayılı Kanun'un 245 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen başkasına ait banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunu oluşturduğundan, Bölge Adliye Mahkemesi kararında sübuta ve nitelemeye ilişkin bir hukuka aykırılık bulunmamıştır.", Yargıtay 8 CD, 18786/1480, 19.02.2024; Yargıtay 8 CD, 4945/8186, 31.10.2023; Yargıtay 15 CD, 12622/2178, 01.03.2021 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 9 Mart 2024.*

¹⁵² Önder, (n 6) 388.

¹⁵³ *"Bir numaralı uyumsuzluk konusunda anlatıldığı şekilde gerçekleşen olayda; katılanın, banka kartını kendisine yardım talebinde bulunan sanığa hesabındaki parayı çekmesi için kısa süreliğine ve geri almak üzere teslim ettiği, sanığın el çabukluğuyla banka kartlarını değiştirdiğini fark etmeyen katılanın, kartının sanık tarafından kendisine iade edildiğini düşündüğü, dolayısıyla kartını geri aldığı sanan katılanın, kartının sanıkta kalmasına rızasının bulunmadığı, sanığın ekonomik değere sahip olduğunda kuşku bulunmayan menkul mal niteliğindeki banka kartını katılanın rızası hilafına ele geçirdiği, söz konusu banka kredi kartının mülkiyet veya zilyetlik hakkının, aldatılmış rızaya dayalı olsa bile katılan tarafından sanığa devredilmediği anlaşıldığından sanığın eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.", Yargıtay CGK, 412/160, 10.04.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 9 Mart 2024.*

¹⁵⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 3) 635.

az ceza gerektiren ve şikayet muhakeme şartı içeren düzenleme bulunmaktadır¹⁵⁵. Buna göre, fail hukuki alacağını tahsil etmek amacı ile dolandırıcılık suçu işlemesi durumunda daha az ceza ile karşı karşıya kalmaktadır¹⁵⁶.

B. Hilenin Zamanı

1. Genel Olarak Hilenin Zamanı

Dolandırıcılık suçunda failin hileli hareketleriyle mağduru aldatması ve mağdurun ya da üçüncü bir kimsenin zararına kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Burada hile, aldanma, zarar ve menfaat kavramları arasında neden sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Failin hilesi sonucu meydana gelmeyen menfaat halinde dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Yararın sağlanması ile de dolandırıcılık suçu tamamlanmaktadır¹⁵⁷.

Daha önceki başlıklarda da sıkça izah edildiği üzere mağdurun aldanması ve kendisinin yahut üçüncü kişinin mal varlığı üzerinde tasarrufta bulunması, failin hileli hareketlerinin sonucu olmalıdır. Buradan da anlaşılacağı üzere hilenin mağdurun tasarrufta bulunmasından ve menfaatin temin edilmesinden

¹⁵⁵ Hafizoğulları ve Özen (n 2) 411; Yurtcan, (n 17) 407.

¹⁵⁶ "Sanık Fikret ve temyiz dışı sanık Necat'ın kardeşleri olan katılan Nail ve Nail'in eşi olan katılan Ayşe'den haksız menfaat temin etmek üzere anlaşmışlar, bu anlaşmaya göre temyiz dışı sanık Necat'ın da katılanlarla birlikte borçlu olduğu sanık Fikret'in ise alacaklı olduğu miras sözleşmesine dayalı olarak Edremit 1.İcra Müdürlüğü'nün 2010/517 Esas sayılı dosyasıyla toplam 86.250,00 TL alacak üzerinden icra takibi başlattıkları, icra dosyasında ödeme emri tebliğatlarını katılanların Almanya'da yaşıyor olmaları ve Türkiye'ye geldiklerinde Balıkesir il merkezinde ikamet ettikleri bilinmesine rağmen temyiz dışı sanık Necat ile aynı adreste oturuyorlarmış gibi temyiz dışı sanık Necat'ın Edremit adresine çıkardıkları, temyiz dışı sanık Necat'ın da katılanlar adına gelen tebliğatları aynı adreste oturuyormuş gibi teslim aldığı ve bu şekilde takibi kesinleştirdikleri daha sonra ise katılanların bankalardaki mevduatlarına, taşınmazlarına haciz konulması için girişimde buldukları, bu girişimler sonucunda katılanların Balıkesir Yapı Kredi Bankasında bulunan 50.000,00 TL paralarına haciz işlemi uygulandığı ancak bu paranın sanık Fikret'e ödenmeden bu durumdan haberdar olan katılanların Edremit İcra Hukuk Mahkemesinde 2010/93 Esas sayılı dosyası ile açtıkları dava sırasında verilen tedbir kararı nedeniyle dosyada muhafaza altına alındığı, bu suretle sanığın üzerine atılı suçu işlediği iddia olunan olayda; sanık Fikret ve temyiz dışı sanığın soruşturma ve kovuşturma aşamalarında sabit olan beyanlarında babalarından kalan miras sebebiyle katılanlardan sanık Fikret'in alacaklı olduğunu beyan ettikleri, tanıkların da bu savunmaları doğruladığının anlaşılması karşısında; sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 159 uncu maddesinde düzenlenen hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması...", Yargıtay 11 CD, 14417/6289, 19.09.2023; Yargıtay 11 CD, 34114/5160, 14.06.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 15 Mart 2024.

¹⁵⁷ Koca ve Üzülmez, (n 39) 697.

önce bulunması gerekir¹⁵⁸. Hileli hareketin en geç mağdurun hataya düştüğü anda var olması gerekir¹⁵⁹. Mağdurun failin hileli hareketi dışında başka bir nedene dayalı olarak hataya düşmesi yahut menfaat temininden sonra fail tarafından hileli hareketlerin sergilenmesi durumlarında dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır¹⁶⁰.

Elde edilmiş bir menfaatin meşru hale getirilmesi için kullanılan hile dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır¹⁶¹. Önceden doğmuş borç ile ilgili hileli hareketlerde bulunulması durumunda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır¹⁶². Burada hileli hareketlerin borcun oluşumuna bir etkisi bulunmamaktadır. Borç hileli hareketler nedeniyle oluşmamış, borç oluştuğundan sonra hileli hareketler sergilenmiştir. Yani burada mağdurun borçlanması, tasarrufta bulunması failin hileli hareketlerinden kaynaklanmadığından, illiyet bağı bulunmadığından dolandırıcılık suçundan da bahsedilemeyecektir¹⁶³. Bu nedenle mağdur hataya düşmeden ve tasarrufta bulunmadan önce hilenin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Önceden doğmuş borcu hukuka uygun hale getirmek için sergilenen aldatıcı eylemler dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır¹⁶⁴. Örneğin yarar sağlandık-

¹⁵⁸ Akbulut, (n 52) 2291; Gündel (n 1) 463.

¹⁵⁹ Gökcan ve Artuç, (n 28) 5002.

¹⁶⁰ "Sanık ...'nin, babası ... ve kardeşi ...'nin yetkilisi olduğu ... Turizm Sanayi ve Ticaret Limited Şirketine ait çek hesabına ait çek kaçıranların şirkete ait petrol istasyonunda bulunduğu, şirket yetkililerinin 2007 yılı içerisinde umre vesilesi ile yurtdışına çıkması üzerine, sanığın şirkete ait iki adet çeki 05/01/2008 tarihli, 13.000 TL bedelli ve 12/01/2008 tarihli, 17.500 TL bedelli olarak doldurup imzaladıktan sonra, söz konusu çekleri 30.500 TL borç para aldığı katılana verdiği, suçta konu çeklerin bankaya ibrazında ödemedem men talimatı bulunması üzerine şirket yetkilileri hak-kında yapılan icra takiplerine yetkililerin imza itirazında buldukları ve başlatılan icra takiplerinin durduğu, bu şekilde sanığın yetkisi olmadığı halde çek keşide etmek ve bu çekleri katılana verip kullanmak suretiyle üzerine atılı "resmi belgede sahtecilik" ve "nitelikli dolandırıcılık" suçlarını işlediğinin iddia edildiği somut olayda; sanığın açıkça çek keşide etme yetkisi verilmemiş olmasına rağmen şirket çeklerini keşide ederek resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği anlaşıldığından mahkemenin kabul ve uygulaması ile sanığın suçta konu çekleri katılana verme anının net olarak tespit edilememiş olması karşısında; şüpheden sanık yararlanır ilkesi de göz önüne alındığında mahkemece verilen beraat hükmünde bir isabetsizlik görülmemiştir.", Yargıtay 15 CD, 1657/8913, 04.12.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2024.

¹⁶¹ Gökcan ve Artuç, (n 28) 5002.

¹⁶² Erdoğan, (n 15) 74, 75; Özen, (n 21) 706.

¹⁶³ Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 3) 635.

¹⁶⁴ "Sanık hakkında kurulan hükme yönelik temyiz sebeplerinin incelenmesinde, ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.03.1998 tarihli ve 6/8-69 sayılı kararında da açıklandığı üzere, önceden doğan borç için sonradan yapılan hileli hareketlerin dolandırıcılık suçuna vücut vermeyeceği gözetilerek, aşamalardaki katılan ifadelerine göre, suçta konu çekin önceki alışveriş-

tan sonra karşı tarafa sahte çek verilmesi halinde, borç hileli hareketlerden doğmadığından ve hileli hareketler menfaat temininden sonra gerçekleştiğinden dolandırıcılık suçu yasal unsurları itibariyle oluşmayacaktır. Bu durumda çekin sahte olması halinde somut olayın özelliklerine göre fail resmi evrakta sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır¹⁶⁵. Tüm bu nedenlerle hileli hareketin yapıldığı zaman dilimi suçun oluşması bakımından büyük önem arz etmektedir.

Başlangıçta anlaşılan bedele rağmen sonradan ortaya çıkan nedenlerle ödeme gücünü çeken kişinin borcunu ödeyememesi halinde dolandırıcılık suçundan bahsedilemeyecektir. Failin baştan beri kastı dolandırıcılık olmayıp borcunu ödememesinin nedeni sonradan ortaya çıkan nedenler olup hileli bir hareket bulunmamaktadır. Bu durumda taraflar arasındaki anlaşmazlık hukuki mahiyettedir.

Önceden doğmuş bir borcun sona erdirilip yeni borç ilişkisi kurmaya yönelik hileli hareketler sergilenerek menfaat temin edilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Burada önceden doğmuş borca yönelik değil yeni borçlanmaya yönelik hileli hareketler sergilenmektedir. Bu durumda yeni borcun ve dolaşısıyla menfaatin nedenini hileli hareketler oluşturduğundan dolandırıcılık suçu da oluşacaktır¹⁶⁶.

ten kaynaklanan para borcuna istinaden verilmiş olması karşısında yüklenen suçun unsurları itibariyle oluşmadığı yönünde Mahkemenin kabul ve uygulamasında isabetsizlik görülmemesi nedeniyle hukuka aykırılık görülmemiştir.”, Yargıtay 11 CD, 22797/8073, 07.11.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 16 Mart 2024.

¹⁶⁵ “Sanık Orhan’ın bir şekilde ele geçirdiği 25.11.2012 keşide tarihli, 25.000,00 TL bedelli sahte çeki sanık Sabahattin’e verdiği, Sabahattin’in herhangi bir belge olmadan yaptığı satış karşılığını aldığı iddia ettiği sahte çeki kredi almak için teminat amaçlı kullanarak bankaya verdiği, sanıkların bu şekilde atılı suçları işledikleri iddia olunan somut olayda; sanıkların savunmaları, tanık anlatımları, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; sanık Orhan Aydın’ın bir şekilde ele geçirdiği suça konu çeki, sahteliğini bilerek borcuna karşılık sanık Sabahattin’e vererek piyasaya sürmek suretiyle, resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği, sanık Orhan suça konu çeki daha önceden doğmuş olan bir borca karşılık olarak sanık Sabahattin’e vermiş olduğundan, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı kanaatine varıldığı; sanık Sabahattin’in “suça konu çekin sahteliğini bilmeden, sanık Orhan’dan alarak kullandığı” yönündeki savunmasının aksine, sanık Orhan’ın sahtecilik suçuna iştirak ettiğine dair, dosyada somut bir delil elde edilemediği, bu kapsamda sanıkların üzerlerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmadığından ve sanık Sabahattin Can’ın resmi belgede sahtecilik suçunu işlediğine dair delil elde edilemediğinden beraatlerine, sanık Orhan Aydın’ın resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği sübuta erdiğinden mahkumiyetine karar verilerek hükümler kurulmuştur... oy birliğiyle ONANMASINA...”, Yargıtay 11 CD, 28854/11130, 27.12.2023 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 17 Mart 2024.

¹⁶⁶ “Tanık ...’un katılanın Isparta merkez Çukur köyünde bulunan arazisini 90.000 TL karşılığında, bu arazide içme suyu tesisi kurmak amacıyla satın aldığı, katılana 10.000 TL nakit para ile

Menfaat temin edildikten sonra menfaatin iadesinden kaçınmaya yönelik sergilenen hileli hareketler dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Yine başkasında bulunan kendisine ait ürünü almak için sergilenen hileli davranış dolandırıcılık suçunu oluşturmaz¹⁶⁷.

Hukuki bir ilişkiye dayanan alacağına tahsil etmek için hileli davranış sergilenmesi halinde TCK'nın 159. maddesi gündeme gelecektir¹⁶⁸.

2. İştirak Durumunda Hilenin Zamanı

İştirak hükümleri kanunun 37-41. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur. Suçun yasal düzenlemesinde belirtilen eylemi birlikte meydana getiren şahıslardan her biri müşterek fail olarak sorumludur¹⁶⁹. Müşterek faillik durumunda faillerin menfaat temininden önce hileli hareketleri birlikte gerçekleştirmesi gerekmektedir. Dolandırıcılık suçunda hile süregelen, etkileri devam eden bir durum olduğundan suça sonradan katılan fail de hile durumunu bilmesi durumunda suçtan sorumlu olacaktır. Menfaatin temin edilmesi ile suç tamamlanacağından bu aşamadan sonra suça iştirak mümkün değildir¹⁷⁰.

18.04.2007 düzenleme, 30.10.2007 vade tarihli ve 80.000 TL tutarında senet verdiği, katılanın da arazinin tapusunu devrettiği, senedin vadesinde ödenmemesi nedeniyle katılanın tanık ... aleyhine icra takibi başlattığı, bunun üzerine tanık ...'un katılan ile yeni bir anlaşma yaptığı ve yapılan bu anlaşma uyarınca söz konusu arazinin bedeli için sanığın yetkilisi olduğu A-C Meridyen Emlak İnşaat Turizm İthalat İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.'nin borçlu, katılanın alacaklı olduğu, 25.11.2008 'keşide tarihli ve 110.000 TL tutarındaki çekin katılana verildiği, katılanın vekili Avukat ... tarafından imzalanan 24.09.2008 tarihli protokol ile de çek bedeli tahsil edildiğinde senedin iptal edilip icra dosyasının işlemiden kaldırılacağı hususunun kararlaştırıldığı, ancak sanığın daha önce vermiş olduğu ödemeden men talimatı nedeniyle çek bedelinin tahsil edilemediği olayda; katılanın arazisini satıp karşılığında tanık ...'tan aldığı 80.000 TL bedelli senedin 18.04.2007 tarihinde düzenlenmiş olması, bu senede dayalı icra takibi devam ettiği sırada ve yaklaşık bir buçuk yıl sonra katılan vekili tarafından imzalanan 24.09.2008 tarihli protokol ile senet borcuna karşılık suça konu 110.000 TL bedelli çekin verilmesi, senedin iptal edilip icra takibinin işlemiden kaldırılmasının ise ileri tarihli (25.11.2008) olarak düzenlenmiş çek bedelinin tahsili şartına bağlanması, ayrıca tarafların çekin verilmesi sırasında eski borcu ortadan kaldırmak iradesi ile hareket etmediklerinin anlaşılması ve bu nedenle borcun yenilenmesinin söz konusu olmayıp suça konu çekin önceden doğan borç nedeniyle ve bu borca teminat olarak verilmiş olması karşısında, sanığa atılı dolandırıcılık suçunun unsurları itibarıyla sabit olmadığı kabul edilmelidir.", Yargıtay CGK, 505/571, 27.11.2018 <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> Erişim Tarihi 17 Mart 2024.

¹⁶⁷ Koca ve Üzülmez, (n 39) 697.

¹⁶⁸ Toroslu, (n 13) 197.

¹⁶⁹ Akbulut, (n 52) 2296, 2297.

¹⁷⁰ Gökcan ve Artuç, (n 28) 5010.

Kanunun 37/2. maddesinde “dolaylı faillik”, 38. maddesinde “azmettirme”, 39. maddesinde “yardım etme” iştirak halleri düzenlenmiştir. İştirak halleri dolandırıcılık suçu açısından bir özellik arz etmeyip tüm hallerde menfaat temininden önce hileli hareketleri meydana gelmesi ve bu hareketlere katılma durumunun gerçekleşmiş olması gerekir. Menfaat temininden sonra gerçekleşen hileli hareketler dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır. İştirak iradesi bulunmaksızın hileli harekete katılmayan, yalnız menfaatten faydalanan kişi bakımından dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Somut olaya göre TCK’nın 165. maddesi gündeme gelecektir¹⁷¹.

Sonuç

Dolandırıcılık suçunun en önemli unsurlarından birisi hile unsurudur. Hile dolandırıcılık suçunu mal varlığına karşı işlenen diğer suçlardan ayırmaktadır. Yani hile aslında dolandırıcılık suçunun özüdür. Dolandırıcılık suçunda bu kadar önemli olan hile unsuru bakımından doktrinde farklı yönler, farklı görüşler mevcuttur.

Dolandırıcılık suçu bakımından doktrinde en önemli tartışmanın hilenin ağırlık, yoğunluk, soyutluğu bakımından olduğunu söylemek mümkündür. Kanaatimizce soyut, basit nitelikteki yalanların dolandırıcılık suçunu oluşturması halinde savcılıklar alacak, verecek dosyalarını çözümlene kurumu haline gelecek; alacağını alamayan, eksik alan, ayıplı alan herkes savcılıkların yolunu tutacak ve savcılıkları alacağın tahsilinde araç olarak kullanacaktır. Bu durumda sosyal, ekonomik, ticari hayattaki güven ortamı zedelenecek ve bu alanlarda istikrarsızlık oluşacaktır. Örneğin, esnafın kullandığı her abartı söz, malını kaliteli gösterme çabasına ilişkin her davranışı dolandırıcılık suçu ile karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Bu gibi durumlarda soyut yalan nedeniyle karşı tarafın uğradığı zarar bakımından icra daireleri ve hukuk mahkemeleri nezdinde zararın tazminine yönelik müracaat hakkı her zaman bulunup karşı tarafın soyut yalan içerikli eylemi özel hukuk normları kapsamında yaptırımsız kalmaktadır. Sonuç olarak her yalan dolandırıcılık suçunun hile unsurunu oluşturmamalı; yalanın belli yoğunlukta ve ağırlıkta, sergilenişi açısından belli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Ancak hilenin bu nitelikte olması gerektiğini belirtirken karşı tarafa bir yükümlülük yüklememek gerekir. Örneğin, aracının kilometresini düşürdükten sonra satışa koyan kişinin eylemine karşılık alıcının

¹⁷¹ Tezcan, Erdem ve Önok, (n 13) 846.

kilometre sorgusunu yapmadığı gerekçesi ile dolandırıcılık suçunun oluşmadığını söylemek mümkün olmamalıdır. Burada fail aracının kilometresini düşürerek soyutluktan öte bir yalan söylemiş ve adeta ortaya bir mizansen koymuştur. Failin niyetinin kötü ve haksız bir menfaat elde etme çabasında olduğu, yalan söylediği, yalanını gizlediği açıktır. Artık böyle bir durumda somut olayın özelliğine göre basireti bağlanan mağdur; kilometre sorgusu yapmadığı, araştırma yapmadığı, denetim imkanının ortadan kalkmadığı gibi gerekçelerle bir kez daha mağdur edilmemelidir.

Çalışmamızda özel hukuk ve ceza hukuku hilesi ile ilgili doktrindeki görüşlere yer verdik. Ülkemizde uygulamada özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımı önemini korumaktadır. Bu ayrım kapsamında “dolandırıcılık” ve “hukuki ihtilaf” kavramları birbirine çok yaklaşmakta ve bazen de karışmaktadır. Bu durum suçun oluştuğu halde takipsizlik yahut beraat kararı verilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu halde dosyada yetkili kişinin yorumu büyük önem kazanmakta ve aynı veya benzer olay kapsamında farklı uygulayıcılar bakımından farklı kararlar çıkabilmektedir. Farklı uygulamaların engellenmesi amacı ile özel hukuk ve ceza hukuku hilesi ayrımının daha somut ve objektif kıstaslara bağlanması ve bu şekilde uygulama birliğinin sağlanması gerekmektedir. Örneğin ceza hukuku hilesi bakımından bir önceki paragrafta belirttiğimiz gibi hilenin basit ve soyut nitelikte kalmaması, belli bir yoğunluğa ulaşması ancak mağdura da fazladan bir yükümlülük yüklenmemesi bir kıstas olarak kabul edilebilir.

Zımnî hile ve hilenin ihmali hareketle gerçekleşmesi konularında doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Kanaatimizce maddenin gerekçesinde dahi yer verilen suçun ihmali davranışla işlenmesi konusu bakımından hilenin ihmali hareketle gerçekleşemeyeceğine, dolayısıyla dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceğine ilişkin kesin ve genel bir yargıda bulunmak yanlıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere failin hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması halinde suçun ihmali davranışla da işlenebileceğini söylemek mümkündür. Aksi takdirde ihmali hileli davranış ile kişilerin malvarlığı değeri üzerinde zararına ve eylemi gerçekleştiren kişinin yahut bir başkasının yararına olacak şekilde eylemler çoğalacak ve cezasız kalacaktır. Burada somut olayın özelliğine göre konuyu iyi irdelemek ve mümkün ise kişinin kastını iyi ortaya koymak gereklidir. Kişinin ihmali bir davranışta bulunmasının iyi niyetli mi kötü niyetli mi olduğu hususunda tespitle başlamanın konunun çözümünde kolaylık sağlayacağı düşüncesindeyiz. Bu hususa kanuni düzenlemede yer verilerek öğreti ve uygulamadaki tereddüdün giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İhmali davranışla gerçekleştirilen hile bakımından failin garantörlük durumu, özellikle sözleşmeden doğan aydınlatma yükümlülüğü bakımından öğretide tartışmalıdır. Sıradan her sözleşme ile garantörlük yükümlülüğünün doğmacağı, özel güven ilişkisinin mevcut olması gerektiği görüşü ağırlıklı kabul görmektedir. Yasada da herhangi bir tanımı ve özelliği belirtilmeyen hile kavramının; yoğunluğu, hangi davranışların hile olabileceği konusunda da doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay içtihatları ile de şekillenen uygulamada hilenin somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek şartı ile belli oranda ağır ve yoğun ve karşı tarafın denetim imkanını ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir. Bizce de her sözleşmede tarafın garantörlük görevi olduğunu ve her ihmali davranışın dolandırıcılık suçunu oluşturacağını söylemek mümkün değildir. Bu hususta taraflar arasındaki ilişki, anlaşma koşul ve şartları, aralarındaki iyi niyet ve güven ilişkisi gibi tüm hususların göz önünde bulundurulması ve önceki paragrafta izah edildiği üzere somut olayın özelliğine göre failinin kastının iyi irdelenmesi gerekmektedir. Failin ihmali davranışında dolandırıcılık kastının olup olmadığının tespiti hususunda çıkış noktası dürüstlük, iyiniyet ve güven kuralları olmalı ve bu doğrultuda aradaki ilişki ve failin kastı ortaya konulmalıdır. Buna göre failin kastı baştan beri karşı tarafı zarara uğratarak haksız bir şekilde aşırı yararlanarak menfaatlenmek ise karşı tarafa yönelik gerçeğe aykırılık teşkil eden ihmali eyleminde hilenin varlığından söz etmek mümkündür.

Hilenin zamanı ile ilgili kanunda dolaylı bir düzenleme mevcuttur. Buna göre TCK'nın 157/1. maddesinde; *"Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye..."* ibaresi ile hilenin yarar sağlanmadan, menfaat temin edilmeden önce gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu suçu diğer suçlardan ayıran en önemli unsurun hile olduğunu ve dolandırıcılık suçunun tamamlanması için yararın sağlanması gerektiğini çalışmamızda defaaten belirttik. Bu açıklama ışığında dolandırıcılığın hileli hareket ile menfaat temin edilen bir suç olduğu göz önünde bulundurulduğunda menfaat temin edildikten sonra gerçekleşen hilenin suça bir katkısı olmayacak ve bu doğrultuda dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Menfaat temininin hilenin sonucu olması yani aralarında illiyet bağı olması gerektiğine göre hilenin menfaat temininden önce ve en geç menfaat temini sırasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Çalışmada izah edildiği üzere önceden doğmuş borç için hileli hareketlerde bulunmak dolandırıcılık suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü borç ilişkisi başka bir nedenden doğmuş olup buna göre hile, menfaat temininden sonra gerçekleşmiş ve aralarında illiyet bağı bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Akbulut B, "Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı" (2022) 30 (4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2267-2301
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır ÜK, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Artuk ME, Gökçen A, Yenidünya AC, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2012)
- Atalan M, *Dolandırıcılık Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Aydın D, *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçu* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2022)
- Balcı M ve Çakır K, "Yapay Zeka Kullanarak İşlenen Dolandırıcılık Suçu ve Dolandırıcılığın Yapay Zeka ile Tespiti" (2023) 18 (52) Ceza Hukuku Dergisi <<https://jurix.com.tr/article/35802?u=0&c=0>> Erişim Tarihi 20 Şubat 2024.
- Berk ME, "Dijital Çağın Yeni Tehlikesi "Deepfake"" (2020) 16 (28) Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 1510, 1511.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta 2017)
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı, Beta 2017)
- Dönmezer S, *Kişilere ve Mala Cürümler* (17. Baskı, Beta 2004)
- Dülger MV, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku* (9. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022)
- Eker-Kazancı B ve Zeyrek İ, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan" (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 517-583
- Erdoğan O, "Dolandırıcılık Suçunda Hile Unsuru" (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Erem F ve Toroslu N, *Türk Ceza Hukuku* (4. Baskı, Savaş Yayınları 1983)
- Esen S, *Malvarlığına Karşı Suçlar Belgelerde Sahtecilik ve Bilişim Alanında Suçlar* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2007)
- Gökcan HT ve Artuç M, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt 3* (2. Baskı, Adalet 2023)
- Gökçen A ve Balcı M, "Dolandırıcılık Suçu" (2008) 14 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1-55
- Gündel A, *5237 Sayılı TCK'da Zimmet-Sahtecilik-Dolandırıcılık-Yağma-Hırsızlık-Güveni Kötüye Kullanma Suçları* (Sözkesen Matbaacılık 2009)
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, US-A Yayıncılık 2016)
- <https://sozluk.gov.tr/>
- Kemer C, "Deep Fake Dolandırıcılığı" (2024) (17) Hukuk ve Bilişim Dergisi <<https://www.hukukvebilisimdergisi.com/deep-fake-dolandiriciligi/>>

- Koca M ve Üzülmaz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019)
- Korkmaz F, “Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi” (2020) 69 (3) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 1415-1436
- Maviş V, “Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar” (2015) 6 (Özel Sayı) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 597-626
- Mülga Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 765, Kabul Tarihi: 01.03.1926, RG 13.03.1926/320
- Okuyucu Ergün G, “Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı” (2021) 12 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 304-312
- Önder A, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar* (1 Baskı, Filiz 1994)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Baskı, Seçkin 2019)
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (8. Baskı, Adalet Yayınevi 2023)
- Özgenç İ, *Ekonomik Çıkar Elde Etmek Amacıyla İşlenen Suçlar* (Seçkin 2002)
- Parlar A ve Hatipoğlu M, *Türk Ceza Kanunu Yorumu* (3. Baskı, Seçkin 2010)
- Sayın Korkmaz SB, “Roma Hukukunda Hile (Dolus) Kavramı” (2017) 7 (2) Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 425-438
- Selçuk S, *Dolandırıcılık*, (Yasa 1982)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (14. Baskı, Legem Yayınevi 2023)
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2012)
- Şare E, “Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile” (2022) 12 (2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 669-721
- Tezcan D, Erdem MT ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (17. Baskı, Seçkin 2019)
- Toroslu N, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (10. Baskı, Savaş 2019)
- Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611
- “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, S.Sayısı.664, (Erişim) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf>>
- Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.
- Yurtcan E, *Malvarlığına Karşı Suçlar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)

“Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku” ile “Uluslararası Sorumluluk Hukuku” Arasındaki İlişki^(*)

Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER^(**)

Öz

“Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku” ile “Uluslararası Sorumluluk Hukuku” arasında, uluslararası hukukun gereğinin yerine getirilebilmesi yönünden veya başka bir ifade ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi bakımından çok önemli bir ilişki vardır. Özellikle uluslararası hukukun en ağır ve ciddi ihlallerinin başında gelen ve *jus cogens* kurallardan kaynaklanan *erga omnes* yükümlülükler olan silahlı saldırı veya soykırım gibi vahim uluslararası haksız fiiller işlendiğinde bu ilişki önemini özellikle belli etmektedir. Nitekim, örneğin bir devlet tarafından gerçekleştirilen bir silahlı saldırı fiili hakkında “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” eşzamanlı olarak uygulanırlar. Aynı fiil hakkında eşzamanlı olarak uygulanma olanağı, “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” arasında hukuken olgusal bir ilişki doğurur. Uluslararası hukukun varoluşsal niteliklerinden ötürü ise bu mekanizmaların gerek ayrı ayrı gerekse birlikte etkinlikleri sorunludur. “Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun gereklerinin uygulanmadığı silahlı saldırı veya soykırım gibi en ağır ve ciddi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı “uluslararası sorumluluk hukuku”nun mekanizmalarının devletler tarafından çalıştırılması böylesi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı uluslararası baskı oluşturabilir. Bu baskının kurulabilmesi ve uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün olabilir. Ancak bu olanak dahilindeki sonucun elde edilebilmesi için “sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde”, “uluslararası sorumluluk

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 31.10.2024.

Atıf Şekli: Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku” ile “Uluslararası Sorumluluk Hukuku” Arasındaki İlişki’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1349, 1384.

DOI: 10.52273/sduhfd..1566538.

^(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: herkiner@marmara.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0779-6414>.

hukuku” mekanizmalarının çalıştırılması ve uygulanması şarttır. Bu şartın hayata geçmesi ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün ve muhtemel bir olgudur. Uluslararası hukukta bu mekanizma potansiyel olarak uygulanmayı bekler bir biçimde mevcuttur ancak bunun devletler tarafından tercih edilmesi gereklidir. Bundan ötürü uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değil fakat muhtemel bir hukuktur.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Kollektif Barış ve Güvenlik Hukuku, Uluslararası Kollektif Sorumluluk Hukuku, Uluslararası Hukukta İki Tarafılık ve Çok Tarafılık, Uluslararası Hukukun Emredici Jus Cogens Kurallarından Kaynaklanan Uluslararası Topuluğun Geneline Yönelik Erga Omnes Yükümlülükler, Uluslararası Hukukta Kollektif Karşı Önlemler.

The Relationship between “*International Peace and Security Law*” and “*International Responsibility Law*”

Abstract

There is a significant relationship between the International Law of Peace and Security and the International Law of Responsibility in terms of the fulfillment of the requirements of international law or, in other words, in terms of ensuring the supremacy of international law. This relationship becomes particularly important when grave international wrongful acts such as armed attacks or genocide are committed, which are among the most serious and grave violations of international law and are erga omnes obligations arising from jus cogens rules. As a matter of fact, for example, international law of peace and security and international law of responsibility apply simultaneously to an act of armed aggression committed by a State. The possibility of simultaneous application to the same act gives rise to a legal factual relationship between the international law of peace and security and international law of responsibility. Due to the existential nature of international law, the effectiveness of these mechanisms, both separately and together, is problematic. The mechanisms of the international law of responsibility which can be invoked by states against a state that commits the gravest violations, such as armed aggression or genocide, where the requirements of the international law of collective peace and security are not applicable, can create international pressure against such a violating state. It may be possible to establish this pressure and ensure the supremacy of international law. However, to achieve this possible result, it is essential that the mechanisms of international law of responsibility should be activated and implemented in a sufficiently effective manner by a sufficiently numerous and powerful sovereign state. With the realization of this condition, it is possible and probable to ensure the supremacy of international law. This mechanism exists in international law and is potentially awaiting implementation, but it must be favored by states. Therefore, international law is not an absolute law but a possible law.

Keywords

International Law of Collective Peace and Security, International Law of Collective Responsibility, Bilateralism and Multilateralism in International Law, Erga Omnes Obligations of the International Community Arising from the Imperative Jus Cogens Rules of International Law, Collective Countermeasures in International Law.

Extended Summary

There is a significant relationship between the International Law of Peace and Security and the International Law of Responsibility in terms of the fulfillment of the requirements of international law or, in other words, in terms of ensuring the supremacy of international law. This relationship is significant when grave international torts such as armed aggression or genocide, which are among the most grave violations of international law, are committed. As a matter of fact, for example, international law of peace and security and international law of responsibility apply simultaneously to an act of armed aggression committed by a State. The possibility of simultaneous application to the same act gives rise to a legal factual relationship between the international law of peace and security and the international law of responsibility. International collective security law is codified in Chapter VII of the UN Charter. On the other hand, the law of international responsibility, or more specifically, the law of international responsibility of a state for an internationally wrongful act, is codified in a document with the text of the articles of the UN ILC, which was completed in 2001 for codification purposes and reflects the rules of customary international law.

The UNSC is the body at the center of the work with the importance of its duties and powers for the realization of the international law of collective peace and security. In this respect, its failure to fulfill its duties leads to the paralysis of the collective legal system. A decision cannot be taken in which one of the permanent members votes negatively.

The relationship between the rules of the international law of collective peace and security and the rules of the international law of responsibility arises from the fact that both sets of rules contain rules applicable to the same behavior. If we take the case of an interstate act of armed aggression, this act of armed aggression attributable to a State is both an act that threatens and harms international peace and security and an internationally wrongful act that constitutes a breach of an international obligation. At this point, the act causes an intersection of rules as a violation. When the act of armed aggression, which constitutes a violation of the prohibition of the use of force in article 2, paragraph 4 of the UN Charter, is attributed to a state, it constitutes an internationally wrongful act with the presence of both the element of violation and the element of attribution and gives rise to the international responsibility of the state committing the armed aggression. At the same time, this behavior, which constitutes an internationally wrongful act and gives rise to the international responsibility of the attributed state, is a behavior that endangers international collective peace and security. As a result, the act of armed aggression is both an act that threatens international collective peace and security and triggers the operation of international collective peace and security law, and a violation of an erga omnes obligation arising from a jus cogens norm and triggers the operation of both bilateral and multilateral international responsibility law. When an act of armed aggression is committed, the international law of collective peace and security and the international law of responsibility are two sets of rules that apply simultaneously to the same act, and a relationship inevitably arises between them.

The multilateral international law of responsibility and the international law of collective peace and security, which is concentrated in the legal position of the UN Organisation under the UN Charter and the UNSC, which is at the center of the matter with its mandate and powers, to operate separately but simultaneously in a matter, the violation of the erga omnes obligation in question must also threaten or disturb international peace or be an act of aggression. The operation of the mechanisms of the law of international responsibility by states against a state that commits the gravest breach, such as armed aggression or genocide, to which the requirements of the international law of collective peace and security are not applicable, can create international pressure against such a breaching state. It may be possible to establish this pressure and ensure the supremacy of international law. However, to achieve this possible result, the mechanisms of the international law of responsibility must be operated and implemented effectively enough by a sufficiently powerful sovereign state. With the realization of this condition, it is possible and probable to achieve the rule of international law. This mechanism exists in international law and is potentially awaiting implementation, but it must be chosen by states. International law is therefore not necessarily law, but possible law.

The reason for the multilateralisation of international responsibility is that the supremacy of international law is sought to be established through the mechanism of international responsibility law. Due to the structural, practical, and practical weakness and almost total inadequacy and incapacity of the international law of collective peace and security, it is important to provide a legal opportunity to establish the supremacy of international law through the mechanism of international responsibility. The possibility of other states asserting international responsibility in the assertion of international responsibility by the state aggrieved by the internationally wrongful act enables other states to create weight alongside the aggrieved state but against the state whose responsibility is asserted. It is hoped that this weight will pave the way for the supremacy of international law. Of course, two conditions must come together for this weight to be brought to bear: Sufficiently powerful states must be willing to throw this weight, and it must constitute weight by providing a legal and legitimate concentration of power. In the case of breaches of erga omnes obligations, such as not committing armed aggression or genocide, which have catastrophic consequences for international peace and security, the legal possibility to exert pressure on the responsible state is that other states may also assert international responsibility and may even impose countermeasures. If these possible countermeasures are sufficiently intensified, pressure may be exerted on the responsible state to the extent that it complies with the requirements of its responsibility. In this framework, international law is not an absolute law, but a possible law. What is meant by not being an absolute law is that the achievement of legally prescribed results is not certain. Sovereign states should prefer to operate mechanisms to achieve these results. Since these states are sovereign, it is within their sole and exclusive competence whether they choose to do so or not, and they will only choose to operate these mechanisms if they have the political will to do so. For this reason, the achievement of the results envisaged by international law is not certain, that is, they are not things that will happen. However, they are possible results, that is, these results may or may not happen. For this to

happen, first of all, the political will of the states must operate the legal mechanisms to achieve these results. For this purpose, they must choose to operate the specified mechanisms, and this issue requires a political decision that is within the authority of sovereign states.

Giriş

Eldeki çalışmada ifade edilmek istenen ana fikir “Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku” ile “Uluslararası Sorumluluk Hukuku” arasında, uluslararası hukukun gereğinin yerine getirilebilmesi yönünden veya başka bir ifade ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi bakımından çok önemli bir ilişki olduğudur. Özellikle uluslararası hukukun en ağır ve ciddi ihlallerinin başında gelen silahlı saldırı veya soykırım gibi vahim uluslararası haksız fiiller işlendiğinde bu ilişki önemini özellikle belli etmektedir. Nitekim, örneğin bir devlet tarafından gerçekleştirilen bir silahlı saldırı fiili hakkında “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” eşzamanlı olarak uygulanırlar. Aynı fiil hakkında eşzamanlı olarak uygulanma olanağı, “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” arasında hukuken olgusal bir ilişki doğurur. Eldeki çalışmada amaç, bu olgusal ilişkinin nasıl ortaya çıktığının ve ortaya çıktıktan sonra bu ilişkinin hukuken içeriğinin ne olduğunun incelenmesidir.

Belirlenen incelemenin yapılabilmesi için çalışma iki bölümde düzenlenmiştir. İlk bölümde “Kurallar ve Mekanizmalar” işlenecektir. İkinci bölümde ise “Mekanizmaların Hayata Geçirilmesi” açıklanmaya çalışılacaktır. İlk bölümde mevcut hukuk kurallarından yola çıkılarak ortaya konulmaya gayret edilecek hukuki durum Kural Kümeleri Arasındaki İlişkinin Nedenleri; İhlal Karşısında BM Odaklı Mevcut Mekanizma; İhlal Karşısında Sorumluluk Odaklı Mevcut Mekanizma alt başlıklarında açıklanacaktır. İkinci bölümde ise ilk bölümde normatif vaziyetleri aydınlatılmaya çalışılmış olan mekanizmaların uygulanabilirlikleri veya diğer ifade ile hayata geçirilmeleri meselesi Uluslararası Hukuka Uygunluğun Sağlanması Amacı; Sorumluluk Hukukunun Sonuçlarının Hayata Geçirilmesi; Kural Kümeleri Arasındaki İlişki Müessesesi alt başlıkları altında incelenmeye teşebbüs edilecektir.

Çalışmanın içeriğinin yukarıda belirtilen şekilde düzenlenmesi ile Kural Kümelerinin Etkileşimi; İki Kural Kümesinin Kesişiminin Nedeni Olarak İhlal; BM Şartı VII’nci Bölüm Mekanizması; BMGK Kaynaklı Önlemler ve BMGK Kaynaklı Engeller; Sorumluluk Mekanizmasını Tetikleyen Olay; Sorumluluğun Sonuçları; birinci bölümde ve BM Şartı Dairesinde Hukuka Uygunluğun Sağlanması; Sorumluluk Hukuku Dairesinde Hukuka Uygunluğun Sağlanması; Sorumluluğun Çok Taraflılığa Açılımı; Sorumluluk Hukukundaki Karşı Önlemler Müessesesi; Kollektif Tepkilerin Hukuki Dayanakları; Kollektif Tepkilerin Hukuki Gayesi; ikinci bölümde temas edilme olanağı elde edilecek konu başlıkları olacaktır.

I. Kurallar ve Mekanizmalar

Bu bölümde, Kural Kümeleri Arasındaki İlişkinin Nedenleri; İhlal Karşısında BM Odaklı Mevcut Mekanizma ve İhlal Karşısında Sorumluluk Odaklı Mevcut Mekanizma başlıkları ele alınmaktadır.

A. Kural Kümeleri Arasındaki İlişkinin Nedenleri

“Uluslararası kollektif güvenlik hukuku”, Birleşmiş Milletler (BM) Şartı’nın VII’nci bölümünde hukuken düzenlenmiştir. Diğer taraftan “uluslararası sorumluluk hukuku” veya daha belirgin bir ifade ile “devletin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu hukuku”, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun (UHK) 2001 yılında kodifikasyon gayesiyle tamamlanan ve uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtan maddeler metni ile bir belgede maddeler halinde ve uluslararası teamül hukuku kurallarını içeren bir biçimde yazıya aktarılmıştır¹.

1. Kural Kümelerinin Etkileşimi

1945 yılına dek, o zamanlarda sadece uluslararası hukukun ihlalden kaynaklanan zararların onarımını gaye edinen “uluslararası sorumluluk hukuku” ile gene o zamanlara kadar barış için kollektif eylemleri düzenleyen kurallar bütünü olarak anlaşılan “uluslararası kollektif güvenlik hukuku” arasındaki ilişkinin koordine edilmesi diye bir mesele mevcut değildi². BM Şartı’nın kabulü böyle bir meselenin doğmasında asıl belirleyici an oldu³. Bunun iki cümlede toparlanabilecek sebepleri mevcuttur. Bu cümlelerden birincisine göre BM Şartı’nın VII’nci bölümündeki düzenlemeler “uluslararası sorumluluk hukuku”nu da etkilemiştir ve bu iki hukuki mekanizma arasında kaçınılmaz bir etkileşim belirmiştir⁴. Cümlelerin ikincisine göre ise BM Güvenlik Konseyi (BMGK) uluslararası

¹ Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Beta 2007) 26-29.

² Georg Nolte, ‘De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago: le droit international classique de la responsabilité international des Etats et la Prééminence de la conception bilatérale des relations interétatiques’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 18.

³ Klein Pierre, ‘Responsabilité Pour Violation Grave D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 189.

⁴ Mathias Forteau, *Droit De La Sécurité Collective Et Droit De La Responsabilité Internationale De L’Etat* (Pedone 2006) 3.

barış ve güvenlik ile ilişkili meselelerde uluslararası sorumluluk durumunu da etkileyen kararlar alabilmiştir⁵.

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ve “uluslararası sorumluluk hukuku” çağdaş uluslararası hukuk düzeninde merkezi bir rol oynamaktadırlar. “Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”ndaki gelişmeler, “uluslararası sorumluluk hukuku”nda da değişimlere neden olmuştur. “Uluslararası sorumluluk hukuku”ndaki değişimler özellikle BM Şartı’nın VII’nci bölümünün, çağdaş uluslararası hukuk düzeninde meydana getirdiği gelişmelerden etkilenmiştir.

BMGK’nın uygulamalarının da “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” arasındaki ilişkideki gelişmeler üzerinde etkisi olmuştur. BMGK’nın uluslararası barış ve güvenliğin korunması için uluslararası sorumluluğu da ileri sürebilmesi mümkündür⁶. BMGK, “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun hayata geçirebilmesi için görev ve yetkilerinin önemi ile işin merkezinde yer alan organdır. Bu bakımdan onun görevlerini yerine getirmemesi ve felç olması kolektif hukuk sistemini de felç etmektedir. BM Şartı’nın 24’üncü maddesine göre, “BM’nin üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi’ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi’nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler. Güvenlik Konseyi, bu görevleri yerine getirirken BM’in amaç ve ilkelerine uygun hareket eder⁷”. BM Şartı’nın 23’üncü maddesine göre, BMGK, BM’in on beş üyesinden oluşur. Bu üyelerin on tanesi geçici üye olarak seçilirler. “Çin Halk Cumhuriyeti, Fransa, Rusya Federasyonu, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Krallığı ve Amerika Birleşik Devletleri, Güvenlik Konseyi’nin daimi üyeleridir⁸”. “Güvenlik Konseyi’nin usul meseleleri hariç tüm konulardaki kararları daimi üyelerin hepsinin oyları dahil olmak üzere, 9 üyenin olumlu oyu ile

⁵ Forteau (n 4) 3.

⁶ Forteau (n 4) 15-18.

⁷ BM Şartı (UN Charter) madde (article) 24/1 ve madde 24/2 için bkz: <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf>> Erişim Tarihi 08 Eylül 2024; <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf> Erişim Tarihi 08 Eylül 2024; <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>> Erişim Tarihi 08 Eylül 2024; <<https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text>> Erişim Tarihi 08 Eylül 2024.

⁸ UN Charter (n 7) article 23.

alınır⁹". Buna göre daimi üyelerden birisinin olumsuz oy verdiği bir karar alınmaz. Bu hususa gündelik dilde, daimi üyelerin veto yetkisi de denilmektedir.

2. İki Kural Kümesinin Kesişiminin Nedeni Olarak İhlal

"Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku" ile "uluslararası sorumluluk hukuku" kuralları arasındaki ilişki, her iki kural kümesinin de aynı davranışa uygulanacak kuralları içermelerinden ileri gelmektedir. Devletlerarası bir silahlı saldırı fiilini ele alırsak, bir devlete isnat edilebilen bu silahlı saldırı davranışı, hem uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden ve ona zarar veren bir davranıştır ve hem de bir uluslararası yükümlülüğe aykırılık oluşturan bir uluslararası haksız fiildir. Bu noktada fiil, bir ihlal olarak kuralların kesişimine neden olmaktadır. "BM Şartı'nın 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrasındaki kuvvet kullanma yasağı"nın ihlalini oluşturan silahlı saldırı fiili bir devlete isnat edildiğinde, hem ihlal unsurunun varlığı ile hem de isnat unsurunun bulunması ile bir uluslararası haksız fiil oluşturur ve silahlı saldırıda bulunan devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Aynı zamanda da uluslararası haksız fiil oluşturan ve isnat edilen devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran bu davranış, uluslararası kolektif barış ve güvenliği tehlikeye düşüren bir davranıştır ve BM Şartı'nın VII'nci bölümünde düzenlenen maddelerin çalıştırılmasını da gerektirir. Böyle bir silahlı saldırı davranışı, "uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku"nun kurallarının çalıştırılmasını gerektirir ve aynı zamanda da, bu davranıştan doğan uluslararası sorumluluk, uluslararası topluluğun geneline karşı doğan bir uluslararası sorumluluktur. Burada söz konusu olan uluslararası topluluk, egemen ve eşit devletlerin uluslararası topluluğudur¹⁰. "Uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerin ağır ve ciddi ihlalleri", "uluslararası sorumluluk hukuku"na göre, uluslararası topluluğun geneline karşı sorumluluk doğurur ve bu durumda, bütün devletlerin uluslararası sorumluluğu ileri sürme ve bunun gereğinin yerine getirilmesini isteme ve bunun uygulanması için karşı önlem olarak belirtilen olanakları hayata geçirme yetkisi vardır¹¹. Silahlı saldırı fiili, "BM Şartı'nın 2'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yasaklanan kuvvet kul-

⁹ UN Charter (n 7) article 27.

¹⁰ Santiago Villalpando, *L'Emergence De La Communauté Internationale Dans La Responsabilité Des Etats* (PUF 2005) 13.

¹¹ Eric Wyler, 'Du Crime D'Etat A La Responsabilité Pour Violations Graves D'Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général' in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 116.

lanma yasağı”nın yasakladığı davranıştır. Anılan madde, uluslararası hukukun emredici bir kuralıdır; diğer ifade ile, “*jus cogens norm*”dur ve bundan ileri gelen kuvvet kullanmama yükümlülüğü de, uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülüktür; başka deyişle “*erga omnes yükümlülük*”tür¹². Sonuç olarak, silahlı saldırı fiili, hem uluslararası kolektif uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir davranıştır ve “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*”nun işletilmesini tetikler ve hem de “*jus cogens norm*”dan ileri gelen bir “*erga omnes*” yükümlülüğün ihlalidir ve hem “*bilateral*” yani iki taraflı bakımdan hem de “*mültilateral*” yani çok taraflı bakımdan “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nun işletilmesini tetikler¹³. Silahlı saldırı fiili işlendiğinde açıkladığımız üzere, “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*” ile “*uluslararası sorumluluk hukuku*” aynı fiile eşzamanlı olarak uygulanacak iki kural kümesidir ve aralarında kaçınılmaz olarak ilişki doğmaktadır¹⁴. En sade biçimde ifade etmeye çalışırsak, bir fiil ile uluslararası barışın tehdit edildiği ve bir uluslararası yükümlülüğün ihlal edildiği bir durumda, bu ihlal hakkında, “*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*” mekanizması ile “*uluslararası sorumluluk hukuku*” mekanizması çalışacaktır.

B. İhlal Karşısında BM Odaklı Mevcut Mekanizma

Anılan bu iki mekanizmanın da nihai hedefi, uluslararası toplulukta, uluslararası hukuki güvenliğin tesis edilmesidir. Uluslararası hukuki güvenlik, uluslararası topluluk yaşamında, sosyal istikrara hizmet eder¹⁵. Uluslararası hukuki güvenliğin tesis edilmesi içinse, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması lazımdır¹⁶. Aslında, gerek BM Şartı’nın VII’nci bölüm mekanizması ve gerekse “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nda “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluk mekanizması, belirtildiği şekilde, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması için gelişmiş mekanizmalardır. Uluslararası hukukun varo-

¹² Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu* (Yetkin 2012) 114-120.

¹³ Marina Spinedi, ‘D’Une Codification A L’Autre: Bilatéralisme Multilatéralisme Dans La Genèse De La Codification Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Des Etats’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 71.

¹⁴ Forteau (n 4) 50.

¹⁵ Süleyman Dost, *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet* (2. Baskı, Yetkin 2019) 10.

¹⁶ Dost (n 15) 82.

luşsal niteliklerinden ötürü ise bu mekanizmaların gerek ayrı ayrı gerekse birlikte etkinlikleri sorunludur. Bu etkinlik sorununun uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlamada meydana çıkardığı ve uluslararası hukuki güvenliğe ulaşmada oluşturduğu olumsuz vaziyeti aşmak veya bu vaziyetin zararını azaltmak için “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının işletilmelerinde hukuki olanakları bilmek ve bunları hayata geçirmeye çalışmak olumlu bir işlev görecektir.

“Uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının işletilmelerinde hukuki olanakları bilmek için bu mekanizmanın uygulama alanlarındaki ve konularındaki yakınsamaları incelemek isabetli olacaktır. Anılan yakınsama, gerek bu mekanizmaları tetikleyen olayda ve gerekse bu mekanizmaların nihai amaçlarında mevcuttur. Aynı fiil, hem uluslararası barışı tehdit etmekte, hem de uluslararası sorumluluğu doğurmaktadır. Bu fiile karşı, gerek “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku” ve gerekse “uluslararası sorumluluk hukuku”, bozulan hukuki barışı yeniden kurmayı amaçlamaktadırlar. Örneğin, en mühim bir örnek olarak, silahlı saldırı fiili veya gene vehamet bakımından en önemli bir örnek olarak, soykırım fiili, yukarıda belirtilen fiilin misallerini oluştururlar. Bu misallerdeki fiillerde, hem uluslararası barış ve güvenlik tehlikeye düşmekte ve hem de bu fiiller uluslararası hukukun emredici kurallarından ileri gelen uluslararası topluluğun geneline yönelik olan yükümlülüklerin ağır ve ciddi ihlallerini oluşturarak, uluslararası sorumluluğu doğurmaktadır.

1. BM Şartı VII’nci Bölüm Mekanizması

BM Şartı’nın VII’nci bölümünün başlığı, “Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler” şeklindedir¹⁷. Bu başlığın hemen altındaki 39’uncu maddede yer alan düzenlemede, BM Örgütü ile çizilen uluslararası hukuk sisteminde, BMGK’nın uluslararası barışın korunmasına ilişkin meselelerde, sistemin merkezinde yer alan yetkileri sayılmaktadır¹⁸. Anılan maddeye göre, “Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42’nci maddeler uya-

¹⁷ UN Charter (n 7) Chapter VII.

¹⁸ Naim Demirel, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (Derin 2015) 61; Süleyman Dost ve Zehra Korkmaz, ‘Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar’ (2015) 5(2) SDÜHFD 111, 151.

rınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır¹⁹”. Belirtilen bu maddeye göre, BMGK’nın görevi üç durumda başlamaktadır. Bunların ilki, barışın tehdit edilmesidir; ikincisi, barışın bozulmasıdır ve üçüncüsü ise, saldırı eylemi bulunmasıdır²⁰. Aynı maddeye göre, BMGK’nın meseleye dahil olmasındaki amacı iki adettir. Bunlardan ilki “uluslararası barış ve güvenliğin korunması”; ikincisi ise “uluslararası barış ve güvenliğin yeniden kurulması”dır. Gene burada işlenmekte olan 39’uncu maddeye göre, BMGK’nın belirtilen bu amaçları sağlamak için yetkili olduğu yapması gerekenler, tavsiyelerde bulunmak veya BM Şartı’nın 41 ve 42’nci maddeleri uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırmaktır. 39’uncu madde ışığında belirtilmesi gereken önemli hukuki gerçek, uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlalinde, “çok taraflı uluslararası sorumluluk hukuku” ile BM Şartı çerçevesinde BM Örgütü ve özellikle görev ve yetkileri ile işin merkezinde yer alan BMGK’nın hukuki konumunda yoğunlaşan, “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun, bir meselede ayrı ayrı ama eşzamanlı çalışabilmesi için sözü edilen “erga omnes” yükümlülüğün ihlalinin, aynı zamanda uluslararası barışı tehdit etmesi veya barışı bozması veya bir saldırı fiili olmasıdır. “Erga omnes” yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlalini bu biçimde oluşturan bir uluslararası haksız fiilin bulunması, aynı zamanda BMGK’nın “uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması” için 39’uncu maddede kendisine yetkisi verilen tavsiyelerde bulunmak veya BM Şartı’nın 41 ve 42’nci maddeleri uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırmak icraatlarında bulunulabilir. BMGK’nın bu biçimde yetkilerinin kullanılabilirliğini tetikleyen bir uluslararası haksız fiil hakkında, diğer yandan “uluslararası sorumluluk hukuku”nun kuralları da işlemeye başlayabilir. Yani fiil, belirttiğimiz nitelikte bir fiil ise, hem BMGK’nın yetkilerinin kullanılabilir olması ile “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” kurallarının uygulanabilirliğini ve hem de “çok taraflı uluslararası sorumluluk hukuku” kurallarının uygulanabilirliğini tetikleyecek veya başka ifade ile, bu uygulanabilirliklerin devreye girebilmesi için hukuki deklanşöre basılmasına neden olacaktır²¹.

¹⁹ UN Charter (n 7) article 39.

²⁰ Robert Kolp, *Ius contra bellum* (2. Baskı, Bruylant 2009) 89.

²¹ Linos-Alexandre Sicilianos, ‘Classification Des Obligations Et Dimension Multilatérale De La Responsabilité Internationale’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 72.

Yukarıda belirtildiği üzere, bir uluslararası haksız fiilin aynı zamanda uluslararası barışı tehdit ettiği veya bozduğunu saptama yetkisi gene BMGK'nın bizzat kendisindedir. Şunu da belirtelim ki şayet orta yerde BMGK uluslararası barışı bozan veya tehdit eden bir fiilin varlığını saptıyorsa, bu fiil bir devlete isnat edilebildiğinde ve kendisine isnat edilen devletin bir uluslararası yükümlülüğüne aykırılık oluşturan bir ihlal davranışı teşkil ettiğinde, büyük ihtimalle, “uluslararası hukukun emredici kurallarından ileri gelen bir yükümlülüğün ağır ve ciddi bir ihlali”ni teşkil eden bir uluslararası haksız fiil de mevcut olacaktır. Nitekim, silahlı saldırı zaten “*jus cogens*” bir normdan kaynaklanan bir “*erga omnes*” yükümlülüğün ihlalinin bariz örneğini oluşturmaktadır. Soykırım da diğer bir bariz örnektir. Silahlı saldırının BM Şartı'nın 51'inci maddesinde kendisine yer bulan meşru müdafaa hakkının doğumunu da tetiklediğini hemen belirtelim. Diğer bir ifade ile silahlı saldırı, BM Şartı'nın 51'inci maddesindeki meşru müdafaanın gereklilik unsurunu karşılayan ve bu unsurun içini dolduran olgudur²². BM Şartı'nın 51'inci maddesindeki düzenlemeye göre, “*Bu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşrû savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez*”²³. BM Şartı'nın 51'inci maddesi, devletlerarası ilişkilerde kuvvet kullanımının yasak olması ilkesinin açıkça bir istisnasını oluşturur²⁴. BM Şartı madde 2/4, “*Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı, gerek BM'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar*”²⁵ demektedir. Bu maddedeki kural ve bu kuralda mündemiç olan yasak, “uluslararası barış ve güvenlik hukuku”nun mimarisinde temel öneme haiz kuraldır. Uluslararası hukukta barışın tehdit edilmesi veya barışın bozulması demek, aslında, BM Şartı madde 2/4'den ileri gelen uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmesi demektir. Barışın noksanlığı, çoğu durumda, 2/4'e uyulmamasıdır.

²² Georges Labrecque, *La Force Et Le Droit* (Bruylant 2008) 485.

²³ UN Charter (n 7) article 51.

²⁴ Dost (n 15) 136.

²⁵ UN Charter (n 7) article 2/4.

2. BMGK Kaynaklı Önlemler ve BMGK Kaynaklı Engeller

Yukarıda, BMGK'nın “uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması” için 39'uncu maddede kendisine yetkisi verilen, tavsiyelerde bulunmak veya BM Şartı'nın 41 ve 42'nci maddeleri uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırmak icraatlarında bulunabileceğini belirtmiştik. BM Şartı'nın 41'inci maddesinin düzenlemesine göre, “BMGK, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve BM üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir²⁶”. BM Şartı'nın 42'nci maddesinin düzenlemesine göre ise, “BMGK, 41'inci maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve BM üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir²⁷”.

Yukarıda yer verilen kurallar arasında, BM Şartı'nın 39'uncu maddesi ve 27'nci maddesi arasında bütün bir “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun çalışabilmesi için kritik önemde bir ilişki vardır. BMGK, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptayabilmek için; ve “uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması” amacıyla tavsiyelerde bulunabilmek için; veya kararlarını yürütmek için; silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemler alınmasını kararlaştırmak için; veya “uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması” amacıyla askeri silahlı kuvvetler ile gerekli saydığı her türlü girişimde bulunmaya karar verebilmek için; daimi üyelerinden herhangi birisinin böyle bir karara karşı çıkmaması, diğer bir ifade ile karara olumsuz oy vermemesi, başka deyişle bu kararı veto etmemesi gereklidir. Anılan biçimde bir veto, BMGK'nın karar almasını olanaksız hale getirir ve dolayısıyla sistemin merkezinde yer alan sorumlu ve yetkili organın karar almasını felç eder ve dolayısıyla da “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun işlemlerini olanaksız kılarak “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” kurallarındaki olanakların hayata geçmesini felç eder²⁸.

²⁶ UN Charter (n 7) article 41.

²⁷ UN Charter (n 7) article 42.

²⁸ Dost (n 15) 193-196.

C. İhlal Karşısında Sorumluluk Odaklı Mevcut Mekanizma

BMGK'nın görev ve yetkilerinin ve kararlarının, “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” olanaklarının hayata geçmesi için esaslı önemde olduğunu ve hatta şart olduğunu belirlemiş durumdayız. Bu cümleden hareketle “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun BMGK'nın kararları ile hukuki ve işlevsel sonuçlar doğurabileceğini belirledik. Diğer yandan “uluslararası sorumluluk hukuku”nun kurallarındaki olanakların hayata geçmesi için bir uluslararası haksız fiilin varlığının bir devlet tarafından ileri sürülmesi yeterlidir. Bir devlet veya birden fazla devlet tarafından bir uluslararası haksız fiilin varlığının ileri sürülmesinin hukuken gerçeği yansıtmaması için, diğer bir ifade ile gerçekten bir uluslararası haksız fiilin var sayılabilmesi için, bir devletin kendisine isnat edilebilen bir fiil ile bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunması, başka bir ifade ile anılan yükümlülüğünü ihlal etmesi gereklidir.

1. Sorumluluk Mekanizmasını Tetikleyen Olay

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun esaslarını ortaya koyan BM Şartı'nın VII'nci bölümünün uygulanmasını tetikleyen bir fiilin aynı zamanda “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku”nun uygulanmasını da tetikleyen bir uluslararası haksız fiil oluşturması için, söz konusu fiilin uluslararası haksız fiilin unsurlarına sahip olması gereklidir. Uluslararası hukukta “uluslararası sorumluluk hukuku” kuralları, uluslararası teamül hukuku kuralları olarak mevcuttur²⁹. Ancak bu kurallar BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından toplanmış ve yazılı bir metinde sıralanmışlardır. BM Örgütü çerçevesindeki uluslararası hukuk belgeleri külliyatı içerisinde bu belgenin künyesi, “BM UHK'nun Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni” olarak ifade edilmektedir ve BM Genel Kurulu tarafından da belge A/RES/56/83 Belgesi olarak “BM UHK'nun Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni” olarak kabul edilmiştir. Ancak bu belgenin bir uluslararası antlaşma ile kodifikasyonu sağlanamamış olmakla birlikte belirttiğimiz gibi A/RES/56/83 Belgesi uluslararası sorumluluğa ilişkin uluslararası teamül hukuku kurallarını içermekte ve bunları yazılı olarak yansıtmaktadır³⁰. İşte yukarıda belirtilen bir uluslararası haksız fiilin

²⁹ Dost (n 15) 162-174.

³⁰ Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 202; Resolution adopted by the General

unsurlarının neler olduğuna dair uluslararası teamül hukuku kurallarında mün-demiç bilgiyi, belirtilen bu A/RES/56/83 Belgesi’nde bulabilmekteyiz. A/RES/56/83 Belgesi madde 1’e göre, “bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur³¹”. Devletin uluslararası haksız fiilinin unsurları ise A/RES/56/83 Belgesi madde 2’de belirtilmektedir. Buna göre, “şayet, icrai surette ya da ihmâl suretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa devletin bir uluslararası haksız fiili vardır³²”. Buradan anlaşıldığı üzere uluslararası haksız fiilin unsurları iki adettir ve bunlar ihlal unsuru ve isnat unsurudur. İhlal, bir devletin, bir uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile aykırı bir davranışta bulunmasıdır³³. Isnat ise, ihlal teşkil eden davranışın devletin davranışı sayılabilmesidir. Bir davranışın hangi hallerde bir devletin davranışı sayılabileceğine ilişkin ilkeler, A/RES/56/83 Belgesi’nde 4’üncü maddeden 11’inci maddeye kadar olan kurallarda belirtilmektedir³⁴.

2. Sorumluluğun Sonuçları

BM Şartı’nın 2/4 maddesi kuvvet kullanmayı yasaklamaktadır³⁵. Bu aynı zamanda bir “*jus cogens norm*”dur. Dolayısıyla bu maddeden kaynaklanan uluslararası yükümlülük “*erga omnes bir yükümlülük*”tür. Silahlı saldırı fiili ise kuvvet kullanmama yükümlülüğünü ihlal eden bir davranıştır ve şayet bu ihlal

Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts için bkz: <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n01/477/97/pdf/n0147797.pdf>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024; Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001 için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001 için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024; Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (2. Baskı, Seçkin 2023) 263-304; Hakkı Hakan Erkiner, ‘Tercüme, Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri - Responsibility of States - Responsabilité de l’État’ <https://www.academia.edu/38667139/Hakkı_Hakan_Erkiner_Tercüme_Devletin_Uluslararası_Sorumluluğu_Maddeleri_Responsibility_of_States_Responsabilité_de_l_État_> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024.

³¹ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 100; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 1.

³² Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 104; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 2.

³³ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 140; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 12.

³⁴ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 114-136; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 4-11.

³⁵ Dost (n 15) 133-138.

teşkil eden davranış bir devlete isnat edilebiliyorsa bir uluslararası haksız fiil vardır. Silahlı saldırı bu durumda hem BM Şartı madde 39 uyarınca uluslararası barışı bozan bir fiildir ve hem de uluslararası sorumluluğu doğuran bir uluslararası haksız fiildir. Aynı zamanda “*erga omnes*” bir yükümlülüğün ihlalini teşkil ettiğinden ötürü de çok taraflı sorumluluğu doğuran bir uluslararası haksız fiildir. Bu ağır ve ciddi ihlalin isnat edildiği devletin uluslararası sorumluluğu, uluslararası topluluğun geneline karşı doğmuş bir uluslararası sorumluluktur. Bu sonuçlara ilaveten BM Şartı madde 2/4’ü ihlal eden silahlı saldırı fiili BM Şartı madde 39’u ve genel olarak BM Şartı VII’nci tetiklediği gibi BM Şartı madde 51’de yer bulan silahlı saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkını da doğurur. Meşru müdafaa “*uluslararası barış ve güvenlik hukuku*”nda BM Şartı 51’inci madde uyarınca bir hak ve “*uluslararası sorumluluk hukuku*” bakımından da A/RES/56/83 Belgesi madde 21 uyarınca uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir. Nitekim anılan maddeye göre, “*devletin fiilinin hukuka aykırılığı, fiil BM Şartı’na uygun şekilde, meşru müdafaya izin verilen ölçüler içerisinde ise, ortadan kalkar*”³⁶. Meşru müdafaa olduğu iddia edilen bir kuvvet kullanımının hukuken gerçekten meşru müdafaa sayılabilmesi için üç unsura sahip olması şarttır. Bunlar gereklilik, orantılılık ve ölçülülük unsurlarıdır³⁷. Uluslararası teamül hukuku kurallarında mündemiç kaidelere göre, devletlerin meşru müdafaa uygulamalarında, meşru müdafanın gerekli yani elzem olması, meşru müdafada uygulanan kuvvetin orantılı olması ve amaç gerçekleşince kuvvetin sona erdirilmesi yani ölçülü olması aranmaktadır³⁸.

“*Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*”nun gereklerinin uygulanmadığı silahlı saldırı veya soykırım gibi en ağır ve ciddi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nun mekanizmalarının devletler tarafından çalıştırılması, böylesi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı uluslararası baskı oluşturabilir. Bu baskının kurulabilmesi ve uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün olabilir³⁹. Ancak bu olanak dahilindeki sonucun elde edilebilmesi için “*sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde*”, “*uluslararası sorumluluk hukuku*” mekanizmalarının çalıştırıl-

³⁶ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 156-157; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 21.

³⁷ Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (4. Baskı, Seçkin 2023) 282-290.

³⁸ Erkiner, *Uluslararası Meşrû Müdâfaa* (n 37) 231.

³⁹ Pierre-Marie Dupuy, ‘Responsabilité Et Légalité’ in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991) 282.

ması ve uygulanması şarttır. Bu şartın hayata geçmesi ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün ve muhtemel bir olgudur. Uluslararası hukukta bu mekanizma potansiyel olarak uygulanmayı bekler bir biçimde mevcuttur ancak bunun devletler tarafından tercih edilmesi gereklidir. Bundan ötürü uluslararası hukuk, muhakkak bir hukuk değil fakat muhtemel bir hukuktur.

“Bir uluslararası haksız fiilin hukuki neticeleri, sorumlu devletin ihlal edilen yükümlülüğü yerine getirme ödevinin devam etmesini etkilemez⁴⁰”. “Uluslararası haksız fiilden sorumlu devletin şayet devam ediyorsa bu fiile son vermek ve eğer koşullar gerektiriyorsa, ihlalin tekrar edilmeyeceğine dair uygun güvenceleri sunmak yükümlülükleri vardır⁴¹”. Uluslararası haksız fiilin sorumlu devlet üzerindeki asıl sonucu ise, sorumlu devletin onarım yükümlülüğünün doğmasıdır⁴². “Sorumlu devlet uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır. Zarar, devletin uluslararası haksız fiilinin sonucu olan maddi ve manevi bütün zararı kapsar⁴³”. “Onarım şekilleri ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilecek biçimde eski hale iade, tazminat ve tarziye biçimlerine bürünür⁴⁴”.

II. Mekanizmaların Hayata Geçirilmesi

Bu bölümde, Uluslararası Hukuka Uygunluğun Sağlanması Amacı; Sorumluluk Hukukunun Sonuçlarının Hayata Geçirilmesi ve Kural Kümeleri Arasındaki İlişki Müessesesi başlıkları ele alınmaktadır. Son başlık altında özellikle Kollektif Tepkilerin Hukuki Dayanakları ve Kollektif Tepkilerin Hukuki Gayesi konularına temas edilmektedir.

A. Uluslararası Hukuka Uygunluğun Sağlanması Amacı

Yukarıdaki kuralları aktardıktan sonra ortaya açıkça çıkan bir hukuki vaziyet mevcuttur. BM Şartı'nın VII'nci bölümü dairesinde oluşan “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun amacı barışın korunması veya sağlanmasıdır. “Uluslararası sorumluluk hukuku”nun amacı ise onarımın sağlanmasıdır⁴⁵. Bunlar bu

⁴⁰ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 170-172; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 29.

⁴¹ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 172; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 30.

⁴² Emmanuel Decaux, ‘Responsabilité Et Réparation’ in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991) 147.

⁴³ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 173; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 31.

⁴⁴ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 180-196; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 34.

⁴⁵ Gilles Cottureau, ‘Système Juridique Et Notion De Responsabilité’ in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991) 64.

biçimde yazıldıklarında birbirlerinden farklı hukuki amaçlardır fakat daha derinlemesine düşünüldüğünde her ikisi de uluslararası hukuka uygun bir hukuki durumun korunmasını veya sağlanmasını nihai gaye olarak tespit eden amaçlardır.

1. BM Şartı Dairesinde Hukuka Uygunluğun Sağlanması

Silahlı bir saldırı BM Şartı madde 2/4'ün çiğnenmesidir ve uluslararası barışı bozar. Bu fiil BM Şartı VII'nci bölümü, başta 39'uncu madde olmak üzere, çalışmaya tahrik etmelidir. BMGK'nın yapısal ve varoluşsal durumu nedeniyle bu tahrik büyük ihtimalle BM Şartı'ndaki düzeneğin işlemlerini tetiklemeyecek ve "uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku" felç olacaktır ve çalışmayacaktır. Bununla birlikte BM Şartı madde 2/4'ü ihlal eden silahlı saldırı fiili, BM Şartı madde 51'deki meşru müdafaa hakkının doğumunu tetikleyecektir ve silahlı bir saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkından kaynaklanan kendini korumak amacıyla kuvvet kullanma yetkisinin gerekliliğini doğuracaktır. Meşru müdafaa hakkından kaynaklanan kuvvet kullanma hakkının gerekliliği teyit edildikten sonra bu kuvvet kullanımı, şiddetin gücü bakımından orantılı ve şiddete son verme bakımından zamana riayet doğrultusunda ölçülü biçimde kullanılırsa, meşru müdafaa bir "hukuka uygunluk nedeni" veya "hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum" olarak doğru biçimde uygulanmış olacaktır. Silahlı saldırı, BM Şartı VII'nci bölüm uyarınca, "uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku" nun ve bilhassa BM Şartı madde 42'nin uygulanması ile bertaraf edilip sona erdirildiğinde ve silahlı saldırıdan önceki durum tesis edildiğinde veya BM Şartı madde 51'deki meşru müdafaa hakkının kullanılması ile "uluslararası barış ve güvenlik hukuku" fakat bu sefer kolektif olmayan bir biçimde ama saldırıya uğraya devlet tarafından müstakilen veya ona çağrısı üzerine yardım eden diğer devletlerin de katılımıyla ama gene de BM Şartı VII'nci bölüm haricinde fakat BM Şartı madde 51'e uygun bir biçimde, "uluslararası barış ve güvenlik hukuku" eliyle silahlı saldırı bertaraf edilip sona erdirildiğinde ve önceki durum tesis edildiğinde, uluslararası barış yeniden sağlanmış olacaktır ve ayrıca uluslararası hukuka uygun durum da kurulmuş olacaktır. Başka bir ifade ile uluslararası hukukun üstünlüğü temin edilmiş olacaktır ve hukuka aykırı durum son bulmuş olacaktır⁴⁶. Burada, bu anlattığımız çerçevede, uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasına giden yol, mağdurun meşru müdafaasındaki galibiyetinden geçmektedir. Mağdur, meşru müdafaasında mağlup olursa, uluslararası hukukun üstünlüğünün tesis edilmesi sağlanamaz. Meşru müdafaa

⁴⁶ Dost (n 15) 82.

da bir uluslararası hukuk müessesesidir ve bizatihi uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanmasına doğrudan hizmet eder. Bilhassa kolektif mekanizmaların çalışmadığı bir dünyada, çoğu zaman, belki de işleyebilecek yegane müessesedir. Bu sert gerçekçi tespit, kolektif güvenlik mekanizmalarının işleyeceğine ilişkin zaten temelsiz beklentilerin karşılanmadığı bir dünyada, ifade edilmesi gereken bir ilmi tespittir.

2. Sorumluluk Hukuku Dairesinde Hukuka Uygunluğun Sağlanması

Yukarıda anılan silahlı saldırı fiili, birincil uluslararası hukuk içerisinde, BM Şartı madde 2/4’deki kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil eden ve birincil yükümlülük kategorisi içerisindeki hem de “*erga omnes*” olan kuvvet kullanma yükümlülüğüne aykırı, ağır ve ciddi bir uluslararası haksız fiildir. Bunun uluslararası hukukun ikincil kurallar kategorisini oluşturan “*uluslararası sorumluluk hukuku*” kuralları içerisindeki sonucu, diğer bir ifade ile ortaya çıkardığı ikincil yükümlülük, onarım yükümlülüğünün doğmasıdır. Bu bakımdan “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nun amacının onarımın sağlanması olduğu açıktır. Bununla birlikte, devletler hukukunda onarımın sağlanmasının neden amaçlandığı düşünüldüğünde, hedefin uluslararası hukuka aykırılığa son vererek uluslararası hukuka uygun hukuki vaziyetin yeniden kurulması ve sağlanması olduğu fark edilebilmektedir. Uluslararası haksız fiil ile neden olunan hukuken patolojik durum, onarım vasıtasıyla giderilmeye çalışılmakta ve hukuken sağlıklı vaziyete ulaşılmaya gayret edilmektedir. Hukuken sağlıklı durum uluslararası hukuka aykırılığın giderildiği, uluslararası hukuka uygun durumun sağlandığı ve uluslararası hukukun üstünlüğünün temin edildiği durumdur. Onarım, buna ulaşmada, uluslararası sorumluluk hukukunun vasıtasıdır veya başka ifade ile avadanlığıdır. Onarımın sağlanabilmesi için ise özellikle BM Şartı VII’nci bölümün BMGK eliyle felç edildiği bir vaziyette uluslararası sorumluluğun çok taraflılığa açılması, başlı başına önem arz etmektedir. Onarımın sağlanabilmesi için, “*uluslararası sorumluluk hukuku*”nun çok taraflılığa açılmasının anahtarı, uluslararası teamül hukukunda münemiç kuralın yansıması olan, A/RES/56/83 Belgesi madde 48’dedir.

B. Sorumluluk Hukukunun Sonuçlarının Hayata Geçirilmesi

A/RES/56/83 Belgesi madde 42’ye göre, “*mağdur devlet tarafından sorumluluğa başvurulur*⁴⁷”. Bu husus, klasik iki taraflı uluslararası sorumluluğun tezahürüdür. Ancak A/RES/56/83 Belgesi madde 48’e göre, “*mağdur devletten*

⁴⁷ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 221-226; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 42.

*başka bir devlet tarafından da sorumluluğa başvurulabilir*⁴⁸. Bu husus ise, uluslararası sorumluluğun, klasik iki taraflı uluslararası sorumluluk yapısının aşılaraq, uluslararası sorumluluğun çok taraflılığa açılmasının tezahürüdür.

1. Sorumluluğun Çok Taraflılığa Açılımı

Uluslararası sorumluluğun çok taraflılığa açılmasının sebebi, uluslararası hukukun üstünlüğünün “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizması ile kurulmaya çalışılmış olmasıdır. “Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” nun gerek yapısal ve gerekse ameli ve tatbiki zayıflığından ve neredeyse külli yetersizliğinden ve acziyetinden ötürü, elde kalan uluslararası sorumluluk mekanizması marifetiyle uluslararası hukukun üstünlüğünün kurulmasına hukuki bir olanak sağlanabilmesi, oluşturduğu muhtemel imkan ile önem arz etmektedir. Uluslararası haksız fiilin mağduru devletin, uluslararası sorumluluğu ileri sürmesinde, diğer devletlerin de uluslararası sorumluluğu ileri sürebilme olanaklarının bulunması, mağdur devletin yanında ama sorumluluğu ileri sürülen devletin karşısında, diğer devletlerin de ağırlık oluşturabilmelerine olanak sağlamaktadır. Bu ağırlık ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesine bir yol açılması umulmaktadır. Elbette bu ağırlığın ortaya konması için iki şart bir araya gelmelidir: Yeterince güçlü devletin bu ağırlığı koymayı tercih etmeleri ve gerçekten bunun bir hukuki ve meşru güç yoğunlaşması sağlayarak ağırlık teşkil etmesi elzemdir.

A/RES/56/83 Belgesi madde 48/1-b’ye göre, “*ihlal edilen yükümlülük, uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülük ise bir mağdur devletten başka her devletin, bir başka devletin sorumluluğuna başvurma hakkı vardır*⁴⁹”. Uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülüğün ihlalinin “uluslararası sorumluluk hukuku”nda ilave sonuçları da vardır⁵⁰. Uluslararası hukukun emredici kurallarının ağır ihlali olgusu, A/RES/56/83 Belgesi madde 40 ve 41’de işlenmektedir⁵¹. Silahlı saldırının yasaklanması, sömürge yönetiminin ve yabancı işgali altında yönetimin yasaklanması, ırk ayrımcılığının yasaklanması, soykırımın önlenmesi ve soykırımın yasaklanması gibi uluslararası hukukun sınırlı sayıda olan emredici bir “*jus cogens*” kuralından kaynaklanan bir “*erga*

⁴⁸ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 233; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 48.

⁴⁹ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 233; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 48.

⁵⁰ Hakkı Hakan Erkiner, *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş* (2. Baskı, Seçkin 2023) 63-93.

⁵¹ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 196-220; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 40 ve 41.

omnes” yükümlülüğün bir devlet tarafından ağır ihlali demek, böyle bir yükümlülüğün “sorumlu devletin açık ve sistematik olarak yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınması demektir⁵²”. Uluslararası hukukun emredici kurallarının ağır ihlallerinin özel neticeleri 41’inci maddede belirtilmiştir⁵³. “40’inci madde bağlamında, her türlü ağır ihlalle son vermek için devletler, meşru araçlarla işbirliği yapmalıdırlar. Hiçbir devlet, 40’inci madde bağlamında ağır bir ihlalden doğan bir durumu meşru olarak tanımamalı ve bu durumun muhafazası için yardım etmemelidir ya da destek vermemelidir⁵⁴”.

2. Sorumluluk Hukukundaki Karşı Önlemler Müessesesi

A/RES/56/83 Belgesi madde 22’ye göre, “bir devletin bir başka devlete karşı olan uluslararası yükümlülüğüne aykırı bir davranışındaki hukuka aykırılık, bu davranışın diğer devlete karşı alınmış bir karşı önlem oluşturduğu ölçüde ortadan kalkar⁵⁵”. Bu çerçevede karşı önlemler ile ilgili esas özellikler şunlardır: “Karşı önlemler kuvvet kullanımını ihtiva edemezler; ancak sorumlu devlete yöneltilmeli ve üçüncü taraflara yöneltilmemelidir; geçici olarak uygulanırlar ve aynı zamanda etkileri kendilerinden beklenen amacın sağlanması ile sınırlı tutulmalıdır; karşı önlemler orantılı olmalıdır; özellikle uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülükler olmak üzere, bazı temel yükümlülüklere olumsuz bir etki yaratamazlar⁵⁶”. A/RES/56/83 Belgesi madde 49’a göre, “mağdur devlet, karşı önlemleri, ancak, uluslararası haksız fiilden sorumlu devlete karşı, bu devleti, yerine getirmek zorunda olduğu onarım yükümlülüklerini uygulamaya yöneltmek için alabilir; karşı önlemler, bu önlemleri alan devletin, sorumlu devlete yönelik olan uluslararası yükümlülüklerini geçici bir süre için yerine getirmemesi ile sınırlıdır; karşı önlemler, mümkün olduğunca, söz konusu yükümlülüklerin yeniden uygulanmasına imkan verecek bir şekilde alınmalıdır⁵⁷”. “Mağdur devletten başka devletlerce alınan önlemler”

⁵² Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 212; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 40.

⁵³ Ceren Zeynep Pirim, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu* (Turhan 2022) 79-104.

⁵⁴ Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 41.

⁵⁵ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 157; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 22.

⁵⁶ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 234-249; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 49-53; Hakkı Hakan Erkiner, ‘İsrail’e uluslararası hukuki baskı: Artık mümkün mü?’ Anadolu Ajansı Analiz 27.03.2024 <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-israile-uluslararasi-hukuki-baski-artik-mumkun-mu/3176212>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024.

⁵⁷ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 238; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 49.

madde başlığına sahip A/RES/56/83 Belgesi madde 54'e göre, anılan belgenin 48'inci maddesine göre mağdur devlet olmamakla birlikte sorumluluğu ileri sürmeye yetkisi olan devletler karşı önlemler de uygulayabilirler⁵⁸.

C. Kural Kümeleri Arasındaki İlişki Müessesesi

Uluslararası sorumluluk mekanizmasının “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun felç olduğu zamanlarda baskı oluşturabilmesi mümkün ve muhtemel bir olgudur⁵⁹ ancak bunun için “uluslararası sorumluluk mekanizmasının olanaklarının, sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde çalıştırılması ve uygulanması” şarttır⁶⁰.

1. Kolektif Tepkilerin Hukuki Dayanakları

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun da, uluslararası “çok taraflı sorumluluk hukuku”nun da en önemli meselelerinin başında gelen, kuvvet kullanma “*jus cogens*” yasağından kaynaklanan “*erga omnes*” yükümlülüğün ihlali olan silahlı saldırı fiili üzerinden konunun açıklanması örneklendirilirse; örneğin silahlı saldırı fiili öyle bir ihaldir ki “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nda BM Şartı'nın VII'nci bölümünün çalıştırılması gereğini tetikler ve anılan bu VII'nci bölüm özelinde de BM Şartı madde 42 işletilirse, silahlı saldırının bertaraf edilmesi ve uluslararası barış ve güvenliğin yeniden tesisi için kuvvet kullanımı icra edilebilecektir. Örnek olarak gösterilen fiil olan silahlı saldırı fiili diğer taraftan öyle bir ihaldir ki bu sefer kolektif olmayan bir biçimde “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” mimarisinde BM Şartı madde 51'de belirtilen meşru müdafaa hakkını doğurur ve bu haktan ileri gelen kuvvet kullanma yetkisi icra edilebilir. Öte yandan “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku”nda silahlı saldırı fiili, uluslararası hukukun emredici kurallarından ileri gelen “uluslararası topluluğun geneline yönelik olan bir yükümlülüğün ağır ve ciddi bir ihlali” olması nedeniyle diğer bütün devletler için A/RES/56/83 Belgesi madde 41'deki ikincil yükümlülükleri, diğer bir deyişle “uluslararası kolektif sorumluluk hukuku”ndan ileri gelen yükümlülükleri, bütün devletler üzerinde doğurur⁶¹. Bu yükümlülükler uluslararası haksız fiil ile

⁵⁸ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 238; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 54.

⁵⁹ Pierre (n 3) 191.

⁶⁰ Erkiner, “İsrail’e uluslararası hukuki baskı” (n 56).

⁶¹ Iain Scobbie, ‘Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D’Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 130.

meydana gelen durumu meşru olarak tanımama, uluslararası haksız fiil ile meydana gelen durumun devamı için yardım etmeme ve destek olmama ve uluslararası haksız fiil ile meydana gelen duruma son verebilmek için uluslararası hukuka uygun bir biçimde işbirliği yapma yükümlülükleridir⁶². Ancak “uluslararası sorumluluk hukuku”nda silahlı saldırı suretindeki uluslararası haksız fiilinden ötürü devreye girecek mekanizma bundan ibaret değildir.

“Uluslararası sorumluluk hukuku” ve “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” arasında meşru müdafaa nedeniyle bir irtibat daha vardır. Meşru müdafaa “uluslararası barış ve güvenlik hukuku”nda BM Şartı madde 51’de anılan bir hak iken, “uluslararası sorumluluk hukuku”nda A/RES/56/83 Belgesi madde 21’de belirtildiği gibi bir hukuka uygunluk nedenidir. Diğer yandan silahlı saldırının hedefi olan devlet, aynı fiil münasebetiyle, “uluslararası barış ve güvenlik hukuku”nda kendini korumak için meşru müdafaa dairesinde kuvvet kullanımı yetkisini icra edebilirken, “uluslararası sorumluluk hukuku” dolayısıyla da, silahlı saldırıdan ötürü saldırgan devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürerek, eski hale iadeyi talep edebilir⁶³. Eski hale iadeyi talep etmesinin yanı sıra, uğradığı zararlardan ötürü, saldırgan devletten uluslararası sorumluluğa binaen tazminat da talep edebilir⁶⁴. Bu talepleri karşılanmadığında saldırgan devlete karşı “uluslararası sorumluluk hukuku”ndan ileri gelen karşı önlem uygulama yetkisini hayata geçirebilir. “Uluslararası sorumluluk hukuku”nun “uluslararası barış ve güvenlik hukuku”ndan farkı odur ki, “uluslararası sorumluluk hukuku”nda kuvvet kullanımı yetkisi yoktur. Diğer bir ifade ile karşı önlemler uygulanırken kuvvet kullanımına başvurulamaz. Bu nedenle meşru müdafaa hakkı bir karşı önlem değildir ancak bir hukuka uygunluk nedenidir, başka ifade ile hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir haldir. Esasında kuvvet kullanma yasağından neşet eden kuvvet kullanmama yükümlülüğünde olduğu gibi, uluslararası hukuktaki “*erga omnes*” yükümlülüklerin aksine bir hukuka uygunluk nedeni “uluslararası sorumluluk hukuku”nda mevcut olamaz. Bu husus A/RES/56/83 madde 26’da emredici kurallara saygı başlığı altında düzenlenmiştir⁶⁵. Buna

⁶² Gattini Andrea, ‘Les Obligations Des Etats En Droit D’Invoquer La Responsabilité D’un Autre Etat Pour Violations Graves D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 149.

⁶³ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 181; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 35.

⁶⁴ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 184; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 36.

⁶⁵ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 164-165; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 26.

göre “uluslararası hukukun emredici bir kuralı”ndan kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir devlet fiilinin hukuka aykırılığı A/RES/56/83 Belgesi madde 20’deki rıza, 21’deki meşru müdafaa, 22’deki karşı önlemler, 23’deki mücbir sebep, 24’deki tehlike ve 25’deki zaruret hali olarak anılan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden birisi ile ortadan kalkmaz. Dolayısıyla kuvvet kullanma yasağına aykırı bir davranış için meşru müdafaa da sanki bir hukuka uygunluk nedeni olmamalıdır ancak A/RES/56/83 Belgesi madde 59’a göre BM Şartı’na halel gelmeyecektir⁶⁶. Zaten BM Şartı madde 103’ün amir hükmüne göre de BM Şartı hükümleri diğer konvansiyonel normlara nazaran üstün gelecek hükümlerdir⁶⁷. Meşru müdafaa hakkı bizzat BM Şartı madde 51’de düzenlenen bir hak olduğundan ötürü, BM Şartı madde 103 ve A/RES/56/83 Belgesi madde 59 uyarınca, A/RES/56/83 belgesi madde 26, meşru müdafaa hakkında uygulanmayacak ve A/RES/56/83 Belgesi madde 21 ile madde 26 arasında bir çelişki söz konusu olmayacaktır.

Örnek olarak gösterilen fiil olan silahlı saldırı fiili diğer taraftan öyle bir ihlaldir ki sadece iki taraflı “uluslararası sorumluluk hukuku”nu tetiklemez ve fakat “çok taraflı uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmasını da tetikler. Yukarıda temas edildiği üzere mağdur devletten başka devletlerce de silahlı saldırı teşkil eden uluslararası haksız fiilden ötürü uluslararası sorumluluk ileri sürülebilir⁶⁸. Bu husus uluslararası sorumlulukta çok taraflılığın mevzu bahis olmasıdır. Uluslararası topluluğun geneline yönelik olan “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda diğer bütün üçüncü devletlere uluslararası haksız fiil ile meydana gelen durumu meşru olarak tanımama, bu duruma yardım etmeme ve destek olmama ve uluslararası hukuka aykırı bu durumu sona erdirmek için işbirliği yapma ödevlerinin uluslararası teamül hukukunda mün demiç olarak bulunması, uluslararası haksız fiili işleyen devletin uluslararası sorumluluğunu kabul ederek bu duruma son vermesi için bir kollektif hukuki baskı oluşturmayı sağlayabilir. Bu olasılığın hayata geçmesi için elbette önce yeterince güçlü devletin bu ödevleri yerine getirmesi gerekir. Daha sonra da bu ödevleri yerine getirmekle kavuşulan durumun sorumlu devlet üzerinde bir baskı oluşturacak derecede yoğunlaştırılması gerekir ki sorumlu devlet sorumluluğundan ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirsin. Andığımız bu vaziyetin A/RES/56/83 madde 40 ve 41’de öngörülmesinin yanı sıra sorumlu devlet

⁶⁶ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 254; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 59.

⁶⁷ UN Charter (n 7) article 103.

⁶⁸ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 233; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 48.

üzerinde sorumluluğunun gereğini yerine getirmeye sevk edecek bir taziyik oluşturmaya müsait bir biçimde uluslararası sorumluluğu çok taraflılığa açan bir diğer husus da sorumluluğun mağdur devletten başka devletlerce de ileri sürülebilmesidir⁶⁹. Uluslararası barış ve güvenliğe karşı yıkıcı sonuçlar doğuran silahlı saldırıda bulunmama veya soykırım işlememe gibi “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalleri durumunda, sorumlu devlet üzerinde bir baskı oluşturmaya müsait olan hukuki olanak, diğer devletlerin de uluslararası sorumluluğu ileri sürebilmeleri ve hatta karşı önlemler de uygulayabilmeleridir.

2. Kollektif Tepkilerin Hukuki Gayesi

Özellikle “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku”nun BMGK’daki veto mekanizması ile daimi üye devlet veya devletlerce felç edilmesi durumunda sorumlu devlet üzerinde yeterince taziyik oluşturabilecek ve dolayısıyla uluslararası hukuka riayeti sağlayabilecek yegane hukuki olasılık uluslararası kollektif sorumluluk rejiminin, anlatmakta olduğumuz üzere işletilebilmesidir. Nitekim sorumluluğu ileri sürebilen üçüncü devletler, sorumlu devlete baskı oluşturmaya yönelik karşı önlemler de uygulayabileceklerdir⁷⁰. Bu uygulanması muhtemel karşı önlemlerin yeterince yoğunlaşması ile sorumlu devlet üzerinde sorumluluğun gereğine uymasını sağlayabilecek derecede bir taziyik oluşması olasıdır⁷¹. Bu çerçevede uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değil fakat muhtemel bir huktur. Muhakkak bir hukuk olmamasından kasıt hukuken öngörölmüş sonuçların elde edilmesinin kesin olmamasıdır. Egemen devletlerin bu sonuçları elde edecek mekanizmaları çalıştırmayı tercih etmeleri gerekir. Bu devletler egemen oldukları için de bu hususu tercih edip etmemeleri onların müstakil ve münhasır yetkilerindedir ve ancak bu doğrultuda bir siyasi iradeleri oluşursa bu mekanizmaları işletmeyi tercih ederler. Bu nedenle uluslararası hukukun öngördüğü sonuçların elde edilmesi kesin değildir yani muhakkak olacak şeyler değildir. Ancak muhtemel sonuçlardır yani bu sonuçlar olabilir de olmayabilir de. Olabilmesi için her şeyden önce devletlerin siyasi iradelerinin bu sonuçları elde etmeye yarayacak hukuki mekanizmaları çalıştırmaları şarttır. Bunun için de belirtilen mekanizmaları çalıştırmayı tercih etmeleri gerekir ve bu husus belirttiğimiz gibi egemen devletlerin yetkisinde olan bir siyasi kararı gerektirir.

⁶⁹ Christian J. Tams, ‘Les Obligations De L’Etat Responsable: Le Lien Manquant?’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 80.

⁷⁰ Erkiner, *Devletin Uluslararası Sorumluluğu* (n 30) 238; Erkiner, ‘Tercüme’ (n 30) madde 54.

⁷¹ Pirim (n 53) 123-146.

BMGK'daki veto yetkisine sahip daimi üye devletlerin veto yetkilerini kendi çıkarlarını gözetmek için kullandıkları beyan edilmiş bir gerçektir⁷². Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) BM Daimi Temsilcisi Greenfield, 17 Eylül 2024 tarihinde, ülkesinin BMGK'da veto yetkisini "*ABD'nin çıkarlarını gözetmek için kullandıklarını, bunun için mazeret beyan etmeyeceklerini*" beyan ve ifşa etmiştir⁷³. Beyanatında "*ABD'nin veto yetkisinden vazgeçmeye hazır olmadığını*" da ekleyerek bu hususu da kesin olarak belirtmiştir⁷⁴. Diğer daimi üyelerin de uygulamaları, en yoğunu ABD olmakla birlikte, bundan farklı değildir. Nitekim farklı da olamaz zira devletlerin çıkarlarını takip etmeleri doğal ve varoluşsal bir olgudur. Uluslararası hukuk zaten bir topluluğun hukukudur ve vahşilik merhalesini geride bırakmış bir medeni toplumun hukuku değildir. Hem sosyolojik nitelik olarak orta yerde bir uluslararası toplum yoktur ve bu sosyolojik olgusal gerçek ancak bir uluslararası topluluğa tekabül eder ve hem de sivilize olma, başka ifade ile medenileşme merhalesi bakımından orta yerde bir toplum yoktur; olsa olsa bu seviye ancak bir topluluk seviyesidir. Önemli olan devletlerin çıkarlarını nerede ve nasıl gördükleridir. Bu noktada dünya meseleleri karşısında belirli bazı devletler en vahşi yollarla çıkarlarına ulaşmaya çalışmakta sakınca görmemektedirler. Belirttiğimiz üzere devletler kendi çıkarlarını takip ederler. En azından göreceli olarak egemen ve nispi de olsa bağımsız olan devletler için bu böyledir. BMGK'daki daimi üyeler de veto yetkilerini bu biçimde kullanmaktadırlar. Bununla birlikte bu olgu BMGK'nın merkezinde yer aldığı "*uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku*" mekanizmalarının işlemlerini elbette felç edicidir yani işlemez hale getiricidir. Bu şartlar altında "*uluslararası sorumluluk hukuku*"ndaki çok taraflılık münasebetiyle üçüncü devletlerin uygulayacakları muhtemel karşı önlemler, sorumlu devletin sorumluluğunun gereğini yerine getirmesi ve ihlale son vermesi için olası bir baskı oluşturabilir ve belirttiğimiz üzere dünyadaki şartlar itibarıyla uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması ve uluslararası hukuka uygunluğun tesis edilmesi için "*uluslararası sorumluluk hukuku*" mekanizması eldeki yegane işlevsel hukuki yol olarak

⁷² Bkz. "ABD'nin BM Daimi Temsilcisi Linda Thomas Greenfield, 'Biz ABD çıkarlarını gözetmek için veto hakkımızı kullanıyoruz. Yıllardır da BMGK'de bu şekilde yaptık.' dedi"; 'ABD: BMGK'de vetoyu çıkarlarımızı gözetmek için kullanıyoruz, mazeret beyan etmeyeceğiz' Anadolu Ajansı (AA) 17 Eylül 2024 <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/abd-bmgkde-vetoyu-cikarlarimizi-gozetmek-icin-kullaniyoruz-mazeret-beyan-etmeyecegiz/3332810>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2024.

⁷³ AA (n 72).

⁷⁴ AA (n 72).

devletlerin uhdesinde kalmaktadır⁷⁵. “Uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” arasındaki ilişkide en hayati husus, eldeki çalışmanın hudutları dahilinde incelenen maddeler ile ortaya çıkarılan teknik bağlantıların ötesinde, BM Şartı’nın VII’nci bölümünün işlevsizliği karşısında ve uluslararası hukukun üstünlüğü gayesi istikametinde, “uluslararası sorumluluk hukuku”nun sunduğu bu önemli olanaktır⁷⁶. Bir kere daha belirtmek gerekirse anılan olanak, sorumlu devlete karşı uluslararası sorumluluk nedeniyle kollektif bir muhtemel tazyik uygulanarak uluslararası hukuka uygunluğun sağlanabilmesi imkanındır.

Sonuç

“Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku” ile “Uluslararası Sorumluluk Hukuku” arasında, uluslararası hukukun gereğinin yerine getirilebilmesi yönünden veya başka bir ifade ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi bakımından çok önemli bir ilişki vardır. Özellikle uluslararası hukukun en ağır ve ciddi ihlallerinin başında gelen silahlı saldırı veya soykırım gibi vahim uluslararası haksız fiiller işlediğinde bu ilişki önemini özellikle belli etmektedir. Nitekim, örneğin bir devlet tarafından gerçekleştirilen bir silahlı saldırı fiili hakkında “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” eşzamanlı olarak uygulanırlar. Aynı fiil hakkında eşzamanlı olarak uygulanma olanağı, “uluslararası barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” arasında hukuken olgusal bir ilişki doğurur. “Uluslararası kollektif güvenlik hukuku”, BM Şartı’nın VII’nci bölümünde hukuken düzenlenmiştir. Diğer taraftan “uluslararası sorumluluk hukuku” veya daha belirgin bir ifade ile “devletin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğu hukuku”, BM UHK’nın 2001 yılında kodifikasyon gayesiyle tamamlanan ve uluslararası teamül hukuku kurallarını yansıtan maddeler metni ile bir belgede maddeler halinde ve uluslararası teamül hukuku kurallarını içeren bir biçimde yazıya aktarılmıştır.

BMGK, “uluslararası kollektif barış ve güvenlik hukuku”nun hayata geçirebilmesi için görev ve yetkilerinin önemi ile işin merkezinde yer alan organdır. Bu bakımdan onun görevlerini yerine getirmemesi ve felç olması kollektif hu-

⁷⁵ Alland Denis, ‘Les Contres-Mesures D’Intérêt Général’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 169.

⁷⁶ Pierre-Marie Dupuy, ‘Des Rencontres De La Dimension Multilatérale Des Obligations Avec La Codification Du Droit De La Responsabilité’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003) 219.

kuk sistemini de felç etmektedir. Daimi üyelere birisinin olumsuz oy verdiği bir karar alınmaz.

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” kuralları arasındaki ilişki, her iki kural kümesinin de aynı davranışa uygulanacak kuralları içermelerinden ileri gelmektedir. Devletlerarası bir silahlı saldırı fiilini ele alırsak, bir devlete isnat edilebilen bu silahlı saldırı davranışı hem uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden ve ona zarar veren bir davranıştır ve hem de bir uluslararası yükümlülüğe aykırılık oluşturan bir uluslararası haksız fiildir. Bu noktada fiil, bir ihlal olarak, kuralların kesişimine neden olmaktadır. “BM Şartı’nın 2’nci maddesinin 4’üncü fıkrasındaki kuvvet kullanma yasağı”nın ihlalini oluşturan silahlı saldırı fiili bir devlete isnat edildiğinde hem ihlal unsurunun varlığı ile hem de isnat unsurunun bulunması ile bir uluslararası haksız fiil oluşturur ve silahlı saldırıda bulunan devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Aynı zamanda da uluslararası haksız fiil oluşturan ve isnat edilen devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran bu davranış uluslararası kolektif barış ve güvenliği tehlikeye düşüren bir davranıştır. Sonuç olarak silahlı saldırı fiili hem uluslararası kolektif uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir davranıştır ve “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun işletilmesini tetikler ve hem de “*jus cogens norm*”dan ileri gelen bir “*erga omnes*” yükümlülüğün ihlalidir ve hem iki taraflı, hem çok taraflı, “uluslararası sorumluluk hukuku”nun işletilmesini tetikler. Silahlı saldırı fiili işlendiğinde “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” aynı fiille eşzamanlı olarak uygulanacak iki kural kümesidir ve aralarında kaçınılmaz olarak bir ilişki doğmaktadır.

Gerek BM Şartı’nın VII’nci bölüm mekanizması ve gerekse “uluslararası sorumluluk hukuku”nda “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalinden doğan sorumluluk mekanizması nihai gaye olarak uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması için gelişmiş mekanizmalardır. Uluslararası hukukun varoluşsal niteliklerinden ötürü ise bu mekanizmaların gerek ayrı ayrı gerekse birlikte etkinlikleri sorunludur. Bu etkinlik sorununun uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlama da meydana çıkardığı ve uluslararası hukuki güvenliğe ulaşmada oluşturduğu olumsuz vaziyeti aşmak veya bu vaziyetin zararını azaltmak için “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” ile “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının işletilmelerinde hukuki olanakları bilmek ve bunları hayata geçirmeye çalışmak olumlu bir işlev görecektir.

Uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlalinde “çok taraflı uluslararası sorumluluk hukuku” ile BM Şartı çerçevesinde BM Örgütü ve özellikle görev ve yetkileri ile işin merkezinde yer alan BMGK’nın hukuki konumunda yoğunlaşan “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun bir meselede ayrı ayrı ama eşzamanlı çalışabilmesi için sözü edilen “*erga omnes*” yükümlülüğün ihlalinin aynı zamanda uluslararası barışı tehdit etmesi veya barışı bozması veya bir saldırı fiili olmasıdır. “*Erga omnes*” yükümlülüğün ağır ve ciddi ihlalini bu biçimde oluşturan bir uluslararası haksız fiilin bulunması aynı zamanda BMGK’nın “uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması” için 39’uncu maddede kendisine yetkisi verilen tavsiyelerde bulunmak veya BM Şartı’nın 41 ve 42’nci maddeleri uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırmak icraatlarında bulunabilir. BM Şartı’nın 39’uncu maddesi ve 27’nci maddesi arasında bütün bir “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun çalışabilmesi için kritik önemde bir ilişki vardır. BMGK, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptayabilmek için ve “uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması” amacıyla tavsiyelerde bulunabilmek için veya kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen önlemler alınmasını kararlaştırmak için veya “uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması” amacıyla askeri silahlı kuvvetler ile gerekli saydığı her türlü girişimde bulunmaya karar verebilme için daimi üyelerden herhangi birisinin böyle bir karara karşı çıkmaması diğer bir ifade ile karara olumsuz oy vermemesi, diğer deyişle bu kararı veto etmemesi gereklidir. Anılan biçimde bir veto, BMGK’nın karar almasını olanaksız hale getirir ve dolayısıyla sistemin merkezinde yer alan sorumlu ve yetkili organın karar almasını felç eder ve dolayısıyla da “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun işlemlerini olanaksız kılarak “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” kurallarındaki olanakların hayata geçmesini felç eder.

BMGK’nın görev ve yetkilerinin ve kararlarının, “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku” olanaklarının hayata geçmesi için esaslı önemde olduğunu ve hatta şart olduğunu belirlemiş durumdayız. Bu cümleden hareketle “uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun BMGK’nın kararları ile hukuki ve işlevsel sonuçlar doğurabileceğini belirledik. Diğer yandan “uluslararası sorumluluk hukuku”nun kurallarındaki olanakların hayata geçmesi için bir uluslararası haksız fiilin varlığının bir devlet tarafından ileri sürülmesi yeterlidir. Bir devlet veya birden fazla devlet tarafından bir uluslararası haksız fiilin varlığının ileri sürülmesinin hukuken gerçeği yansıtmaması için, diğer bir ifade ile gerçekten bir

uluslararası haksız fiilin var sayılabilmesi için, bir devletin kendisine isnat edilebilen bir fiil ile bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı bir davranışta bulunması, başka bir ifade ile anılan yükümlülüğünü ihlal etmesi gereklidir.

“Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun gereklerinin uygulanmadığı silahlı saldırı veya soykırım gibi en ağır ve ciddi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı “uluslararası sorumluluk hukuku”nun mekanizmalarının devletler tarafından çalıştırılması böylesi bir ihlalde bulunan bir devlete karşı uluslararası baskı oluşturabilir. Bu baskının kurulabilmesi ve uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün olabilir. Ancak bu olanak dahilindeki sonucun elde edilebilmesi için “sayıca yeterince güçlü egemen devlet tarafından, yeterince etkin bir biçimde”, “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizmalarının çalıştırılması ve uygulanması şarttır. Bu şartın hayata geçmesi ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanması mümkün ve muhtemel bir olgudur. Uluslararası hukukta bu mekanizma potansiyel olarak uygulanmayı bekler bir biçimde mevcuttur ancak bunun devletler tarafından tercih edilmesi gereklidir. Bundan ötürü uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değil fakat muhtemel bir hukuktur.

BM Şartı VII’nci bölümün BMGK eliyle felç edildiği bir vaziyette uluslararası sorumluluğun çok taraflılığa açılması başlı başına önem arz etmektedir. Onarımın sağlanabilmesi için “uluslararası sorumluluk hukuku”nun çok taraflılığa açılmasının anahtarı uluslararası teamül hukukunda mündemiç kuralın yansması olan A/RES/56/83 Belgesi madde 48’dedir. Uluslararası sorumluluğun çok taraflılığa açılmasının sebebi uluslararası hukukun üstünlüğünün “uluslararası sorumluluk hukuku” mekanizması ile kurulmaya çalışılmış olmasıdır. “Uluslararası kolektif barış ve güvenlik hukuku”nun gerek yapısal ve gerekse ameli ve tatbiki zayıflığından ve neredeyse külli yetersizliğinden ve acizyetinden ötürü elde kalan uluslararası sorumluluk mekanizması marifetiyle uluslararası hukukun üstünlüğünün kurulmasına hukuki bir olanak sağlanabilmesi, oluşturduğu muhtemel imkan ile önem arz etmektedir. Uluslararası haksız fiilin mağduru devletin uluslararası sorumluluğu ileri sürmesinde, diğer devletlerin de uluslararası sorumluluğu ileri sürebilme olanaklarının bulunması, mağdur devletin yanında ama sorumluluğu ileri sürülen devletin karşısında, diğer devletlerin de ağırlık oluşturabilmelerine olanak sağlamaktadır. Bu ağırlık ile uluslararası hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesine bir yol açılması umulmaktadır. Elbette bu ağırlığın ortaya konması için iki şart bir araya gelmelidir: Yeterince güçlü devletin bu ağırlığı koymayı tercih etmeleri ve gerçekten bunun bir hukuki ve

meşru güç yoğunlaşması sağlayarak ağırlık teşkil etmesi elzemdir. Uluslararası barış ve güvenliğe karşı yıkıcı sonuçlar doğuran silahlı saldırıda bulunmama veya soykırım işlememe gibi “*erga omnes*” yükümlülüklerin ihlalleri durumunda, sorumlu devlet üzerinde bir baskı oluşturmaya müsait olan hukuki olanak diğer devletlerin de uluslararası sorumluluğu ileri sürebilmeleri ve hatta karşı önlemler de uygulayabilmeleridir. Bu uygulanması muhtemel karşı önlemlerin yeterince yoğunlaşması ile sorumlu devlet üzerinde sorumluluğun gereğine uymasını sağlayabilecek derecede bir tazyik oluşması olasıdır. Bu çerçevede uluslararası hukuk muhakkak bir hukuk değil fakat muhtemel bir hukuktur. Muhakkak bir hukuk olmamasından kasıt hukuken öngörülmüş sonuçların elde edilmesinin kesin olmamasıdır. Egemen devletlerin bu sonuçları elde edecek mekanizmaları çalıştırmayı tercih etmeleri gerekir. Bu devletler egemen oldukları için de bu hususu tercih edip etmemeleri onların müstakil ve münhasır yetkilerindedir ve ancak bu doğrultuda bir siyasi iradeleri oluşursa bu mekanizmaları işletmeyi tercih ederler. Bu nedenle uluslararası hukukun öngördüğü sonuçların elde edilmesi kesin değildir yani muhakkak olacak şeyler değildir. Ancak muhtemel sonuçlardır yani bu sonuçlar olabilir de olmayabilir de. Olabilmesi için her şeyden önce devletlerin siyasi iradelerinin bu sonuçları elde etmeye yarayacak hukuki mekanizmaları çalıştırmaları şarttır. Bunun için de belirtilen mekanizmaları çalıştırmayı tercih etmeleri gerekir ve bu husus belirttiğimiz gibi egemen devletlerin yetkisinde olan bir siyasi kararı gerektirir.

Kaynakça

- Andrea G, 'Les Obligations Des Etats En Droit D'Invoquer La Responsabilité D'un Autre Etat Pour Violations Graves D'Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général' in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)
- Cottareau G, 'Système Juridique Et Notion De Responsabilité' in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991)
- Decaux E, 'Responsabilité Et Réparation' in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991)
- Demirel N, *BM Güvenlik Konseyi ve Uluslararası Barışın Korunması* (Derin 2015)
- Denis A, 'Les Contres-Mesures D'Intérêt Général' in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)
- Dost S, *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet* (2. Baskı, Yetkin 2019)
- Dost S ve Korkmaz Z, 'Savaşa Varmayan Zorlama Yolu Olarak Zararla Karşılık ve Bazı Uygulamalar' (2015) 5(2) SDÜHFD 111-157.
- Dupuy P-M, 'Responsabilité Et Légalité' in René-Jean Dupuy (ed) *La Responsabilité Dans Le Système International* (Pedone 1991)
- , 'Des Rencontres De La Dimension Multilatérale Des Obligations Avec La Codification Du Droit De La Responsabilité' in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)
- Erkiner HH, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, (2. Baskı, Seçkin 2023)
- , *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa* (4. Baskı, Seçkin 2023)
- , *Makaleler ile Uluslararası Hukukun Sosyolojisine ve Uluslararası Hukukun Tarihine Giriş* (2. Baskı, Seçkin 2023)
- Ertuğrul ÜE, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu* (Yetkin 2012)
- Forteau M, *Droit De La Sécurité Collective Et Droit De La Responsabilité Internationale De L'Etat* (Pedone 2006)
- Kolp R, *Ius contra bellum* (2. Baskı, Bruylant 2009)
- Labrecque G, *La Force Et Le Droit* (Bruylant 2008)
- Nolte G, 'De Dionisio Anzilotti à Roberto Ago: le droit international classique de la responsabilité internationale des Etats et la Prééminence de la conception bilatérale des relations interétatiques' in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Pierre K, ‘Responsabilité Pour Violation Grave D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Et Droit Des Nations Unies’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Pirim CZ, *Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu* (Turhan 2022)

Scobbie I, ‘Invocation De La Responsabilité Pour La Violation D’Obligation Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Sicilianos L-A, ‘Classification Des Obligations Et Dimension Multilatérale De La Responsabilité Internationale’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Spinedi M, ‘D’Une Codification A L’Autre: Bilatéralisme Multilatéralisme Dans La Genèse De La Codification Du Droit Des Traités Et Du Droit De La Responsabilité Des Etats’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Tams CJ, ‘Les Obligations De L’Etat Responsable: Le Lien Manquant?’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Uzun E, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu* (Beta 2007)

Villalpando S, *L’Emergence De La Communauté Internationale Dans La Responsabilité Des Etats* (PUF 2005)

Wyler E, ‘Du Crime D’Etat A La Responsabilité Pour Violations Graves D’Obligations Découlant De Normes Impératives Du Droit International Général’ in Pierre-Marie Dupuy (ed) *Obligations Multilatérales, Droit Impératif Et Responsabilité Internationale Des Etats* (Pedone 2003)

Elektronik Kaynaklar

BM Şartı (UN Charter) madde (article) 24/1 ve madde 24/2 için <<https://www.resmi-gazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024; <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024; <<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024; <<https://www.un.org/fr/about-us/un-charter/full-text>> Erişim Tarihi 8 Eylül 2024

Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024

Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts için bkz: <<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n01/477/97/pdf/n0147797.pdf>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024

Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001 için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024

Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001 için bkz: <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024

Erkiner HH, 'Tercüme, Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri - Responsibility of States - Responsabilité de l'État' <https://www.academia.edu/38667139/Hakki_Hakan_Erkiner_Tercüme_Devletin_Uluslararası_Sorumluluğu_Maddeleri_Responsibility_of_States_Responsabilité_de_l_État_> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024

Erkiner HH, 'İsrail'e uluslararası hukuki baskı: Artık mümkün mü?' Anadolu Ajansı Analiz 27 Mart 2024 <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-israile-uluslararası-hukuki-baski-artik-mumkun-mu/3176212>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024

"ABD'nin BM Daimi Temsilcisi Linda Thomas Greenfield, 'Biz ABD çıkarlarını gözetmek için veto hakkımızı kullanıyoruz. Yıllardır da BMGK'de bu şekilde yaptık.' dedi"; 'ABD: BMGK'de vetoyu çıkarlarımızı gözetmek için kullanıyoruz, mazeret beyan etmeyeceğiz' Anadolu Ajansı (AA) 17 Eylül 2024 <<https://www.aa.com.tr/tr/dünya/abd-bmgkde-vetoyu-cikarlarimizi-gozetmek-icin-kullanıyoruz-mazeret-beyan-etmeyecegiz/3332810>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2024

Urban Air Mobility (UAM) in Türkiye: Evaluating Existing Aviation Laws and International Practices^(*)

Ayşenur Zeynep ÖZMEN^(**)

Abstract

Urban Air Mobility (UAM) has emerged as a solution to transport challenges such as traffic congestion, environmental impacts, and lack of adequate public transport systems in urban areas. As the interest in UAM objects such as electric vertical take-off and landing aircraft (eVTOL) is increasing, it is important to understand whether the current regulations are sufficient to address the sui generis difficulties of this brand new technology. This article examines the adequacy of Türkiye's current legal framework to ensure the safe, effective, and sustainable integration of UAM. This article analyses Türkiye's existing aviation legislation, in particular the Turkish Civil Aviation Law and the instructions issued by the Directorate General of Civil Aviation (DGCA) and examines their applicability to UAM. The article discusses various regulatory gaps such as the lack of standards specifically designed for UAM, inadequate safety, environmental and operational regulations, and unclear guidelines on airspace integration. The article also discusses various UAM regulations prepared by the International Civil Aviation Organisation (ICAO), the European Union Aviation Safety Agency (EASA), and the approaches of pioneer countries in this area, such as the US, Germany, and Japan. Through a comparative analysis, it demonstrates the key lessons learnt from these international practices and presents suggestions for

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 20.11.2024.

Atıf Şekli: Ayşenur Zeynep Özmen, 'Urban Air Mobility (UAM) in Türkiye: Evaluating Existing Aviation Laws and International Practices' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1385, 1419.

DOI: 10.52273/sduhfd..1560332.

This work is supported by the Republic of Türkiye Ministry of National Education.

^(**) Doctoral Researcher & Teaching Assistant, University of Aberdeen School of Law, Aberdeen, UK.

E-posta: a.ozmen.22@abdn.ac.uk.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7609-8487>.

improving Türkiye's regulatory environment. The study emphasises the need for targeted reforms, introduction of specific standards, and a new regulative framework to foster the successful integration of UAM. The findings aim to contribute to the establishment of a solid legal framework to ensure that Türkiye is prepared for the future of UAM.

Keywords

Urban Air Mobility, Turkish Civil Aviation Law, DGCA, ICAO, EASA.

Türkiye’de Kentsel Hava Hareketliliği: Mevcut Havacılık Kurallarının ve Uluslararası Uygulamaların Değerlendirilmesi

Öz

Kentsel Hava Hareketliliği (*Urban Air Mobility-UAM*), trafik sıkışıklığı, çevresel etkiler ve kalabalık şehirlerde yeterli toplu taşıma sistemlerinin bulunmaması gibi ulaşım sorunlarına bir çözüm olarak ortaya çıkmıştır. Elektrikli dikey kalkış ve iniş yapan uçaklar (eVTOL) gibi UAM nesnelere olan ilgi artarken, mevcut havacılık düzenlemelerinin bu yeni teknolojinin kendine has zorluklarını ele almak için yeterli olup olmadığını değerlendirmek önem taşımaktadır. Bu makale, Türkiye’nin mevcut yasal çerçevesinin UAM’nin güvenli, etkili ve sürdürülebilir entegrasyonunu desteklemek için yeterliliğini incelemektedir. Çalışma, başta Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM) tarafından yayınlanan talimatlar olmak üzere Türkiye’nin mevcut havacılık mevzuatını analiz etmekte ve bunların UAM kavramıyla olan ilişkisini değerlendirmektedir. Çalışma, UAM için özel olarak hazırlanmış standartların eksikliği, yetersiz emniyet, çevre ve operasyonel düzenlemeler ve hava sahası entegrasyonuna ilişkin net olmayan yönergeler gibi çeşitli düzenleyici boşlukları tartışmaktadır. Makale ayrıca Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO), Avrupa Birliği Havacılık Güvenliği Ajansı (EASA) tarafından hazırlanan çeşitli UAM standartlarını ve ABD, Almanya ve Japonya gibi öncü ülkelerin yaklaşımlarını incelemektedir. Karşılaştırmalı bir analiz yoluyla, bu uluslararası uygulamalardan çıkarılan temel dersler ele alınmakta ve Türkiye’nin düzenleyici ortamının iyileştirilmesine yönelik tavsiyeler sunulmaktadır. Çalışma, UAM’nin başarılı bir şekilde entegrasyonunu desteklemek için hedeflenen reformlara, belirli standartların getirilmesine ve yeni düzenlemelere duyulan ihtiyacı vurgulamaktadır. Bulgular, Türkiye’nin kentsel hava hareketliliğinin geleceğine hazırlıklı olmasını sağlamak için sağlam bir yasal çerçevenin oluşturulmasına katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kentsel Hava Hareketliliği, Türk Sivil Havacılık Kanunu, SHGM, ICAO, EASA.

Introduction

“They say the universe is expanding. That should help with the traffic.” Even though comedian Steven Wright is making a joke, the traffic problem is one of the major problems that modern people face in their daily lives. According to the World Bank, 56% of the global population, or 4.4 billion people, now live in cities. By 2050, this proportion is expected to rise to nearly 70%¹. The rapid pace of urbanisation is one of the main factors leading to traffic problems.

According to data from the Turkish Statistical Institute (TÜİK), the number of motor vehicles in traffic in Türkiye increased by 8.5% in 2023 compared to the previous year, while the total number of accidents increased by 6.6%, the number of accidents with fatal injuries by 19.2%, the number of accidents with material damage by 4.2%, the total number of deaths by 25.2% and the number of injured by 21.5%. In these traffic accidents, 55.3% of deaths and 77.3% of injuries were reported in residential areas². Similarly, based on the data published by the Traffic Presidency of the General Directorate of Security (EGM), a total of 288,610 accidents occurred in the first half of 2024 and 86.4% of these accidents took place in residential areas³.

In addition to the accidents, both fatal and material damage, traffic also causes great damage in terms of time, money and the environment. According to the traffic index prepared by the Netherlands-based technology company TomTom, Istanbul drivers spend a total of 25 workdays a year in traffic, 13 of which are due to congestion. Of the 986 kg of carbon dioxide emissions per year, 283 kg are caused by congestion⁴.

Finding solutions to these detrimental consequences of traffic has become one of the primary objectives of many actors, from consumers and investors to businesses and municipalities⁵. With the development of aviation and artificial

¹ World Bank, ‘Urban Development’ (World Bank, 2023) <<https://www.worldbank.org/en/topic/urbandevelopment/overview#1>> accessed 30.09.2024.

² Turkish Statistical Institute, ‘Road Traffic Accident Statistics, 2023’ *TÜİK* (16.05.2024) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-Istatistikleri-2023-53479>> accessed 1.08.2024.

³ Traffic Presidency of the General Directorate of Security, ‘Traffic Statistics Bulletin’ *EGM* (June 2024) <<https://www.trafik.gov.tr/istatistikler37>> accessed 1.08.2024.

⁴ TomTom Traffic Index, ‘Istanbul Traffic’ *TomTom* (last updated 2.08.2024) <<https://www.tomtom.com/traffic-index/istanbul-traffic/>> accessed 2.08.2024.

⁵ Jeffrey J Immel and Jonathan Alexander Langlinais, ‘The Challenges to Urban Air Mobility’ (2020) 33 *Air & Space Law* 16, 16.

intelligence technologies, Urban Air Mobility (UAM) is one of the solutions that is receiving growing attention. UAM represents a transformative and modern approach to urban transport, involving the use of airspace to alleviate traffic congestion on roads and its negative consequences, and as a rapid public transport solution, especially in metropolises⁶. This concept involves the use of electric vertical take-off and landing (eVTOL) aircraft and other innovative air technologies for the efficient and sustainable transport of passengers and goods⁷. These eVTOLs, essentially flying cars, are small electric aircraft capable of vertical take-off and landing from compact platforms like rooftops or barges, which have attracted significant investment in on-demand air transportation⁸.

Investments and innovations in UAM technology have increased rapidly in recent years⁹. For example, with the Uber Elevate project launched in 2016, it is planned to offer flying taxi service in various cities and for this purpose, many eVTOL vehicles have started to be tested¹⁰. In 2019, Germany-based Volocopter successfully completed its first manned flight over Singapore's Marina Bay, marking a significant step towards bringing commercial air taxi services to the city¹¹. In 2023, the Civil Aviation Administration of China (CAAC) issued a type certificate for EHang's EH216-S two-seat autonomous eVTOL aircraft, making it the first eVTOL vehicle in the world cleared for commercial use and allowing commercial passenger flights to begin in China¹². Large companies such as Hyundai, Lilium and Airbus are also investing heavily in UAM technolo-

⁶ Timothy M. Ravich, 'On-Demand Aviation: Governance Challenges of Urban Air Mobility ("UAM")' (2020) 124 Penn St L Rev 657, 659; Arif Tuncal and Suat Uslu, 'Kentsel Hava Hareketliliği Kavramının Gelişiminde İki Önemli Faktör: ATM ve Toplum' (2021) 23(41) KJU Journal of Social and Economic Research 564, 565.

⁷ Kevin Collareno, 'The Flight Path to Transportation Equity: How Legislators Can Ensure That Urban Air Mobility Delivers Inclusive Transportation Services' (2023) 2023 U Ill L Rev 639, 641; Ravich (n 6) 659; Tuncal and Uslu (n 6) 566.

⁸ Ravich (n 6) 659; Collareno (n 7) 644.

⁹ Collareno (n 7) 641.

¹⁰ Sneha Pandey and others, 'The Reality of Common Man's Dream of Air Lifting Uber Taxis' (2022) 7(7) International Journal of Mechanical Engineering 85, 86.

¹¹ Editorial, 'Volocopter Air Taxi Flies Over Singapore's Marina Bay' *Volocopter* (22.10.2019) <<https://www.volocopter.com/en/newsroom/volocopter-air-taxi-flies-over-singapores-marina-bay>> accessed 2.08.2024.

¹² Charles Alcock, 'China Issues the World's First eVTOL Aircraft Type Certificate to EHang's EH216-S Autonomous Vehicle' *Aviation International News* (13.10.2023) <https://www.ainonline.com/news-article/2023-10-13/china-issues-worlds-first-evtol-aircraft-type-certificate-ehangs-eh216-s> accessed 2.08.2024.

gies and working on innovative solutions that will revolutionise the urban transport of the future¹³.

UAM has emerged as a result of advances in aviation technology, increased investment in the aerospace sector and growing demand for innovative mobility solutions¹⁴. Metropolitan cities are exploring UAM as an innovative solution to transportation-related urban problems such as traffic congestion, dependence on fossil fuel-dependent modes of transport, inefficient public transport systems, and air pollution¹⁵. In addition to the solutions to the problems mentioned above, positive externalities such as economic growth, creation of new employment opportunities and infrastructure development are also expected from UAM¹⁶. However, as with any technological development, these transformative innovations of aviation and urban transport require a robust legal and regulatory basis.

This study aims to reveal the adequacy of Türkiye's current regulations and the necessary areas of improvement for the safe, effective and sustainable integration of UAM. Therefore, the research question of this article is whether the existing aviation laws in Türkiye and international regulations are sufficient for UAM or whether new regulations are needed.

To answer this question, Chapter I analyses the existing aviation laws in Türkiye and their impact on UAM. Chapter II discusses international regulations and standards set by bodies such as the International Civil Aviation Organisation (ICAO) and the European Union Aviation Safety Agency (EASA). Chapter III analyses UAM regulations in pioneering countries on UAM. Chapter IV presents the lessons to be learned from international practices for Türkiye's UAM regulations, recommendations for improving existing regulations and strategies for developing new regulations.

By following the presented structure, this article aims to contribute towards identifying the current status and future needs of Türkiye's regulations

¹³ Thom Patterson, '5 Ways eVTOL Got Bigger in 2021' *Flying* (last updated 9.02.2022) <<https://www.flyingmag.com/5-ways-evtol-got-bigger-in-2021/>> accessed 2.08.2024.

¹⁴ Volocopter GmbH, *The Roadmap to Scalable Urban Air Mobility, White Paper 2.0* (2020) 20 <<https://static1.squarespace.com/static/5d27bb3e330ac30001dc14fd/t/6165c265c89c61365aa517f5/1634058869091/Volocopter+v2+Roadmap+to+Scalable+UAM.pdf>> accessed 30.09.2024; Collareno (n 7) 647.

¹⁵ Collareno (n 7) 640; Immel and Langlinais (n 5) 16.

¹⁶ Ravich (n 6) 661.

regarding UAM and to shed light on the establishment of the necessary legal and regulatory frameworks for the successful integration of urban air mobility.

Methodology and Research Limitations

A comparative research methodology is primarily used in this article to assess Türkiye's ability to address the challenges that may arise under the UAM concept. It analyses existing Turkish aviation regulations and instructions, as well as the work and documents of organisations such as ICAO and EASA.

The article also includes secondary data from legal literature, official reports and best practices from the United States, Germany and Japan. The comparative analysis method is used to identify the regulatory gaps in Türkiye's aviation law framework on the addressed topic. This method helps to analyse the lessons learned from global pioneers in UAM governance and to provide practical recommendations that are relevant to Türkiye's legal and operational needs.

Although following a global comparative methodology, this study has several limitations. Firstly, although the article draws on international and various national legal regulations, studies and reports of international organisations, it may not fully reflect the practical challenges faced by industry stakeholders in the implementation of UAM. Field research, such as interviews with industry experts and legislative authority, has not been carried out in this sector which has yet to establish itself in Türkiye.

Secondly, the discussion in the article focuses on the regulatory aspect of UAM and does not address the equally important technical or economic feasibility studies for the sector.

Thirdly, as UAM is a field that is directly linked to technology and innovations, the recommendations presented in this article may become outdated over time. Future work should therefore take into account an approach to monitoring emerging technology and the associated evolving regulatory environment and assessing their short- and medium-term impact. Recognising these limitations, this study aims to provide a basic framework for understanding the current state of UAM regulation in Türkiye and to encourage further research to fill these gaps.

I. Existing Aviation Law in Türkiye and UAM

A. Overview of Aviation Law in Türkiye

Türkiye's aviation law is a synthesis of international standards and national regulations, aiming to ensure safety, order, and efficiency in the civil aviation sector. This structure is underpinned by a series of agreements and laws that define Türkiye's position and obligations within the international aviation community. One of Türkiye's main documents in the field of aviation law is the Chicago Convention¹⁷. Türkiye adopted Law No. 4749 on 5.06.1945¹⁸, ratifying the International Civil Aviation Convention and the Interim Convention on Civil Aviation, which were signed in Chicago in 1944, along with their annexes¹⁹. By doing so, Türkiye committed to adhering to the regulations in the field of international civil aviation²⁰.

This convention, which was prepared to regulate international civil aviation in the aftermath of World War II, led to the establishment of ICAO and set out the basic principles to meet the need for inter-state cooperation and regulation in the field of civil aviation²¹. The Convention contains binding provisions for states on issues such as civil air transport, use of airspace, flight safety, air traffic management, and aviation safety²². Türkiye's being a party to this convention necessitates the harmonisation of national aviation policies with international standards²³.

¹⁷ Convention on International Civil Aviation (signed 7.12.1944, entered into force 4.04.1947) 15 UNTS 295 (Chicago Convention).

¹⁸ Law on the Ratification of the International Civil Aviation Interim Agreement and Its Annexes, Concluded and Signed in Chicago on 7.12.1944, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 7.10.1945/ 6029.

¹⁹ For further information on Chicago Convention and the development of international aviation law, see, Yaya Kareng, 'International Aviation/ Airspace Law An Overview' (2020) 4(1) International Journal of Law Reconstruction 56; S G Sreejith, Lakshmi Srinivasan and Vistasp Irani, 'The Philosophy of International Aviation Law' (2023) 33 Ind Int'l & Comp L Rev 169.

²⁰ Şenol Kurt and Oğuzhan Ün, 'İnsansız Hava Araçları (İHA) Üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2015) 2 ERÜHFD 195, 200.

²¹ Kapila De Silva, 'Laws Governing Military Aircraft under International Aviation Law and International Humanitarian Law: A Critique' (2023) 3 KDU Law Journal 1, 10; Assad Kotaite, 'ICAO and the Development of Air Transport' (1980) 52 (2) Aircraft Engineering and Aerospace Technology 17, 18.

²² Charles S Rhyne, 'International Law and Air Transportation' (1948) 47 (1) Michigan Law Review 41, 46; Kotaite (n 21) 19.

²³ Ayhan Sorgucu, *Hava ve Uzay Hukuku* (6th edn, Adalet 2024) 104.

In addition to the international regulations based on the Chicago Convention, Türkiye's aviation law system is also supported by various regulations at the national level. The Turkish Civil Aviation Law, which forms the basis of this framework, was adopted on 19.10.1983 and published in the Official Gazette as Law No. 2920²⁴. The Turkish Civil Aviation Law was established to ensure the orderly, safe, and efficient conduct of civil air transport activities in Türkiye's airspace²⁵. The Law emphasises Türkiye's full and exclusive sovereignty in its airspace and regulates matters such as the principles of internal line agreements, contracts for the use of aircraft, liability arising from the contract of carriage, penal provisions, and enforcement²⁶.

Aeronautical Information Publication (AIP) Türkiye is another important document created to regulate aviation activities in Türkiye and to ensure the flow of information²⁷. AIP Türkiye is an official publication containing all the information required for civil aviation activities in Turkish airspace and provides comprehensive data on airports, air traffic services, flight operations, and other aviation-related information in Türkiye²⁸. AIP Türkiye is prepared and continuously updated in accordance with the requirements set out in Annex 15 of ICAO²⁹. This publication enables the provision of information necessary for the safe and efficient conduct of civil aviation operations and ensures harmonisation between national and international flight operations³⁰.

The Directorate General of Civil Aviation (DGCA) is the main authority implementing and supervising civil aviation regulations in Türkiye³¹. DGCA was

²⁴ Turkish Civil Aviation Law No: 2920, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 19.10.1983/18196.

²⁵ Kurt and Ün (n 20) 202.

²⁶ *ibid.*

²⁷ AIP is a key aviation document that is developed and issued by each country's aviation authorities in collaboration with ICAO. See, Sinan Sami Akkurt, 'Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk' (PhD thesis, Selcuk University 2014) 127.

²⁸ To access the website see, <<https://www.dhmi.gov.tr/Sayfalar/aipturkey.aspx>> accessed 19.09.2024.

²⁹ International Civil Aviation Organization, *Annex 15 to the Convention on International Civil Aviation: Aeronautical Information Services* (16th edn, ICAO 2018).

³⁰ Sorgucu (n 23) 106; Akkurt (n 27) 127.

³¹ Established in 1954 under the Ministry of Transport, the 'Department of Civil Aviation' was renamed as the 'Directorate General of Civil Aviation' in 1987. DGCA, 'History' (DGCA) <<https://web.shgm.gov.tr/en/kurumsal/1-history>> accessed 19.09.2024.

established in 1954, and its duties include ensuring that all civil aviation activities in Türkiye are carried out in accordance with national and international legislation, ensuring aviation safety and security, implementing environmental protection standards, and supporting the development of the sector³². The organisational structure, duties and powers, and service units of the DGCA are regulated in Section 31 of Presidential Decree No. 4³³. DGCA is authorised in areas such as flight safety, air traffic management, airport management, aircraft registration and certification procedures, aviation training, and licensing in line with the Turkish Civil Aviation Law and related legislation³⁴.

Another important duty of DGCA is to ensure compliance with international agreements to which Türkiye is a party and to implement the regulations required by these agreements. In this context, DGCA is responsible for fulfilling Türkiye's obligations under other international aviation agreements, particularly the Chicago Convention³⁵. Furthermore, DGCA works in cooperation with all parties operating in the sector and contributes to the development of aviation policies to ensure the sustainable development of the civil aviation sector in Türkiye³⁶.

As a result, Türkiye's aviation law is a comprehensive system combining compliance with international standards and national regulations to ensure the safe, orderly, and efficient operation of the civil aviation sector. Türkiye's accession to the Chicago Convention, the adoption of the Turkish Civil Aviation Law in 1983, the continuous updating of the Turkish AIP, and the effective inspection and regulatory activities of DGCA constitute the cornerstones of Türkiye's aviation law. These elements strengthen Türkiye's position in the international aviation community while at the same time ensuring the safe and efficient use of national airspace.

³² Vildan Korul and Hatice Küçükönel, 'Türk Sivil Havacılık Sisteminin Yapısal Analizi' (2003) 3(1) Ege Academic Review 24, 27.

³³ Presidential Decree on the Organization of Institutions and Organizations Affiliated, Related, or Associated with Ministries and Other Institutions and Organizations No: 4, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 15.07.2018/ 30479.

³⁴ Sorgucu (n 23) 107.

³⁵ *ibid.*

³⁶ Korul and Küçükönel (n 32) 27.

B. Impact of Existing Regulations on UAM

As the concept of UAM gains attention, it becomes important to assess the impact of existing regulations on UAM operations. The existing regulatory framework, mainly shaped by the Turkish Civil Aviation Law and DGCA's instructions, forms the spine of aviation law in Türkiye. However, the extent to which the current system is able to meet the innovative demands of the UAM is a question mark. This section explores how existing regulations can address UAM and examines where they may intersect, emphasising the evolving needs of this innovative sector.

Article 3 of the Turkish Civil Aviation Law No. 2920 contains various definitions. In the article, the term 'aircraft' is defined as 'any vehicle capable of taking off and travelling in the air'³⁷. In view of this definition, it can be argued that unmanned aircraft can also be considered within the scope of this Law, since the presence of a human being on the board of the aircraft is not required as a condition. Remote human supervision is similarly not specifically mentioned in the definition. Accordingly, unmanned aircraft, whether remotely controlled or autonomous, qualify as 'aircraft' within the scope of Law No. 2920.

Within the current regulations, the duties and authorities of two service units under DGCA are important for the concept of urban air mobility. These units are the Department of Airworthiness and the Department of Flight Operations. If the duties and authorities of the units are briefly explained;

- *Department of Airworthiness*³⁸: Focuses on the technical suitability, maintenance, repair, design and production of aircraft. It undertakes technical tasks such as determining the airworthiness standards of aircraft and their parts, issuing, inspecting and, when necessary, cancelling documents and certificates in accordance with these standards. It determines the qualification certificates of technical personnel, and the training standards required by these personnel. It audits training organisations and assesses their international conformity.
- *Department of Flight Operations*³⁹: Focuses on issues related to flight operations and operational regulations. It manages operational processes

³⁷ Turkish Civil Aviation Law (n 24) Art. 3/b.

³⁸ Presidential Decree No. 4 (n 33) Art. 441/a.

³⁹ *ibid* Art. 441/b.

such as inspecting aviation activities other than maintenance, repair, design and production, the operational compliance of civil aviation enterprises and airspaces open to civil air traffic and granting the necessary permits in these areas. Carries out licence and certification procedures of operational personnel. It determines the training and health standards of these personnel and authorises training institutions.

As described earlier, urban air mobility is a concept that recognises the use of advanced types of aircraft, such as unmanned aircraft, for air transport in and nearby urban areas. This innovative transport system requires novel additions to existing civil aviation organisations. Although the duties and powers of these two service units of DGCA do not directly refer to the UAM concept, some inferences can be drawn from the general framework and these units can fulfil various roles for UAM.

Considering the duties and authorities of the Department of Airworthiness, this department is expected to set technical conformity, airworthiness and safety standards for UAM vehicles. This department is expected to undertake tasks such as the inspection and certification of the conformity of the airframe, engine, battery systems, flight control software and other technical components of UAM vehicles with national and international standards.

This department also authorises institutions involved in the design, production, and maintenance of UAM vehicles, ensuring these processes adhere to appropriate standards. This department is also responsible for issuing, auditing and, if necessary, cancelling design approvals for new technologies and vehicles. In addition to these, the determination of the training standards required for the personnel maintaining UAM vehicles and the supervision of the organisations training these personnel are also within the competence of this department. The management of the certification processes of technical personnel requiring a certificate of competence is also included in this scope.

The Department of Flight Operations is responsible for the operational permits and licences required for the safe operation of UAM operations in urban airspace. This is because a proper determination of urban flight paths, airspace utilisation rules and flight safety requirements is critical to ensure that UAM aircraft operate in harmony with other aircraft. More precisely, the supervision of the flight safety of UAM vehicles and making the necessary arrangements to ensure the safe movement of these vehicles in the urban airspace, the integration of these vehicles with air traffic and the determination

of operational rules to prevent collisions fall within the scope of the duties and powers of this department.

Like the Department of Airworthiness, the Department of Flight Operations will be responsible for various training programmes. However, unlike the former, the latter manages the necessary training and certification processes for pilots and operators using UAM vehicles. It supervises the competence of the operators and ensures that operations are carried out in accordance with international standards.

It may also undertake the tasks of determining the take-off and landing areas to be used by UAM vehicles, taking security measures and regularly inspecting these areas. This task ensures that UAM vehicles take off and land safely from the designated points.

In order to minimise social disturbance while taking advantage of new technology, the Department of Flight Operations may also implement certain standards and restrictions to control noise and environmental impacts arising from the use of UAM vehicles in urban areas. It is important that noise and emission standards are set, and the necessary regulations are made to ensure more sustainable air transport within the urban area.

The Department of Flight Operations has also started to prepare various instructions in accordance with these duties and powers. The Instruction issued in April 2018 regulates flight and duty time limitations and rest requirements for air taxis⁴⁰. Air taxis play a critical role in the future of urban mobility with their potential to reduce traffic congestion, shorten travel times and contribute to sustainable transport in urban transport within the scope of UAM. Therefore, it is appropriate that this Instruction has been introduced in order to safeguard the rights of the personnel who will serve in these vehicles.

In another Instruction issued in September 2024, the Department regulated the procedures and principles regarding the licensing and authorisation of persons who will operate as pilots in vertical take-off aircraft⁴¹. In this Instruction, a vertical take-off aircraft, which is an important concept for UAM, is de-

⁴⁰ DGCA, Instruction on Flight and Duty Time Limitations and Rest Requirements for Air Taxi and General Aviation Operators (SHT-FTL/HG) 13.04.2018.

⁴¹ DGCA, Instruction on Licensing of Airplane, Helicopter, Vertical Take-off Aircraft, and Airship Pilots (SHT-FCL) 4.09.2024.

defined as ‘an aircraft capable of vertical take-off and travelling/elevating in the air by means of rotors with variable geometry or engines/propulsion devices on its fuselage or wings’.

C. Gaps and Deficiencies in Existing Regulations

The comprehensive nature of Turkish aviation’s legal framework is regrettably inadequate to address the rapidly evolving concept of UAM. Significant gaps and deficiencies in the existing regulatory framework emphasise the need for targeted reforms and require the introduction of new standards that can adapt to the unique challenges of UAM operations. Although existing regulations, such as the laws and instructions discussed in the previous section, provide a basic legal structure, they do not sufficiently cover the specificities required for the UAM concept, leading to regulatory uncertainty and potential operational risks.

To start with, the lack of regulations specific to the UAM concept in Turkish aviation law is striking. Although Turkish Civil Aviation Law includes a broad definition of ‘aircraft’ which could theoretically include remotely controlled or autonomous unmanned aircraft, the technical and operational differences of UAM are not specifically addressed. Fundamental issues such as flight path planning in urban areas, integration with existing air traffic control systems, and lower airspace management are not regulated in depth. This leads to significant uncertainties in terms of the operations that can be authorised for UAM operators in the future and compliance standards.

Furthermore, the current regulatory framework does not address safety and certification standards specifically tailored for UAM vehicles to the extent required. Although the Department of Airworthiness monitors airworthiness and safety standards in broad terms, it should be noted that the current protocols are designed for conventional aircraft and not for new technologies of UAM vehicles such as eVTOL aircraft. The lack of specific design, manufacturing and maintenance criteria for UAM vehicles leaves regulatory gaps that could jeopardise not only safety but also public acceptance.

In addition, the regulatory scope for pilot and operator qualifications has limited applicability to UAM. Although there is an Instruction on the licensing of pilots of vertical take-off aircraft issued by the Department of Flight Operations, this Instruction also covers airplane and helicopter pilots. In other words, it is observed that the standards for UAM vehicles are not regulated in depth.

The existing instructions on pilot certification do not fully recognise the new roles and responsibilities introduced by UAM operations, particularly with regard to vertical take-off and landing in dense urban environments.

Moreover, environmental considerations also present a gap in the existing regulations. Although the Department of Airworthiness is authorised to set noise and emission standards, there is no specific guidance in the current regulations on mitigating the environmental impacts of UAM. The Department has prepared an Instruction covering the airworthiness and environmental certification of all types of civil aircraft and/or products, parts and devices in the first month of 2024⁴², but more specific and targeted regulations are required for UAM operations. With the potential for intensive operations in heavily populated areas, UAM is likely to raise concerns about noise pollution, air quality and general environmental sustainability that are not comprehensively addressed in the current legal framework. The lack of stringent environmental standards is a barrier to the widespread adoption of UAM technologies in urban environments.

Furthermore, the integration of UAM into existing airspace management systems is not adequately regulated. Existing Turkish aviation laws and DGCA Instructions do not provide clear guidelines on how UAM vehicles should coexist with conventional aircraft in controlled and uncontrolled airspace. If issues such as collision avoidance and communication protocols are not properly regulated, the risk of operational conflicts and safety issues will increase.

Lastly, the regulatory framework should also be adapted to address the cyber security and data privacy issues specific to UAM. As UAM relies heavily on sophisticated software, communication networks and data exchange between vehicles and ground control, the lack of robust cyber security measures could expose these systems to potential threats. This has the potential to threaten the safety and security of UAM operations.

In conclusion, Türkiye's existing aviation regulations, while providing an adequate system for conventional aviation activities, are still insufficient to address the unconventional challenges posed by UAM. The lack of specific UAM standards, the paucity of existing safety, environmental and operational regulations, and the absence of clear guidelines on airspace integration and

⁴² DGCA, Instruction on the Airworthiness and Environmental Certification of Aircraft and Related Products, Parts, and Appliances (SHT-21) 2.01.2024.

cyber security will undermine preparation for the UAM concept, which has a very high potential to become part of daily life in a highly populated country like Türkiye in the near future. Addressing these gaps is crucial to ensure that Türkiye's regulatory environment evolves with the technological developments shaping the future of urban air mobility.

II. Work of International Aviation Organisations

International aviation organisations have an important role to play in shaping and internationally harmonising the regulatory frameworks governing emerging aviation technologies such as UAM. As this new form of air transport develops rapidly, organisations such as ICAO and EASA have begun to work on this new concept. Both organisations ultimately focus on harmonising national regulations, establishing airworthiness and safety standards and ensuring public acceptance of these new technologies. This section of the article examines the work of these organisations and their contribution to the global regulatory environment for UAM.

A. ICAO

ICAO, the most important global authority in a highly internationalised sector such as aviation, has started to carry out various research studies on the UAM concept. As some of the member states have already started to develop their own regulations, guidance and standards in this area, ICAO's role has evolved more towards harmonisation. For capacity building and harmonisation of different national standards, ICAO has been making several efforts on UAM by prioritising information sharing.

UAM was discussed in detail at the 40th session of the ICAO Assembly in 2019⁴³, as it is recognised as a new mode of air transport to address traffic congestion in congested cities⁴⁴. During the meeting, it was noted that this type of air transport lacks established regulations due to the lack of ICAO Standards and Recommended Practices (SARPS) for this type of air transport⁴⁵.

⁴³ The ICAO Assembly is the supreme authority of the organization. It convenes at least once every three years, organized by ICAO's governing body, the Council. The 40th Session of Assembly of ICAO was held between 24.09.2019-4.10.2019.

⁴⁴ ICAO, *Assembly - 40th Session Executive Committee: Urban Air Mobility* (Working Paper No A40-WP/292, EX/122, 27.07.2019) 1, 1, <https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/WP/wp_292_en.pdf> accessed 2.10.2024.

⁴⁵ *ibid* 2.

Similarly, the different approaches to certification between different design situations was discussed as another issue that needs to be addressed⁴⁶. The meeting also discussed the potential environmental concerns related to unmanned operation and noise levels, particularly due to the nature of the operation being close to public and urban areas⁴⁷.

In 2022, the 41st Assembly was convened⁴⁸. At this Assembly, the UAM was discussed in much more detail than at the previous General Assembly and more effective conclusions were reached. It was stated that eVTOL vehicles and digitised air traffic management will provide future mobility for passengers and goods in cities⁴⁹. The meeting emphasised that public acceptance of UAM operations is an important factor that will determine the future success or failure of this sector⁵⁰. It was also highlighted that uncertainties in the management of low level airspace create a multi-level governance problem⁵¹. The session presented recommendations such as exploring the modernisation of the airspace legal framework for UAM services and integrated mobility, assessing the impact of existing ICAO annexes on low-level airspace management and developing an action plan⁵².

At the Assembly meeting, it was suggested that a new expert group should be established to meet the demands of UAM/Advanced Air Mobility (AAM⁵³) and that States should provide co-operative support⁵⁴. Ultimately, these efforts led to the establishment of the Advanced Air Mobility Working Group (AAM

⁴⁶ *ibid.*

⁴⁷ *ibid.*

⁴⁸ The 41st Session of Assembly was organised between 27.09.2022-7.10.2022.

⁴⁹ ICAO, *Assembly - 41st Session Executive Committee: Legal and Societal Stakes for the Emerging Air Mobility in Metropolitan Areas* (Working Paper No A41-WP/110, EX/50, 27.07.2022) 1, 1, <https://www.icao.int/Meetings/a41/Documents/WP/wp_110_rev_en.pdf> accessed 2.10.2024.

⁵⁰ *ibid.* 2.

⁵¹ *ibid.* 3.

⁵² *ibid.* 1-4.

⁵³ Advanced air mobility is an extended version of UAM and includes air transport services to non-urban, rural and remote areas.

⁵⁴ ICAO, *Assembly - 41st Session Technical Commission: Need for Guidelines and Regulatory Framework for Development of Urban Air Mobility/Advanced Air Mobility (UAM/AAM)* (Working Paper No A41-WP/292, TE/112, 5.08.2022) 1, <https://www.icao.int/Meetings/a41/Documents/WP/wp_292_en.pdf> accessed 2.10.2024.

SG) within ICAO⁵⁵. Since the 41st ICAO Assembly recognised the need for a globally harmonised framework for AAM, ICAO's leadership in this effort was supported. The AAM SG has the mission to help develop a comprehensive vision and framework, working with other expert groups to ensure the safe, efficient and sustainable integration of AAM operations⁵⁶. It also has the mandate and authority to advise ICAO on all AAM related activities⁵⁷.

Since this Assembly in 2022, ICAO has been inviting aviation experts on UAM and organising various scientific activities⁵⁸. In the light of these activities and the work of the study group, ICAO is expected to provide SARPs with valuable insights on urban air transport in the near future.

B. EASA

One of the regions that has contributed most to the technological development of UAM is Europe. Various European-based manufacturers have applied for certification and EASA is working with these manufacturers on the airworthiness of the vehicles⁵⁹. While realising these technological advances, the European Union, and EASA in particular, have also taken important steps in terms of both social expectations and regulations.

Since UAM, as its name suggests, represents a concept that is in direct contact with urban life and people, social trust is very important. While carrying out its regulatory work, EASA has also undertaken a comprehensive study to understand the public's view and expectations of this new concept and technological breakthrough⁶⁰. The comprehensive study, conducted between

⁵⁵ ICAO, 'Advanced Air Mobility Study Group (AAM SG)' (ICAO, 2023) <[https://www.icao.int/safety/UA/Pages/Advanced-Air-Mobility-Study-Group-\(AAM-SG\).aspx](https://www.icao.int/safety/UA/Pages/Advanced-Air-Mobility-Study-Group-(AAM-SG).aspx)> accessed 2.10.2024.

⁵⁶ *ibid.*

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ See for examples, ICAO, 'Multi-level Governance of Urban Air Mobility (UAM)' (ICAO Innovation Series, 9.06.2024) <<https://www.icao.int/Meetings/innovation-series/Pages/Multi-governance-of-UAM.aspx>> accessed 2.10.2024; ICAO, 'First Advanced Air Mobility Symposium (AAM 2024)' (9-12 September 2024, Montréal, Canada) <<https://www.icao.int/Meetings/AAM2024/Pages/default.aspx>> accessed 2.10.2024.

⁵⁹ EASA, 'Urban Air Mobility (UAM)' <<https://www.easa.europa.eu/en/domains/drones-air-mobility/drones-air-mobility-landscape/urban-air-mobility-uam>> accessed 12.08.2024.

⁶⁰ EASA, 'Study on the Societal Acceptance of Urban Air Mobility in Europe - Full Study Report' (19.05.2021) <<https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-full-report.pdf>> accessed 12.08.2024.

November 2020 and April 2021, used a literature review, local market analysis, surveys and interviews to investigate EU citizens' attitudes, expectations and concerns regarding UAM⁶¹. The study revealed information that will help EASA to shape its current and future regulatory framework.

The study found that public interest is one of the most important aspects affecting public acceptance⁶². Use cases that benefit the community, such as medical or emergency transport or connecting remote areas, are better supported⁶³. Furthermore, the main benefits expected from UAM are faster, cleaner and extended benefits⁶⁴. Regarding concerns, EU citizens stated that they would like to limit their exposure to safety, noise, security and environmental impacts⁶⁵. The results also show that confidence in the security and cyber security of the UAM is limited, which will require further measures⁶⁶.

Based on the results of this study on social acceptance, EASA published a Special Condition to authorise small VTOL aircraft operations in June 2024⁶⁷. This document, the first of its kind in the world to be published by EASA, details the specific technical requirements and airworthiness standards for the certification of small category vertical take-off and landing aircraft⁶⁸. This condition is deemed necessary because VTOL-capable aircraft differ significantly from conventional rotorcraft or fixed-wing aircraft, which do not fully comply

⁶¹ The study was conducted in collaboration with the consulting firm McKinsey & Company and the Arup Sound Lab. See for detailed survey results, EASA, 'Urban Air Mobility Survey Evaluation Report' (2021) <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam_detailed_survey_evaluation.pdf> accessed 12.08.2024.

⁶² EASA, 'Study on the Societal Acceptance of Urban Air Mobility in Europe - Summary Study Report' (May 2021) <<https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-short-report.pdf>> accessed 12.08.2024.

⁶³ *ibid* 8.

⁶⁴ *ibid* 9.

⁶⁵ *ibid* 10.

⁶⁶ *ibid* 15.

⁶⁷ The term 'Special Condition' refers to additional requirements set by EASA for aircraft with new or innovative technologies that are not fully covered by existing certification standards. EASA, 'Special Condition for VTOL and Means of Compliance' (10.6.2024) <<https://www.easa.europa.eu/en/document-library/product-certification-consultations/special-condition-vtol>> accessed 12.08.2024.

⁶⁸ Full text available here, EASA, 'Special Condition Vertical Take-Off and Landing (VTOL) Capable Aircraft' (Doc No SC VTOL 02, Issue 2, 10.06.2024) <<https://www.easa.europa.eu/en/downloads/139946/en>> accessed 12.08.2024.

with existing certification specifications⁶⁹. Due to the unique design and operational characteristics of VTOL capable aircraft, they are assessed under these special conditions and their compliance with safety and performance criteria is ensured⁷⁰.

The Condition contains various technical standards for VTOL aircraft. For example, in accordance with VTOL.2130, landing performance should be determined taking into account critical flight parameters and landing area requirements should be calculated accordingly⁷¹. Furthermore, VTOL.2235-2265 defines the procedures that should be developed for structural resilience and emphasises that these procedures should prevent structural failures that could lead to serious injury or loss of the aircraft⁷². The Condition also mandates advanced technical requirements, such as VTOL.2520, which ensures that electrical and electronic systems are protected against high intensity radiation fields and that these systems can operate safely in such conditions⁷³. These standards are intended to address the new challenges posed by the innovative design of VTOL aircraft and to ensure their safe and effective certification.

Apart from airworthiness, EASA has also developed an innovative regulatory package for the integration of drones into European airspace, known as U-Space/UTM (Unmanned Traffic Management). This package, which was adopted by the European Commission in April 2021, includes three key Commission Implementing Regulations:

- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/664⁷⁴: It sets out rules and procedures for the safe operation of these vehicles within U-Space, a specialised airspace designed specifically to manage drone traffic in urban environments. It focuses on the provision of U-Space services such as network identification, geographical awareness and traffic information to ensure the safe integration of drones as well as manned aircraft.

⁶⁹ *ibid* 1.

⁷⁰ *ibid* 6.

⁷¹ *ibid* 9.

⁷² *ibid* 14-16.

⁷³ *ibid* 25-26.

⁷⁴ Commission Implementing Regulation (EU) 2021/664 on a regulatory framework for the U-space [2021] OJ L 139, 23.4.2021, 161-183.

- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/665⁷⁵: Amends the existing Air Traffic Management (ATM) and Air Navigation Services (ANS) regulations (EU 2017/373⁷⁶) to accommodate the inclusion of drones in the airspace. It is a regulation for the safe and efficient coexistence of both manned aircraft and drones by harmonising the roles of traditional air traffic management with the emerging U-Space services.
- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/666⁷⁷: Amends Regulation EU 923/2012⁷⁸, which lays down the common rules of the air and operational provisions regarding services and procedures in air navigation, to include drone operations. This regulation aims to integrate drone operations into the wider aviation framework, ensuring consistency between regulations and improving the safety and operability of airspace missions.

This regulatory package is a world first in establishing a comprehensive framework for the safe and efficient integration of drones, especially in complex environments such as urban airspaces. This is an important clue and answer to the fact that drone operations will become widespread in Europe for commercial, private and official purposes. The Regulations aim to provide a clear legal and operational structure for this expanding use.

III. UAM Regulations: Different Practices

Urban mobility is rapidly changing as a result of UAM, and various countries have put in place distinctive legal frameworks to encourage its expansion and integration. This chapter briefly reviews UAM developments and regulatory initiatives in three key countries: United States, Germany and Japan. These countries have been chosen for their leading roles and different approaches in shaping the future of UAM. This chapter aims to provide insights into other regulatory practices and innovations in UAM and to present good examples to assess and potentially improve Türkiye's UAM regulations.

The United States has established itself in UAM regulation both as a focal nation for technological developments and through the Federal Aviation Administra-

⁷⁵ Commission Implementing Regulation (EU) 2021/665 amending Regulation (EU) 2017/373 on air traffic management in U-space airspace [2021] OJ L 139, 184-186.

⁷⁶ Commission Implementing Regulation (EU) 2017/373 [2017] OJ L 62, 8.3.2017.

⁷⁷ Commission Implementing Regulation (EU) 2021/666 amending Regulation (EU) No 923/2012 on manned aviation in U-space airspace [2021] OJ L 139, 187-188.

⁷⁸ Commission Implementing Regulation (EU) No 923/2012 [2012] OJ L 281, 1-66.

tion (FAA), with comprehensive guidelines and a support system for innovation. Germany, as a central figure in the European Union, works closely with EASA to develop harmonised regulations affecting the wider European landscape. Japan represents the Asia-Pacific region with its proactive regulatory strategies and structured roadmap for integrating UAM into urban transport infrastructure.

Recent UAM regulatory developments in these three countries are analysed to gain insights into the lessons they offer for developing effective UAM frameworks worldwide. Similarly, Türkiye's initiatives in this area can be modelled on these good practices.

A. United States

US aviation law regulates different certification options available to manufacturers of UAM vehicles, depending on the type, design and intended use of the vehicle. These certificates are based on criteria set by the FAA. The most appropriate certification option for the UAM category is the Part 21.17(b) Certificate for novel aircraft⁷⁹. This 'special class' category provides a relatively favourable framework, especially for electric aircraft capable of vertical take-off and landing, such as eVTOL⁸⁰.

Another option is the Part 23 Certificate⁸¹. This certificate provides performance-based standards for fixed wing aircraft and has been adapted to new technologies with the latest regulations⁸². However, this type of certificate may not fully meet the characteristics of new generation UAM vehicles such as vertical take-off and landing, which may require additional exemptions or special conditions. Similarly, the Part 27 Certificate applies to rotorcraft and is issued for helicopters weighing up to 7,000 pounds and with a passenger capacity of less than nine⁸³. Although UAM vehicles have some similar characteristics to fall into this category, there may be situations that require special exemptions⁸⁴.

⁷⁹ FAA 14 CFR Part 21.17(b).

⁸⁰ *ibid.*

⁸¹ FAA 14 CFR Part 23.

⁸² *ibid.*

⁸³ FAA 14 CFR Part 27.

⁸⁴ Apart from the mentioned certification options, there is another type. Small drone deliveries are part of the UAM ecosystem, albeit a minor one. These drones generally operate under Part 107 regulation and perform commercial delivery tasks. See, FAA 14 CFR Part 107.

In addition to the certification required by manufacturers for aircraft, eVTOL operators are required to obtain certification for the operations they wish to conduct. Those wishing to operate with vehicles such as eVTOLs as part of the UAM must begin the 135 Certification process as prescribed by the FAA⁸⁵. Operators wishing to obtain this certification from the FAA must carefully evaluate their operational intentions in three different categories: type, kind and scope. First, under type, applicants must decide whether to apply for an Air Carrier Certificate, which allows interstate or international operations, or an Operating Certificate, which allows operations only within the same state⁸⁶. Secondly, under the kind category, applicants will choose either On-Demand⁸⁷, which allows unscheduled UAM flights⁸⁸, or Commuter, which allows both (unlimited) scheduled and on-demand operations⁸⁹. Third and finally, the scope of operations is defined through the FAA's issuance of Operations Specifications (OpSpecs). The scope can vary significantly depending on whether the operator chooses to be a Single Pilot, Single Pilot-in-Command, Basic, or Standard Part 135 operator, each category offering different levels of operational flexibility⁹⁰.

American scholars have criticised the high costs and time-consuming nature of US UAM regulations⁹¹. Indeed, more flexible and up-to-date regulations are needed to meet the needs of the rapidly developing UAM sector, of which the US is a pioneer. However, even in its current form, Türkiye can learn important lessons from FAA regulations. These performance-based certification systems, adaptable to innovative technologies, contribute to the safe integra-

⁸⁵ FAA 14 CFR Part 135 Air Carrier and Operator Certification: 1. General Information. Available at <https://www.faa.gov/licenses_certificates/airline_certification/135_certification/general_info> accessed 30 September 2024.

⁸⁶ *ibid*, Types of 14 CFR 135 Operations.

⁸⁷ On-demand operations can be carried out using airplanes with a seating capacity of 30 passengers or fewer, a maximum payload of 7,500 pounds, or any type of rotorcraft. See, *ibid*, Kinds of 14 CFR 135 Certificate Operating Authorities.

⁸⁸ On-demand certificate holders may conduct limited scheduled operations but are restricted to fewer than five round trips per week on a single route, cannot use turbo-jet aircraft, and are limited to airplanes with a maximum of 9 passenger seats. See, *ibid*, Kinds of 14 CFR 135 Certificate Operating Authorities.

⁸⁹ For operations such as air taxi, the On-Demand category may be sufficient, but for scheduled air transport, such as urban metro or bus transport, applicants are required to apply for the Commuter category.

⁹⁰ FAA 14 CFR Part 135 Air Carrier and Operator Certification: Scope of Part 135 certificates.

⁹¹ According to Collareno, these costs also lead to social injustice in the form of transport inequity. See, Collareno (n 7) 649.

tion of UAM vehicles. Special class regulations, such as Part 21.17(b), provide airworthiness standards tailored to the characteristics of each vehicle, allowing emerging technologies to enter the market faster. It would be beneficial for Türkiye to adopt an adaptive structure to reduce the complexity of existing certification systems and pave the way for new technologies while establishing regulations for UAM. However, unlike in the US, accelerating processes and reducing costs are of great importance for a rapidly developing sector.

B. Germany

Germany plays an important role in the advancement of UAM owing to its strong technological infrastructure and pioneering companies such as Volocopter and Lilium, which are leading the development of high-end eVTOL aircraft and setting new standards for urban air mobility. In order to integrate these technological developments, Germany is implementing various practical applications. In this framework, cities such as Aachen, Hamburg, Ingolstadt and North Hesse have been identified as model cities within the scope of UAM⁹². These cities have established their own visions, strategies and methods and regularly exchange information and carry out multidisciplinary projects⁹³. The support programmes of the German Ministry of Digital and Transport (BMDV) also promote the development of UAM and provide financial support for various projects⁹⁴.

Projects in the context of integration are one of the approaches adopted by the German government. The BMDV has presented awards to seven innovative drone projects supported with funds worth EUR 4.3 million⁹⁵. These projects cover topics such as air traffic safety, data availability, individual and sustainable mobility, life-saving and logistics of rural areas⁹⁶. With a total budget

⁹² The memorandum of understanding for cooperation with these model cities was signed by BMVI on 28.06.2021.

⁹³ Editorial, 'German government signs cooperative UAM agreement with cities and regions' (*Unmanned Airspace*, 2.07.2021) <<https://www.unmannedairspace.info/urban-air-mobility/german-government-signs-cooperative-uam-agreement-with-cities-and-regions/>> accessed 7.08.2024.

⁹⁴ *ibid.*

⁹⁵ Press Release, 'BMDV fördert innovative Anwendungen mit Drohnen' (*BMDV*, 28.09.2022) <<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2022/074-wissing-drohnenfoerderung.html>> accessed 7.08.2024.

⁹⁶ The funded projects include AMICA for emergency drone use with real-time data (100,000 euros); DroLEx for rural goods delivery via drones and cargo bikes (430,000 euros); Liqui-Drone for extending drone flight with a hydrogen tank system (892,000 euros); CATS for fly-

of EUR 15 million, the *'Innovative Luftmobilität'* funding programme aims to enable UAM to offer practical solutions in various fields. Selected projects include innovative solutions such as the use of drones in emergency scenarios, fast and reliable delivery of daily essentials to rural areas, development of crash test standards for flying taxis, mobile measurement systems for the detection of air pollutants, automation of risk assessments of drone flights and digital twin-based airspace management for AAM⁹⁷.

In Germany, the legal basis of the UAM is created with the active participation of the BMDV. BMDV participates in legislative processes and prepares the necessary legal regulations for UAM⁹⁸. These regulations cover urban air transport and the use of low-level airspace. In particular, legal arrangements are made to determine the urban infrastructure required for the integration of UAM, to meet legal and environmental requirements, safety requirements and to provide the necessary certifications.

The action plan *'Unbemannte Luftfahrtsysteme und innovative Luftfahrtkonzepte'* published by the BMDV aims to develop unmanned aircraft and innovative air transport concepts⁹⁹. The plan also covers issues such as personal data protection, privacy and environmental protection and aims to make Germany a leading market in the drone economy¹⁰⁰.

C. Japan

Japan is an outstanding candidate for UAM implementation due to an estimated 92% of its population being concentrated in urban areas and having

ing taxi safety and crash standards (99,000 euros); UnLuBW for air pollutant measurement drones (624,000 euros); AuRa for automating drone flight risk assessments (70,000 euros); and AMI-FlyingIN2Air for developing a drone and flying taxi airport (2.1 million euros). See, *ibid.*

⁹⁷ *ibid.*

⁹⁸ Memorandum für smarte Städte und Regionen zwischen den deutschen Modellstädten und -regionen für Urban Air Mobility (UIC²-DE), Stadt Aachen, Freie und Hansestadt Hamburg, Stadt Ingolstadt und Region Nordhessen sowie dem Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI), 2. Available at <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/mou-drohneninnovationen-dokument.pdf?__blob=publicationFile> accessed 7.08.2024. The ministry was previously known as "*Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur*" (BMVI), but its name was changed to "*Bundesministerium für Digitales und Verkehr*" (BMDV).

⁹⁹ *ibid.* 2.

¹⁰⁰ *ibid.*

the world's most populous metropolitan region, the Greater Tokyo area, with over 38 million residents¹⁰¹. In the first quarter of 2024, Japan established its first UAM centre. This centre was developed through a collaboration between AirX and Tsukuba Airlines. The UAM Centre is designed to meet the evolving needs of next-generation air mobility, encompassing pilotless eVTOL aircraft, helicopters, and private jets¹⁰².

In response to this need and technological developments, Japan is working towards a regulatory framework that emphasises cooperation between the public and private sectors¹⁰³. The Ministry of Economy, Trade and Industry (METI) and the Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT) spearhead these efforts through the Public-Private Committee for Advanced Air Mobility¹⁰⁴. This committee is responsible for overseeing the various working groups involved in the development of safety standards for aircraft and flight operations, pilot certification and operational regulations¹⁰⁵.

Japan's regulatory approach is based on existing aviation laws, including various adaptations to UAM technologies. The country seeks to develop its standards by taking into account Bilateral Aviation Agreements (BASA) with organisations such as FAA and EASA¹⁰⁶. These standards include the classification of eVTOL aircraft under the Civil Aeronautics Law, which involves setting special conditions for type certifications based on aircraft performance, such as maximum take-off weights, number of seats, and intended use¹⁰⁷.

¹⁰¹ Stephen Bridgewater, 'eVTOLs - set to be big in Japan?' *Royal Aeronautical Society* (Kyoto, 13.10.2023) <<https://www.aerosociety.com/news/evtols-set-to-be-big-in-japan/>> accessed 2.08.2024.

¹⁰² Joe Macey, 'Japan's First UAM Center Launched' *Advanced Air Mobility International* (22.03.2024) <<https://www.aaminternational.com/2024/03/japans-first-uam-center-launched/>> accessed 2.08.2024.

¹⁰³ Ministry of Economy, Trade and Industry (METI) and Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT), *Advanced Air Mobility in Japan 2021 -Our Development and Beyond* (2021) 1 <https://www.mlit.go.jp/koku/content/Advanced_Air_Mobility_in_JAPAN_2021.pdf> accessed 2.08.2024.

¹⁰⁴ The Public-Private Committee on Enhanced Air Mobility was founded in 2018 to negotiate the development of a wide range of services such as passenger transport, scenic flights and air ambulance services within the country.

¹⁰⁵ METI and MLIT (n 103) 1.

¹⁰⁶ *ibid* 2.

¹⁰⁷ *ibid* 13.

The AAM Roadmap in Japan includes short-term objectives for piloted eVTOL operations by 2025, with regulatory frameworks established for visual flight rules (VFR) operations and pilot certification requirements¹⁰⁸. In the medium and long term, i.e. after 2025, the focus will shift to the development of regulations for remotely piloted and autonomous flights with improved levels of automation and increased flight route densities¹⁰⁹. This structured and proactive approach aims to ensure the safe and efficient integration of UAM into Japanese society.

IV. Lessons for Türkiye's UAM Regulations

A. Key Lessons for Türkiye from International Regulations

As Türkiye develops its own UAM regulatory framework, the international standards examined in the previous chapters of this study and the practices of other states can be taken as examples. In the light of the experiences of pioneers in this field such as the USA, Germany, Japan and the work of international aviation authorities such as ICAO and EASA, Türkiye can be better prepared for the sui generis challenges that the UAM concept brings with it. Under this heading, before moving on to various recommendations, the main lessons that can be learnt from the practices examined in the study will be presented. These include the establishment of clearer safety standards, increasing public trust and acceptance of UAM technology, and the development of airspace management systems to facilitate and accelerate the integration of UAM operations with existing aviation operations.

The initial implication, as in almost every new technological field, is the need for specific regulations in this area. There is a strong need to establish specific safety and airworthiness standards for UAM vehicles. As observed in Europe, it is important to have certification requirements in line with the unique characteristics of eVTOLs and other UAM aircraft. EASA's Special Condition for VTOL aircraft, which describes new design and operational characteristics not covered by conventional aircraft standards, demonstrates the necessity for specialised regulatory criteria.

¹⁰⁸ ibid 10.

¹⁰⁹ ibid 10-12.

Another important lesson is to ensure public trust and acceptance of UAM technology. EASA's comprehensive study of social attitudes towards UAM has enabled regulatory authorities to better understand the public's concerns about safety, noise, environmental impact, privacy, etc. and to more accurately propose solutions. Turkish authorities can take these concerns into account and make them an early part of the regulatory process and facilitate a smoother integration of UAM technologies into urban environments.

Furthermore, the effective and safe management of low altitude airspace is another area that Türkiye needs to consider. Various applications such as Europe's U-Space framework and Japan's advanced air mobility initiatives can be considered as good practice examples for establishing airspace zones specialised for UAM vehicles and air traffic control systems that take into account these operations. Having such systems not only increases operational safety, but also enables manned and unmanned aircraft to operate seamlessly together in crowded urban areas. Türkiye can also benefit from digital solutions and advanced technology to effectively monitor and manage UAM traffic, which has a very high potential.

Finally, the proactive regulatory frameworks of the states modelled in this study emphasise the importance of strategies that are forward-thinking and responsive to the interests and needs of their society. Turkish regulatory authorities can start by creating guidelines for the integration of the UAM concept, such as Japan's Advanced Air Mobility Roadmap, and act as a pilot for the growth of the sector.

As a result, Türkiye's work on UAM regulations could be much more properly carried out by utilising international best practice recommendations and standards. Solidly established standards for safety and airworthiness, an approach that prioritises public acceptance, effective and efficient use of urban airspace are all vital for the proper integration of UAM into the Turkish urban transport system.

B. Recommendations for New Standards and Regulation Enhancements

While Türkiye's existing regulatory framework is relatively adequate for aviation activities in the traditional sense, it appears inadequate to address the new and sui generis challenges of the new UAM concept. To fill this gap, both targeted changes to existing regulations and new standards and rules for UAM should be established. In this way, a country like Türkiye, with its large population and many metropolises, can meet the UAM concept that it will face in the near fu-

ture in a well-prepared form. In this section of the article, various suggestions on what strategies can be utilised to achieve these goals will be presented.

1. Developing Specific Airworthiness and Safety Standards for UAM Vehicles

One of the first and most critical steps to be taken for the UAM regulatory framework is the establishment of specific airworthiness and safety standards for new generation vehicles such as eVTOL aircraft. Many of the existing regulations are designed for conventional aircraft and do not address the different design, operational and technological characteristics of UAM vehicles. Standards such as EASA's Special Condition for VTOL aircraft or FAA's Part 21.17(b) should be developed to accommodate new innovations. This would provide clear regulatory guidance for the design, manufacture and operation of UAM vehicles in Türkiye and reduce uncertainties for both manufacturers and operators.

In developing requirements to cover technical features such as vertical take-off and landing capabilities, advanced propulsion systems and (semi/fully) autonomous operations, the DGCA may consider working in close liaison with technical experts and engineers with knowledge of the industry. Such cooperation would not only ensure that the standards introduced are in line with international best practice but would also provide a flexible framework for further developments in the future. The DGCA could even update its institutional legislation to add the preparation of UAM-related standards to the Department of Airworthiness' duties and powers.

2. Enhancing Pilot and Operator Certification Processes for UAM

Like airworthiness and safety standards, Türkiye's pilot and operator licensing process is generally designed for conventional aircraft and has limited suitability for UAM vehicles. What is required to overcome this deficiency is the establishment of licensing and training programmes tailored to the operators of these vehicles. This includes the creation of different categories for UAM specific licences, as well as training programmes addressing the operational differences of UAM vehicles, such as vertical take-off, landing in dense urban environments and integration with low altitude air traffic management systems.

The DGCA could start by revising the existing pilot certification instructions to include specific criteria for UAM pilots, such as flight simulation training for urban airspace, emergency response protocols and competence to operate autonomous or remotely piloted systems. Similar to Japan's approach to pilot certification, the development of comprehensive training standards for UAM

operators would ensure that personnel are adequately equipped to manage UAM operations. In this preparatory phase, DGCA could work with universities and private aviation training centres to develop UAM specific training modules. This will also fulfil the increasing demand for qualified personnel in the sector.

3. Adopting a Phased Implementation and Testing Approach

Considering the speed of technological developments in the UAM sector, although it is of great importance to close the regulatory gap, it will take time to create a solid structure. Legal borrowing of well-prepared foreign regulations may fill Türkiye's deficiency in this area in the short term, but it is likely to face other problems in the medium and long term. In order to avoid such an unfortunate outcome, Türkiye should adopt an approach based on real-world testing and feedback and develop a UAM regulatory framework with confident steps. Pilot projects and test flights in controlled areas can provide a safe operational environment for UAM technology with high public acceptance.

UAM test zones in well-defined urban areas will assist regulatory authorities with airspace governance strategies, safety protocols and public support. The knowledge gained from these trials will also help to face unexpected challenges earlier and allow for a dynamic regulatory environment.

In addition, a detailed survey could be carried out, similar to the one conducted by EASA, on the public attitude towards UAM operations and what the expectations and concerns of the public are. Since the UAM concept will be in close contact with crowded city life and therefore with people, this is very important for the public to accept this new technology and to find a place for it in their daily lives.

4. Involving Stakeholder Collaboration and Public Consultation

The drafting of UAM regulations should be inclusive, involving sector partners, aviation experts from both science and social sciences, industry representatives, aviation lawyers and, above all, the public. Methods such as inclusive surveys, periodic consultations, public hearings, etc. help to ensure that different perspectives on the issue can be shared and different concerns can be addressed. This ensures that Turkish UAM regulations are both technically sound and socially acceptable.

Furthermore, solid public-private co-operation will enable more effective sharing of knowledge and resources, stimulate innovation and accelerate the regulatory process. Collaboration with UAM technology developers, academic institutions and international regulatory authorities also helps to gain valuable

knowledge. In this way, it is more feasible for Türkiye to develop a future-proof regulatory framework that is flexible and adaptable to future innovations.

Conclusion

In conclusion, this article has briefly introduced the concept of UAM and discussed whether Türkiye has an adequate aviation regulatory framework to ensure good operationalisation of this concept. Although the existing aviation regulations are relatively adequate for conventional air transport, they are not sufficient to address the sui generis problems created by UAM. Rapid developments in UAM technologies, such as eVTOL aircraft, make it necessary to have a legal framework that is both adaptable and far-sighted. As the concept is still new, it is not overdue for any action. Türkiye has the opportunity to develop a robust regulatory environment by learning from the work of international aviation organisations such as ICAO and EASA, and the approaches of leading countries in this field such as the US, Germany and Japan.

In developing the Turkish regulatory framework, it is a matter of debate whether existing regulations should be revised or whether a new industry orientated regulatory environment for UAM should be created from the ground up. Adapting and revising the existing aviation framework would allow for the gradual integration of UAM operations, and a practical solution could be achieved with established aviation rules. Another advantage of this approach could be a smoother and faster adoption of the UAM concept by stakeholders without the risks and disruptions of a completely new legal regime. On the other hand, if a separate and comprehensive regulatory environment centred on UAM is created, the sui generis difficulties of this new technological concept could be better addressed.

The decision ultimately depends on the sustainability and adaptability of the regulatory environment from a technological perspective as properly. A hybrid approach, i.e. both revising the existing framework as appropriate and creating new regulations for UAM, would offer the most appropriate way to proceed. By designing specific airworthiness and safety standards for UAM vehicles, improving the pilot and operator certification processes for these vehicles, and ensuring effective airspace management, Türkiye can make itself adequate to meet the demands of this emerging sector. Furthermore, a gradual and deliberate regulatory drafting process, active public participation and co-operation with a wide range of industry experts will ensure that the UAM is safely and sustainably integrated into Türkiye's urban transport infrastructure.

Bibliography

- Akkurt SS, 'Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk' (PhD thesis, Selcuk University 2014)
- Alcock C, 'China Issues the World's First eVTOL Aircraft Type Certificate to EHang's EH216-S Autonomous Vehicle' *Aviation International News* (13.10.2023) <<https://www.ainonline.com/news-article/2023-10-13/china-issues-worlds-first-evtol-aircraft-type-certificate-ehangs-eh216-s>> accessed 2.08.2024
- Bridgewater S, 'eVTOLs - set to be big in Japan?' *Royal Aeronautical Society* (Kyoto, 13.10.2023) <<https://www.aerosociety.com/news/evtols-set-to-be-big-in-japan/>> accessed 2.08.2024
- Collareno K, 'The Flight Path to Transportation Equity: How Legislators Can Ensure That Urban Air Mobility Delivers Inclusive Transportation Services' (2023) 2023 U Ill L Rev 639
- Commission Implementing Regulation (EU) 2017/373 [2017] OJ L 62, 8.3.2017
- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/664 on a regulatory framework for the U-space [2021] OJ L 139, 23.4.2021, 161-183
- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/665 amending Regulation (EU) 2017/373 on air traffic management in U-space airspace [2021] OJ L 139, 184-186
- Commission Implementing Regulation (EU) 2021/666 amending Regulation (EU) No 923/2012 on manned aviation in U-space airspace [2021] OJ L 139, 187-188
- Commission Implementing Regulation (EU) No 923/2012 [2012] OJ L 281, 1-66
- Convention on International Civil Aviation (signed 7.12.1944, entered into force 4.04.1947) 15 UNTS 295 (Chicago Convention)
- De Silva K, 'Laws Governing Military Aircraft under International Aviation Law and International Humanitarian Law: A Critique' (2023) 3 KDU Law Journal 1
- DGCA, 'History' (DGCA) <<https://web.shgm.gov.tr/en/kurumsal/1-history>> accessed 19.09.2024
- DGCA, Instruction on Flight and Duty Time Limitations and Rest Requirements for Air Taxi and General Aviation Operators (SHT-FTL/HG) 13.04.2018
- DGCA, Instruction on Licensing of Airplane, Helicopter, Vertical Take-off Aircraft, and Airship Pilots (SHT-FCL) 4.09.2024
- DGCA, Instruction on the Airworthiness and Environmental Certification of Aircraft and Related Products, Parts, and Appliances (SHT-21) 2.01.2024
- EASA, 'Special Condition for VTOL and Means of Compliance' (10.06.2024) <<https://www.easa.europa.eu/en/document-library/product-certification-consultations/special-condition-vtol>> accessed 12.08.2024
- EASA, 'Special Condition Vertical Take-Off and Landing (VTOL) Capable Aircraft' (Doc No SC-VTOL-02, Issue 2, 10.06.2024) <<https://www.easa.europa.eu/en/downloads/139946/en>> accessed 12.08.2024

- EASA, 'Study on the Societal Acceptance of Urban Air Mobility in Europe - Full Study Report' (19.05.2021) <<https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-full-report.pdf>> accessed 12.08.2024
- EASA, 'Study on the Societal Acceptance of Urban Air Mobility in Europe - Summary Study Report' (May 2021) <<https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam-short-report.pdf>> accessed 12.08.2024
- EASA, 'Urban Air Mobility (UAM)' <<https://www.easa.europa.eu/en/domains/drones-air-mobility/drones-air-mobility-landscape/urban-air-mobility-uam>> accessed 12.08.2024
- EASA, 'Urban Air Mobility Survey Evaluation Report' (2021) <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/uam_detailed_survey_evaluation.pdf> accessed 12.08.2024
- Editorial, 'German government signs cooperative UAM agreement with cities and regions' (*Unmanned Airspace*, 2.07.2021) <<https://www.unmannedairspace.info/urban-air-mobility/german-government-signs-cooperative-uam-agreement-with-cities-and-regions/>> accessed 7.08.2024
- Editorial, 'Volocopter Air Taxi Flies Over Singapore's Marina Bay' *Volocopter* (22.10.2019) <<https://www.volocopter.com/en/newsroom/volocopter-air-taxi-flies-over-singapores-marina-bay>> accessed 2.08.2024
- FAA 14 CFR Part 107
- FAA 14 CFR Part 135 Air Carrier and Operator Certification: 1. General Information. Available at <https://www.faa.gov/licenses_certificates/airline_certification/135_certification/general_info> accessed 30 September 2024
- FAA 14 CFR Part 21.17(b)
- FAA 14 CFR Part 23
- FAA 14 CFR Part 27
- ICAO, 'Advanced Air Mobility Study Group (AAM SG)' (ICAO, 2023) <[https://www.icao.int/safety/UA/Pages/Advanced-Air-Mobility-Study-Group-\(AAM-SG\).aspx](https://www.icao.int/safety/UA/Pages/Advanced-Air-Mobility-Study-Group-(AAM-SG).aspx)> accessed 2.10.2024
- ICAO, *Assembly - 40th Session Executive Committee: Urban Air Mobility* (Working Paper No A40-WP/292, EX/122, 27.07.2019) 1, <https://www.icao.int/Meetings/a40/Documents/WP/wp_292_en.pdf> accessed 2.10.2024
- ICAO, *Assembly - 41st Session Executive Committee: Legal and Societal Stakes for the Emerging Air Mobility in Metropolitan Areas* (Working Paper No A41-WP/110, EX/50, 27.07.2022) 1, 1, <https://www.icao.int/Meetings/a41/Documents/WP/wp_110_rev_en.pdf> accessed 2.10.2024
- ICAO, *Assembly - 41st Session Technical Commission: Need for Guidelines and Regulatory Framework for Development of Urban Air Mobility/Advanced Air Mobility (UAM/AAM)* (Working Paper No A41-WP/292, TE/112, 5.08.2022) 1, <https://www.icao.int/Meetings/a41/Documents/WP/wp_292_en.pdf> accessed 2.10.2024

- ICAO, 'First Advanced Air Mobility Symposium (AAM 2024)' (9-12 September 2024, Montréal, Canada) <<https://www.icao.int/Meetings/AAM2024/Pages/default.aspx>> accessed 2.10.2024
- ICAO, 'Multi-level Governance of Urban Air Mobility (UAM)' (ICAO Innovation Series, 9.06.2024) <<https://www.icao.int/Meetings/innovation-series/Pages/Multi-governance-of-UAM.aspx>> accessed 2.10.2024
- Immel JJ and Langlinais JA, 'The Challenges to Urban Air Mobility' (2020) 33 Air & Space Law 16
- International Civil Aviation Organization, *Annex 15 to the Convention on International Civil Aviation: Aeronautical Information Services* (16th edn, ICAO 2018)
- Kareng Y, 'International Aviation/ Airspace Law An Overview' (2020) 4(1) International Journal of Law Reconstruction 56
- Korul V and Küçükönel H, 'Türk Sivil Havacılık Sisteminin Yapısal Analizi' (2003) 3(1) Ege Academic Review 24
- Kotaite A, 'ICAO and the Development of Air Transport' (1980) 52 (2) Aircraft Engineering and Aerospace Technology 17
- Kurt Ş and Ün O, 'İnsansız Hava Araçları (İHA) Üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme' (2015) 2 ERÜHFD 195
- Law on the Ratification of the International Civil Aviation Interim Agreement and Its Annexes, Concluded and Signed in Chicago on 7.12.1944, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 7.10.1945/ 6029
- Macey J, 'Japan's First UAM Center Launched' *Advanced Air Mobility International* (22.03.2024) <<https://www.aaminternational.com/2024/03/japans-first-uam-center-launched/>> accessed 2.08.2024
- Memorandum für smarte Städte und Regionen zwischen den deutschen Modellstädten und -regionen für Urban Air Mobility (UIC²-DE), Stadt Aachen, Freie und Hansestadt Hamburg, Stadt Ingolstadt und Region Nordhessen sowie dem Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI). Available at <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/DG/mou-drohneninnovationen-dokument.pdf?__blob=publicationFile> accessed 7.08.2024
- Ministry of Economy, Trade and Industry (METI) and Ministry of Land, Infrastructure, Transport and Tourism (MLIT), *Advanced Air Mobility in Japan 2021 -Our Development and Beyond* (2021) 1 <https://www.mlit.go.jp/koku/content/Advanced_Air_Mobility_in_JAPAN_2021.pdf> accessed 2.08.2024
- Pandey S and others, 'The Reality of Common Man's Dream of Air Lifting Uber Taxis' (2022) 7(7) International Journal of Mechanical Engineering 85
- Patterson T, '5 Ways eVTOL Got Bigger in 2021' *Flying* (last updated 9.02.2022) <<https://www.flyingmag.com/5-ways-evtol-got-bigger-in-2021/>> accessed 2.08.2024

- Presidential Decree on the Organization of Institutions and Organizations Affiliated, Related, or Associated with Ministries and Other Institutions and Organizations, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 15.07.2018/ 30479
- Press Release, 'BMDV fördert innovative Anwendungen mit Drohnen' (BMDV, 28.09.2022) <<https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Pressemitteilungen/2022/074-wissing-drohnenfoerderung.html>> accessed 7.08.2024
- Ravich TM, 'On-Demand Aviation: Governance Challenges of Urban Air Mobility ("UAM")' (2020) 124 Penn St L Rev 657
- Rhyne CS, 'International Law and Air Transportation' (1948) 47 (1) Michigan Law Review 41
- Sorgucu A, *Hava ve Uzay Hukuku* (6th edn, Adalet 2024)
- Sreejith SG, Srinivasan L and Irani V, 'The Philosophy of International Aviation Law' (2023) 33 Ind Int'l & Comp L Rev 169
- TomTom Traffic Index, 'Istanbul Traffic' *TomTom* (last updated 2.08.2024) <<https://www.tomtom.com/traffic-index/istanbul-traffic/>> accessed 2.08.2024
- Traffic Presidency of the General Directorate of Security, 'Traffic Statistics Bulletin' *EGM* (June 2024) <<https://www.trafik.gov.tr/istatistikler37>> accessed 1.08.2024
- Tuncal A and Uslu S, 'Kentsel Hava Hareketliliği Kavramının Gelişiminde İki Önemli Faktör: ATM ve Toplum' (2021) 23(41) *KMU Journal of Social and Economic Research* 564
- Turkish Civil Aviation Law No: 2920, Official Gazette of the Republic of Türkiye, 19.10.1983/ 18196
- Turkish Statistical Institute, 'Road Traffic Accident Statistics, 2023' *TÜİK* (16.05.2024) <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Karayolu-Trafik-Kaza-Istatistikleri-2023-53479>> accessed 1.08.2024
- Volocopter GmbH, *The Roadmap to Scalable Urban Air Mobility, White Paper 2.0* (2020) <<https://static1.squarespace.com/static/5d27bb3e330ac30001dc14fd/t/6165c265c89c61365aa517f5/1634058869091/Volocopter+v2+Roadmap+to+Scalable+UAM.pdf>> accessed 30.09.2024
- World Bank, 'Urban Development' (World Bank, 2023) <<https://www.worldbank.org/en/topic/urbandevelopment/overview#1>> accessed 30.9.2024

The Problem of Independence and Impartiality of the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation in the Context of the Judgments of the European Court of Human Rights^(*)

Dinçer ÇERİBAŞ^(**)

Abstract

Nowadays, a significant part of sports law disputes are resolved by sports resolution authorities acting through alternative dispute resolution methods such as arbitration and mediation. Pursuant to Article 59 (3) of the Constitution, “*The decisions of sports federations relating to sports administration and disciplinary sanctions may only be challenged through compulsory arbitration. The decisions of the Arbitration Committee are final and shall not be appealed to any judicial authority.*” The functioning of the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation (the Arbitration Committee), which carries out its duties in line with the aforementioned provision of the Constitution, has been recently extensively analysed by the European Court of Human Rights (ECtHR). In *Ali Rıza and Others v. Turkey* case the ECtHR held that the Arbitration Committee was not independent and impartial. With this decision, the Turkish football arbitration proceedings started to be discussed in terms of the right to a fair trial.

The purpose of this study is to analyse the Turkish Football Federation arbitration proceedings in line with the ECtHR judgments in terms of the right to a fair trial. Within

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.09.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 19.08.2024.

Atıf Şekli: Dinçer Çeribaş, ‘The Problem of Independence and Impartiality of the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation in the Context of the Judgments of the European Court of Human Rights’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1421, 1454.

DOI: 10.52273/sduhfd..1354675.

^(**) Hukuk Müşaviri, Gençlik ve Spor Bakanlığı, Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Ankara, Türkiye.

E-posta: dincerceribas@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7901-9649>.

the scope of the study, the steps taken by the State and the TFF to overcome the independence and impartiality of the Arbitration Committee have been discussed and solution suggestions are tried to be produced.

Keywords

Right to Sport, Right to a Fair Trial in Sport, Turkish Football Federation, Compulsory Arbitration Proceedings, The Arbitration Committee of the Turkish Football Federation.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Bağlamında Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Yargılamasında Bağımsızlık ve Tarafsızlık Sorunu

Öz

Günümüzde spor hukuku uyuşmazlıklarının önemli bir bölümü, tahkim ve arabuluculuk yöntemi gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile görev yapan sportif yargı mercileri tarafından çözümlenmektedir. Anayasa'nın 59 (3) maddesi uyarınca, "*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*" Anayasa'nın anılan hükmü doğrultusunda görevlerini yürüten Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun (Tahkim Kurulu) işleyişi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından yakın zamanda kapsamlı olarak incelenmiştir. AİHM *Ali Rıza ve diğeri ve Türkiye* davasında, Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığına karar vermiştir. Bu kararla birlikte Türk futbol tahkim yargılaması, adil yargılanma hakkı açısından tartışılmaya başlanmıştır.

Bu çalışmanın amacı, AİHM kararları doğrultusunda Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tahkim yargılamasının adil yargılanma hakkı açısından incelenmesidir. Çalışma kapsamında Devlet ve TFF tarafından Tahkim Kurulunun bağımsızlık ve tarafsızlık sorununun giderilmesine yönelik atılan adımlar tartışılmış ve bu konuda çözüm önerileri üretilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Spor Hakkı, Sporda Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Futbol Federasyonu, Zorunlu Tahkim Yargılaması, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu.

Introduction

Sports activities, whether they are carried out for mental and physical health or for earning money, are very important for people to sustain their biological and sociological existence.¹ For this reason, sport is in direct and indirect interaction with other areas of life. Since sport is an indispensable part of life, it constitutes a right for people and is protected by the legal system². Due to these characteristics, the right to sport is a fundamental human right that is linked to rights such as the right to life, the right to work, the right to equality and the right to education³.

Many studies, argue that sport is a fundamental human right⁴. As a matter of fact, many international declarations and documents recognize sport as a fundamental human right. International Olympic Committee (IOC), European Union (EU), United Nations (UN) and United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) have emphasised in many international treaties, declarations and instruments that sport is a fundamental human right⁵.

In the Fundamental Principles of Olympism section of the IOC Charter, it is stated that, *“The practice of sport is a human right. Every individual must have*

¹ Christer Malm, Johan Jakobsson and Isaksson Andreas, ‘Physical Activity and Sports-Real Health Benefits: A Review with Insight into the Public Health Of Sweden’ (2019) 7(5) Sports 1, 11.

² Taner Ayanoglu, ‘The Scope and Limits of the Right to Sport in Turkish Law’ (2019) (68) In Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 1, 4.

³ Atilla Erdemli, ‘Spor Nedir?’ (2007) Kismet Erkiner and Ali Soysüren (eds), *Spor Hukuku Dersleri* (Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 11, 19.

⁴ Bruce Kidd and Bruce Donnelly, ‘Human Rights In Sports’ (2000) 35(2) International Review for the Sociology of Sport 131, 140; Fred Coalter, ‘The Politics of Sport-For-Development: Limited Focus Programmes and Broad Gauge Problems?’ (2010) 45(3) International Review for the Sociology of Sport 295, 309; Bruce Kidd, ‘Cautions, Questions and Opportunities in Sport for Development and Peace’ (2011) 32(3) Third World Quarterly 603, 605; Andrew Bloodworth, Mike McNamee and Richard Bailey, ‘Sport, Physical Activity and Well-Being: an Objectivist Account’ (2012) 17(4) Sport, Education and Society 497, 505; Cathy Devine, ‘London 2012 Olympic Legacy: a Big Sporting Society?’ (2013) 5(2) International Journal of Sport Policy and Politics 257,270; Meg Hancock, Lyras Alexis, and Ha Jae-Pil, ‘Sport for Development Programs for Girls and Women: a Global Assessment’ (2013) 1(1) Journal of Sport For Development 15,20; Francisco Javier, ‘The Sport for All Ideal: a Tool for Enhancing Human Capabilities and Dignity’ (2014) 63(1) Physical Culture and Sport 20, 23; Andrew Adams and Mark Piekarz, ‘Sport Events and Human Rights: Positive Promotion or Negative Erosion?’ (2015) 7(3) Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events 220, 231; Mina C. Mojtahedi and Hisayo Katsui, ‘Making the Right Real! a Case Study on the Implementation of the Right to Sport for Persons With Disabilities in Ethiopia’ (2018) 21(1) Sport in Society 40, 44.

⁵ Emanuele Isidori and Benetton Mirca, ‘Sport as Education: Between Dignity and Human Rights’ (2015) 197 Procedia-Social and Behavioral Sciences 686, 689.

*the possibility of practicing sport, without discrimination of any kind and in the Olympic spirit, which requires mutual understanding with a spirit of friendship, solidarity and fair play*⁶. The 1948 United Nations Universal Declaration of Human Rights recognised that, “Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay⁷”. According to the International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport adopted by UNESCO in 1978, “Recognizing that physical education, physical activity and sport can bring a variety of individual and societal benefits, such as health, social and economic development, youth empowerment, reconciliation and peace⁸”. Article 1.1. of the UNESCO International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport states that, “Every human being has a fundamental right to physical education, physical activity and sport without discrimination on the basis of ethnicity, gender, sexual orientation, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property or any other basis⁹”. In the World Programme of Action Concerning Disabled Persons¹⁰ adopted by UN in 1982 and the Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities¹¹ adopted in 1993 include articles recognising the right of disabled people to do sports¹². As can be seen from the aforementioned treaties, documents and declarations of international organisations, the right to sport is recognised as a fundamental human right.

However, as a result of increased public interest in sports, broadcasting, advertising and sponsorship incomes in the field of sports have also increased as-

⁶ IOC, ‘Article 4 of the Fundamental Principles of Olympism’ (17 July 2020) <<https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/EN-Olympic-Charter.pdf>> Date of Access 12 January 2023.

⁷ UN, ‘Article 24 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948’ <<https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/udhr.pdf>> Date of Access 12 January 2023.

⁸ Preamble article 6 of the International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport adopted by UNESCO in 1978 see <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000235409>> Date of Access 12 January 2023.

⁹ Article 1.1 of the International Charter of Physical Education, Physical Activity and Sport.

¹⁰ UN, ‘World Programme of Action Concerning Disabled Persons’ <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/world-programme-of-action-concerning-disabled-persons.html>> Date of Access 12 January 2023.

¹¹ UN, ‘The Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities’ <<https://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>> Date of Access 12 January 2023.

¹² Elise C. Roy, ‘Aiming for Inclusive Sport: the Legal and Practical Implications of United Nations Disability Convention for Sport, Recreation and Leisure for People With Disabilities’ (2007) 5(1) Entertainment and Sports Law Journal 1, 7.

tronomically. Thus, the incomes of sports clubs and athletes have also increased extraordinarily¹³. As a natural consequence, the number of disputes in the field of sports law has increased. Since sport is a fundamental human right, many applications have been made to the European Court of Human Rights (ECtHR) in relation to the rights protected by the European Convention on Human Rights (ECHR), especially in the context of the right to a fair trial, respect for private and family life and freedom of expression. In this context, the ECtHR has rendered important decisions in recent years in relation to incidents in the field of sports.

The ECtHR has found violations of rights under Articles 6, 8 and 10 of the ECHR in the *Ali Rıza* judgment and a number of subsequent applications concerning Turkish football arbitration proceedings¹⁴. In *Ali Rıza* judgment, the ECtHR specifically stated that there is a systemic problem concerning the Arbitration Committee and that the State should take the necessary measures to overcome this problem.

In this study, the problem of independence and impartiality of the arbitration proceedings of the TFF is discussed in the context of the applications to the ECtHR. Within the scope of the study, the steps taken by the State and the TFF to overcome the problem were revealed and it is aimed to propose solutions in this regard.

I. The right to a fair trial in the context of ECtHR case law

Pursuant to Article 90 of the Constitution, international human rights treaties to which Turkey is a party become directly effective in domestic law upon ratification. This requires Turkish courts to apply the provisions of these conventions directly and primarily. The authority to interpret the ECHR belongs to the ECtHR. Therefore, in the process of implementing this convention in domestic law, the provisions of the convention and the decisions of the ECtHR should be taken into consideration together¹⁵.

¹³ Dinçer Çeribaş, 'Türkiye'de Sporcu Ücretlerinin Vergilendirilmesi' (2020) 10(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 555, 557.

¹⁴ *Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Turkey* App no 2006/13 and 10857/13 (ECHR, 15 June 2021); *İbrahim Tokmak v. Turkey*, App no 54540/16 (ECHR, 18 May 2021); *Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Turkey*, App no 48924/16 (ECHR, 18 May 2021); *Sedat Doğan v. Turkey*, App no 48909/14, (ECHR 18 May 2021).

¹⁵ Ali Akyıldız, 'Spor Tahkim Kurullarının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı Sorunu: AİHM'in "Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye" Kararı' (ed. Tacar Çağlar), TBB Spor Hukuku Kurulu Av. Hasan Güneş Atabay Armağanı (2020) 44.

In this context, the concept of the right to a fair trial, which has become a major problem for TFF arbitration proceedings, should be discussed in detail. The concept of “right to a fair trial”, which is a fundamental human right, has been frequently discussed in the doctrine. The minimum standards that must be complied with in order for justice to fulfill its expected functions constitute the scope of the right to a fair trial. These standards include the following elements;

- Independent and impartial courts: Trials must be conducted by independent and impartial courts.
- Presumption of innocence: A person is innocent until proven guilty.
- Right to a timely and effective defense: The accused person must have the right to an effective defense in sufficient time.
- Right to information: A person must be informed of the charges against him and have the opportunity to present counter-evidence.
- Speedy trial: Trials must be held within a reasonable time.
- Right to counsel: The accused person has the right to a lawyer.
- Trial by two levels: There should be a right to appeal to a higher court after a verdict has been rendered.
- Power to punish and the principle of proportionality: If a person commits a crime, he must be punished fairly and in accordance with the law.

The right to a fair trial is essentially about the fair administration of justice. What is important in ensuring the right to a fair trial is whether the conditions necessary for a fair decision to be rendered in the judicial process are met. In order to evaluate the impartiality and independence of the Arbitration Committee in terms of the right to a fair trial within the framework of the ECtHR judgments, first of all, the concept of “right to a fair trial” should be examined within the framework of the doctrine and the ECHR.

The right to a fair trial is regulated in Article 6/1 of the ECHR. According to the said Article, *“In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public*

order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

Although the right to a fair trial is included in the ECHR, the definition of this right is not included in the ECHR. However, the rights and guarantees in the ECHR as a whole aim to ensure the right to a fair trial. Likewise, this right provides individuals with guarantees regarding the fair administration of justice¹⁶.

The granting of the right to sue before judicial authorities is undoubtedly a prerequisite for a fair trial¹⁷. One of the most important points in terms of the right to a fair trial is to determine to which conflicts this right will be applied. This is because not all judicial processes are included in the scope of Article 6 of the ECHR. In the said article, the exercise of this right is limited to proceedings concerning “civil rights and obligations” and “charges against individuals”. However, the ECHR does not define these concepts either. Therefore, the scope of the right to a fair trial is determined within the framework of ECtHR judgments according to the characteristics of each concrete case, independently of domestic law rules.

In this context, the question arises as to whether the decisions of the Arbitration Committee regarding football proceedings are considered by the ECtHR within the scope of the “right to a fair trial”. Therefore, it is necessary to examine whether Article 6 (1) of the ECHR is applicable to each application regarding the violation of the right to a fair trial.

The fact that the right to a fair trial under Article 6 (1) of the ECHR covers civil rights and obligations as well as criminal law means that the admissibility requirement is met, especially for sports law disputes, which also include material disputes¹⁸.

The ECtHR essentially explained in the Ali Rıza case and previously in the Mutu and Pechstein case why football adjudication processes are considered within the scope of the “right to a fair trial”. In the Ali Rıza case, the ECtHR

¹⁶ Billur Yalıtı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, (Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006) 80.

¹⁷ Türkiye Millî Olimpiyat Komitesi Spor Hukuku Komisyonu, ‘Spor Hukukunda Güncel Sorunlar-II Sempozyumu’, (2010) 21.

¹⁸ Akyıldız (n. 14) 60.

stated that, in line with the relevant provisions of the FIFA and UEFA legislation, the functioning of single and specialized arbitration committees, which are among the non-State dispute resolution mechanisms, is a correct practice in terms of ensuring stability¹⁹. However, in the light of the findings in Mutu and Pechstein case, the ECtHR added that the *sui generis* nature of football disputes and the powers of the Arbitration Committee in this context could not result in the applicants being deprived of their right to a fair trial as guaranteed by Article 6 (1) of the ECHR²⁰.

The most striking finding of the ECtHR regarding the applicability of the right to a fair trial in football proceedings concerns the compulsory arbitration proceedings of the Arbitration Committee. In the Ali Rıza case, the ECtHR specifically emphasized the distinction between voluntary and compulsory arbitration. The ECtHR stated that in cases where arbitration proceedings are mandated by law, the parties are not likely to refer the dispute to a body other than the arbitral tribunal²¹. As a result of compulsory arbitration proceedings, the ECtHR stated that the arbitration proceedings must provide the guarantees set out in Article 6 (1) of the ECHR²².

The ECtHR has previously emphasized in Mutu and Pechstein case that where arbitration is mandated by law, the arbitral proceedings must provide the guarantees recognized by Article 6 (1) of the ECHR²³. The ECtHR emphasized that in voluntary arbitration proceedings, the parties may be deemed to have waived some of the procedural safeguards²⁴ provided by Article 6 of the ECHR by entering into an arbitration agreement, but in order for this waiver to be valid, the will to arbitrate must be expressed “free, lawful and unequivocal²⁵”.

¹⁹ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.179.

²⁰ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.180.

²¹ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.174.

²² Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.181, Mutu ve Pechstein para. 123.

²³ Mutu and Pechstein para. 96-97.

²⁴ The case law of the ECtHR recognizes that some of the rights guaranteed by Article 6 of the ECHR (such as the right to a public hearing) are incompatible with the nature of arbitration; therefore, the conclusion of an arbitration agreement would only constitute a waiver of such rights (Application No. 28101/95 Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands; Application no. 31737/96 SUOVANIEMI and others v. Finland, 23 February 1999).

²⁵ Mutu and Pechstein para. 103.

Within the scope of these statements of the ECtHR, it is useful to explain the characteristics of voluntary arbitration and compulsory arbitration proceedings. As a matter of fact, in cases where compulsory arbitration is envisaged in sports law disputes, there are criticisms that it negatively affects the right to a fair trial²⁶.

Arbitration is not a new concept for our country. Both the Code of Civil Procedure No. 1927 and the Code of Civil Procedure No. 6100 regulate arbitration²⁷. Arbitration is the settlement of a dispute between the parties by an arbitral tribunal appointed pursuant to a contract or a provision of law, or by persons directly elected by law. Arbitration proceedings are basically divided into two categories: voluntary arbitration proceedings and compulsory arbitration proceedings. Within the scope of the freedom of contract, voluntary arbitration proceedings are in cases where the parties have the authority to choose the persons who can resolve the dispute between them by agreement. Compulsory arbitration, on the other hand, refers to the delegation of a dispute to persons or committees other than the state courts by special legal regulations. The conditions under which arbitration is compulsory are determined by special provisions of law²⁸.

Here, the ECtHR stated that the Arbitration Committee should provide the guarantees stipulated in Article 6 (1) of the ECHR, citing the fact that the Arbitration Committee is a committee operating within the scope of compulsory arbitration proceedings within the scope of Law No. 5894, that individuals have no choice but to apply to this committee in accordance with domestic law rules, and moreover, unlike CAS decisions, the decisions of the Arbitration Committee are final and cannot be appealed to any court against the decisions of the Arbitration Committee²⁹.

Therefore, if there is an arbitration that is not based on the free will of the parties and is compulsory under a provision of law³⁰, the guarantees provided

²⁶ Habil Efe Direnisa, 'Spor Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkime İlişkin Güncel Sorunlar ve Gelişmeler' (2023) 5(2) Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 666, 702.

²⁷ Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Law No: 1086, Enacted on: 18.6.1927, Official Gazette 2.7.1927/622; Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Law No: 6100, Enacted on: 12.1.2011, Official Gazette 4.2.2011/27836.

²⁸ Nuray Ekşi, Spor Tahkim Hukuku, (Beta 2015) 120.

²⁹ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.179, 180 and 181.

³⁰ Ekşi, (n. 27) 139-140.

for by Article 6 of the ECHR must also be applied to this arbitration proceeding³¹. As can be seen, the arbitral authorities, and therefore the Arbitration Committee, which conduct compulsory arbitration proceedings in accordance with the case law of the ECtHR, have the appearance of a “tribunal established by law” that is required to provide the guarantees recognized by Article 6 of the ECHR³². The lack of independence and impartiality of the prosecuting authority constitutes a violation of the right to a fair trial in terms of Article 6 (1) of the ECHR, and it would be useful to explain the concepts of “independence” and “impartiality” with the case law of the ECtHR³³.

A. The concept of independence in terms of the right to a fair trial

Pursuant to Article 9 of the Constitution, judicial power is exercised by independent courts. It is understood from this provision that the authorities that will exercise judicial power must bear the name of “court” and that these institutions bearing the name of “court” must have persons bearing the title of “judge³⁴”. The exception to the rule that people who believe that their rights have been violated must apply to the courts is “arbitration”. According to Küçükgüngör, arbitration, which aims to resolve a dispute without recourse to state courts, is an exceptional type of proceeding that replaces the jurisdiction of the state³⁵. Ayanoğlu, on the other hand, argues that in order for a decision to qualify as a judicial decision, it must be rendered by state courts within the meaning of Article 9 of the Constitution³⁶. However, the ECtHR states that in cases of compulsory arbitration proceedings, the guarantees of Article 6 (1) of the ECHR must be ensured³⁷. It is therefore necessary to explain the conditions necessary to ensure judicial independence.

³¹ Application No. 28101/95 Nordström-Janzo and Nordström-Lehtine v. the Netherlands, paragraf 32.

³² Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para. 201, 204.

³³ Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS’ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı’ (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 79, 97.

³⁴ Cem Akil, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği’ (2013) 19(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 379, 390.

³⁵ Erkan Küçükgüngör, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği’ (2001) 50(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 143.

³⁶ Taner Ayanoğlu, ‘Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu’nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği’ (2008) 74 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 43, 68.

³⁷ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.181.

The independence of a judicial body means that it receives no orders or instructions from any person or organization, that it has no relationship with any person or organization that might influence its decision or cause it to feel under pressure, and that it is in a position to exercise its jurisdiction entirely of its own free will³⁸.

Independence in terms of “courts” exercising judicial power on behalf of the State refers to the independence of the courts from persons or institutions exercising other powers of the State. In this context, the independence of the court means that it does not receive orders or instructions from any person or institution, and in particular from the legislative or executive branch, and that it renders judgments without being under pressure from anyone³⁹.

According to the case-law of the ECtHR, in order for a judicial body to be characterized as “independent”, the method of appointment of the judges, their term of office, the existence of safeguards to protect the judges against external pressures, and whether they adopt an independent stance towards the parties are taken into account.

B. The concept of impartiality in terms of the right to a fair trial

Impartiality means that the judicial body should be at an equal distance to both sides of the dispute, should not take sides and should not have prejudices about the dispute.

The ECtHR considers the issue of impartiality from two different perspectives: subjective and objective impartiality. Subjective impartiality refers to whether the authority conducting the proceedings is biased towards the parties to the case. Objective impartiality, on the other hand, refers to the fact that the authority conducting the proceedings has an impartial appearance that is free from all kinds of suspicion, which gives confidence to those who seek rights⁴⁰. In other words, the measures taken to ensure impartiality must remove any reasonable doubt about the impartiality of the body⁴¹. Indeed, in

³⁸ Süheyla Balkar Bozkurt, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (On iki Levha İstanbul) 115-116.

³⁹ Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Beta, 2013) 166.

⁴⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, (7. Bası, Seçkin Yayınevi 2018) 322.

⁴¹ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.197.

many of its judgments, the ECtHR has advocated the idea that “it is not enough that justice is done, it must also be seen to be done⁴²”.

When investigating the impartiality of the court, the ECtHR looks at the procedure of appointment and dismissal of the members, their term of office, whether they receive orders and instructions and whether they have an independent appearance as a result of an overall assessment⁴³. Since it is very difficult to prove the subjective impartiality of the person conducting the proceedings, the ECtHR considers objective impartiality sufficient for the violation of the principle of impartiality.

Indeed, the ECtHR considers that even if it is difficult to obtain evidence that would rebut the presumption of subjective impartiality of the person conducting the proceedings, it is more possible to establish the existence of objective impartiality criteria and therefore the objective impartiality criterion provides a more important guarantee⁴⁴. It also considers that since the concepts of independence and objective impartiality are closely related, these concepts should be taken into account jointly, depending on the circumstances⁴⁵.

II. Analysing the ECtHR judgments on TFF arbitration proceedings

A. Functioning of the TFF arbitration proceedings

The right to sport, which is a fundamental human right, is protected under the supervision and oversight of the ECtHR in the context of the right to prohibition of torture, the right to liberty and security, the right to a fair trial, the right to respect for private and family life, freedom of expression, the right to an effective remedy, the right to prohibition of discrimination and other rights protected under the ECHR⁴⁶.

⁴² Feyyaz Gölcüklü, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “Adil Yargılama” (1994) 1(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199, 201.

⁴³ Fatih Gündoğdu, ‘TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi’ (2019) 140 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 141, 162.

⁴⁴ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.198.

⁴⁵ Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.200.

⁴⁶ See *FC Mretebi v. Georgia App no 38736/04 (ECHR, 31 July 2007)*; *Ressiot and Others v. France App no 15054/07 and 15066/07 (ECHR, 28 June 2012)*; *Herrmann v. Germany App no 9300/07 (ECHR, 26 June 2012)*; *Ostendorf v. Germany App no 15598/08 (ECHR, 7 March 2013)*; *Hentschel and Stark v. Germany App no 47274/15 (ECHR, 9 November 2017)*; *National Federation of Sportspersons’Associations And Unions (FNASS) and Others v. France App no*

Due to the *sui generis* nature of sports law, sports law disputes are often resolved by alternative dispute resolution methods such as arbitration and mediation methods other than state courts⁴⁷. However, the ECtHR considers that the *sui generis* nature of sports law disputes is not sufficient to deprive the applicants of the right to a fair trial guaranteed under the ECHR⁴⁸. The ECtHR therefore examines applications in the field of sport within its competence.

In an application brought by professional footballer Ömer Kerim Ali Rıza in relation to a contractual dispute, the ECtHR found a violation of the right to a fair trial under Article 6 (1) of the ECHR on the grounds that the Arbitration Committee was not independent and impartial. Furthermore, the ECtHR stated in its judgment that “*There is a systemic problem in the settlement of football disputes in Turkey and measures should be taken to overcome this problem*”. In particular, it was stated that the Arbitration Committee was not established to be independent from the Board of Directors.

The first judgment before the ECtHR dealing with the right to a fair trial under a football (service) contract concerns a dispute between Turkish football player Önder Deniz Kolğu and Turkish football club Vestel Manisaspor⁴⁹. The applicant alleged a violation of his right to a fair trial on the grounds that the Arbitration Committee was not independent and impartial. However, the ECtHR held that there had been no violation of Article 6 of the ECHR, in particular because the applicant had applied to the Arbitration Committee despite the fact that the remedy of recourse to the state courts was open to him⁵⁰. Similarly the ECtHR has previously held in a case⁵¹ concerning a dispute between the

48151/11 and 77769/13 (ECHR, 18 January 2018); *S., V. and A. v. Denmark* App no 35553/12, 36678/12 and 36711/12 (ECHR, 22 October 2018); *Velkov v. Bulgaria* App no 34503/10 (ECHR, 21 July 2020); *Semenya v. Switzerland* App no 10934/21 (ECHR, 11 July 2023); *A.M. v. Turkey* App no 67199/17 (ECHR, 19 October 2021); *Negovanović and Others v. Serbia* App no 29907/16 (ECHR, 25 January 2022).

⁴⁷ Dinçer Çeribaş and Oğuz Özbek, ‘*Alternative Dispute Resolution in Sports Disputes: A Review of Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation Decisions*’ (2021) 27(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 853, 858.

⁴⁸ *Ali Rıza and others v. Turkey* App no 30226/10 and 4 others (ECHR, 28 January 2020), para.180.

⁴⁹ *Önder Deniz Kolğu v. Turkey*, App no. 2935/07 (ECHR, Admissibility Decision of 27 August 2013).

⁵⁰ *Önder Deniz Kolğu v. Turkey*, App no 2935/07, (ECHR, 27 August 2013), para 44.

⁵¹ *Mutu and Pechstein v. Switzerland* App no 40575/10-67474/10 (ECHR, 2 October 2018).

famous Romanian footballer Adrian Mutu and the English football club Chelsea arising out of the unilateral termination of a football (service) contract that the application must be examined from the point of view of the right to a fair trial.

Indeed, in *Ali Rıza* judgment, the ECtHR extensively examined the resolution of Turkish football disputes, stating that the *sui generis* nature of football disputes does not exclude the ECtHR's jurisdiction⁵². For these reasons, it is required to explain the main features of the TFF arbitration proceedings in order to evaluate the *Ali Rıza* decision.

The most important innovation in Türkiye regarding sports governance and disciplinary proceedings was the Constitutional amendment in 2011. In 2011, Article 59 of the Constitution was amended as follows: "*The decisions of sports federations relating to sports administration and disciplinary sanctions may only be challenged through compulsory arbitration. The decisions of the Arbitration Board are final and shall not be appealed to any judicial authority*". In this regulation, recourse to the state courts against the decisions of the sports federations regarding the management and discipline of sports federations is closed and it is stated that only compulsory arbitration can be applied to⁵³.

Compulsory arbitration refers to the resolution of a dispute by individuals or tribunals other than the state courts as determined by special legal regulations⁵⁴. In Türkiye, the Arbitration Committee⁵⁵ in charge of football disputes operates within the scope of compulsory arbitration proceedings⁵⁶.

The TFF's compulsory arbitration procedure is organised by the first instance legal committees within the TFF and the Arbitration Committee, which is the highest legal committee⁵⁷. The first instance legal committees of the TFF

⁵² *Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.180.*

⁵³ Haydar Burak Gemalmaz, '*Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights*' (2019) 9(1) *The International Sports Law Journal* 38, 44.

⁵⁴ Ekşi (n. 27) 120.

⁵⁵ Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, Law No: 5894, Enacted on: 5.5.2009, Official Gazette 16.5.2009/27230.

⁵⁶ In Türkiye, there are two separate arbitration committees in the field of sports. The first one is the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation, which is only responsible for football disputes. The other one is the Arbitration Committee of the Ministry of Youth and Sports, which is responsible for all sports branches other than football.

⁵⁷ Ekşi (n. 27) 80.

are the Professional Football Disciplinary Committee (Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu - "the PFDC"), the Amateur Football Disciplinary Committee (Amatör Futbol Disiplin Kurulu - "the AFDC"), the Dispute Resolution Committee (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu - "the DRC"), the Club Licence Committee (Kulüp Lisans Kurulu - "the CLC"), the Ethic Committee (Etik Kurulu - "the EC") and the provincial disciplinary committees. Except for the decisions of the provincial disciplinary committees⁵⁸, there is a right of appeal to the Arbitration Committee against the decisions of other first instance legal committees⁵⁹. The Arbitration Committee is the final national competent sporting resolution authority and its decisions are final.

Decisions of national sports resolution may be appealed to the Court of Arbitration for Sport (CAS) in accordance with the Article R47 of the CAS Code if certain conditions are met⁶⁰. In the limited circumstances set out in the Article 190 (2)⁶¹ of the Swiss Private International Law Act, an action for annulment may be filed against CAS decisions before the Swiss Federal Court.

Pursuant to Article 56 (1) of the FIFA Statutes⁶² and Article R47 of the CAS Code, there is a right of appeal to CAS in football disputes in Türkiye which

⁵⁸ Pursuant to Article 87 (2) of the Football Disciplinary Directive entitled 'Appeal to Provincial Disciplinary Committee Decisions': "*Provincial Disciplinary Board decisions may be appealed before the AFDC within seven days from the date of notification.*"

⁵⁹ For further information about Football Disciplinary Directive; Ethic Committee Directive; Club Licence and Fair Play Directive see <<https://www.tff.org/default.aspx?pageID=132>> accessed 12 January 2023.

⁶⁰ Code of Sports-related Arbitration, 2020 Article R47 of the CAS Code states that: "*An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and if the Appellant has exhausted the legal remedies available to it prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body.*"

⁶¹ According to the Article 190(2) of the Swiss Private International Law Act of 18 December 1987: "*Proceedings for setting aside the award may only be initiated: a. where the sole arbitrator has been improperly appointed or where the arbitral tribunal has been improperly constituted; b. where the arbitral tribunal has wrongly accepted or denied jurisdiction; c. where the arbitral tribunal has ruled beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the claims; d. where the principle of equal treatment of the parties or their right to be heard in an adversary procedure has not been observed; e. where the award is incompatible with public policy.*"

⁶² According to the Article 56 (1) of the FIFA Statutes (May 2021 Edition): "*FIFA recognises the independent Court of Arbitration for Sport (CAS) with headquarters in Lausanne (Switzerland) to resolve disputes between FIFA, member associations, confederations, leagues, clubs, players, officials, football agents and match agents.*" regulation and Article 57 (1) of the FIFA

have an international dimension and are resolved by the competent legal bodies of FIFA. However, since Article 64 (1)⁶³ of the TFF Statutes stipulates that “However, CAS/TAS ...cannot hear appeals against decisions taken by the independent and duly constituted Arbitration Committee of the TFF.” the appeal to CAS against national decisions is closed.

B. Decisions of the ECtHR about the TFF arbitration proceedings

In *Ali Rıza and others v. Turkey* case⁶⁴ the ECtHR extensively examined the functioning of Turkish football arbitration proceedings from a human rights perspective. The Arbitration Committee imposed a fine and a transfer ban on Ali Rıza (the Applicant) as a result of a dispute which had arisen because the Applicant had left Trabzonspor Club (the Club) without authorisation. The Applicant appealed against the Arbitration Committee’s decision first to CAS, then to the Swiss Federal Tribunal and finally to the ECtHR.

The ECtHR ruled on a wide range of disputes in the field of sport⁶⁵. However, for the first time in the *Ali Rıza* case, the ECtHR found that the Arbitration Committee is not impartial and independent. From this point of view, the *Ali Rıza* case had great repercussions in national and international football circles.

In the *Ali Rıza* case, the ECtHR stated that it was not opposed to the resolution of sports law disputes by arbitration. However, it drew attention to the distinction between voluntary arbitration and compulsory arbitration. Furthermore, the ECtHR has stated that where arbitration proceedings are mandated by law, the parties are not likely to refer the dispute to a body other

Statutes, “Appeals against final decisions passed by FIFA’s legal bodies and against decisions passed by confederations, member associations or leagues shall be lodged with CAS within 21 days of receipt of the decision in question.”

⁶³ Pursuant to Article 64 of the TFF Statutes entitled Court of Arbitration for Sport (CAS/TAS):

“1. In accordance with the FIFA and UEFA Statutes, all appeals against a final and binding FIFA or UEFA decision are heard by the Court of Arbitration for Sport (CAS/TAS) in Lausanne, Switzerland. However, CAS/TAS cannot hear appeals against violations of the rules of the game, suspensions under the relevant provisions of the FIFA and UEFA Statutes or decisions taken by the independent and duly constituted Arbitration Committee of the TFF.

2. The TFF shall ensure that itself and its members, players, officials, competition organisers and players’ representatives fully comply with all decisions taken and finalised by FIFA or UEFA bodies and CAS/TAS.”

⁶⁴ *Ali Rıza and others v. Turkey* App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020).

⁶⁵ *ibid* 14.

than the arbitral tribunal. In this case, the ECtHR examined the application, stating that the arbitral tribunal must provide the guarantees⁶⁶ set out in Article 6 (1) of the ECHR⁶⁷. The ECtHR also found that the Congress of the TFF (TFF Genel Kurulu) and the Board of Directors of the TFF (TFF Yönetim Kurulu) which is elected by the Congress, were largely composed of the club members and executives and that the Board of Directors had a major influence on the functioning of the Arbitration Committee. In other words, it was stated that there was a structural inequality in the composition of the Arbitration Committee in favour of sports clubs.

The ECtHR evaluates the principle of impartiality in two different aspects: subjective and objective impartiality. Subjective impartiality refers to whether the person conducting the proceedings has a biased attitude towards the parties to the case. Objective impartiality, on the other hand, refers to the fact that the authority conducting the proceedings has an impartial appearance and structure free from all kinds of suspicion. Since it is very difficult to prove the subjective impartiality of the person conducting the proceedings, the ECtHR considers objective impartiality sufficient for the violation of the principle of impartiality⁶⁸.

The ECtHR stated that the procedure of the appointment of the Arbitration Committee by decision of the Board of Directors was not sufficient in itself to cast doubt on the objective impartiality of the Arbitration Committee⁶⁹. However, the ECtHR found that, there were reasonable grounds to doubt that the Arbitration Committee would operate in accordance with the necessary principles of independence and impartiality, taking into account the following considerations:

⁶⁶ *Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para.181.*

⁶⁷ Article 6 (1) of the ECHR states that: *"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice."*

⁶⁸ Hatice Kocasakal, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' 2020 40(1) 79, 99.

⁶⁹ *Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020), para. 209.*

- The legal committees of the TFF do not have a separate legal personality and budget from the TFF, these committees benefit from TFF's staff for their secretarial and administrative services, and until 17 April 2019, they served at the same location as the TFF headquarters⁷⁰.
- The Arbitration Committee members are appointed limited to the term of office of the Board of Directors and the President of the TFF⁷¹.
- The Arbitration Committee members are paid travelling and accommodation expenses in addition to the remuneration paid by the TFF, and the amounts paid to them are determined by the Board of Directors⁷².
- The Law No. 5894 and the TFF Statutes⁷³ do not provide the necessary safeguards to protect the Arbitration Committee members against any external pressure from their appointors and to fulfil their duties in an independent manner⁷⁴.
- The Arbitration Committee members are not required to swear an oath before taking up their duties⁷⁵.

As a result, the ECtHR held that there had been a violation of Article 6 (1) of the ECHR on account of the lack of independence and impartiality of the TFF in respect of the first and the fifth applicants. Furthermore, the ECtHR explained that the committees in charge of the resolution of the sports law disputes must be established in accordance with the standards of the ECHR, otherwise the decisions of these committees must be open to judicial review. For these reasons, it stated that measures should be taken to restructure the Arbitration Committee to be independent from the Board of Directors.

The findings in the *Ali Rıza* case have been taken as precedent in subsequent applications regarding the TFF arbitration proceedings and various violation decisions have been rendered. After this case, information on the applica-

⁷⁰ *ibid*, para. 53.

⁷¹ *ibid*, para. 213.

⁷² *ibid*, para. 214.

⁷³ TFF Statüsü, Enacted on: 3.6.2008. Pursuant to Article 84 of the TFF Statutes, the TFF Statutes entered into force with the adoption of Law No. 5894.

⁷⁴ *Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 (ECHR, 28 January 2020)*, para. 222.

⁷⁵ *ibid*, para. 212.

tions concluded against the Turkish Government (the Government) in relation to football disputes is given in Table 1⁷⁶.

Application	Article 6 (1) of the ECHR (Right to a fair trial)	Article 10 of the ECHR (Freedom of expression)	Article 8 of the ECHR (Right to respect for private and family life)
Ali Rıza and Others (Application No: 30226/10, 28 January 2020)	Violation	-	-
İlhan Yüksek Ekşioğlu and Şekip Mosturoğlu (Application No: 2006/13 and 10857/13, 15 June 2021)	Violation	-	Violation
İbrahim Tokmak (Application No: 54540/16, 18 May 2021)	Violation	Violation	-
Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği (Application No: 48924/16, 18 May 2021)	Violation	Violation	-
Sedat Doğan (Application No: 48909/14, 18 May 2021)	Violation	Violation	-

Table 1: Violation decisions regarding TFF arbitration proceedings

In the judgments in Table 1, it was decided that the right to a fair trial under Article 6 (1) of the ECHR was violated on the grounds that the Arbitration Com-

⁷⁶ *Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Turkey*, App no 2006/13 and 10857/13, (ECHR, 15 June 2021); *İbrahim Tokmak v. Turkey*, App no 54540/16, (ECHR, 18 May 2021); *Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Turkey*, App no 48924/16, (ECHR, 18 May 2021); *Sedat Doğan v. Turkey*, App no 48909/14, (ECHR, 18 May 2021).

mittee was not independent and impartial, as explained in the *Ali Rıza* judgment. It was decided that the right to freedom of expression was violated in the cases of *İbrahim Tokmak*⁷⁷, *Sedat Doğan*⁷⁸, *Naki ve Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği*⁷⁹, and that the right to respect for private and family life was violated in the case of *İlhan Yüksel Ekşioğlu and Şekip Mosturoğlu*⁸⁰. The most striking feature of these judgments is that in all of them, the right to a fair trial was found to have been violated in line with the grounds in the *Ali Rıza* judgment.

As a matter of fact, applications for the TFF arbitration proceedings are not limited to the cases listed in Table 1. In some applications alleging violations of the right to a fair trial and freedom of expression, the Government requested a friendly settlement of the disputes under Article 39 of the ECHR⁸¹. As a result of the acceptance of the applicants' request for friendly settlement, pecuniary and non-pecuniary damages were awarded in favour of the applicants in the cases of *Ali Yıldırım Koç v. Fenerbahçe Futbol Anonim Şirketi*⁸², *Fenerbahçe Futbol Anonim Şirketi v. Alper Pirşen*⁸³ and *Galatasaray Sportif Sınai ve Ticari Yatırımlar Anonim Şirketi*⁸⁴. The applications in the TFF arbitration proceedings are still pending and there are other cases that are likely to be concluded against the Government in the near future⁸⁵.

⁷⁷ *İbrahim Tokmak v. Turkey App no 54540/16 (ECHR, 18 May 2021).*

⁷⁸ *Sedat Doğan v. Turkey App no 48909/14 (ECHR, 18 May 2021).*

⁷⁹ *Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Turkey App no 48924/16 (ECHR, 18 May 2021).*

⁸⁰ *Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Turkey App no 2006/13 and 10857/13 (ECHR, 15 June 2021).*

⁸¹ According to Article 39 (1) of the ECHR "At any stage of the proceedings, the Court may place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement of the matter on the basis of respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto."

⁸² *Ali Yıldırım Koç ve Fenerbahçe Futbol Anonim Şirketi v. Türkiye App. no 80/21 (ECHR, 6 October 2022).* In this decision, EUR 3.902 in pecuniary damages and EUR 7.800 in non-pecuniary damages were awarded in favour of Ali Yıldırım Koç and EUR 13.007 in pecuniary damages and EUR 7.800 in non-pecuniary damages were awarded in favour of Fenerbahçe.

⁸³ *Fenerbahçe Futbol Anonim Şirketi ve Alper Pirşen v. Türkiye App. no 33702/21, (ECHR, 6 October 2022).* In this decision, EUR 7.800 non-pecuniary damages were awarded in favour of Alper Pirşen and EUR 10.623 pecuniary damages and EUR 7.800 non-pecuniary damages were awarded in favour of Fenerbahçe.

⁸⁴ *Galatasaray Sportif Sınai ve Ticari Yatırımlar Anonim Şirketi v. Türkiye App. no 52186/21 (ECHR, 6 October 2022).* In this decision, EUR 10.241 in pecuniary damages and EUR 7.800 in non-pecuniary damages were awarded in favour of Galatasaray.

⁸⁵ See *Serkan Çınar v. Türkiye, App no 35314/20 (ECHR, 15 November 2022); Adnan Yüksel Gürüz v. Türkiye App no 51563/20 (ECHR, 15 November 2022).*

C. Work carried out by the Government and the TFF

Following the findings of the ECtHR in the *Ali Rıza* judgment, important decisions were taken at the general assembly meeting held by the TFF on 28 July 2021 in order to eliminate the problems experienced in terms of the right to a fair trial. In this context, the main amendments made to the TFF Statutes in order to ensure the independence and impartiality of the Arbitration Committee and other legal committees are as follows⁸⁶:

- A Nomination Commission for Legal Committees⁸⁷ (Hukuk Kurulları Aday Komisyonu) has been established to nominate the chairmen and members of the Arbitration Committee, the PFDC and the DRC to propose them to the Congress⁸⁸.
- It has been decided that the Arbitration Committee, the PFDC and the DRC will be elected by the Congress from among the candidates with at least fifteen years of professional experience⁸⁹ identified by the Nomination Commission for Legal Committees⁹⁰.
- It has been decided that the Congress will determine the remuneration to be paid to the members of the Arbitration Committee, the PFDC and the DRC⁹¹.
- The term of office of the members elected to the Arbitration Committee, the PFDC, the AFDC, the CLC and the EC has been determined as four years and it has been decided that even if their term of office expires, they will continue to serve until the newly elected members take office⁹².

⁸⁶ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 11.8.2021/ 31565.

⁸⁷ Pursuant to the Turkish Football Federation Statutes Amendments, the Nomination Commission for Legal Committees consists of 13 members in total; 3 members notified by the TFF, 3 members notified by the Super League Clubs Association Foundation, 1 member notified by the TFF 1st League Clubs Association, 2 members notified by the TFF 2nd and 3rd League Clubs Association representing the TFF 2nd League and TFF 3rd League Clubs, 1 member notified by the Confederation of Amateur Sports Clubs of Türkiye, 1 member notified by the Professional Footballers Association, 1 member notified by the Türkiye Football Coaches Association.

⁸⁸ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri Article 54 (2), Official Gazette 11.8.2021/31565.

⁸⁹ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri Article 61 (1), Official Gazette 11.8.2021/31565.

⁹⁰ Article 54 (2) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹¹ Article 54 (4) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹² Article 54 (2) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

- It has been regulated that the members of the legal committees of the TFF can not be replaced by new members unless they resign or are deemed to have resigned⁹³, that they are impartial and independent in their duties, that they can not be given orders and instructions by anyone in relation to their duties, that they can not work in any club, board or general secretariat affiliated to the TFF⁹⁴, that they can not be held responsible for their decisions except in cases of gross negligence⁹⁵, and that they must take an oath before taking office⁹⁶.

In addition, within the scope of the provisional Article 2 added to the TFF Statutes, it has been decided that *“the Arbitration Committee, the PFDC and the DRC, which will be formed after the Statutes amendments enter into force, will be elected by the Congress at the 2022 TFF Ordinary General Assembly meeting.”*

Independently of this, the Parliament has been working on amending the law in line with the findings of the *Ali Rıza* judgment. As a result of these works, some amendments were made to the Law No. 5894 regarding the composition and functioning of the TFF legal committees with the regulations that entered into force on 26 April 2022⁹⁷. These amendments are as follows:

- The rule that the Arbitration Committee shall be elected by the Board of Directors has been introduced⁹⁸. Similarly, the rule of election of the first instance legal committees⁹⁹ by the Board of Directors has been introduced¹⁰⁰.

⁹³ Article 54 (4) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹⁴ Article 54 (4) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹⁵ Article 54 (5) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹⁶ Article 54 (5) of the Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri.

⁹⁷ Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu, Law No.: 7405, Enacted on: 22.4.2022, Official Gazette 26.4.2022/31821.

⁹⁸ According to the Article 6 (2) of the Law No. 5894: *“The Arbitration Committee shall consist of a chairman and six original and six substitute members who shall be elected by the Board of Directors from among legal professionals with at least ten years of professional experience...”*

⁹⁹ PFDC, AFDC, DRC, CLC, EC and provincial disciplinary committees.

¹⁰⁰ According to the Article 5 (4) of the Law No. 5894, *“The first instance legal committees shall consist of members to be elected by the Board of Directors. ...”*

- In addition, similar to the amendments made in the TFF Statutes, regulations have been introduced regarding the determination of the term of office of the Arbitration Committee and the first instance legal committees is set as four years independent of the term of office of the Board of Directors, the inability to elect new members unless the members resign or are deemed to have resigned, the impartiality and independence of the members in their duties, the inability of anyone to give orders and instructions regarding their duties, the inability to take office in other committees and organs of the TFF, the obligation to take an oath before taking office and the requirement of ten years of professional experience to become a member¹⁰¹.

As a result of the amendments made to Law No. 5894, some important provisions of the amendments to the TFF Statutes adopted at the TFF general assembly meeting on 28 July 2021 have become contrary to the law. These amendments¹⁰² to the TFF Statutes, which have become contrary to the legal regulations, have never been implemented.

Although the amendment to the TFF Statutes¹⁰³ stipulates that the Arbitration Committee, PFDC and DRC shall be elected by the Congress¹⁰⁴ at the TFF general assembly meeting to be held in 2022, these committees were not elected by the Congress due to the amendment to the law that entered into force before the TFF general assembly was held in 2022. Similarly, the requirement of fifteen years of professional experience¹⁰⁵ for the membership of the Arbitration Committee in the TFF Statutes amendment has been reduced to ten years with the Law amendment¹⁰⁶. Furthermore, although the amendment to the TFF Statutes stipulates that the remunerations to be paid to the members of the Arbitration Committee shall be determined by the Congress¹⁰⁷, the amendment to the Law does not include a provision on this matter.

¹⁰¹ Article 5 and 6 of the Law No. 5894.

¹⁰² Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 11.8.2021/31565.

¹⁰³ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 11.8.2021/31565.

¹⁰⁴ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri Provisional Article 2, Official Gazette 11.8.2021/31565.

¹⁰⁵ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri Article 61 (1), Official Gazette 11.8.2021/31565.

¹⁰⁶ Article 6 (2) of the Law No. 5894.

¹⁰⁷ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri Article 54 (4), Official Gazette 11.8.2021/31565.

As can be seen, the rule of election of the Arbitration Committee by the Congress, which was one of the most important innovations introduced by the amendment to the TFF Statutes in order to remove the obstacles to the right to a fair trial, was not accepted by the Parliament and the Board of Directors was authorised to appoint the Arbitration Committee in the law. In other words, the continuation of the authority of the Board of Directors to appoint the Arbitration Committee, which was one of the important grounds for the violation of the right to a fair trial in the *Ali Rıza* judgment, has been accepted¹⁰⁸.

As such, the relevant articles of the TFF Statutes, which had become contrary to the Law, were amended again at the TFF general assembly meeting held on 16 June 2022 in order to comply with the law¹⁰⁹. In the new TFF Statute amendments, it is stated that the Board of Directors has the authority to appoint the Arbitration Committee, as in the law. Also, the regulation on the determination of the remuneration to be paid to the members of the Arbitration Committee, PFDC and DRC by the Congress has been removed. The requirement of fifteen years of professional experience for membership of the Arbitration Committee has been reduced to ten years. In addition, regulations¹¹⁰ on other issues that are important for ensuring the independence and impartiality of the Arbitration Committee in the context of human rights have been preserved.

III. Assessment of the TFF arbitration proceedings

In line with the ECtHR's findings in the *Ali Rıza* judgment, it is useful to evaluate the work carried out by the Government and the TFF.

According to the ECtHR, three main reasons lie at the root of the problem identified. The first reason is that the Board of Directors has a great influence

¹⁰⁸ In the *Ali Rıza* decision, while the Arbitration Committee was appointed by the Board of Directors upon the proposal of the President of the TFF, the authority to appoint the Arbitration Committee was given directly to the Board of Directors as a result of the amendment in Article 6 (2) of the Law No. 5894 which entered into force on 26 April 2022.

¹⁰⁹ Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 24.6.2022/31876.

¹¹⁰ Regulations have been introduced such as the term of office of the members of the Arbitration Committee, the obligation to take an oath before taking office, their impartiality and independence in their duties, the obligation to withdraw from the file in case of conflict of interest, and the inability to be held liable except in cases of gross negligence.

over the functioning of the Arbitration Committee in matters such as the appointment of the Arbitration Committee, the term of office and the determination of the remuneration. The second reason is the lack of adequate safeguards to protect the members of the Arbitration Committee against external pressures and their appointors. Thirdly and finally, a structural inequality in favour of sports clubs arises in the composition of the Arbitration Committee due to the fact that the majority of the Congress is composed of representatives of sports clubs and the Board of Directors is elected by these representatives of the Congress, while the Board of Directors, which is predominantly composed of representatives of sports clubs, appoints the Arbitration Committee. Therefore, the ECtHR considers that in a possible dispute between sports clubs and other stakeholders of sport¹¹¹, the Arbitration Committee is likely to favour the sports club and this situation causes injustice.

The ECtHR while setting out the basic grounds explained above, saw the starting point of the problem of independence and impartiality of the Arbitration Committee in the inequality in the composition of the Congress, as a large part of the Congress of the TFF is composed of representatives of the sports clubs. However, the ECtHR did not explicitly stated in its judgment that the structure of the Congress, which is predominantly composed of representatives of sports clubs, should be changed.

The composition of the Congress is regulated in Article 22 (1) of the TFF Statutes. Pursuant to this article, the number of members of the Congress, which is formed by taking into account the current number of teams in the Turkish football leagues for the 2023-2024 season, is shown in Table 2.

Membership Type	Number of Clubs	Total Number of Members
Presidents of the top league clubs and 6 delegates	20	140
Presidents of 1st league clubs and 1 delegate	18	36
2nd league club presidents	19	19
3rd league club presidents	60	60

¹¹¹ Other stakeholders of football such as; referees, coaches, athletes, sports club employees and similar individuals.

Membership Type	Number of Clubs	Total Number of Members
President of the Confederation of Amateur Sports Clubs of Türkiye and 9 delegates	-	10
President of the Professional Footballers Association and 5 delegates	-	6
President of the Turkish Football Coaches Association and 5 delegates	-	6
President of the Association of Active Football Referees and Observers of Türkiye and 5 delegates	-	6
Presidents of disabled sports federations with football branches	-	?
People who have served in the FIFA or UEFA Executive Committee	-	?
Persons who have served on FIFA or UEFA committees for at least ten years	-	?
People who served as president of the Turkish Football Federation	-	?

Table 2: Composition of the Congress

At the general assembly meeting held by the TFF on 18 July 2024, it was stated that the Congress consisted of a total of 321 members¹¹². Table 2 shows that 255 members of the general assembly are composed of representatives of sports clubs. In this respect, it is noteworthy that the majority of the Congress (approximately 80 per cent) is composed of the members and executives of sports clubs. As a matter of fact, considering that TFF Super League sports clubs have seven memberships, first league sports clubs have two memberships, and second and third league sports clubs have one membership, it is seen that the representatives of sports clubs are not fairly represented even among themselves.

¹¹² According to the report of the general assembly meeting published on the TFF website see <<https://www.tff.org/Resources/TFF/Auto/fe485878b00b40f295e9ad3aaf8fc7e8.pdf>> Date of Access 2 September 2023.

In a study published in 2020¹¹³, the membership structure of the Congress of the football federations of various countries was analysed by categorising them as professional clubs, amateur clubs and other stakeholders. As a result of this analysis, the distribution of the Congress members of football federations of seventeen selected countries is shown in Table 3.

Country	Professional Clubs	Amateur Clubs	Other Stakeholders
Mexico	%91	%9	-
Türkiye	%83	%3	%14
Argentina	%81	%13	%6
Ivory Coast	%68	%29	%3
Colombia	%51	%49	%1
Morocco	%45	%9	%42
Brazil	%42	%57	%1
France	%37	%63	-
USA	%36	%26	%38
Italy	%34	%34	%32
Switzerland	%28	%72	-
Germany	%17	%33	%50
Australia	%28	%55	%17
Japan	%25	%66	%9
Spain	%14	%35	%51
England	%12	%57	%31
South Africa	%2	%85	%13

Table 3: The Congress membership structure of the football associations of seventeen selected countries

As can be seen from Table 3, Türkiye ranks the highest among the countries in the table in terms of the representation rate of professional football

¹¹³ Türkiye Futbol Araştırmaları Grubu, 'Futbol Federasyonlarının Temsil Sistemleri' (November 2020) see <<https://www.tufar.org/wp-content/uploads/2020/11/TUFAR-Sayi-4-Futbol-Federasyonlarinin-Temsil-Sistemleri.pdf>> Date of Access 12 July 2022.

clubs. The general assembly membership structure of the football federations of the countries in Europe is shown in Table 4.

Country	Professional Clubs	Amateur Clubs	Other Stakeholders
Türkiye	%83	%3	%14
France	%37	%63	-
Italy	%34	%34	%32
Switzerland	%28	%72	-
Germany	%17	%33	%50
Spain	%14	%35	%51
England	%12	%57	%31

Table 4: The Congress membership structure of the football associations of seven selected European countries

Among the countries in Table 4, Türkiye has the highest representation rate of professional football clubs, and Türkiye also has a low representation rate of amateur football clubs and other stakeholders in the Congress. In the light of the data in Table 3 and Table 4, it is necessary to discuss how to make the Congress off the TFF structure fairer in terms of representation by analysing the Congress structures of the football federations of other European countries.

Conclusion

It is obvious what needs to be done to overcome the problem of the independence and impartiality of the Arbitration Committee, which has started to be discussed with the *Ali Rıza* judgment. After the *Ali Rıza* judgment, the Parliament and the TFF worked to resolve the problem. However, the first amendments to the statutes made by the TFF and the subsequent amendments to the law have included different regulations on the same subject. This situation clearly shows that there is a difference of opinion between the Parliament and the TFF executives on the structure and functioning of the Arbitration Committee.

In terms of the general functioning of the law, it would have been necessary to first amend the law, which is the higher norm, and then amend the TFF Statutes, which is the lower norm. However, in the process, the amendment of

the TFF Statutes was made before the amendment of the law. As a matter of fact, some of the first amendments made to the TFF Statutes were regulated differently in the articles of the law that entered into force later. For this reason, the TFF Statutes had to be amended again in order to change the articles that became contrary to the law¹¹⁴.

Although the ECtHR's findings on the Arbitration Committee were set forth in the *Ali Rıza* judgment dated 28 January 2020, the fact that the law was amended on 26 April 2022 to eliminate the problem is a matter that should be criticized. Indeed, the legislative amendments made to address the independence and impartiality of the Arbitration Council are not only too late, but also insufficient to address the problem.

Regarding the efforts to solve the problem of the TFF arbitration proceedings, there have been different problems at the national level that are not visible. The fact that the TFF's first amendments made to the TFF Statutes and the amendments to the law contain opposite provisions on the same subject clearly demonstrates that the TFF management and the Parliament are at odds. However, leaving this problem aside, it would be useful to make a final assessment of the legislative amendments made to address the independence and impartiality of the Arbitration Committee.

With the first amendments to the TFF Statutes following the *Ali Rıza* decision, the Congress was authorised to elect the Arbitration Committee and the influence of the Board of Directors on the Arbitration Committee was minimised through various regulations. However, with the subsequent legislative amendments, the favourable provisions in the TFF Statutes were nullified. The most important difference between these amendments is that the authority to appoint the Arbitration Committee was given to the Board of Directors with the amendment in Law No. 5894.

However, it is quite optimistic to think that the independence and impartiality of the Arbitration Committee has been ensured with the statements such as "*The Arbitration Committee is independent and impartial*", which are wishful statements that do not affect the actual cause of the problem in line with the amendments in Law No. 5894. Unfortunately, as a result of the amendments made to Law No. 5894 in 2022, it is not possible to say that the

¹¹⁴ See Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 11.8.2021/31565; see Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü Değişiklikleri, Official Gazette 24.6.2022/31876.

objective impartiality conditions sought by the ECtHR in terms of the establishment of the right to a fair trial have been met. This is because the authority to appoint the Arbitration Committee is still vested in the Board of Directors and no changes have been made to the structure of the Congress¹¹⁵.

Within the scope of all these evaluations, in order to ensure the right to a fair trial in TFF arbitration proceedings, it would be useful to make the Congress structure more fair as in other European countries. In this context, it would be beneficial to end the predominant representation of sports clubs in the Congress and to increase the representation of athletes, coaches, referees and other stakeholders of sports. However, the powers of the Board of Directors over the Arbitration Committee, particularly the power to appoint the Arbitration Committee, should be limited. Otherwise, it would not be a surprise to see violation of rights decisions by the ECtHR in the ongoing applications regarding the TFF arbitration proceedings.

¹¹⁵ Article 52 and 53 of the Law No. 7405.

Bibliography

- Adams A and Piekarz M, 'Sport Events and Human Rights: Positive Promotion or Negative Erosion?' (2015) 7(3) *Journal of Policy Research in Tourism, Leisure and Events* 220-236
- Akil C, 'Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği' (2013) 19(3) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 379-403.
- Akyıldız A, '*Spor Tahkim Kurullarının Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı Sorunu: AİHM'in "Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye" Kararı*' (ed. Tacar Çağlar), *TBB Spor Hukuku Kurulu Av. Hasan Güneş Atabay Armağanı* (2020) 44-91
- Atilla Erdemli, 'Spor Nedir?' Kismet Erkiner and Ali Soysüren (eds), *Spor Hukuku Dersleri* (Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, 2007)
- Ayanoğlu T, 'Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği' (2008) 74 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 43-76
- Ayanoğlu T, 'The Scope and Limits of the Right to Sport in Turkish Law' (2019) (68) In *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 1-14
- Bloodworth A, McNamee M and Bailey R, 'Sport, Physical Activity and Well-Being: an Objectivist Account' (2012) 17(4) *Sport, Education and Society* 497-514
- Bozkurt S B, *Milletlerarası Ticari Tahkime Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, (On İki Levha 2016)
- Coalter F, 'The Politics of Sport-For-Development: Limited Focus Programmes and Broad Gauge Problems?' (2010) 45(3) *International Review for the Sociology of Sport* 295-314
- Çeribaş D, 'Türkiye'de Sporcu Ücretlerinin Vergilendirilmesi' (2020) 10(2) *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 555-583
- Çeribaş D and Oğuz Ö, 'Alternative Dispute Resolution in Sports Disputes: A Review of Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation Decisions' (2021) 27(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 853-876
- Devine C, 'London 2012 Olympic Legacy: a Big Sporting Society?' (2013) 5(2) *International Journal of Sport Policy and Politics* 257-279
- Direnisa H E, 'Spor Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkime İlişkin Güncel Sorunlar ve Gelişmeler' (2023) 5(2) *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 666-709
- Ekşi N, *Spor Tahkim Hukuku*, (Beta 2015)
- Gemalmaz H B, 'Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights' (2019) 9(1) *The International Sports Law Journal* 38-58

- Gölcüklü F, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde "Adil Yargılama" (1994) 1(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 199-234
- Gündoğdu F, 'TFF Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) 140 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 141, 169
- Hancock M, Lyras A and Jae-Pil H, 'Sport for Development Programs for Girls and Women: a Global Assessment' (2013) 1(1) Journal of Sport For Development 15-24
- Isidori E and Benetton M, 'Sport as Education: Between Dignity and Human Rights' (2015) 197 Procedia-Social and Behavioral Sciences 686-693
- İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, (Beta 2013)
- Javier F, 'The Sport for All İdeal: a Tool for Enhancing Human Capabilities and Dignity' (2014) 63(1) Physical Culture and Sport 20-28
- Kidd B, 'Cautions, Questions and Opportunities in Sport for Development and Peace' (2011) 32(3) Third World Quarterly 603-609
- Kidd B and Donnelly P, 'Human Rights In Sports' (2000) 35(2) International Review for the Sociology of Sport 131-148
- Kocasakal H, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Pecshtein Kararı Çerçevesinde CAS'ın Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 79-123
- Küçükgüngör E, 'Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği' (2001) 50(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-146
- Malm C, Johan J and Andreas I, 'Physical Activity and Sports-Real Health Benefits: A Review with Insight into the Public Health Of Sweden' (2019) 7(5) Sports
- Mojtahedi M C and Katsui H, 'Making the Right Real! a Case Study on the Implementation of the Right to Sport for Persons With Disabilities in Ethiopia' (2018) 21(1) Sport in Society 40-49
- Roy E C, 'Aiming for Inclusive Sport: the Legal and Practical Implications of United Nation's Disability Convention for Sport, Recreation and Leisure for People With Disabilities' (2007) 5(1) Entertainment and Sports Law Journal 1-12
- Tezcan D, Erdem M R, Sancakdar O ve Önok R M, *İnsan Hakları El Kitabı*, (7. Bası, Seçkin Yayınevi 2018)
- Yaltı B, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, (Beta Basım Yayım Dağıtım 2006)

Cases

- A.M. v. Turkey App no 67199/17 (ECHR, 19 October 2021).
- Anđan Yüksel Gürüz v. Türkiye App no 51563/20 (ECHR, 15 November 2022).
- Ali Rıza and others v. Turkey App no 30226/10 and 4 others (ECHR, 28 January 2020).

- Ekşioğlu and Mosturoğlu v. Turkey App no 2006/13 and 10857/13 (ECHR, 15 June 2021).
- FC Mretebi v. Georgia App no 38736/04 (ECHR, 31 July 2007).
- Hentschel and Stark v. Germany App no 47274/15 (ECHR, 9 November 2017).
- Herrmann v. Germany App no 9300/07 (ECHR, 26 June 2012).
- İbrahim Tokmak v. Turkey, App no 54540/16 (ECHR, 18 May 2021).
- Mutu and Pechstein v. Switzerland App no 40575/10-67474/10 (ECHR, 2 October 2018).
- Naki and Amed Sportif Faaliyetler Kulübü Derneği v. Turkey, App no 48924/16 (ECHR, 18 May 2021).
- National Federation of Sportspersons' Associations And Unions (FNASS) and Others v. France App no 48151/11 and 77769/13 (ECHR, 18 January 2018).
- Negovanović and Others v. Serbia App no 29907/16 (ECHR, 25 January 2022).
- Ostendorf v. Germany App no 15598/08 (ECHR, 7 March 2013).
- Önder Deniz Kolgu v. Turkey, App no. 2935/07 (ECHR, Admissibility Decision of 27 August 2013).
- Ressiot and Others v. France App no 15054/07 and 15066/07 (ECHR, 28 June 2012).
- S., V. and A. v. Denmark App no 35553/12, 36678/12 and 36711/12 (ECHR, 22 October 2018).
- Sedat Doğan v. Turkey, App no 48909/14, (ECHR 18 May 2021).
- Semenya v. Switzerland App no 10934/21 (ECHR, 11 July 2023).
- Serkan Çınar v. Türkiye, App no 35314/20 (ECHR, 15 November 2022).
- Velkov v. Bulgaria App no 34503/10 (ECHR, 21 July 2020).

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması^(*)

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ^(**)

Öz

Tüketicilerin, belirli hizmetlerden sürekli ve kesintisiz bir biçimde yararlanma düşüncesiyle gerçekleştirdikleri abonelik sözleşmelerinin içerisinde mobil telefon sözleşmelerinin ayrı bir yeri bulunmaktadır. Mobil telefon abonelik hizmetinden kesintisiz bir biçimde yararlanmak isteyen tüketici mobil telefon şirketi ile taahhütlü veya çoğu zaman belirsiz süreli sözleşmeler gerçekleştirmektedir. Tüketici abonelerin sözleşme yenileme tarihlerini hatırlamaları ve bu sebeple mobil telefon sözleşmelerinden kesintili bir biçimde yararlanmalarını engellemek adına bu sözleşmeler uygulamada taahhütlü ve belirsiz süreli şekilde yapılmaktadır. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde yer alan otomatik yenileme kayıtları her ne kadar tüketici lehine gibi görünse de tüketicinin yeni dönem için yeni fiyat artışıyla karşılaşması, sözleşmenin sona erdirilmesi konusunda ortaya çıkabilecek sıkıntılar göz önüne alındığında bu kayıtların ayrıca incelenmesi gerektiği görülecektir. Çalışmamızda mobil telefon abonelik sözleşmelerindeki otomatik yenileme kaydı ve bu kayıtlara karşı tüketicinin korunması yolları incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Mobil Telefon Sözleşmesi, Otomatik Yenileme Kayıtları, Tüketicinin Korunması, Abonelik Sözleşmesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 01.11.2024.

Atıf Şekli: Selin Sert Sütçü, 'Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerindeki Otomatik Yenileme Kayıtları ve Bu Kayıtlara Karşı Tüketicinin Korunması' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1457, 1481.

DOI: 10.52273/sduhfd..1567310.

^(**) Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: selin81hukuk@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7483-6394>.

Automatic Renewal Records in Mobile Phone Subscription Agreements and Protection of Consumers Against These Records

Abstract

Mobile phone contracts have a special place among the subscription contracts that consumers make with the idea of continuously and uninterruptedly benefiting from certain services. Consumers who want to benefit from mobile phone services without interruption make contracts with mobile phone companies that are committed or mostly indefinite-term. In order to prevent consumers from remembering the contract renewal dates and therefore benefiting from mobile phone contracts intermittently, these contracts are made in practice as committed and indefinite-term. Although the automatic renewal records in mobile phone contracts seem to be in favor of the consumer, it will be seen that these records should be examined separately when the consumer is faced with a new price increase for the new period and the problems that may arise in terminating the contract are taken into consideration. In our study, we will try to examine the automatic renewal record in mobile phone contracts and the ways to protect the consumer against these records.

Keywords

Mobile Phone Contract, Automatic Renewal Records, Consumer Protection, Subscription Contract.

Extended Summary

As technology has become an important part of our daily lives, needs such as telephone, internet, water and electricity have become more prevalent in our lives. Among these needs, consumers who want to benefit from the services of telephone and other mobile communication devices without interruption can benefit from mobile phone services depending on their subscription by signing a subscription contract. The issues that consumers have the most trouble with in mobile phone contracts are the establishment of a long-term contract relationship, the renewal of the contract and the unilateral changes made to the contract by the provider. When consumers sign a mobile phone contract, they make a contract with the provider who will benefit from this service in the best way, and it is seen that factors such as technological developments and usage networks are also effective when choosing the provider who will provide the best service as a contract party.

Mobile phone has become one of the most important communication tools today. This communication tool is also an indispensable part of our daily lives. The phone has also become a necessity in order to communicate easily, explain our problems, ask for directions and interact with our relatives who are far away.

Today, in order to use a mobile phone, providers consider it a necessity for consumers to sign a mobile phone contract. With this contract, the provider is obliged to provide mobile phone service to the consumer and the consumer is obliged to pay a fee for the service received. When providers make these subscription contracts with consumers, they usually add automatic renewal clauses to these contracts in order not to lose consumers. In this way, the consumer is relieved of the obligation to follow the renewal time of the contract in mobile phone contracts, but renewed contracts impose new conditions on consumers.

While the renewal clauses in mobile phone contracts can be seen as a convenience for consumers in terms of renewing the contract, the consumer being faced with a price increase or the obligation to make a new contract in each contract period may be contrary to the principle of freedom of contract, which is one of the basic principles of the law of obligations.

Consumers who want to benefit from mobile phone services must choose one of the providers, make a contract with that provider and use the services offered by that provider. When the consumer wants to change provider, various fees are reflected on their bill or the consumer is not informed how and under what conditions the contract will be renewed due to the automatic renewal records placed in mobile phone contracts. Various measures must be taken to protect the consumer from these records, which are described as automatic renewal records.

The most important task of mobile subscription phone contracts is to provide services to the consumer. It is also important to evaluate the legal possibilities that the consumer can apply to in case this service is provided as defective.

Consumers make committed subscription contracts with providers in order to benefit from mobile subscription phone contracts at more affordable prices, and in return for

this commitment, providers make a discount on the price that the consumer will pay. While committed subscriptions are usually one or two years, providers add to the mobile subscription phone contracts they make with consumers that the contract will automatically renew at the end of two years. Consumers use automatic payment records, especially for subscriptions that are paid regularly, so that the consumer is not even aware of the price increases that occur when the committed subscription period ends.

Automatic renewal clauses in mobile phone subscription contracts should not eliminate the consumer's ability to terminate the contract at any time, but on the contrary, they should provide the consumer with the opportunity to terminate the contract at any time. When consumers terminate their mobile phone subscription contracts, they should terminate this contract in a way that does not harm the provider. Another problem with mobile phone subscription contracts is that these contracts are prepared in advance by providers and the consumer is forced to accept the contract without making any changes to the contract.

Our study topic is to examine whether automatic renewal clauses in mobile phone contracts or automatic renewal contracts made with consumers constitute unfair terms in the sense of consumer law and the legal remedies that consumers can apply against these regulations. Consumers may encounter various problems such as automatic renewal records in mobile phone subscription contracts, termination of the contract and the consumer's use of the right of withdrawal in these contracts. In our study, automatic renewal records will constitute the subject of examining these problems. As a result of the increase in technological developments, consumers should also be protected from these developments in different ways, that is, new methods are not only for the purpose of developing technology but also for the purpose of protecting consumers. While examining automatic renewal records, we will also try to touch on the judicial decisions on this subject.

Giriş

Teknolojinin hayatımıza hızlı girişiyle birlikte cep telefonları, özel hayatımıza ve iş hayatına girmiş, cep telefonu kullanmak adeta bir zorunluluk haline gelmiştir. Cep telefonu kullanmak isteyen tüketiciler, cep telefonu hizmeti sunan işletmeciler ile abonelik sözleşmeleri yapmak suretiyle bu hizmetlerden yararlanabilmektedirler.

Cep telefonu kullanmak isteyen tüketici mobil telefon abonelik sözleşmesi yapmak suretiyle, işletmecinin kendisine sunmuş olduğu hizmetlerden yararlanabilmektedir. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde işletmecinin yükümlülüğü, tüketiciye kesintisiz ve sürekli bir hizmet sunmak iken, tüketici abonenin yükümlülüğü işletmeciye kullandığı hizmet bedelini ödemektir. İşletmeciler, tüketici abonelere mobil telefon abonelik sözleşmeleriyle çeşitli fırsatlar sunmakta ve böylece tüketici aboneler tarafından tercih edilmeye çalışmaktadırlar. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici abonelerin en çok mağduriyet yaşadığı konuların başında otomatik yenileme kayıtları gelmektedir. Tüketici abonelerin mağduriyet yaşadığı otomatik yenileme kayıtlarının ne olduğu, bu kayıtlar karşısında tüketicilerin nasıl korunabileceği ve bu kayıtların haksız şart olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği çalışmamız kapsamında incelenecektir.

I. Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi

Gündelik hayatınızda önemli bir yer edinen cep telefonlarının kullanılabilmesi için tüketici aboneyle mobil telefon hizmeti sunan işletmeci arasında bir mobil telefon abonelik sözleşmesi¹ bulunması zorunludur. Mobil telefon abo-

¹ Osman Açıkgöz, *Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 49; Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (On İki Levha Yayıncılık 2004) 230-231; Güneş Koca, 'Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri' (2005) 8 (93) MD 1, 1-2; Hüseyin Altaş, 'Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri' in Mehmet Ünal (ed) *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (2009) 157; Seda Öktem Çevik, *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi* (Beta 2008) 2; Mustafa Göktürk Yıldız, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 8; Muhammed Emir Öz, *Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesi* (Seçkin 2021) 13; Yılmaz Arslan, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2015) 470; Ebru Ceylan, 'Abonelik Sözleşmeleri' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi* (Aristo Yayıncılık 2016) 849; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2021) 317; Görkem Çetin, 'Türk Hukuku Bakımından Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri' (2015) 89(1) İBD, 65, 67; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016), 855.

nelik sözleşmelerinin tanımlanması, hukuki niteliğinin ortaya konulması, sözleşme taraflarının belirlenmesi ve sözleşmenin unsurlarının tespiti çalışmamız kapsamında incelenecektir.

A. Tanımı

Abonelik sözleşmeleri, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 52 hükmünde düzenlenmiştir. Sözleşmenin tanımı da ilgili madde kapsamında yapılmış, belirli bir mal veya hizmetin tüketiciye düzenli aralıklarla sunulmasının abonelik sözleşmesi olarak nitelendirildiği belirtilmiştir. Abonelik sözleşmeleri, TKHK kapsamında tek bir madde ile düzenleme altına alındığından, kanun koyucu söz konusu düzenleme bakımından ayrıca Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği hazırlamış ve yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Mobil telefon aboneliği sözleşmelerine ilişkin diğer önemli bir düzenleme; Elektronik Haberleşme Kanunu²'dur. Söz konusu Kanun m. 50 hükmünde, kanun koyucu abonelik sözleşmelerini ayrı ve özel olarak düzenlemiştir. Tüketicilerin abonelik sözleşmeleri içerisinde en çok tercih ettikleri sözleşmelerden olan mobil telefon aboneliği sözleşmesi tüketicilerin yaşadığı mağduriyetler sonrasında ayrı bir Yönetmelik hazırlanmıştır. Böylece Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği³ yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin tanımlar başlıklı m.4 hükmünde abonelik sözleşmeleri kavramı düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; işletmecî⁴ ile tüketici arasında akdedilen ve tüketicinin bir bedel ödemesi karşılığında işletmecinin dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmet yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Yönetmelikte yer alan tanıma baktığımızda; işletmecinin tüketiciye bir veya birden çok hizmet sunma yükümlülüğü altına girdiği, tüketicinin ise kendisine sunulan bu hizmetler karşılığında bir bedel ödemekle yükümlü olduğu görülmektedir. Tanımda tüketicinin abonelik hizmetlerinden dönemsel veya sürekli

² Elektronik Haberleşme Kanunu, Kanun Numarası: 5809, Kabul Tarihi: 05.11.2008, RG 10.11.2008/27050.

³ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 28.10.2017, RG 28.10.2017/30224.

⁴ Kanun koyucu; TKHK düzenlemelerinde tüketiciye hizmet sunanlar için sağlayıcı ifadesini kullandığı halde, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmelik düzenlemelerinde yapılan yetkilendirmelere göre elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket yani sağlayıcı için Yönetmelik işletmecî kavramını tercih etmiştir.

olarak yararlanabileceği ifade edildiğinden sözleşmenin süreli veya süresiz olarak yapılabileceği sonucuna ulaşılabacaktır.

Yönetmelik mobil telefon abonelik sözleşmeleri bakımından özel düzenlemelere yer vermiş olmasına rağmen, yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde TKHK ve özellikle abonelik sözleşmesine ilişkin m. 52 hükmüyle, Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliğiyle TKHK m. 83 düzenlemesi gereğince, genel hükümler uygulanacaktır.

B. Sözleşmenin Tarafları

Bir sözleşme kapsamında tüketicinin o sözleşme kapsamındaki korumadan yararlanmasının ön koşulu; sözleşme taraflarından birisinin tüketici olmasıdır. Tüketici; TKHK m. 3 hükmünde, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. TKHK m. 52 hükmü ve bu hükme bağlı olarak hazırlanan Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği, abonelik sözleşmeleri bakımından tüketici kavramını tercih etmiştir⁵.

Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50 hükmünde; tüketicilerin abone olurken işletmeciyile sözleşme yapma hakları olduğu düzenlenmiştir. Kanun koyucu böylece mobil telefon abonelik sözleşmelerinde sözleşme taraflarını; tüketici abone ve işletmeci olarak belirlemiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği ise tüketici yerine, abone kavramını tercih etmiş, Yönetmeliğin tanımlar kısmında bu tercihinin uygun olarak, abone kavramını tanımlamıştır. Söz konusu düzenlemeye göre abone, işletmeci ile elektronik haberleşme hizmetinin sunumuna yönelik olarak yapılan sözleşmeye taraf olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu abone kavramıyla söz konusu Yönetmelik de abonelik sözleşmesinden elektronik haberleşme sektöründe yararlanan tüketiciyi kastetmiştir. TKHK bakımından da tanımların yapıldığı m. 3 hükmüne abone tanımının eklenmesi uygun olabilecektir. TKHK abonelik sözleşmesi kapsamında abonelik işlemlerinden yararlananları tüketici olarak kabul etmiştir. Çalışmamız kapsamında abone tüketici kavramı tercih edilmiştir.

Abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin diğer tarafı; satıcı veya sağlayıcıdır. TKHK m. 52 hükmünde ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği'nde satıcı ve sağlayıcı kavramları tercih edilmiştir. Elektronik Haberleşme Kanunu; mobil telefon

⁵ Koca (n 1) 31; Açıköz (n 1) 54; Öz (n 1) 8; Çetin (n 1) 68; Ceylan (n 1) 852.

aboneliği sözleşmeleri bakımından işletmeci kavramını kullanmıştır. Satıcı veya sağlayıcı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği kapsamında işletmeci⁶ olarak ifade edilmiştir. İşletmeci, hizmetin sunulması veya malın satılması kavramlarından daha geniş olarak, tüketici aboneye hem elektronik haberleşme hizmeti sunmakta hem elektronik haberleşme şebekesi sağlamakta hem de alt yapı işletmektedir. Tüketici aboneye mobil telefon aboneliği sözleşmesinden yararlanması için sim kart tahsisini yapan da işletmecidir.

C. Sözleşmenin Unsurları

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinin unsurları; taraflarının tüketici- abone ve işletmeci olması, tüketici aboneye sözleşmenin konusu olan mobil telefon aboneliği ve aboneliğe bağlı olarak ortaya çıkabilecek hizmetlerin sürekli veya düzenli aralıklarla sunulması ve son olarak tüketici abonenin kendisine sunulan hizmetler karşılığında aylık veya dönemsel bir bedeli ödeme borcunu üstlenmesidir⁷. Mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde; sözleşmenin zorunlu içeriğine uygun olarak sözleşmenin hazırlanması gerekmektedir. Sözleşmede yer alması gereken zorunlu unsurlar dışında, işletmecinin veya tüketicinin sözleşmeye hüküm eklemesi mümkündür. Mobil telefon abonelik sözleşmeleri önceden çok sayıda tüketiciye ulaştırılmak için hazırlanan çerçeve sözleşme niteliği taşımaktadır. Tüketici abonenin mobil telefon abonelik sözleşmesinden yararlanmasının diğer bir koşulu da hizmetten yararlanması için tüketici aboneye sim kart verilmesidir.

1. Sözleşme Taraflarının Belirli Olması

Tüketici sözleşmelerinde sözleşmenin tarafları önceden belirlenmiştir. Bunun anlamı; bir sözleşmeye Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanabilmesi için, sözleşme taraflarından birisinin tüketici, sözleşmenin diğer tarafının ise satıcı veya sağlayıcı olmasıdır. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde de sözleşmenin tarafları, abone (tüketici) ve işletmeci (satıcı-sağlayıcı) olduğundan bu sözleşmelere tüketicinin korunmasına dair düzenlemeler uygulanacaktır⁸.

⁶ Açıkğöz (n 1) 12; Koca (n 1) 31; Öz (n 1) 9; Burak Öztürk, 'Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği' (2009) 1 (1) ABD 30, 30-31; Çetin (n 1) 69; Ceylan, (n 1) 852.

⁷ Koca (n 1) 29; Açıkğöz (n 1) 60; Hasan Ayrancı, *Enerji Sözleşmeleri* (Yetkin 2010) 216; Altaş (n 1) 158-159; Ceylan, (n 1) 854; Çetin, (n 1) 70.

⁸ Koca (n 1) 31; Açıkğöz (n 1) 54; Öz (n 1) 8.

2. Tüketicieye Belirli veya Düzenli Aralıklarla Hizmet Sunulması

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde; aboneliğin başladığı andan itibaren tüketici aboneye sözleşmeyle vaat edildiği şekilde mesajlaşma, telefonla konuşma, internet kullanımı gibi birçok farklı hizmet sunulması mümkün olmaktadır⁹. Bu hizmetler içerisinde özellikle bazı hizmetlerin önce deneme sürümünün sunulması, sonradan tüketici abonenin memnun kalması halinde hizmetin abonelik şeklinde sunulması da söz konusu olabilecektir. Örneğin; tüketici aboneye önce denemesi için maç aboneliği hizmeti belirli bir süre ücretsiz olarak sunulabilir ve sonrasında tüketici aboneye söz konusu hizmetten yararlanmaya devam etmek isteyip istemediği sorularak tüketici abonenin tercihinin olumlu olması halinde tüketici abone söz konusu hizmete abone olabilecektir. Tüketici abonenin, mobil telefon aboneliği sözleşmeleri yaparken, hizmetin kesintisiz ve sürekli olması tüketicinin işletmeyi seçerken en önemli tercih nedenleri arasında yer almaktadır.

Tüketici abone mobil telefon aboneliği sözleşmesini genellikle süresiz olarak akdetmektedir. Süresiz abonelik haricinde mobil telefon aboneliği sözleşmelerinin taahhütlü abonelik şeklinde gerçekleştirilmesi en yaygın halidir.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici aboneye sunulan hizmetin kesintiye uğrayacak olması halinde gerekli bilgilendirmelerin yapılması, kesintinin belirli bir süre devam edeceği durumlarda tüketici abonenin olası hizmet kayıplarının önüne geçilmesi önemlidir.

3. Tüketici Aboneye Mobil Telefon Hizmeti Sunulması ve Hat Tesis Edilmesi

Tüketici abonelerin mobil telefon abonelik sözleşmelerinden yararlanabilmeleri için, işletmeci tarafından bir sim kart tahsis edilmesi gerekmektedir. Bu sim kart teknolojinin geldiği son noktada mobil telefon hattına tanımlanan e-sim uygulaması şeklinde olabileceği gibi, tüketici aboneye mobil telefonuna takması için verilen bir mal şeklinde de olabilmektedir¹⁰. Tüketici aboneye verilen sim kart tüketicinin mobil telefon abonelik hizmetlerinden işletmeciyyle yapmış olduğu sözleşmeye uygun olarak yararlanmasını sağlayacaktır.

4. Bedel Ödeme

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde işletmecinin tüketici aboneye sunduğu hizmetler karşılığında abone olan tüketici bir bedel ödemelidir¹¹. Bedel

⁹ Öktem Çevik (n 1) 13; Açıkgöz (n 1) 64; Koca (n 1) 32; Ayrancı (n 7) 236; Altaş (n 1) 158.

¹⁰ Öktem Çevik (n 1) 13; Açıkgöz (n 1) 64; Koca (n 1) 32; Ayrancı (n 7) 236; Altaş (n 1) 158.

¹¹ Yıldız (n 1) 95; Öz (n 1) 62; Açıkgöz (n 1) 11.

ödenmesi, belirli ve düzenli aralıklarla gerçekleşmelidir. Tüketici abonenin bedeli, banka veya diğer yollarla ödemesi işletmeci açısından önemli değildir. Önemli olan; tüketici abonenin mobil telefon abonelik sözleşmesinde belirlenen zamanda kararlaştırılan bedeli ödemesidir. Bedelin zamanında ödenmesi halinde satıcının veya sağlayıcının tüketici aboneye hizmeti sunmama, bedeli gecikme faiziyle tahsis etme gibi imkanları bulunmaktadır.

D. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Mobil telefon aboneliği sözleşmesi; mobil telefon hizmetlerinin işletmeci tarafından tüketici aboneye sunulması esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla bu husus sözleşmenin asli unsuru sayılmaktadır. Hizmet sunma, mobil telefon aboneliği sözleşmesinin iş görme borcu doğuran bir sözleşme olduğunu ortaya koymaktadır. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu iş görme borcu doğuran sözleşmeleri; vekalet, hizmet ve eser sözleşmesi olarak belirlemiştir. Hizmet sözleşmesinin en belirgin özelliği; taraflar arasındaki bağılıktır¹². Bu bağımlılık aynı zamanda tarafların çoğu zaman bir alt üst ilişkisi içerisinde olması sonucunu doğurmaktadır¹³. Mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde işletmeci ile tüketici abone arasında bir alt üst ilişkisi olmadığı gibi taraflar arasında hizmet sözleşmesindeki gibi bir bağılıktan bahsetmek de mümkün değildir.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için, sözleşme sonunda bir eser meydana getirilmesi gerekmektedir. Oysaki, mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde bir eser meydana gelmemektedir. Ayrıca eser sözleşmelerinde yüklenici ve iş sahibi sürekli bir eser meydana getirme konusunda değil, belirli bir eseri meydana getirme konusunda anlaşmaktadır¹⁴. Mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde, hizmetin sürekli ve kesintisiz olması esastır. Yoksa yeni bir durum yani bir eser meydana gelmemektedir¹⁵.

¹² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 541; Aydın Zevkliler ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (16. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 451; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2013) 381; Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 867.

¹³ Yıldız (n 1) 37; Açıköz (n 1) 71; Ceylan (n 1), 855; Şeref Ertaş, 'Yeni Tüketicinin Korunması Kanununda Abonman Sözleşmeleri', (2014) 9 (11) Terazi Hukuk Dergisi 104, 104; Çetin (n 1) 72.

¹⁴ Eren (n 12) 591; Zevkliler ve Gökyayla (n 12) 489; Yavuz, Acar ve Özen (n 12) 983.

¹⁵ Yıldız (n 1) 38; Açıköz (n 1) 76; Ceylan (n 1) 856; Çetin (n 1) 73.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi ise vekille vekalet veren arasındaki talimata uygun hareket etme unsurunun bu sözleşmelerde olmaması sebebiyle mümkün görünmemektedir¹⁶. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde hizmet sunumu, tüketicinin talimatıyla değil, işletmeci ile abone olan tüketici arasındaki sözleşmeye uygun olarak sunulmaktadır¹⁷.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde abonenin işletmenin hizmetlerinden yararlanabilmesi için abone tüketiciye hat tesis edilmesi gerekmektedir. Tüketici abone bu kendisine tahsis edilen hattı aboneliği boyunca kullanmalı ve abonelik süresi bitince de kendisine tahsis edilen hattı işletmeye iade etmelidir. Tüketici aboneye hat tahsis edilmesi, adi kira sözleşmesi¹⁸ olarak düşünülebilirse de işletmenin aracı olmadan tüketiciye hat tahsis edememesi, adi kira sözleşmelerinin kiralanan kiracıya teslim edildikten sonra, kullanımı için kiraya verene ihtiyaç duyulmaması, mobil telefon abonelik sözleşmelerindeyse tüketici abonenin işletme olmaksızın sözleşmeden yararlanmasının mümkün olması sebepleriyle mobil telefon abonelik sözleşmelerinin kira sözleşmesi olarak düşünülmesi de mümkün değildir¹⁹.

Mobil telefon aboneliği sözleşmelerinin iş görme borcu doğuran sözleşmelerden vekalet sözleşmesine, hat tahsisi söz konusu olduğundan kira sözleşmesine yaklaştığı düşünülse de tüketici abonenin kendisine işletmeci tarafından sunulan hizmetler karşılığı bedel ödeme borcu içinde olması kanaatimizce sözleşmeyi sui generis (kendine özgü) sözleşme olarak nitelendirmemiz gerektiği sonucuna ulaşmamızı sağlayacaktır. Mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde kira, hizmet ve vekalet sözleşmesi unsurlarına yaklaşan düzenlemeler olmasına rağmen bu düzenlemelerle tam bir uyum içinde olmaması sebebiyle sui generis sözleşme nitelendirilmesinin yapılması daha doğru olacaktır²⁰.

¹⁶ Eren (n 12) 715; Zevkliler ve Gökyayla (n 12) 632; Yavuz ve Acar ve Özen (n 12) 1153.

¹⁷ Yıldız (n 1) 42; Açıkgöz (n 1) 80; Ceylan (n 1) 856; Çetin (n 1) 73.

¹⁸ Eren (n 12) 313; Zevkliler ve Gökyayla (n 12) 193; Yavuz ve Acar ve Özen (n 12) 369.

¹⁹ Yıldız (n 1) 47; Açıkgöz (n 1) 87; Ceylan (n 1) 856; Çetin (n 1) 76.

²⁰ Yıldız (n 1) 49; Açıkgöz (n 1) 90; Öktem Çevik (n 1) 23; Çetin (n 1) 77; Ceylan (n 1) 856.

II. Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerinde Yer Alan Otomatik Yenileme Kayıtları

A. Genel Olarak

Mobil telefon abonelik sözleşmeleri, işletmeci tarafından tek taraflı olarak tüketici aboneyle müzakere edilmeden, çok sayıda tüketiciye uygulanabilecek şekilde hazırlanan, işletmecinin hazırladığı ve tüketicinin onayına sunduğu sözleşmelerdir. Tüketici aboneler, mobil telefon aboneliği sözleşmelerinin tarafı olurken, bu sözleşmenin içeriğine etki edememektedir. Ancak bu sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olması nedeniyle, açık, anlaşılır ve sade bir dille yazılması zorunludur. Tüketici abonelere sözleşmenin yapılmasıyla sözleşmenin bir örneği, işletmeci tarafından yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla gönderilecek veya verilecektir. Sözleşmenin zorunlu içeriği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği'nde belirlenmiştir. Zorunlu içerik dışında işletmeler sözleşmeye farklı hükümler ekleyebilmektedir. Bu hükümlerden birisi de mobil telefon abonelik sözleşmelerinin belirli sözleşme süresinin kendiliğinden yenilenmesine ilişkin kayıtlardır.

Otomatik yenileme kayıtları; tüketici aboneye mobil telefon aboneliği sözleşmelerinden sürekli ve kesintisiz olarak yararlanmasını sağlaması bakımından faydalı olmasına rağmen, işletmelerin yenileme kayıtlarını ve sözleşme yenilemesini yeni koşullarda sunması nedeniyle de tüketici abonelerin düşünmesine ve bu durumu değerlendirmesine fırsat vermemesi sebebiyle olumsuz sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sebeplerle otomatik sözleşme yenileme kayıtlarının incelenmesi önemlidir.

B. Otomatik Yenileme Kaydı Kavramı

1. Genel Olarak

Otomatik olarak yenileme; işletmenin tüketici abonenin onayını almadan mobil telefon aboneliği sözleşmesini tek taraflı olarak uzatmasını sağlayan sözleşme kaydı olarak tanımlanabilecektir. Otomatik yenileme kayıtlarını içeren bir sözleşmede tüketici abone o sözleşme kapsamında aboneliğini devam ettirmek istiyorsa, otomatik yenileme kaydı sayesinde sözleşmeyi yenileme zamanı, sözleşmenin yenilenmesi için uygulanması gereken başkaca prosedürler gibi hususlara ihtiyaç duymadan sözleşme kendi kendini yenilemiş olacaktır²¹.

²¹ Mitja Kovac and Ann Sophie Vandenberghe, 'Regulation of Automatic Renewal Clauses: A Behavioural Law and Economics Approach' (2015) 35 (1) Journal Of Consumer Policy 287,

Tüketici abonelerin otomatik yenileme kaydı içeren mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde sözleşmeyi yenileyerek sözleşmenin sona erdirilmesi seçeneğini kullanılamaz hale getirmektedir. Tüketici abone, sözleşmenin otomatik olarak yenilenmesini düşünmüyorsa, bu durum tüketiciyi zorlayacak, buna karşılık abone kaybetmemiş olan işletmeciye ise abonesini kaybetmediği için fayda sağlayacaktır. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde abone sayısını arttırmak için yapılan indirim veya yeni tarifelerden tüketici abone otomatik yenileme kayıtları sebebiyle yararlanma imkanını da kaybedebilecektir. Tüketici aboneye yenilenen sözleşmeyle daha önceki abonelik bedelinden daha yüksek bedel ödemek suretiyle abonelikten yararlanma hakkı sağlandığından bedel konusu tüketicinin otomatik uzatma kayıtlarında yararına olmayacaktır. Otomatik yenileme kayıtlarının tüketici aboneye faydaları; tüketici abonenin sözleşme yenilenme dönemlerini takip etmesine gerek kalmaması, tüketicinin kullandığı mobil telefon abonelik sözleşmesindeki hattan aynen yararlanmaya devam etmesidir. Tüketici abone kendisine tahsis edilen hattı aynen kullandığı için çevresine veya tanıdıklarına yeni numara bildirimini de yapmak zorunda kalmayacaktır.

2. Mevzuatta Düzenlenişi

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 52 hükmünde ve Abonelik Sözleşmeleri Yönetmeliği m. 13 hükmünde; belirli süreli abonelik sözleşmelerine sözleşmede belirlenen sürenin sona ermesiyle sözleşmenin kendiliğinden yenileceğine ilişkin hüküm konulmayacağı, böyle bir uzatmanın ise ancak tüketicinin onayı veya talebiyle söz konusu olabileceği hüküm altına alınmıştır²². Kanun veya Yönetmelik otomatik yenileme kaydı kavramına yer vermemiştir. Elektronik Haberleşme Kanunu hükümlerinde de mobil telefon abonelik sözleşmelerinin yenilenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Tüketici Hakları Yönetmeliği de otomatik yenileme kaydı ifadesinden bahsetmemiştir.

287; Christopher Bisping and Vick TJ Dodsworth, 'Consumer Protection and the Regulation of Mobile Phone Contracts: A Study of Automatically Renewable Long-Term Contracts Across Jurisdictions' (2019) 42 (1) Journal Of Consumer Policy 349, 360; Rudy Jamil, Busyra Azheri and M Hasbi, 'Validity Of Clause Automatic Renewal Land Lease Agreement For Telecommunication Towers' (2021) 8 (1) International Journal Of Multicultural and Multireligious Understanding 270, 274.

²² Ceylan (n 1) 849; Çetin (n 1) 65; Açıkgöz (n 1) 49; Demir (n 1) 231; Koca (n 1) 2; Öktem Çevik (n 1) 2; Altaş (n 1) 2; Yıldız (n 1) 8; Öz (n 1) 13.

Mobil telefon aboneliği sözleşmeleri, tüketici sözleşmelerindeki otomatik yenileme maddeleri, 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifiyle, Direktif 93/13/EEC'nin m. 3 hükmünün §3 düzenlemesinde ve ayrıca Direktif 93/13 EEC'nin Eki'nde haksız şartlara ilişkin belirlenen listede belirtilmiştir. 93/33/EEC Direktifinin m. 3/1 hükmüne göre, bir sözleşme şartı tüketici aleyhine sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından önemli bir dengesizliğe sebep oluyorsa bu sözleşme şartı haksız kabul edilecektir²³. Sözleşme, haksız şartlar olmadan varlığını sürdürebiliyorsa, geçerli bir sözleşme olarak varlığını devam ettirecektir.

Direktif 93/13/EEC düzenlemesinin bazı hükümlerini değiştiren 2011/83/AB Tüketici Hakları Direktifi işletmecinin tüketiciye sözleşmenin süresi hakkında bilgi veya sözleşme belirsiz süreliyse veya otomatik olarak uzatılacaksa sözleşmenin feshedilmesine ilişkin koşulları hakkında bilgi vermesinin zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Tüketiciye otomatik yenileme kaydı hakkında bilgi verilmediği veya işletmeci tarafından bu bilginin tüketiciye verildiği kanıtlanmazsa tüketici bu sözleşme hükmüyle bağlı olmayacaktır. Electronic Communications Code (Directive 2018/1972/EU) ise; otomatik uzatma kaydı olan bir sözleşmenin bu kayda dayanarak uzatılmış olması durumunda dahi tüketiciye herhangi bir zamanda en fazla bir aylık bildirim süresine uymak kaydıyla sözleşmeyi dilediği zamanda sona erdirmeye hakkı tanımaktadır. Direktif 2002/22/EC (Elektronik İletişim Ağları ve Hizmetleriyle İlgili Evrensel Hizmetler ve Servisler Hakkında Direktif) sözleşmelerin yenilenmesi, sözleşme sürelerinin uzatılması, sözleşme fesih koşullarına ilişkin düzenlemeler yapmıştır²⁴.

Almanya, 1977'den beri Standart Ticari Şartlar Kanununun Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da²⁵ haksız sözleşme maddelerinin kullanımını kapsamlı bir şekilde düzenlemiştir. Ayrıca, korunan kişilerin kapsamının 93/13/EEC Direktifine göre önemli ölçüde daha geniş olduğu belirtilmelidir. Alman Borçlar hukukunun reformu çerçevesinde, 01.02.2002 tarihinde yasa koyucu AGBG'yi yürür-

²³ Kovac and Vandenberghe (n 21) 287; Bisping and Dodsworth (n 21) 351; Jamil, Azheri and Hasbi (n 21) 274.

²⁴ Verein für Konsumenteninformation v A1 Telekom Austria AG (C-326/14) ECLI:EU:C:2015:782 sayılı kararda; tüketicilere sözleşme yenileme zamanında otomatik olarak sözleşmenin yenilenmesi ve sözleşmenin yeni şartları hakkında en az bir ay önceden bildirimde bulunulması, tüketiciye sözleşme koşullarındaki bu değişikliği kabul etmek istememesi halinde herhangi bir ceza koşulu ödemedi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olduğu kabul edilmelidir <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0326>>.

²⁵ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG).

lükten kaldırmış ve bu hükümler BGB içeriğine dahil edilmiştir (BGB § 305-310²⁶). Alıntılanan 309 § 9/b BGB hükmü, bir yıllık süre aşılmadığı sürece otomatik yenileme kayıtlarının geçerli olduğunu düzenlemiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise eyaletten eyalete değişen kanunlar sebebiyle, tek ve ortak bir kanun düzenlemesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Sadece bu farklı düzenlemeler içerisinde 19 Ağustos 2004'te P.A. 93-0950. 21 olarak değiştirilen Illinois Otomatik Sözleşme Yenileme Yasası olarak bilinen ILCS 601/1 (Illinois Automatic Contract Renewal Act)- dikkat çekicidir. Söz konusu düzenleme; bir sözleşmede tüketici açısından bir yenileme hükmüne yer verilecekse bu durumun mutlaka sözleşmede açıkça yazması gerektiğini, işletmenin tüketiciye, tüketici yenilemeyi iptal etmediği sürece sözleşmenin yenileneceğine dair bildirimde bulunması gerektiğini düzenlemiştir. Bu bildirim yapılmaması gerektiği de ayrıca Kanun da açıkça düzenlenmiştir²⁷.

C. Otomatik Yenileme Kayıtlarının Geçerliliği

1. Sözleşme Özgürlüğü Bakımından

Sözleşme özgürlüğü ilkesi²⁸; sözleşme taraflarının kiminle sözleşme yapacağını, sözleşmenin içeriğini nasıl belirleyeceğini, sözleşme süresi, sözleşmenin şekli, sözleşmede tarafların hak ve yükümlülükleri gibi hususları serbest iradeleriyle düzenlemelerini sağlayan borçlar hukukunun en önemli ilkesidir. Tüketicinin korunması hukukunda sözleşme yapma ya da yapmama konusunda kanun koyucu bir sınırlama getirmemiş, sadece TKHK m. 17 vd. hükmünden başlayarak uygulamada en çok karşılaşılan tüketici sözleşmelerini ayrı ve özel olarak hüküm altına almıştır. TKHK m. 83 hükmü gereğince; tüketici hukukunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacaktır. Bu durumda tüketiciler; genel hükümler ve genel ilkeler gereğince sözleşme özgürlüğü ilkesinden yararlanma hakkına sahiptir. Bir sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için sözleşme taraflarının tüketici ve diğer tarafının da satıcı veya sağlayıcı olması gerektiğinden sözleşme taraflarından birisi tüketici sözleşme-

²⁶ Kovac and Vandenberghe (n 21) 287; Bisping and Dodsworth (n 21) 351; Jamil and Azheri and Hasbi (n 21) 274.

²⁷ Kovac and Vandenberghe (n 21) 287; Bisping and Dodsworth (n 21) 351.

²⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019) 16; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018) 23; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I* (Legal Yayıncılık 2015) 73; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Turhan Kitabevi 2016) 84.

nin diğer tarafı da satıcı veya sağlayıcıysa bu sözleşmeye tüketici hukukunun ilkeleri uygulanacaktır. Tüketici sözleşmelerinde de öngörülen sınırlamalar TBK m. 27 hükmü ile TMK m.2 hükmüdür. Bu iki sınırlama gereğince; tüketici ile satıcı veya sağlayıcı, konusu emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayan sözleşmeler yapabilecektir. Sözleşmenin yapılması sırasında hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun davranılması da sözleşmenin geçerliliği bakımından gereklidir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi; sözleşmenin yapılıp yapılmaması, sözleşme tarafının seçilmesi, sözleşme süresi, sözleşme şekli, sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri kadar sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını da içermektedir. Otomatik yenileme kayıtları; tüketici abonenin sözleşmeyi dilediği zamanda sona erdirme - dürüstlük kuralına aykırı olmayacak ve işletmeciyi zarara uğratmayacak şekilde- tüketici abonenin sözleşmeyi sona erdirme hakkını elinden almaktadır. Tüketici aboneye önceden bildirim yapılması sözleşmeyle bağlı kalmak isteyip istemediğinin sorulması ve bu tüketici abone talebi doğrultusunda hareket edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla otomatik yenileme kayıtlarının işletmeci tarafından sözleşmeye hüküm olarak eklenmesi mümkündür. Böyle bir kaydın olması mobil telefon abonelik sözleşmesinin sona ermesini sağlayacak bir düzenleme değildir. Otomatik yenileme kaydı, TBK m. 27 ve TMK m. 2 hükümlerindeki düzenlemelere aykırılık teşkil etmeyecektir. Otomatik yenileme kayıtlarının mobil telefon aboneliği sözleşmesinde yer alması halinde sözleşme geçerli bir sözleşme olacaktır. Otomatik yenileme kayıtlarının tüketici hukuku bakımından haksız şart olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ayrıca incelenmelidir.

2. Haksız Şart Düzenlemesi Bakımından

Abonelik sözleşmeleri veya abonelik sözleşmeleri özelinde mobil abonelik sözleşmeleri; birden çok tüketici veya aboneye hizmet edilmesi amacıyla hazırlanmışlarından önceden işletmeci tarafından tek taraflı olarak hazırlanan, tüketiciyle müzakere edilmeyen ve tüketicinin üzerinde değişiklik yapamayacağı çoğu zaman çok sayfa ve çok maddeden oluşmaktadır. Tüketicilerin veya abonenin neredeyse tamamı bu sözleşmelerin bir örneği kendilerine yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla verilmiş olsa dahi sözleşmeyi okumamakta, incelememektedir. Tüketici ya da aboneyi ilgilendiren kısım, mobil telefon abonelik sözleşmesinden yararlanmaktadır. Bu sebeple mobil telefon hizmetlerinden yararlanan tüketiciler sözleşmede ne yazdığını çoğu zaman sözleşmeyi sona erdirmek istediklerinde öğrenmektedir.

Haksız şart; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmünde ve Haksız Şartlar Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir²⁹. Hatta Yönetmelik haksız şart örneklerine de yer vererek, haksız şartın daha iyi anlaşılmasını sağlamaya çalışmıştır. TKHK kapsamında düzenlenmeyen haksız şart düzenlemeleri, sözleşmelerde yer alan standart sözleşme şartı olarak nitelenen genel işlem koşulu düzenlemesine ve bu düzenleme denetimlerinin yer aldığı TBK m. 20-25 hükümlerinde düzenlenen genel işlem koşulları denetimine³⁰ tabi olacaktır. Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50/3 hükmünde; abonelik sözleşmelerinde yer alan ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde, dürüstlük ilkesine aykırı düşecek biçimde abone aleyhine dengesizliğe neden olan hükümlerin geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmü; bir sözleşme hükmündeki düzenlemenin haksız şart olarak nitelendirilmesi bakımından; belirli koşullar aramıştır. Bu koşullar, tüketiciyle müzakere edilmeden tüketici sözleşmesinde yer alma, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler bakımından sözleşme şartlarının tüketici aleyhine ve dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde dengesizliğe sebep olması halleridir. Kanun koyucu bir sözleşme şartının haksız şart olup olmadığının belirlenmesinde tereddüte düşülmesi durumunda TMK m. 2 hükmündeki dürüstlük kuralının ve bu kurala ilişkin hükümlerin uygulanmasını ve bir sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu sonucuna ulaşılması durumunda da haksız şart olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Yine kanun koyucu aynı hükümlerle bir sözleşme hükmünün haksız olup olmadığı belirlenirken; sözleşme konusu olan mal ve hizmetin niteliği, sözleşmede yer alan diğer hükümlerle haksız şart düzenlemesi olduğu düşünülen sözleşme hükmü arasında bağlantı olup olmadığının tespiti ve tüm bu belirlemelerin sözleşmenin kuruluş anına göre yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Haksız Şartlar Yönetmeliği Ek-1/1-g düzenlemesinde belirli süreli sözleşmelerin süresinin sona ermesinden sonra sözleşmenin belirlenen süre kadar uzayacağına ilişkin kayıtların haksız şart olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.

²⁹ Süleyman Topak, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) 122 (1) TBBD 281, 282; Arslan (n 1) 309; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel Hukuk Yayınları 2003) 2; Çabri (n 1) 114.

³⁰ Açıkgöz (n 1) 163; Eren (n 28) 227; Oğuzman ve Öz (n 28) 161; Antalya (n 28) 139; Yeşim Atamer, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2012) 9-73.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 hükmünde bir sözleşme hükmünün haksız olarak kabul edilmesi durumunda, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacağını, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulan sözleşme hükmünün sözleşmenin tamamının geçerliliğini etkilemediği sürece sözleşmenin geçerli bir sözleşme olarak varlığını sürdüreceğini düzenlemiştir.

Kanımızca; işletmeci tarafından tüketici abone ile yaptığı mobil telefon aboneliği sözleşmesine otomatik yenileme kaydına ilişkin bir hüküm eklemesi veya tüketici aboneyle sözleşmenin otomatik olarak yenilenmesine ilişkin yeni bir sözleşme yapılması halinde; bu hüküm diğer mobil telefon aboneliği sözleşmelerinde de yer alan bir hüküm olması sebebiyle genel işlem koşulu olarak nitelendirilmelidir. Otomatik yenileme kaydının mobil telefon aboneliği sözleşmeleri bakımından; haksız şart olarak nitelendirilmesi için sözleşmedeki diğer hükümlerle birlikte bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Otomatik yenileme kayıtları ya da kaydı; sözleşmede açıkça ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmişse, işletmeciye tüketiciye otomatik yenileme kaydını hatırlatacak bir düzenlemeye sözleşmede yer verilmişse, tüketici abonenin gereksiz ve maliyetsiz bir şekilde sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmışsa, işletmeci sözleşmenin yenilenmesinden dolayı bir maliyet üstlenmemişse haksız şart olarak nitelendirilmeyecektir. İşletmeci tarafından önceden hazırlanarak bir sözleşme hükmü olarak tüketici aboneye sunulması, tüketici abonenin bu hükmü değiştirme şansının olmaması, tüketici abonenin sözleşmeyle bağlı kalıp kalmama konusunda karar vermesini engellediği için de dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil ettiğinden söz konusu hüküm, haksız şart olarak kabul edilmelidir. Tüketici abone, sözleşme yenileme süresinden önce kendisine bilgi verilmesini, bir onay alınmasını ve bu şartlar altında sözleşme hükümlerini yeniden değerlendirerek, sözleşmenin yeni şartlarıyla uzatılıp uzatılmaması noktasında tüketici abonenin de tercihlerine başvurulması tüketici abonenin daha sağlıklı kararlar almasını sağlayacaktır. Sözleşme süresinin bitiminden önce tüketici aboneye makul bir süre içerisinde sözleşmeyle bağlılığının devam edip etmeyeceğinin sorulması işletmeci bakımından da tüketici aboneye yeni öneriler sunulması, tüketici abonenin sözleşmeyle bağlılığını devam ettirip ettirmeyeceğini bilme gibi konularda kolaylıklar sağlayacaktır.

Tüketici abonenin otomatik yenileme kayıtları karşısında; kullanmış olduğu mobil telefon aboneliğini devam ettirmesi, tüketici abonenin işletmeci tarafından kendisine sunulan yeni şartlarla sözleşmeyi devam ettirmesi konusunda bir endişesinin olmaması aksine sözleşmeyle tüketici abonenin bağlı kalmayı istemesi durumunda tüketici abonenin otomatik yenileme kaydı hükmünün haksız

şart olduğunu ileri sürmesi ise hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici abonenin sözleşmeyle sahip olduğu cayma hakkının da elinden alınmaması yani tüketici abonenin cayma hakkını kullanabilmesi önemlidir. Otomatik yenileme kaydı yeni sözleşme şartları ve yeni koşullar içeriyor ise tüketici abone bu yeni sözleşmeye karşı cayma hakkını da kullanabilmeli, tüketici abonenin cayma hakkını kullanma imkânı elinden alınıyor ise bu durumda da otomatik yenileme kayıtları haksız şart olarak nitelendirilmelidir.

D. Otomatik Yenileme Kayıtlarından Tüketicinin Korunması

1. Sözleşmeye Yenileme Maddesi Eklenmesi ve Tüketicinin Bilgilendirilmesi

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinin açık, anlaşılır ve sade bir dilde yazılması tüketici abonenin sözleşmeyi daha kolay anlamasını sağlayacak ve aynı zamanda sözleşme hükümlerinin daha doğru şekilde anlaşılmasına da yardımcı olacaktır. Sözleşmede otomatik yenilemeye ilişkin bir hükmün olması durumunda; bu hükmün tüketici abone tarafından anlaşıldığından ve hatta tüketici aboneye bu konuda bilgi verilip verilmediğinden işletmecinin sorumlu tutulması tüketici aboneyi otomatik yenileme kaydı içeren sözleşmelerde koruyacaktır.

Tüketici abonenin sözleşmenin yeni koşullarda yenileneceği, sözleşmenin yenilenmesiyle birlikte sözleşmede yeni koşulların uygulanacağı konularında tüketicinin aydınlatılması ve bilinçlendirilmesi gerekmektedir. Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde, sözleşmenin sona erme tarihine yakın bir süre içinde tüketici abonenin yenileme hakkı konusunda bilgilendirilmesi, tüketici aboneye bu bilgilendirmeye sözleşmeyi sona erdirme veya sözleşmeyle bağlı kalma hakkı tanınması gerekmektedir³¹.

Elektronik Haberleşme Kanunu m. 50 hükmüne göre; sözleşme koşullarında değişiklik yapılacağı bildirimini tüketici aboneye en az bir ay önceden yapılması gerektiği, söz konusu değişikliklerin tüketici abone tarafından kabul edilmemesi halinde sözleşmenin tazminat ödenmeksizin feshedilebileceği düzenlenmiştir.

³¹ Kovac and Vandenberghe (n 21) 287; Bisping and Dodsworth (n 21) 351; Spencer Williams, 'Predictive Contracting' (2019) 621 (1) Columbia Business Law Review 621, 623.

2. Gerekli Bildirim Yapılması

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde sözleşmenin yenilenmesinden en az bir ay önce gerekli bildirimler kısa mesaj, e-posta, işletmeci tarafından aranma gibi çeşitli yollarla bildirilmelidir. Gerekli bildirim yapılmasıyla tüketici abone sözleşmeye ilişkin yeni koşulları öğrenecek ve böylece sözleşmeyle bağlı kalıp kalmama konusunda karar verme imkanına sahip olacaktır³². Tüketici abone, sözleşmedeki otomatik yenileme kaydına ilişkin olarak kendisine sözleşmenin yenilenmesi konusunda gerekli bildirim yapıldığında sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmek istiyorsa bu durumu da işletmeciye kolaylıkla bildirebileceği bir sistemin olması gerekmektedir.

3. Yenileme Teklifi

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici abonelere otomatik yenileme kaydı döneminden önce gerekli bildirim yapılmasıyla birlikte aynı zamanda bir yenileme teklifi de sunulmalıdır. Yenileme teklifi tüketici aboneyi zorlayacak veya tüketici abonenin sözleşmeye taraf olmasından daha zor bir düzenleme içeren herhangi bir hükme yer vermemelidir. Yenileme tekliflerinin açık olması, anlaşılır ve sade bir dille yazılmış olması tüketici abonenin yenileme teklifini daha kolay değerlendirmesini sağlayacaktır. Tüketici abone yenileme teklifini kabul edebileceği gibi reddetme imkânına da sahiptir. Tüketici abonenin talebi reddetmesi nedeniyle tüketiciden bir bedel tahsis edilmesi mümkün olmayacaktır³³. Tüketici abone yenileme teklifini kabul etmiş olsa dahi cayma süresi içerisinde cayma hakkını kullanarak mobil telefon abonelik sözleşmesinden cayabilecektir.

4. Mobil Telefon Hattının Başka İşletmeye Taşınması

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici abonenin işletmeci tarafından kendisine tahsis edilen sim kart hizmetinden yararlanma hakkını başka bir işletmeciye taşıması yani numara taşıma belirli durumların varlığı halinde gerçekleşmektedir. 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 32 hükmü ve bu kanuna dayalı olarak çıkarılan Numara Taşınabilirliği Yönetmeliği gereğince tüketici abonenin mobil hattı başka bir işletmeye taşımak istemesi halinde ön-

³² Kovac and Vandenberghe (n 21) 287; Bisping and Dodsworth (n 21) 351; Jamil, Azheri and Hasbi (n 21) 275.

³³ Kovac and Vandenberghe (n 21) 289; Bisping and Dodsworth (n 21) 353; Jamil, Azheri and Hasbi (n 21) 275.

celikle yeni işletmeye başvuru yapması gerekmektedir. Numara taşıma işlemi en fazla bir ya da iki iş günü içerisinde tamamlanmalıdır. Taşıma işlemi sırasında tüketiciye eski operatöründeki telefon hizmetlerinden yararlanma hakkı kesin-tisiz bir biçimde verilmeye devam edilmelidir. Numara taşıma işlemi sırasında tüketici yeni operatör tarafından kendisine verilen sim kartı kullanmalıdır. Tüketici abonenin kullandığı telefon numarası değişmemekle birlikte sadece sim-kart değişmektedir. Tüketici abone aynı numarayı farklı operatörleri birden fazla kere taşıma hakkına sahip olsa da taşınan bir numaranın tekrar taşınabil-mesi için belirli bir süre geçmelidir. Numara taşıma ücreti için tüketici abone-den herhangi bir bedel talep edilmemektedir. Tüketici abone mobil telefon abonelik sözleşmelerinde yer alan otomatik yenileme kayıtlarından kaçmak için mobil telefon hatlarını başka işletmeye taşıma seçeneğini tercih etmektedir. Tüketici abonenin mobil telefon abonelik sözleşmesini taahhütlü bir sözleşme şeklinde yapmışsa, numara taşıma işlemi gerçekleşmiş olsa dahi taahhütten kaynaklanan yükümlülükler devam ettiğinden, tüketici abonenin erken fesih bedeli ödemesi durumu söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla otomatik yenile-me kayıtlarından kaçmak için işletmeyi değiştirmeyi düşünen tüketici abone işletmesiyle var olan mobil telefon abonelik sözleşmesinin koşullarını inceleme-li ve numara taşıma işlemini ona göre gerçekleştirmelidir.

III. Tüketicinin Başvurabileceği Hukuki Yollar

A. İşletmeciye Başvuru

Tüketici abone, otomatik yenileme kayıtları ya da kaydının varlığı nedeniyle bir zarara uğramış ise veya otomatik yenileme kaydı tüketici abonenin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanmasını engelliyorsa tüketici abone ilk olarak mobil telefon abonelik sözleşmesi yaptığı işletmeciye başvuru yapmalıdır. Yapılacak olan başvuru, sözlü veya yazılı olarak yapılabilecektir. Ancak tüketici abonenin işletmeciye başvuru yaptığını kanıtlaması bakımından bu başvurunun yazılı yapılması tüketici aboneye ispat kolaylığı sağlayacaktır. İşletmecinin tüketici abonenin talebini kabul etmemesi halinde tüketici abone, tüketici hakem heyetine başvuru yapabilecektir.

B. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna Başvuru

Tüketici abonenin, mobil telefon abonelik sözleşmesiyle ilgili olarak işletmeciye yaptığı başvurunun olumsuz sonuçlanması hâlinde tüketici abone Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna başvuru yaparak şikâyet oluşturabilecektir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu elektronik haberleşme hizmetleriyle ilgili şikayetleri incelediği ve işletme uygulamalarını denetlediği için hizmet sağlayıcı olan işletmeye yaptırım uygulayabilecektir.

C. Hakem Heyetine Başvuru

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde otomatik yenileme kaydı ile ilgili sorun yaşayan tüketici abone işletmeye başvurusunun olumsuz olması halinde tüketici hakem heyetine başvuru yapabilecektir³⁴. Tüketici abonenin işletmeye başvurmadan da hakem heyetine başvurabilmesi mümkündür. Tüketicinin hakem heyetine yapmış olduğu başvurunun olumsuz sonuçlanması halinde tüketici abone, tüketici abone başvurusunun olumlu sonuçlanması halinde ise işletme hakem heyeti kararının tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde mahkemeye başvurarak hakem heyeti kararının iptalini isteyebilecektir³⁵.

D. Mahkemeye Başvuru

Tüketici abonenin, tüketici hakem heyetine yapmış olduğu başvurunun olumsuz sonuçlanması neticesinde ya da tüketici abonenin başvurusunun olumlu sonuçlanması halinde işletme tüketici mahkemesine başvurarak hakem heyeti kararının iptalini isteyebilecektir. Tüketicinin karşılaştığı uyuşmazlık miktarının 2024 yılı için 104.000 TL üzeri olması durumunda ise tüketici abone, mahkemeye başvurarak dava açmadan önce dava şartı arabuluculuğa başvurmalı, arabuluculuk sürecinin olumsuz sonuçlanmasından sonra mahkemeye başvuru yapmalıdır³⁶.

Sonuç

Tüketiciler gündelik hayatta bazı mal ve hizmetlerden sürekli ve kesintisiz bir biçimde yararlanabilmek için satıcı veya sağlayıcıyla abonelik sözleşmesi yapmaktadır. Abonelik sözleşmeleri, tüketiciye satıcı veya sağlayıcı tarafından sözleşme konusu olarak belirlenmiş mal veya hizmetlerin düzenli veya belirli aralıklarla verilmesi ya da sunulması sebebiyle tüketici abonenin bedel ödemekle yükümlü olduğu sözleşmeler olarak ifade edilmiştir. Uygulamada tüketici abonelerin en çok karşılaştıkları abonelik sözleşmesi türlerinden bir tanesi mo-

³⁴ Ejder Yılmaz ve Ertan Yardım, 'Başvuru' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi* (Aristo Yayıncılık 2016) 1126.

³⁵ Yılmaz ve Yardım (n 34) 1170.

³⁶ Yılmaz ve Yardım (n 34) 1187.

bil telefon aboneliği sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler ile tüketici abone işletmeye ödediği bedel karşılığında mobil telefon abonelik hizmetlerinden yararlanabilmektedir.

Mobil telefon abonelik sözleşmelerinde tüketici abonelerin mağduriyet yaşadığı konulardan birisi bu sözleşmelerde yer alan otomatik yenileme kayıtlarıdır. Otomatik yenileme kayıtları tüketici abonenin herhangi bir şey yapmasına gerek kalmadan abonelik sözleşmelerinin sona ereceği tarihten itibaren mobil telefon aboneliği sözleşmesinin yeni koşullarla kabul edilmesini sağlamaktadır. Otomatik yenileme kayıtları sayesinde tüketici aboneye haber dahi verilmeden tüketici abone yeni bir sözleşmenin tarafı haline getirilmektedir. Dolayısıyla bu kayıtlarla ilgili tüketici abonenin bilgilendirilmesi, otomatik kayıt yenileme dönemlerinden önce tüketici aboneye bildirimlerde bulunulması, tüketici abonenin yeni sözleşme koşullarını değerlendirmesine imkân verecek bir sürenin verilmesi tüketici aboneyi bu kayda karşı koruyacaktır. Tüketici abone otomatik yenileme kaydını kabul ederek işletmeci ile tüketici abone arasındaki mobil telefon aboneliği sözleşmesi devam etse bile tüketicinin belirli bir süre içerisinde sözleşmeden cayması mümkün olmalıdır. Otomatik yenileme kayıtlarından dolayı tüketici abonenin mağduriyet yaşamaması halinde tüketici abone işletmeye, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, Tüketici Hakem Heyetine veya mahkemeye başvuru yapabilecektir.

Kaynakça

- Açıkgöz O, *Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Altaş H, 'Telekomünikasyon Alanında Abonelik Sözleşmeleri' in Mehmet Ünal (ed) *Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan* (Seçkin Yayıncılık 2009)
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I* (Legal Yayıncılık 2015)
- Arslan Y, *Tüketici Hukuku* (6. Baskı, Ekin 2015)
- Atamer Y, 'Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak' in Başak Şit (ed), *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2012) 9-73
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Adalet Yayınevi 2021)
- Ayrancı H, *Enerji Sözleşmeleri* (Yetkin 2010)
- Bisping C and Dodsworth V TJ, 'Consumer Protection and the Regulation of Mobile Phone Contracts: A Study of Automatically Renewable Long-Term Contracts Across Jurisdictions' (2019) 42 (1) *Journal Of Consumer Policy* 349-375
- Ceylan E, 'Abonelik Sözleşmeleri' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds), *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi* (Aristo Yayıncılık 2016)
- Çabri, S, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (Adalet Yayınevi 2016)
- Çetin G, 'Türk Hukuku Bakımından Mobil Telefon Abonelik Sözleşmeleri' (2015) 89(1) *İBD*, 65- 94
- Demir M, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (On İki Levha Yayıncılık 2004)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)
- , *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019)
- Ertuş Ş, 'Yeni Tüketicinin Korunması Kanununda Abonman Sözleşmeleri' (2014) 9 (11) *Terazi Hukuk Dergisi*, 104-106
- Gümüş M. A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.I* (3. Bası, Vedat Kitapçılık 2013)
- Havutçu A, *Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması* (Güncel Hukuk Yayınları 2003)
- Jamil R, Azheri B and Hasbi M, 'Validity Of Clause Automatic Renewal Land Lease Agreement For Telecommunication Towers' (2021) 8 (1) *International Journal Of Multicultural and Multireligious Understanding*, 270-276
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (20. Bası, Turhan Kitabevi 2016)

- Koca G, 'Telekomünikasyon Sektöründe Tüketicinin Korunması Açısından Abonelik Sözleşmeleri' (2005) 8 (93) MD, 1-7
- Kovac M and Vandenberghe A. S 'Regulation of Automatic Renewal Clauses: A Behavioural Law and Economics Approach' (2015) 35 (1) Journal Of Consumer Policy, 287-313
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Vedat Kitapçılık 2018)
- Öktem Çevik S, *Mobil Telefon Abonelik Sözleşmesi* (Beta 2008)
- Öz M. E, *Elektronik Haberleşme Abonelik Sözleşmesi* (Seçkin 2021)
- Öztürk B, 'Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği' (2009) 1 (1) ABD, 26-42
- Topak S, 'Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartların Bağlayıcı Olmamasının Sonuçları' (2016) 122 (1) TBBD, 281- 314
- Williams S, 'Predictive Contracting' (2019) 621 (1) Columbia Business Law Review, 621-640
- Yavuz C, Acar F ve Özen B *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Beta Yayıncılık 2022)
- Yıldız M.G, *Son Kullanıcıyla Akdedilen Elektronik Haberleşme Hizmeti Sözleşmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Yılmaz E ve Yardım E, 'Başvuru' in Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (eds) *Milli Şerh-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Milli Şerhi* (Aristo Yayıncılık 2016)
- Zevkliler A ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı, Turhan Kitabevi 2016)

İpotek Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Karakteristiğine İlişkin Bir Değerlendirme^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR^(**)

Öz

Sözleşmelere ilişkin düzenlemelerden bir kısmı Türk Medeni Kanunu içerisinde düzenlenmiştir ve bu sözleşmeler öğretide Medeni Kanun sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. İpotek hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme de Medeni Kanun sözleşmelerinden biridir. İpotek sözleşmesi, resmi şekle tabi olarak kurulabilen, tek tarafa borç yükleyen, ani edimli, isimli ve tipik bir borç doğuran sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu tanım ipotek sözleşmesinin hukuki niteliği ve karakteristiğini ortaya koymaktadır. İpotek sözleşmesine dair yapmış olduğumuz bu tanım bazı hukuki sonuçları da beraberinde getirir. Öncelikle ipotek sözleşmesi borç doğuran bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesinden kaynaklanan hukuki işlem borçlandırıcı işlem niteliğindedir. Bu işlem nisbi niteliktedir ve kural olarak yalnızca sözleşmenin tarafına karşı ileri sürülebilir. Nisbi nitelikte olmasının diğer bir sonucu da ipotek kurmayı talep etme hakkının zamanaşımına tabi olmasıdır. İpotek sözleşmesi kanunda düzenlenmiş ve uygulamada sıklıkla başvurulmuş bir sözleşme olduğundan isimli ve tipik bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesinde, taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının malik tarafından tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte borçlunun borcu sona ermektedir. Bu noktadan hareketle ipotek sözleşmesinde belirlenen ipotek bedelinin ayrıca bir uyarılma davasına konu edilemeyeceği söylenebilir. İpotek sözleşmesinde taraflardan biri ipotek hakkını alacaklı lehine kurma borcu altına girer ve alacaklı da ipotek hakkının kurulmasını talep etme hakkına sahip

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.08.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 29.09.2024.

Atıf Şekli: Eray Aksın Atar, 'İpotek Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Karakteristiğine İlişkin Bir Değerlendirme' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1483, 1515.

DOI: 10.52273/sduhfd..1533526.

^(**) Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kırklareli, Türkiye.

E-posta: erayaksinatar@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8652-3843>.

olur. Bu kapsamda aksi kararlaştırılmadığı takdirde ipotek sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesi kural olarak resmi şekle tabi bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesinin içeriğinde yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktaların resmi şekil kapsamında yer alması gerekir.

Anahtar Kelimeler

İpotek Sözleşmesi, Sözleşmeden Doğan İpotek, İpotek, İpotek Sözleşmesinde Şekil, İpotek Sözleşmesinin Nitelendirilmesi.

An Evaluation of the Legal Nature and Characteristics of the Mortgage Contract

Abstract

Some of the contracts are called Civil Code contracts in the doctrine. The contract on the establishment of the right of a mortgage is one of the Civil Code contracts. A mortgage contract can be defined as a contract that can be established in a formal form, imposes debt on one party, is immediate, named, and creates a typical debt. This definition of the mortgage contract will bring some legal consequences. A mortgage contract is a contract that creates debt. The legal transaction arising from the mortgage contract is like a debiting transaction. This transaction is relative and, as a rule, can only be claimed against the party to the contract. Another consequence of being a relative debt is that the right to demand a mortgage is subject to a statute of limitations. Since the mortgage contract is a contract that is regulated by law and frequently used in practice, it is a typical contract. It is an immediate performance contract. It is a contract that imposes a debt on one party unless otherwise agreed, that one of the parties in the mortgage contract is obliged to establish the right of mortgage in favor of the creditor and that the creditor has the right to demand the establishment of the right of a mortgage. As a rule, a mortgage contract is a formal contract. The objective and subjective essential points in the content of the mortgage agreement must be included in the official form.

Keywords

Contractual Hypothec, Hypothec Right Arising from Contract, Hypothec, Form of Contractual Hypothec, Characterization of Contractual Hypothec, Mortgage.

Extended Summary

The mortgage contract is a named and typical obligational contract that imposes an obligation on one party, is of an instantaneous performance nature, and can only be established in a formal manner. Determining the place of the mortgage contract within the distinctions of named/unnamed contracts, typical/atypical contracts, instantaneous/continuous performance contracts, unilateral/bilateral contracts, and formal/informal contracts will help us understand the characteristic nature of the mortgage contract and the legal consequences that arise from these characteristics.

In determining the legal nature and characteristics of a contract, it is necessary to determine its place in the distinctions of named/unnamed contract, typical/atypical contract, immediate/permanent contract, one-party debt-bearing, formal/non-formal contract.

Some of the arrangements regarding contracts are regulated in the Turkish Civil Code (TMK) and these contracts are called Civil Code contracts in the doctrine. The contract on the establishment of the right of mortgage (hypothec) is one of the Civil Code contracts. A mortgage contract can be defined as a contract that can be established in a formal form, imposes debt on one party, is immediate, named and creates a typical debt. This definition reveals the legal nature and characteristics of the mortgage contract.

In terms of its effect on the assets, a mortgage contract is a debt contract in which the mortgage debtor is obliged to establish the right of mortgage in favor of the creditor and the creditor has the right to demand the debtor to establish the right of mortgage. The mortgage contract, which has the nature of a debt contract, grants a relative right to the parties of the contract. The right to demand the establishment of a mortgage is subject to a statute of limitations. With the mortgage right to be established as a result of the transactions to be carried out after the mortgage agreement, the creditor will also have the protection opportunities brought by this right.

In terms of whether it is regulated in the law or not, it can be said that the mortgage agreement is a contract with the name regulated in the law. The debt of establishing the right of mortgage, which is the main debt in the mortgage agreement, it is included in TMK 856/II, albeit partially. The same article also included regulation on the form of the contract. It is seen that detailed regulations regarding the content of the mortgage agreement, such as the specificity of the immovable that is the subject of the mortgage agreement, the secured credit, who can constitute the parties to the agreement, are also included. In addition to the special provisions regarding the mortgage agreement, the regulations regarding the immovable pledge also find applications area. Apart from these provisions, the general provisions in the TBK and TMK will also find application for mortgage contracts. In the distinction between typical and atypical contracts, the mortgage contract should be accepted as a typical contract as contract that is frequently used in practice.

The mortgage contract is a contract with immediate performance in terms of the moment of realization of the act, and the debt in this contract ends with the registration of the mortgage right on the immovable to the land registry by the owner.

In terms of performance relationship, the mortgage contract is a contract that imposes a debt on one party as a rule. In the mortgage contract, one of the parties undertakes to establish the right of mortgage in favor of the creditor and the creditor has the right to demand the establishment of the right of mortgage.

In terms of form, the mortgage contract is a contract subject to legal validity as a rule. However, there are some exceptional regulations regarding the legal form requirement. The objective and subjektive essential terms in the content of the mortgage agreement should be included in the official form.

In a mortgage contract, a distinction must be made between objective essential points that must necessarily be included and subjective essential points that can only exist if agreed upon by the parties.

The objective essential points that constitute the content of the mortgage contract are as follows: the identity information of the parties to the contract (in the case of a mortgage for another person's debt, also the identity of the principal debtor), the mutual agreement to establish a mortgage on the immovable property, information identifying the immovable property on which the mortgage will be established, the debt relationship that gives rise to the claim as a result of the principle of accessoriness, the amount of the claim secured by the mortgage in the case of a principal mortgage, and the maximum amount of security in the case of a maximum amount mortgage.

It is not possible to list all the subjective essential points in a mortgage contract. Some of the secondary points that are made subjective essential points by the parties in practice include: the duration of the mortgage right, the rank of the mortgage, special conditions related to the enforcement of the mortgage, interest on the principal of the debt, whether the accessories of the immovable property will be included within the scope of the mortgage contract, the right of progression into the vacant rank, and the agreement on its annotation.

Giriş

Sözleşme kavramı, TBK m. 1’de “*tarafaların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki işlemdir*” şeklinde tanımlanmıştır¹. Sözleşmenin kurucu unsurları; irade beyanları, irade beyanlarının karşılıklı olması ve karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olmasıdır. Sözleşmenin gerçekleştirdiği iki temel sonuç ise bir sözleşme ilişkisinin kurulması ve kurulan sözleşmenin tarafları bağlamasıdır².

Taraflar arasında borç ilişkisi meydana getiren sözleşmelerin çoğunluğunun TBK³’nin özel kısmında düzenlendiği görülmektedir. Ancak bazı sözleşmeler vardır ki bunlar TMK’de düzenleme altına alınmıştır ve öğretilerde “*Medeni Kanun sözleşmeleri*” (die *Veträge des ZGB*) olarak adlandırılmaktadır⁴.

İpotek sözleşmesi, resmi şekle tabi olarak kurulabilen, tek tarafa borç yükleyen, ani edimli, isimli ve tipik bir borç doğuran sözleşmedir⁵. İpotek sözleşmesi bakımından bu sözleşmenin isimli/isimsiz sözleşme, tipik/atipik sözleşme, ani edimli/sürekli edimli, tek tarafa borç yükleyen/iki tarafa borç yükleyen, şekle bağ-

¹ Öğretilerde sözleşme deyimini çeşitli anlamlara gelecek şekilde kullanılmaktadır. Dar anlamda sözleşme, iki veya daha fazla tarafın hukuki bir sonuca ulaşmayı amaç edinen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki işlemdir. Geniş anlamda sözleşme, söz konusu bu hukuki işlem ile kurulan hukuki ilişkiyi ifade eder. En dar anlamı ile sözleşme ise sözleşmede yer alan tarafların mutabık kalmış oldukları metnin üzerinde yer aldığı belgeyi ifade etmektedir. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (7. Bası, Filiz 2017) §16 N 1; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2. Bası, Fakülteler 1976) 59; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (19. Bası, Vedat 2021) N 148; Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020) N 238 239; Ahmet Kut, ‘Art 1 OR’ in Andreas Furrer ve Anton Schnyder (eds), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen* (3. Bası, Schulthess 2016) Art 1 N 1.

² Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/I 1* (2. Bası, Seçkin 2019), N 1090, 1091.

³ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁴ TMK’de düzenlenen sözleşmeler yalnızca eşya hukukuna ilişkin değildir. Derneklere üyelik sözleşmesi gibi kişiler hukukuna, anlaşmalı boşanma protokolü gibi aile hukukuna, miras sözleşmesi gibi miras hukukuna dair sözleşmeler de kanunda yer almaktadır. Bu sözleşmelerin bir kısmında, TMK’de yer almalarına karşın TBK’nin özel hükümlerinde yer alan tipik bir sözleşmeye açık atfa yer verildiği görülmektedir. Hans Michael Riemer, ‘die Veträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR’ in Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zach ve Dieter Zobl (eds), *Aktuelle Aspekte des Schuld und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag* (Schulthess 2003) 83.

⁵ Franziska Martha Betschart, ‘Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken’ in Jörg Schmid (ed), *LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr 58* (Schulthess 2011) N 40.

lı/şekle bağlı olmayan sözleşme ayrımları içerisinde bulunduğu yerin tespiti ipotek sözleşmesinin karakteristik niteliğine dair verdiğimiz bu bilgiler ve bu bilgilere bağlı ortaya çıkan hukuki sonuçları anlamlandırmamızda bize yardımcı olacaktır.

I. İpotek Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Karakteristiğine Bağlı Ortaya Çıkan Hukuki Sonuçlar

A. Malvarlığı Üzerindeki Etkisine Göre

Malvarlığı üzerindeki etkisine göre sözleşmeler borçlandırıcı sözleşmeler veya tasarruf sözleşmeleri şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulur.

Taraflar arasında bir borç ilişkisi kuran ve en azından taraflardan birini borç altına sokan sözleşmeler borçlandırıcı sözleşmelerdir. Borçlandırıcı sözleşme ile bir borç ilişkisi kurulur ve bu borç ilişkisi içerisinde en azından bir borç içerir⁶.

İpotek sözleşmesi, ipotek borçlusunun alacaklı lehine ipotek hakkı kurma borcu altına girdiği ve alacaklının da borçludan ipotek hakkını kurmasını talep etme hakkına sahip olduğu alacağı teminat alma amacı güden borçlandırıcı bir sözleşmedir⁷. İpotek sözleşmesi borçlandırıcı bir sözleşme olduğundan sözleşme, alacaklı ile ileride ipotek tesis edileceği taahhüt edilen taşınmazın henüz maliki olmamış olan borçlu arasında yapılabilecektir⁸.

İpotek sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulduktan sonra taşınmaz maliki için taahhüt ettiği ipotek hakkını kurma yükümlülüğü bir borç olarak ortaya çıkar. Dolayısıyla ipotek sözleşmesi tasarruf işleminin hukuki sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlem niteliğinde bir hukuki işlemdir⁹.

İpotek sözleşmesinin borçlandırıcı işlem olmasının ortaya koyduğu çeşitli hukuki sonuçlar söz konusudur. Bunlardan ilki, ipotek sözleşmesinin tek başına

⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1109.

⁷ Andreas Thier, 'Art 799 ZGB' in Andrea Büchler ve Dominique Jakob (eds), *KUKO-Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2017) N 7; Betschart (n 5) N 41.

⁸ İlhan Helvacı, *Türk Medeni Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (On İki Levha 2008) 8.

⁹ Ayşen Çilenti Konuralp, *İpotek Sözleşmesi*, (On İki Levha 2023) 15; David Dürr, 'Art 799 ZGB' in Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), *ZK- Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr IV/2b, Art 793-804 ZGB* (2. Bası, Stämpfli 2009) N 170; Betschart (n 5) N 42; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Oktay-Özdemir Saibe, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021) N 3231.

aynı hakkı kuracak nitelikte bir tasarruf işlemi olmamasından ötürü sözleşmeyle birlikte ipotek hakkının kurulmamasıdır. İpotek sözleşmesinin asli edimini teşkil eden ipotek kurma borcu nisbi nitelikte bir alacak hakkı bahşeder¹⁰.

Öğretide yer alan bir görüşe göre usul ekonomisi gereğince ipotek sözleşmesinden doğan ipotek kurma borcunun ihlali üzerine alacaklı, TMK m. 716'nın kıyasen uygulanması sonucu mahkemeden, rehin hakkının hükmen kurulmasını talep edebilecek ve bu kararlarla tescili gerçekleştirebilecektir. Hakimin bu isteğin kabulüne ilişkin vereceği hüküm yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Bu görüş çerçevesinde yapılan tescil ise açıklayıcı nitelikte olacaktır¹¹. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise irtifak hakları ve taşınmaz yükünde olduğu gibi taşınmaz hükümlerinin uygulanacağına yönelik bir atfa taşınmaz rehininde yer verilmediğinden kanun boşluğundan bahsederek TMK m. 716 gibi istisnai bir düzenlemeyi uygulamaya imkân bulunmamaktadır. Bu görüşe göre mahkemenin vermiş olduğu karar eda hükmündedir ve malik tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkûm edilir. Alacaklı bu hükümle tapu memurluğuna müracaat ederek tescili yaptırma yetkisine sahip olacaktır¹².

İpotek kurma borcundan kaynaklı nisbi nitelikteki alacak hakkının temel sonucu bu hakkın miras hukuku ve halefiyet kuralları bir kenara bırakıldığı takdirde yalnızca sözleşmenin tarafları arasında ileri sürülebilecek olmasıdır¹³.

¹⁰ Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022) 644; TMK m. 893 ve TBK m. 613'te yer alan dolaylı kanuni rehin hakları, tescile tabi olarak kurulabilen rehin haklarıdır. Bu hakların tapu siciline tescilinin hukuki sebebinin kanun hükmü teşkil etmektedir. Haluk Nami Nomer ve Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022) N 1047. Öğretide yer alan farklı bir görüş ise dolaylı kanuni rehin haklarının kurulmasının hukuki sebebinin mahkeme kararı olarak görmektedir. Thier (n 7) N 5. Dolaylı kanuni rehin hakları, eşyaya bağlı borç ilişkisinden kaynaklandıkları için taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanan kimselere karşı da ileri sürülebilmektedir. Dürr, 'Art 799' (n 9) N 217; BGE 95 II 31, 34 E 2. Peter Tuor, Bernhard Schnyder ve Jörg Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Bası, Schulthess 2015) § 109 N 58. Oysa alacaklının, ipotek sözleşmesi kapsamında sahip olduğu taşınmaz üzerinde ipotek hakkının kurulmasını talep etme hakkı nisbi niteliğe sahip olduğundan taşınmazın devredilmesi durumunda yeni malike karşı ileri sürülemez.

¹¹ Rolf Weber, 'Anh. 312-318 OR' in Heinz Hausheer ve Hans Walter (eds), *BK- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR mit Anhang zu Bankverträgen* (Stämpfli 2013) N 314; Helvacı (n 8) 125; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1982-1983) 299.

¹² Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 9) N 3247.

¹³ Dürr, 'Art 799' (n 9) N 216. Türk Hukuk uygulamasında ipotek sözleşmesinin kurulmasının ardından tescil işleminin gerçekleştirilememesi nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur.

Nisbi nitelikte olmasının diğer bir sonucu da ipotek kurmayı talep etme hakkının zamanaşımına tabi olmasıdır. Kural olarak, alacaklı genel zamanaşımı süresi olan on yıl içerisinde borçludan taşınmazı üzerinde ipotek hakkı kurmasını talep edebilecektir. Borçlu borcunu yerine getirmediği vakit ya da zamanaşımı definde bulunmadığı takdirde alacaklı mahkmeden, rehin hakkının hükmen kurulmasını talep edebilecek ve mahkemenin vereceği kararla da tescili gerçekleştirebilecektir¹⁴. Borçlu taşınmazı devrettiği için vermiş olduğu taahhütü yerine getiremezse, alacaklı taşınmazı devralan kimseden talepte bulunamaz. Alacaklının sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararını borçlu TBK m. 112 gereğince tazmin etmekle yükümlüdür¹⁵.

İpotek sözleşmesinin ardından gerçekleştirilecek işlemler neticesinde kurulacak olan ipotek hakkıyla alacaklı yalnızca borcun yerine getirilmemesi durumunda taşınmazı paraya çevirme yetkisi ile alacağını öncelikli elde etme hakkına sahip olmamakta bunun yanı sıra aynı bir hakka ve bu hakkın getirdiği koruma imkanlarına da sahip olmaktadır. Ancak bunun söz konusu olabilmesi için aynı nitelikteki ipotek hakkının geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir¹⁶.

B. Kanunda Düzenlenmiş Olmasına Göre

Kanun koyucunun sözleşmeleri düzenleme hususunda isimli ve isimli sözleşmeler olarak ikili bir ayırım yaptığı kabul edilmektedir. Kural olarak Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısmında veya özel bir kanunla düzenlenmemiş olan sözleşmeler isimli sözleşme olarak kabul edilir¹⁷.

¹⁴ İpotekle teminat altına alınan alacak için zamanaşımı işlemeyeceği kuralı unutulmamalıdır. Burada bahsedilen ipotek sözleşmesi çerçevesinde malikin taşınmazı üzerinde ipotek hakkı kurma borcudur. ibid N 210.

¹⁵ Betschart (n 5) N 43, 44, 45.

¹⁶ Jale Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), Üçüncü Kitap Mahdut Aynı Haklar (Sevinç 1974)* 159; Dürr, 'Art 799' (n 9) N 169.

¹⁷ Saibe Oktay-Özdemir, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması', (1996) 55 (1-2) İÜHF 263, 263; Erden Kuntalp, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)* (2. Bası, BATİDER 2013) 5; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1120; Riemer (n 4) 84. Bir sözleşme tipine kanunda yer verilmesi çoğunlukla tarihi sebeplere dayanmaktadır. Kanunda düzenlenen sözleşmeler ile düzenlenmeyen sözleşmeler arasında, kanunda kendisine yer verilmesi bakımından herhangi bir astlık, üstünlük söz konusu değildir. Kanunlaştırma hareketleri sırasında o sırada sosyal ve ekonomik hayatta en çok uygulanan sözleşme tiplerine kanunlarda yer verilmiştir. Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Bası, Beta 2014) 4.

Bazı sözleşmeler ise TBK'nin Özel Borç İlişkileri kısmında veya özel bir kanunda düzenlenmemesine karşın borçlar hukukunda var olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince taraflarca meydana getirilebilmektedir. İşte tarafların kendi özgür iradeleriyle ortaya koydukları ve kanunda ismi zikredilmeyen bu sözleşmeler isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmektedir¹⁸.

Öncelikle şunu tekrar ifade edelim ki TMK, taşınmaz rehni türleri için ortak uygulama alanı bulunan genel hükümler içermektedir. Dolayısıyla ipotek sözleşmesine dair özel hükümlerin yanı sıra yine ipotek hakkı için uygulanacak bazı düzenlemeler de genel hükümler kısmında taşınmaz rehni için öngörülmüştür¹⁹. Ancak burada düzenlenen hükümlerin büyük çoğunluğunun ipotek sözleşmesine ilişkin değil rehin hakkına dair olduğu unutulmamalıdır.

Hukuki bir terim olarak “*ipotek sözleşmesi*” kavramının TMK'deki varlığı incelendiğinde ise; rehin hukukuna dair genel hükümler kısmında taşınmaz rehininin nasıl kurulacağına ilişkin TMK m. 856'da yer alan düzenlemenin ikinci fıkrasında “*sözleşmenin geçerliliği*” ve rehinin paraya çevrilmesine ilişkin TMK m. 873/II'de yer alan *lex commissoria* yasağına aykırı nitelikteki “*sözleşme hükmü*”nün geçersiz olacağına ilişkin düzenlemelerde sözleşme ibaresine yer verildiği görülmektedir²⁰. Kanun koyucu her ne kadar “*ipotek sözleşmesi*” kavramına doğrudan yer vermemiş olsa da ipotek hakkı özelinde TMK m. 882/III'te “*sözleşme*” ibaresine yer verildiğini görmekteyiz.

¹⁸ Oktay-Özdemir (n 17) 263; Kuntalp (n 17) 5; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1121; Yavuz, Acar ve Özen (n. 17) 23.

¹⁹ İpotek hakkıyla ilgili hükümler incelendiğinde TMK'de bu sözleşmeye dair kısmi bir düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. TMK m. 881'de yer alan düzenlemede, “*Amaç ve nitelik*” başlığı altında, ipoteğe temel teşkil edecek asıl alacakla ve ipoteğin konusunu oluşturacak taşınmaza dair bilgilere yer verilmektedir. TMK m. 882 vd. yer alan maddelerde ise ipotek hakkına dair bilgiler bulunmaktadır. TMK m. 882/II ve III'te ipotek belgesine dair bilgilere, m. 883 vd. ise ipoteğin ne şekilde sona erdirileceğine dair bilgiler yer almaktadır. TMK m. 888 vd. bazı borç ve yükümlülükler kısmen yer verildiği görülmektedir. Bu hükümlerin yanı sıra taşınmaz rehinine ilişkin uygulama alanı bulabilecek genel nitelikteki hükümler ise TMK m. 850-880 arasında düzenlenmiştir. Burada düzenlenen hükümler yalnızca ipotekte değil diğer rehin türleri açısından da özel bir düzenleme bulunmadıkça uygulama alanı bulacaktır. David Dürr, ‘Vorbemerkung 793-823 ZGB’ in Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr IV/2b, Art 793-804 ZGB* (2. Bası, Stämpfli 2009) N 1.

²⁰ Söz konusu “*sözleşme*” ibaresi İsviçre Medeni Kanunu'nda 11.12.2009 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde yapılan değişiklik ile “*hukuki işlem*” olarak değiştirilmiştir.

Bir sözleşmenin kanun tarafından düzenlenmiş sayılması için sözleşmenin esaslı noktalarının kanun tarafından düzenlenmiş olması aranmaktadır. Objektif esaslı noktalar, isimli sözleşmelerde bu sözleşmelerin kanunda yer alan tanımından çıkarılabilmelidir²¹.

İpotek sözleşmesindeki asli borç olan ipotek hakkı tesis etme borcuna TMK m. 856/II'de kısmen de olsa yer verilmektedir²². Söz konusu düzenlemede sözleşmenin "*taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin*" olduğu belirtilmektedir. Kanun koyucu ipotek sözleşmesine ilişkin bu bilgiyle de yetinmemiş aynı maddede sözleşmenin şekline ilişkin bir düzenlemeye de yer vermiştir. Bunun yanı sıra kanun koyucu tarafından ipotek sözleşmesinin konusu olan taşınmazın belirliliği, güvence altına alınan alacak, sözleşmenin taraflarını kimlerin teşkil edebileceği gibi ipotek sözleşmesinin içeriğiyle ilgili detaylı düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir²³. Bu hükümler haricinde TBK ve TMK'de yer alan genel hükümler ipotek sözleşmesi için de uygulama alanı bulacaktır²⁴. Dolayısıyla tüm bu düzenlemeler göz önünde tutulduğunda ipotek sözleşmesi isimli bir sözleşme olarak kabul edilmelidir²⁵.

Son olarak ipotek sözleşmesinin tipik ve atipik sözleşme ayrımında bulunduğu yerin tespit edilmesi gerekmektedir. Öncelikle ifade edelim ki tipik ve atipik sözleşme ayrımı öğretide bazı yazarlar tarafından isimli ve isimli sözleşme ayrımıyla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır²⁶. Ancak tipik ve atipik sözleşme ayrımında isimli ve isimli sözleşme ayrımında olduğu gibi sözleşmelerin

²¹ Oktay-Özdemir (n 17) 264; Kuntalp (n 17) 6.

²² TBK'nin "*Özel Borç İlişkileri*" kısmında yer alan sözleşmelerin bir kısmında objektif esaslı noktalar, o sözleşmeyi düzenleyen hükümlerin ilkinde sözleşmenin tanımına yer vermek suretiyle belirtilmektedir. Ancak bu isimli sözleşmeler için bir zorunluluk değildir. Sözleşmenin objektif esaslı noktasının kanundan anlaşılabilir olması o sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak kabulü için yeterlidir. Aynı yönde bir görüş için bkz Betschart (n 5) N 60. Konuya dair taşınır rehni sözleşmesine ilişkin bilgi almak için bkz Aslı Makaracı-Başak, *Taşınır Rehni Sözleşmesi* (On İki Levha 2014) 108; Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu* (On İki Levha 2002) 117.

²³ Betschart (n 5) N 60.

²⁴ Örneğin; ipotek sözleşmesinin kurulup kurulmadığının tespitinde TBK m. 1 vd. hükümlerden yararlanılacak ve TMK m. 5 gereğince taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olacaktır. ibid N 61.

²⁵ ibid N 61. Aksi yönde görüş için bkz. Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri* (Vedat 2017) § 7 N 373; Gülşah Sinem Aydın, 'İpotekte Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Uyulması Gereken Şekil Şartı', (2023) 11 (2) SÜHFD 1021, 1037.

²⁶ Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1119; Yavuz, Acar ve Özen (n 17) 20.

yalnızca kanunda düzenlenmiş olup olmadığına değil uygulamada karşılaşılan sözleşmeler esas alınarak bunların tipleşmiş olup olmadıklarına bakılmaktadır. Kanun veya uygulama tarafından tipleştirilmiş olan sözleşmeler tipik sözleşme olarak kabul edilirken, tipleşmemiş olanlar atipik sözleşme olarak adlandırılmaktadır. İsimli sözleşmeler kanunda düzenlendiğinden bu sözleşmeler açısından tipleştirmeyi kanun sağlamaktadır. İsimli sözleşmelerden ise uygulamada tipleşmiş olanlar tipik sözleşme haline gelebilecekken diğerleri atipik sözleşme olarak kabul edilmektedir²⁷.

İpotek sözleşmesi isimli bir sözleşme ve uygulamada da sıklıkla başvuru olan bir sözleşme olduğundan teminat borcu doğuran tipik bir sözleşmedir²⁸.

C. Edimin Gerçekleştirilme Zamanına Göre

Sözleşmeler edimin gerçekleştirilme zamanına göre ani edimli ve sürekli edimli olarak ikiye ayrılır.

Ani edimli sözleşmeler, borçlunun asli edim yükümlülüğünü zaman içinde bir defada yerine getirdiği borç sözleşmeleridir. Bu tür sözleşmelerde, asli edimin ifası zamana yayılmamakta ifa tek bir ifa hareketiyle anlık olarak yerine getirilmektedir. Sürekli edimli sözleşmelerde ise asli edim yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile zaman arasında sürekli bir ilişki vardır. Sürekli edimli sözleşmelerde, asli edim sözleşme sona erinceye kadar zaman içinde devamlı olarak ifa edilir²⁹.

²⁷ Bir sözleşmesinin tipleşmesi TMK m. 1 uyarınca tekrarlanan uygulama sonucunda gerçekleşecektir. İsimli bir sözleşmenin özellikle tekrar eden yargı kararları ile bir teamüle daha sonra örf ve âdet hukukuna dayalı olarak tipleşmesi mümkündür. Kuntalp (n 17) s. 7.

²⁸ Weber (n 11) N 284. Aksi yönde görüş için bkz. Acar, *Rehin Hukuku* (n 24) § 7 N 373; Aydın, (n 25) 1037.

²⁹ Öğretide borç ilişkisinin sürekliliğinin tespitinde, alacaklının menfaatinin gözetilerek, borçlunun ifa hareketlerini dikkate alan ve zaman kavramının karakteristik edim üzerindeki etkisine rol biçen yazarlar bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, alacaklının ifadaki menfaatinin bir zaman sürecine yayılmış olup olmadığına bakarak borç ilişkisinin sürekli olup olmadığını değerlendirmektedir. Özer Seliçi, *Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi* (Fakülteler Matbaası 1976) 7. İkinci bir görüşe göre ise borçlunun ifa hareketleri bir zaman sürecine yayılmışsa sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat 2007), 164. Üçüncü ve bizim de katıldığımız son görüşe göre ise zaman faktörü, borç ilişkisinde asli edim yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesini sağlıyorsa sürekli borç ilişkisinden bahsedilebilecektir. Pınar Altınok-Ormanlı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi* (Vedat 2011) 11.

İpotek sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğunun tespiti için ipotek sözleşmesi kapsamında borçlunun asli edim yükümlülüğünün kapsamında zaman faktörünün oynadığı rolün belirlenmesi gerekir³⁰.

Öğretide yer alan bir görüşe göre ipotek sözleşmesinin devamında ipotek hakkının tescili ile birlikte taraflar arasında kurulan rehin ilişkisi süreklilik arz etmektedir. İpotek sözleşmesi kurulacak olan ipotek hakkının ve devam edecek varlığının hukuki sebebini teşkil etmektedir. Sınırlı aynı haklardan biri olan rehin haklarının bir türü olan ipotek hakkı bağlı olduğu borcun yerine getirilmesi halinde maliki taşınmazının paraya çevrilmesine katlanma yükümlülüğü altına sokar ve bu yükümlülük rehin ilişkisi devam ettiği sürece varlığını korur. İpotek borçlusu, ipotekli taşınmazın, ipotek süresi boyunca alacak için yeterli teminat teşkil edeceğini dürüstlük kuralı gereğince zımni olarak taahhüt etmektedir. Dolayısıyla ipotek borçlusunun tek borcu taşınmazı üzerinde ipotek hakkı kurmak değil ayrıca taşınmazının ipotek hakkının ilk kuruluşunda öngörülen miktar ve oranda teminat teşkil etmesini sağlamaktır. İpotek sözleşmesi, ipotegün kuruluşu yönünden ani edimli bir borç içerirken, ipotek süresi boyunca alacak için yeterli teminat sağlama borcu bakımından ise sürekli edimli borç içeren bir sözleşmedir. Öğretide ipotekle yükümlü taşınmaz malikinin sürekli edimli borcunun kaynağı olarak TMK m. 865 vd. yer alan taşınmaz değerinin düşmesi tehlikesine karşı öngörülen alacaklıyı koruyucu düzenlemeler ile TMK m. 876'da yer alan taşınmazın değerinin korunmasına ilişkin kanuni rehin hakkı ile dürüstlük kuralı gösterilmektedir³¹.

Öğretide yer alan bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise ipotek sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir ve taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının malik tarafından tescil talebinde bulunulması ve tapu memuru tarafından tapu sicili-

³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir karar da rehin sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli mi bir sözleşme olduğuna dair öğretilerde bir tartışma olduğundan bahsedilmekte ancak soruya cevap verilmemektedir. BGer-Urteil 4A_141/2007 vom 20.8.2007, E. 4.3.

³¹ Faruk Acar, 'İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması', (2008) 6 (62) LHD 486, 492; Weber (n 11) N 340; Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 369. Çetiner ise ipotek sözleşmesini her ne kadar ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirse de TMK m. 865 vd yer alan hükümler uyarınca borçlu malikin ve borçtan sorumlu olmayan ipotek veren üçüncü kişinin taşınmazın değerinin düşmesine sebep olacak davranışlardan kaçınma ve taşınmazın yeterli miktar ve oranda teminat sağlama borcunun bulunduğunu kabul etmektedir. Böylece ipotek sözleşmesinde hüküm olmasa bile malikin ipotek bedelini günün koşullarına uygun hale getirme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir. Bilgehan Çetiner, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz 2015) 134.

ne tescil edilmesiyle birlikte bu sözleşmedeki borç sona ermektedir³². TMK m. 873/1 gereğince alacaklı, borç ödenmediği takdirde, alacağını ipotekli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. Alacaklının sahip olduğu bu hak ipotek sözleşmesinden değil ipotek hakkından kaynaklanmaktadır. Bunun yanı sıra taşınmazın paraya çevrilmesi anına kadar ipotek hakkıyla kurulan taraflar arasındaki rehin ilişkisi de varlığını devam ettirmektedir. TMK m. 865 vd. alacaklıya tanınan taşınmazın değerinin düşmesini engellemeye yönelik imkânlarda da işte bu rehin ilişkisinin sürekliliği kendisini gösterir³³. Ancak taşınmazın değerinin korunmasına yönelik bu imkânlar ipotek sözleşmesinden değil ipotek hakkından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu görüşe göre ipotek sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir³⁴.

İpotek sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olmasının hukuki sonucu ise ipotek sözleşmesinin kurulduğu sırada belirlenen ipotek bedelinin uyarlama talebine konu edilip edilmemesinde kendisini göstermektedir³⁵. Öğretide yer alan ve bizim de kabul ettiğimiz görüş uyarınca ipotek sözleşmesinde, ipotek hakkının malik tarafından tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte borçlu borcunu ifa etmiş olmakta ve ilerleyen süreçte ipotek bedelinin uyarlanmasına yönelik bir imkân da bulunmamaktadır³⁶.

³² Tufan Ögüz, 'İpotek Hakkı Uyarlama Talebine Konu Olabilir Mi?' in Tufan Ögüz ve Baki İlkey Engin (eds), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku* (On İki Levha 2017) 12; Betschart (n 5) N 57.

³³ Dürr, 'Art 799' (n 9) N 91; Betschart (n 5) N 57.

³⁴ Betschart (n 5) N 57; Ögüz (n 32) 12.

³⁵ Ani edimli sözleşmeler bakımından da uyarlamanın mümkün olabileceği öğretide kabul edilmektedir. Öğretide yer alan bu görüşe göre sözleşmenin uyarlanabilmesi için ani edimli ya da sürekli edimli olması önemli değildir. Dikkat edilmesi gereken husus ani edimli sözleşmelerde ifadan sonra uyarlamanın mümkün olmayacağına ilişkindir. Dolayısıyla ani edimli sözleşmelerde kuruluş ile ifa arasında bir süre söz konusuysa uyarlamanın mümkün olduğu da kabul edilebilecektir. İşlemlerde birlik ilkesi gereğince, ipotek hakkı, tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemin peşi sıra gelmesi suretiyle kurulan aynı bir haktır. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020) 174, 180.

³⁶ Betschart (n 5) N 57; Ögüz (n 32) 8. Uyarlamanın aynı haklara egemen kamuya açıklık ve belirlilik ilkelerini delegecek bir gücü yoktur, bu kurum sözleşme tarafları arasında bir çözümden ibarettir. Baysal (n 35) 174. "...İpoteğin çerçevesini de resmi senet çizeceğinden ve resmi senette kararlaştırılan vadeden sonra ipotek bedelinin artırımı yazılmadığından ipotek alacaklısı sözleşme hilafına bedelin artırılmasını isteyemez. İsteyebileceği sadece 10.09.1958 tarihinden ipoteğin paraya çevrilmesi anına kadar faiz alacağıdır. Mahkemece yapılan bu hukuki saptamanın aksine ipotek bedelinin artırımına karar kılınması doğru olmamıştır. ...", (Yargıtay 14 HD, 3805/4902, 10.04.2008 (Lexpera)); "... Davalının sorumluluğu tapudaki ipotek miktarı ile sınırlıdır. İpotek bedelinin artırılması davasının bu nedenle reddine karar verilmesi

İpotekle teminat altına alınmış alacağın, TBK m. 138 uyarınca uyarılma davasına konu edilmesi ise mümkündür. Böyle bir dava sonucunda borçlu, alacağın uyarlanması sonucunda ortaya çıkan yeni borç miktarından sorumlu olacaktır. Alacaklının alacağına ilişkin güvenceden yararlanabilmesi için ipoteğin üst sınır ipoteği olması ve başlangıçta belirlenen ipotek bedeline ilişkin üst sınırı uyarılma sonrası ortaya çıkan alacak miktarını karşılaması gerekir. İpoteğin anapara ipoteği olması ya da üst sınır ipoteği olmasına karşın uyarılma sonucu ortaya çıkan alacak miktarının üst sınırı aşması ihtimalinde, ipotek sözleşmesinin kurulduğu sırada taraflarca belirlenen ipotek bedelinin uyarılma davasına konu edilerek arttırılması mümkün değildir³⁷.

gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir. ...”, (Yargıtay 14 HD, 3782/8590, 11.12.2019 (Lexpera)); “... Bu kapsamda eldeki davada ipotek, kesin borç (karz) ipoteğine ilişkin olup, aleyhine ipotek tesis edilenin borcu, ipotek senedinde yer alan borç miktarı ve ödemede gecikilmesi halinde gecikme faizi kadar olduğundan ve lehine ipotek tesis edilen şahıs sadece bu miktarı ve icra takibi yapmış ise icra masraflarını isteyebileceğinden ipotek bedelinin uyarlanması mümkün değil ise de. ...”, (Yargıtay 13 HD, 38030/30941, 21.10.2015 (Lexpera)); “... Kesin borç ipoteğinde borçlunun ipotekten kaynaklanan sorumluluğu TMK’nun 875. maddesi kapsamında olup, bu maddeye göre alacaklı ancak ipotek akit tablosunda belirtilen ana para ve ferileri olan miktarla sınırlı olarak talepte bulunabilir. Bunun dışında bir uyarılma imkanı bulunmamaktadır. ...” (Adana BAM 1 HD, 534/1300, 10.12.2020 (Lexpera)). Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise ipotek bedelinin uyarlanması denkleştirici adalet ilkesi ve dürüstlük kuralı gereğince mümkündür. Acar, ‘Uyarılma’ (n 31) 486. Yargıtay bazı kararlarında uyarılmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. “... Ne var ki, uygulamada da benimsendiği üzere bu tür durumlarda denkleştirici adalet ilkesi gözetilmek suretiyle ipotek bedelinin uyarlamaya tabi tutulması kaçınılmazdır. ...” (Yargıtay 1 HD, 9844/12468, 07.11.2012 (Lexpera)); Yargıtay ipoteğin, kanuni bir ipotek olması durumunda da ipotek bedelinin uyarlanmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. “... O yüzden, imar uygulama cetvellerinden davalı taşınmazından kaç m2 yer alındığı tespit edilerek, kanuni ipotek bedelinin, alınan bu miktar taşınmazın dava tarihindeki değerine göre belirlenmesi gerekir. Zira, kanuni ipotekler tarafların serbest iradeleriyle değil, kanundan kaynaklanan bazı zorunlu durumlar sebebiyle tesis edilir. O halde, mahkemece HMK’nın 266. maddesi hükmü gereğince bilirkişi incelemesi yaptırılarak ve imar uygulama cetvelleri incelenerek, davalının taşınmazından imar uygulaması sebebiyle ne miktar yerin davacı taşınmazına ilave edildiği, başka bir deyişle davalı taşınmazın ne kadar metrekare kısmının dava konusu taşınmazda bedele dönüştürülerek lehine ipotek tesis edildiği tespit edilerek, bu miktarın dava tarihindeki değeri bilirkişilere hesaplatılmalı, bu bedel davalılar adına depo ettirildikten sonra şimdiki gibi ipoteğin kaldırılması isteminin kabulüne ve buna bağlı olarak ipotek bedelinin arttırılması isteminin de kabulüne karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, hükmün açıklanan bu nedenle bozulması gerekmiştir. ...” (Yargıtay 14 HD, 11230/2969, 12.04.2018 (Lexpera)). Benzer yönde farklı bir karar için bkz. Yargıtay HGK, 711/352, 13.03.2013 (Lexpera).

³⁷ Baysal (n 35) 174; Ögüz (n 32) 8. Aksi yönde görüş için bkz. Acar, ‘Uyarılma’ (n 31) 487 vd.

D. Edim İlişkisine Göre

Edim ilişkisine göre sözleşmeler, tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve çok tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak üçe ayrılır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler de kendi içerisinde tam iki tarafa borç yükleyen ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır³⁸.

Öncelikle şunu ifade edelim ki, ipotek sözleşmesi de nihayetinde bir sözleşme olduğundan iki taraflı hukuki işlemler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla ipotek sözleşmesinin kurulabilmesi için iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun nitelikte hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanlarına ihtiyaç bulunmaktadır³⁹.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan yalnızca biri borç altına girmekte, diğer tarafın yerine getireceği herhangi bir borç kural olarak bulunmamaktadır⁴⁰.

İpotek sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İpotek borçlusu, taşınmaz üzerinde alacaklı lehine ipotek hakkı kuracağına yönelik irade beyanında bulunur⁴¹. Dolayısıyla ipotek sözleşmesi, taraflardan birinin diğer taraf lehine ipotek hakkı kurmayı taahhüt ettiği, karşı tarafın ise herhangi bir borç altına girmediği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴². İpotek borçlusunun yerine getirmesi gereken borç bir yapma edimidir⁴³.

İpotek sözleşmesinin kurulmasına neden olan temel borç ilişkisi kapsamında alacaklının yerine getirmesi gereken yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Örneğin, ipotek sözleşmesinin bir kredi sözleşmesinden doğan alacak hakkını güvence altına almak amacıyla gerçekleştirilmesi durumunda, alacaklı, kredi

³⁸ Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1133 vd.

³⁹ ibid N 1093.

⁴⁰ ibid N 1133; Oğuzman ve Öz (n 1) N 158; Fezyioğlu (n 1) 363.

⁴¹ Betschart (n 5) N 47; Thier (n 7) N 7.

⁴² Betschart (n 5) N 46. Aksi yönde görüş için bkz Çetiner (n 31) 134. Taşınır rehni sözleşmesi için bkz. Makaracı-Başak (n 21) 112, 119. Yazar, taşınır rehni sözleşmesinde asli edim olarak yalnızca rehin tesis etme borcu olduğunu kabul ederek rehin konusunu özenle saklama borcunun asli edim olmadığını ifade ediyor. Yine bu noktadan hareketle taşınır rehni sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu belirtiyor. Makaracı-Başak (n 21) 107 vd. Taşınır rehni sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu yönünde bir görüş için bkz Ergüne (n 21) 118.

⁴³ Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 370.

sözleşmesi gereğince kredi bedelini ödeme borcu altındadır. Ancak alacaklı her ne kadar temel borç ilişkisi bünyesinde bir borç altına girmiş olsa da bu ipotek sözleşmesinden farklı bir hukuki ilişkiye dayanmaktadır ve ipotek sözleşmesini tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirmez. İpoteğe, doğrudan kredi sözleşmesinin içerisinde yer verilmesi ve tescil işleminin kredi sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirildiği hallerde ipotek sözleşmesindeki tüm esaslı noktalara kredi sözleşmesi içerisinde yer verilmiş olması gerekir⁴⁴.

Son olarak ipotek sözleşmesinin, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusunu da değerlendirmek gerekir. Bu soruya yanıt vermeden önce borç ilişkisinin kaynaklarının neler olabileceğine ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden ne anlaşılması gerektiğini açıklayalım. Borç ilişkilerinin kaynakları olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri ve diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri kabul edilmektedir. Bu ayrımın yanı sıra diğer bir ayrım da hukuki işlemde doğan borç ilişkileri ile doğrudan kanundan doğan borç ilişkileri ayrımıdır. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme, tarafların her ikisinin de borç altına girdiği ancak tarafların yükledikleri edimlerin birbiriyle değişim ilişkisi içinde olmadığı ya da taraflardan birinin her zaman borç altına girdiği ancak diğer tarafın bazı şartların gerçekleşmesi durumunda borç altına girdiği sözleşmelerdir⁴⁵.

İpotek sözleşmesinin, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olabileceğine dair incelenmesi gereken hükümler TMK m. 858 ve 883'tür. TMK m. 858 gereğince ipoteğin sona erebilmesi için tescilin terkin edilmesi gerekmektedir. Bu terkin işlemini gerçekleştirecek olan kişi ipotek hakkı sahibidir. Dolayısıyla, TMK m. 883 gereğince ipotekli taşınmazın maliki, alacak sona erince alacaklıdan ipoteğin terkinini isteme hakkına sahiptir. Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, düzenlenen hükümler ipotek sözleşmesinden kaynaklı bir borç meydana getirmemektedir. Burada bahsi geçen hak ipotek sözleşmesinden

⁴⁴ Sirmen (n 10) 648; Betschart (n 5) N 48. Öğretide kredi sözleşmesi ve ipotek sözleşmesinin çok defa birbiriyle eş anlamlı olacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, kredi sözleşmesinde taraflar, kredinin hangi amaç doğrultusunda kullanılacağı hususunu sözleşmede kararlaştırabilirler. Borçlunun krediyi sözleşmede kararlaştırılan amaç dışında kullanması durumunda sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulama alanı bulur ve bazı durumlarda cezai sorumlulukta söz konusu olabilir. Borçlunun, bir taşınmaz satın almak için bankadan kredi çekmesinde durum böyledir. Banka, çekilen kredinin yalnızca taşınmaz satın alımı için kullanılmasına ilişkin bir hükme kredi sözleşmesinde yer verebilir. Weber (n 11) N 325.

⁴⁵ Oğuzman ve Öz (n 1) N 160, 161; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 1141; Feyzioğlu (n 1) 363.

değil ipotek hakkına bağlı hak ve yükümlülüklerden biridir. Dolayısıyla bu hakkın kaynağı doğrudan kanun olup, bunu ipotek hakkına bağlamıştır. Buna benzer başka hak ve yükümlülükler de ipotek hakkı kapsamında gündeme gelebilmektedir. TMK m. 865 vd. taşınmazın değerinin korunmasına ilişkin alacaklının sahip olduğu haklar da benzer şekilde kanundan doğan borçlardır. Bu hak ve borçlar, ipotek sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasalar da ipotek hakkının tesisi ile kanun gereği kendiliğinden doğmaktadır. Diğer bir deyişle bahse konu bu hak ve borçlar, ipotek sözleşmesi taraflarının alacaklı ve borçlu sıfatlarından değil ipotek alan ve ipotek veren sıfatlarından kaynaklanmaktadır⁴⁶.

İpotek sözleşmesi ani edimli ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu görüşümüz çerçevesinde ipotek sözleşmesinde taraflardan biri ipotek hakkını alacaklı lehine kurma borcu altına girmekte ve alacaklı da ipotek hakkının kurulmasını talep etme hakkına sahip olmaktadır. Borçlu ise kanundan doğan bir borç olarak ipotek süresi boyunca taşınmaz değerini koruma borcu altındadır. Bu koruma borcu, ipotek sözleşmesinden değil ipoteğin kurulmasıyla birlikte alacaklının sahip olduğu ipotek hakkına istinaden kanundan doğmaktadır. İpotek sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan sözleşmenin kuruluşunda belirlenen ipotek bedelinin değişen ekonomik koşullar nedeniyle TBK m. 138 kapsamında uyarlama davasına konu edilemeyeceği de ayrıca ifade edilebilir.

Kural olarak ipotek sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olsa da taraflar sözleşmeye ipotek alacaklısını da yükümlülük altına sokacak kayıtlar koyabilirler. Bu durumda ipotek sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmaktan çıkacağı göz ardı edilmemelidir⁴⁷.

E. Şekle Bağlı Olup Olmamasına Göre

Türk Borçlar Hukuku'nda irade serbestisi ilkesi geçerlidir. İrade serbestisi ilkesinin bir yansıması ise tarafların yapacakları sözleşmenin şeklini belirleme konusunda kural olarak özgür olmalarıdır. TBK m. 12/1'de yer alan düzenlemede de bu husus vurgulanmış ve sözleşmeler açısından şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir⁴⁸. Aynı maddede kuralın şekil serbestisi olduğu belirtildikten son-

⁴⁶ Betschart (n 5) N 50. Aksi yönde bir görüş için bkz Weber (n 11) N 284.

⁴⁷ Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 372; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, AÜHF 1984) 1044.

⁴⁸ Gökhan Antalya, 'Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları', (1992) 18(3) *Yargıtay Dergisi* 365, 395; Arif Barış Özbilen, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On iki Levha 2016) 25; Jolanta Kren Kostkiewicz, 'Art 11 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan

ra bu kuralın istisnalarının olabileceğine de “*kanunda aksi öngörülmedikçe*” ibaresiyle yer verilmiştir. Şekil zorunluluğu olarak adlandırılan işte bu durum tarafların şekil konusunda sahip oldukları irade serbestisinin kanun tarafından sınırlandırılmasıdır. Ancak şekil zorunluluğu mutlaka kanundan kaynaklanmak zorunda değildir. Tarafların iradi olarak bir şekil zorunluluğu öngörmeleri de mümkündür⁴⁹. Taraflarca iradi olarak veya kanun tarafından kararlaştırılan şekil zorunluluğu beraberinde çok sayıda fayda ve sakıncayı getirir⁵⁰.

Şekil türleri açısından öğretide ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bunlardan ilki olan amacına göre şekil çeşitleri açısından yapılan ayırmada, şekil şartının bir geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekline ilişkin olarak mı öngörüldüğünün tespit edilmesi gerekir.

Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (eds) *OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (3. Bası, Orell Füssli 2016) N 1; İhsan Erdoğan, ‘Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları’, (1997) 1(1) GÜHFD 114, 114; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021) N 381; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 2358; Oğuzman ve Öz (n 1) N 440; Kut (n 1) N 1; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 1) N 715.

⁴⁹ Özbilen (n 45) 31, 34; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 1) N 720.

⁵⁰ Şekil şartının faydaları olarak öğretide, şeklin taraflarını sözleşme konusunda düşünmeye sevk etmesi, açıklık ve kesinlik sağlaması, ispat kolaylığı sağlaması, sözleşmede zayıf olan tarafın korunmasına hizmet etmesi ile işlem güvenliğini ve aleniyetin sağlanması olduğu kabul edilmektedir. Özbilen (n 44) 36 vd; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 2365 vd; Oğuzman ve Öz (n 1) N 446; Kut (n 1) N 7; BGE 118 II 32 E. 3d; 122 III 361 E. 4c. Öğretide bir görüşe göre, ipotek sözleşmesinde resmi şekil şartına yer verilmesinin diğer bir nedeni de kamu görevlisinin, tarafların kararlaştırmış oldukları ipotek bedelinin olağan piyasa koşullarından önemli ölçüde sapması durumunda onları bilgilendirmesi ve irade sakatlıklarının önüne geçilmesidir. Weber (n 11) N 355. Kanaatimizce, tapu memurunun satış bedeli konusunda tarafları bilgilendirmek gibi bir görevi bulunmadığından bu hususu resmi şekil şartının sağladığı faydalardan biri olarak kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Alman Hukukunda, BeurkG § 17’de noterlerin görevlerini yerine getirirken dikkat etmeleri gereken hususlara yer verilmiştir. Burada noterin görevlerinden biri de tarafların iradesini araştırmak, ilgili işlem hakkında tarafları bilgilendirmek ile beyanların açık ve net bir şekilde tutanağa geçirilmesini sağlamaktır. Noter bu hususlar hakkında bilgi verirken, deneyimsiz durumda olan tarafın dezavantajlı konumunu gözetmeli ve onun hata yapmaması için çaba sarf etmelidir. Özellikle BeurkG § 17 Abs 2a’da noterlerin tüketici sözleşmelerindeki görevleri detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Dorothee Einsele, ‘§ 128 BGB’ in Franz Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (eds), *MüKo-BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§1-240* (9. Bası, Beck 2021) N 1. Şekil şartının sakıncaları olarak ise öğretide, şeklin ticari hayatın hareket kabiliyetini yavaşlatması, resmi şekil söz konusu olduğu durumlarda tarafların tapu ve harç masrafı gibi ek masrafları üstlenmek zorunda kalmaları ile şekil şartına aykırılığın ağır bir yaptırım olan kesin hükümsüzlüğe tabi olması nedeniyle taraf iradelerinin göz ardı edilmesi kabul edilmektedir. Özbilen (n 46) 42; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 2366.

İpotek sözleşmesi açısından şekle dair hüküm TMK m. 856/II'dir. Söz konusu düzenlemede, taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşme için geçerlilik şekli öngörülmüştür⁵¹.

Geçerlilik şekli, kaynağına göre yasal geçerlilik ya da iradi geçerlilik şeklinde söz konusu olabilir⁵².

TMK m. 856/II ile ipotek sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen şekil şartı yasal geçerlilik şeklindedir. İpotek sözleşmesinin Kanunda belirtilen şekilde gerçekleştirilmemesinin yaptırımı ise kesin hükümsüzlüktür⁵³.

⁵¹ TBK m. 12/II'de kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil şartının aksi belirtilmediği sürece geçerliliğe ilişkin olduğu hüküm altına alınmıştır. O halde, maddi hukuk kuralında öngörülen şekle ilişkin düzenlemeler kural olarak geçerlilik şekline ilişkin olacaktır. Geçerlilik şeklinin öngörüldüğü sözleşmeler açısından tarafların öngörülen şekil haricinde bir şekli kendi aralarında kararlaştırmaları mümkün değildir. Keza geçerlilik şeklinin öngörüldüğü sözleşmelerde şekle aykırılığın yaptırımı da kural olarak kesin hükümsüzlüktür. Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 1) N 748; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 48) N 382. Geçerlilik şekline aykırılığın yaptırımına ilişkin öğretide ileri sürülen diğer görüşler hakkında bilgi almak için bkz Antalya, *Geçerlilik Şekli* (n 46) 366 vd.

⁵² Özbilen (n 46) 50; Antalya, *Borçlar Hukuku* (n 2) N 2370; Oğuzman ve Öz (n 1) N 440; Kut (n 1) N 17; Erdoğan (n 46) 115.

⁵³ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3233; Kostkiewicz (n 48) N 14; Kut (n 1) N 17. Kesin hükümsüzlük görüşü, İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. İlgili kararlar için bkz. BGE 137 III 243 E. 4.4.6; BGE 106 II 146 E. 3; BGE 116 II 700 E. 3b. " ... *Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. ...", (Yargıtay İBKG, 2/2, 30.09.1988 (Kazancı)). Diğer kararlar için bkz. Yargıtay İBKG, 8/18, 26.05.1954 (Kazancı); Yargıtay İBKG, 14/13, 12.04.1944 (Kazancı). Resmi şekil şartına uyulmaması durumunda TBK m. 27/II çerçevesinde kısmi hükümsüzlüğün uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, resmi şekil şartına aykırılık durumun kısmi hükümsüzlüğün uygulanabileceğine dair bir kararı için bkz. BGE 117 II 382 E. 2c. Kesin hükümsüzlüğün bir sonucu olarak tarafların ileri sürmesinden bağımsız olarak hakim hükümsüzlüğe re'sen karar vermek zorundadır. Federal Mahkeme tarafından verilen kararlarda şekil eksikliği sebebiyle kesin hükümsüzlüğün ağır sonuçlarının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan MK m 2/II hükmü ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu kararlar için bkz BGE 140 III 200 E. 4.2; BGE 116 II 700 E. 3b; BGE 112 II 330 E. 2; BGE 138 III 401 E. 2.3.1; BGE 112 II 107 E. 3c. Öğretide savunulan diğer bir görüş ise resmi şekle aykırılığın yaptırımının kendine özgü (*sui generis*) geçersizlik olduğudur. Bu görüşe göre, işlem daha yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür ancak taraflardan biri bu durumu ileri sürmedikçe işlem normal hukuki sonuçlarını do-*

Şekil türleri açısından yapılan diğer bir ayırım ise sözleşmenin düzenlenme tarzı bakımından, sözlü veya yazılı şekle mi tabi kılındığının tespitini gerekli kılar. Yazılı şekil de kendi içerisinde adi yazılı, nitelikli yazılı ve resmi yazılı şekil olmak üzere üçe ayrılmaktadır⁵⁴.

TMK m. 856/II'da, taşınmaz rehininin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliliği, resmi şekilde yapılmış olmasına bağlanmıştır⁵⁵. İpotek hakkı taahhüdü-

ğuracaktır. Hakim veya üçüncü kişiler bu geçersizliği ileri süremeyecekler ve yine kesin hükümsüzlükten farklı olarak bu geçersizliğin düzeltilme imkanı mevcuttur. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (26. Bası, Vedat 2020) N 751. Geçerlilik şekline aykırılığın yaptırımına ilişkin öğretide ileri sürülen diğer görüşler hakkında bilgi almak için bkz Antalya, *Geçerlilik Şekli* (n 46) 365, 366 vd; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 29 N 2 vd.

⁵⁴ Kut (n 1) N 9; Oğuzman ve Barlas (n 51) N 704; farklı bir ayırım için bkz. Erdoğan (n 46) 116. Adi yazılı şekil, sözleşme içeriğinin taraflarca kabul edildiğini dış dünyaya yansıtan bir işaret olan beyan sahibinin ya da sahiplerinin imzasıyla sağlanır. Nitelikli yazılı şekil ise adi yazılı şekil şartına ek olarak kanunun aradığı farklı şekil şartlarının da yerine getirilmesiyle sağlanmaktadır. Kut (n 1) N 10, 11; Kostkiewicz (n 48) N 4.

⁵⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3233; Özbilen (n 46) 109; Oğuzman ve Öz (n 1) N 470; Kut (n 1) N 12; Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 27 N 1. Boş dereceye ilerleme hakkı resmi şekilde yapılan ipotek sözleşmesine bir kayıt olarak konulduğunda şekil açısından bir sorun ortaya çıkmaz. TMK m. 871/III'e göre, sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerliliği, resmî şekilde yapılmalarına bağlıdır. Boş dereceye ilerleme hakkının ayrı bir sözleşmeyle tanındığı hallerde, resmî şekil bir geçerlilik şartıdır. Aynı hukuki sonuca TBK m. 13 ışığında, boş dereceye ilerleme hakkı veren sözleşmenin malikin rehin borcunu ağırlaştıran bir yan anlaşma niteliğinden de ulaşmak mümkündür. Selmani Okumuş ve Bahadır Demir, 'Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı', (2017) 66 (3) AÜHFD 605, 614. Tapu Sicili Tüzüğü m. 47'de şerh için, rehin sözleşmesinden ayrı yapılan ilerleme sözleşmesinin noterce düzenlenmesi yeterli kabul edilmiştir. Rehin sözleşmesi ile birlikte tanınan boş dereceye ilerleme hakkının şerhler sütununa kaydedilebilmesi için, bu hakkın tapuda düzenlenecek rehin sözleşmesine ilişkin resmî senette düzenlenmesi gerekir. Rehin sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen boş dereceye ilerleme hakkının şerh verilebilmesi için ise, noter tarafından düzenlenen şerh anlaşması aranmaktadır. Aydın, (n 25) 1032. Öğretide boş dereceye ilerleme sözleşmesinde resmi şekil şartının sağlanabilmesi için resmi senedin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerektiğini kabul eden bir görüş bulunmakla birlikte bkz. Okumuş ve Demir, (n 54) 614; diğer bir görüşe göre Noterlik Kanunu m. 60 gereğince boş dereceye ilerleme sözleşmelerine resmîyet vermesi gereken makamın noter olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca tapu memuru da resmi şekil konusunda yetkili olarak kabul edilmelidir. Taşınmazlarda rehin kurma sözleşmesini düzenleyebilen tapu memurlarına, söz konusu sözleşmenin içeriğine yönelik bir hususta sözleşme düzenleme yetkisi vermemek için özel bir sebep bulunmamaktadır. Nitekim boş dereceye ilerleme sözleşmesi ipotek kurma sözleşmesinde yer alan bir hükümlerle vücut buluyorsa zaten zorunlu olarak tapuda düzenlenecek resmî senette yer almaktadır. Aydın (n 25) 1032. Kanaatimizce de kanunda ayrıca özel bir düzenleme olmadıkça resmi şekil konusunda noterin yetkili olduğu söylenebilir. Boş dereceye ilerleme sözleşmesinde resmi yetkili makamın yalnızca tapu memuru olduğunun kabulü bizi aslında resmi şekil bakımından yetkili makamlar arasında olmayan bir hiyerarşinin varlığına götürmektedir. Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 369.

ne yönelik resmi sözleşme ipotek hakkı tescilinin hukuki sebebinin teşkil ederek işlem güvenliği ve aleniyetin sağlanmasına hizmet eder⁵⁶.

Resmî şekil şartının gerçekleşmiş sayılması için işlemde birlik ilkesine riayet edilmelidir. Bu ilkeye göre taraflar, devlet tarafından yetkilendirilmiş görevliler önünde sözleşmenin kurulması yönündeki irade beyanlarını aynı zamanda ve bir arada ortaya koymak zorunda kalmaktadır⁵⁷.

İşlemlerde birlik ilkesi gerçek kişiler açısından nispeten uyulması kolay bir ilke gibi gözükmekle birlikte, iş hayatının yoğunluğu içerisinde özellikle kredi veren kurumlar açısından zaman kaybı ve personel istihdamına, tapu müdürlüğü için de iş yoğunluğuna sebebiyet vermektedir. İşte bu sebeple 15.02.2018 tarih ve 7099 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilen Tapu Kanunu m. 26'nın son fıkrası olan "*Kamu kurum ve kuruluşları, kredi kuruluşları, bankalar, esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile tarım kredi kooperatiflerince açılmış veya açılacak tüm borç ve kredilere karşılık teminat gösterilen taşınmazların ipotek işlemleri, tarafların istemi halinde, taraflarınca imzalanan kredi veya*

⁵⁶ Resmi şeklin amacı şekle bağlı olarak gerçekleştirilecek sözleşme taraflarının menfaatlerinin korunmasıdır. Taraflar resmi şekle tabi sözleşmelerde daha fazla düşünme imkanına sahip olacak ve dikkatli hareket etmek zorunda kalacaklardır. Resmi memurun dahil olduğu sözleşmelerde, diğer sözleşmelere nazaran daha açık ve net ifadeler yer verilir. Resmi sözleşmeler ileride bir uyumsuzluk yaşanması halinde ispat açısından kolaylık sağlar. Özbilen (n 46) 112; Kut (n 1) N 7. İki çeşit resmi senet söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, resmi memur tarafından sadece senet altındaki imzaların tasdiklendiği, senet içerisinde yer alan metnin resmîyetten yararlanmadığı, yalnızca imzaların ve yetkili memur tarafından atılan tarihin resmîyetten yararlandığı onaylama şeklinde gerçekleştirilen resmi senetlerdir. Başından sonuna kadar resmi memur tarafından re'sen düzenlenen senetler ise düzenlenme şeklinde gerçekleştirilen resmi senetlerdir. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 27 N 4. Bu başlık altında yaptığımız açıklamaların düzenlenme şeklindeki resmi senetlere ilişkin olduğu unutulmamalıdır.

⁵⁷ Resmi şekil şartı öngörülen sözleşmelerde şekil şartı, kanunda öngörülen usullere uygun olarak devlet tarafından yetkilendirilmiş memurların katılımıyla gerçekleşecektir. Resmi şekil şartı, kanunkoyucu tarafından diğer sözleşmelere nazaran daha önemli görülen ve taraflar için risk taşıdığı düşünülen sözleşmelerde öngörülmüş bir yasal geçerlilik şekli şartıdır. Resmi memur, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını kanunun öngördüğü usule uygun olarak tespit edecek ve bunları ispata ilişkin TMK m. 7'de yer verilen resmi senede bağlayacaktır. Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 27 N 8. Noterlik Kanunu m. 60 gereğince resmi şekil şartını yerine getirecek olan kişi kanunda farklı bir düzenleme olmadıkça noterlerdir. Ancak Tapu Kanunu m. 26/l'de farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre taşınmaz mallar ile ilgili olarak mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler ile bu mallar üzerinde sınırlı aynı hakların kurulması borcunu yükleyen sözleşmeler, sadece tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından düzenlenebilecektir. İsviçre'de ise ipotek sözleşmesinde resmîyeti sağlayacak görevli ZGB art. 799'da söz konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki noter olarak düzenlenmiştir. Dürr, 'Art 799' (n 9) N 223.

borç sözleşmesine istinaden tapu müdürlüklerinde tapuya tescil olunur." düzenlemesiyle ipotek sözleşmesine ilişkin aranan resmi şekil şartına bir istisna getirilmiştir. Bu hüküm kapsamına giren durumlarda, taraflar arasında ayrıca tapuda resmi şekilde ipotek sözleşmesi yapılmasına gerek olmayacak, ipotek hakkı taşınmazı üzerinde ipotek tesis etmek isteyen tarafın talebi üzerine tapu siciline tescil edilecektir⁵⁸.

Tapu Kanunu m. 26'da resmi sözleşme istisnasından yararlanabilecek olanlara bakıldığında, taraflar için resmi memurun sağlayacağı yararların bir kısmını uzman personelleri aracılığıyla sağlayabilecekleri görülmektedir. Ancak resmi memurun her iki tarafın menfaatini gözetememesi ve tarafları düşünmeye sevk eden hareket tarzını ne ölçüde uygulayabilecekleri muammasıdır. Bunun yanı sıra bu istisnanın her iki taraf açısından da zaman ve maliyet kaybının önüne geçtiği ise unutulmamalıdır.

İpotek hakkının saikini teşkil eden kredi veya borç sözleşmesinin kanun tarafından bir şekil şartına tabi tutulduğu durumlarda ipotek sözleşmesinin de bu şekil şartına uygun olarak yapılması gerekir. Burada ipotek sözleşmesinde aranan resmi şekil şartına ilişkin bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisna tarafların ipotek sözleşmesi için aranan resmi şekil şartına tabi olmaksızın aralarında yaptıkları kredi veya borç sözleşmesinde ipotek teminatı sağlama taahhüdünde bulunabilmesidir. Dolayısıyla tarafların aralarında yapmış oldukları kredi veya borç sözleşmesinin şekle tabi olduğu durumlarda bu şekle uyulmaması ipotek hakkının yolsuz olarak tescil edilmesine sebebiyet verecektir⁵⁹.

Tapu Kanunu m. 26'nın son fıkrası ile getirilen bu istisnanın başkasının borcu için verilen ipotegi kapsayıp kapsamadığı ise öğretide tartışmalıdır.

⁵⁸ Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m 32 (3)'e göre resmi senet düzenlenmeksizin tescil edilecek olan ipoteklerde, işleme dayanak olan kredi veya borç sözleşmeleri veya tasarruf finansman sözleşmeleri, onama ipotegi tesis ve tescil istem belgesi ile diğer belgeler banka/kurum tarafından fiziki olarak veya elektronik ortamda müdürlüğe gönderilecektir.

⁵⁹ Çetiner (n 31) 118; Helvacı (n 8) 113. Alman Hukukunda, BGB § 128'de tarafların, yetkili memur huzurunda (noter) aynı anda karşı karşıya gelmeksizin de resmi şeklin gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Her iki tarafın hazır bulunmasının gerektiğine dair özel bir düzenlemenin söz konusu olduğu durumlarda bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Yetkili memur, resmi şekil için aranan hem kimlik doğrulamasını hem de sözleşmenin onaylanmasını iki tarafın hazır bulunmasına gerek olmaksızın gerçekleştirebilir. Hatta bu işlemler farklı yerlerdeki farklı noterlerce dahi gerçekleştirilebilir. Heinrich Dörner, '§ 128 BGB' in Reiner Schulze (ed), *NK-Nomos Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* (4. Bası, Nomos 2016) N 1-4; Einsele (n 50) N 6.

Öğretide bizim de katıldığımız bir görüş bu istisnanın başkasının borcu için verilen ipotekleri kapsamadığını ve bunlara ilişkin ipotek sözleşmelerinin resmi şekilde yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Hükümün lafzı da incelendiğinde “*tarafaların istemi halinde, taraflarınca imzalanan kredi veya borç sözleşmesine istinaden*” ibaresinden üçüncü kişilerin resmi şekil istisnası kapsamında yer almadıkları anlaşılmaktadır⁶⁰.

Diğer bir görüş ise ipotek taahhüdünde bulunacak kişinin üçüncü bir kişi olması durumunda resmi şekil istisnasının geçerli olmayacağını düşündürecek örtülü bir kanun boşluğunun bulunmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, ipotek sözleşmesinin resmi şekle tabi olmasını gerektiren sebepler, ipotek veren kişi olduğu kadar asıl borçlu için de geçerlidir. Resmi şekil şartı istisnasının ipotek veren için kabulü, hem asıl borçlunun ipotek veren kişi olması durumunda hem de üçüncü bir kişinin ipotek veren kişi olması halinde benzer bir durum ortaya çıkaracaktır. İpotekli bir kredi sözleşmesi kapsamında asıl borçlunun taşınmaz maliki olması durumunda veya üçüncü bir kişinin taşınmaz maliki olması durumunda ipotek taahhüdü kredi sözleşmesinde veya bankada yazılı olarak yapılacak bir sözleşmeyle gerçekleştirilebilir⁶¹.

Tapu Kanunu m. 26'nın son fıkrası ile getirilen bu istisnanın boş dereceye ilerleme sözleşmesi için de geçerli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre bu istisna dahilindeki ipotek sözleşmesi içerisinde düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmesi için adi yazılı şekil yeterli olacaktır. Aynı şekilde söz konusu hükme dayanılarak tescil edilen ipotek hakkı için ayrı bir ilerleme sözleşmesi yapıldığında yine adi yazılı şekil yeterli olacaktır⁶².

⁶⁰ Helvacı (n 8) 115.

⁶¹ Bu görüşün yer aldığı eser son kanun değişikliği öncesinde yayımlanmıştır. Çetiner (n 31) 120. Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 32/I'de, Tapu Kanunu m. 26'da yer alan istisnaya yer verilmiştir. Yönetmelik m. 32/II'de ise resmi senet düzenlenmeksizin tesis edilecek ipotek işlemlerinde, alacaklı ile borçlu ve varsa kefilleri arasında yapılan kredi veya borç sözleşmelerine, ipotek tesis ve tescil istemi ile tapu sicil müdürünün onamı bölümleri eklenmek suretiyle gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin 32. maddesinin 5. fıkrasında ise tapu sicil müdürünün onamını ne şekilde gerçekleştireceği onam bölümünün, ilgili bankalar, kamu kurum ve kuruluşlarından gönderilen sözleşme metinlerinde mevcut ise, örneğe uygun şekilde yazılıp imzalandığı kontrol edilerek, bu bölümler sözleşme metninde bulunmuyorsa, sözleşme kâğıdının son sayfası uygun ise onun üzerine, değilse başka bir kâğıda ipotek tesis ve tescil istemi eklenerek, eklenme yerlerinden müdürlük mührü ile mühürlenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Çetiner (n 31) 120.

⁶² Okumuş ve Demir (n 54) 614.

Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise söz konusu Kanun metninde geçen “*ipotek işlemleri*” ifadesi gerek ipotek sözleşmesinden sonra gerekse ipotek sözleşmesine bir kayıt şeklinde yapılan boş dereceye ilerleme sözleşmesini kapsamamaktadır. Zira söz konusu düzenlemenin sonunda “*tescil olunur*” ifadesine yer verilirken, boş dereceye ilerleme sözleşmesinin tapuya işlenmesi tescil değil, şerh ile olmaktadır. Dolayısıyla TMK m. 871/III gereğince resmî şekil koşulu bu düzenleme kapsamında yer alan ipoteklere ilişkin düzenlenen boş dereceye ilerleme sözleşmeleri bakımından yine aranmalı ve söz konusu sözleşmeler ister tapu müdürlüklerinde ister noterde düzenlenebilmelidir. Böylece tarafların sahte bir adî yazılı senet ile tapuya başvurarak şerh talebinde bulunmaları tehlikesinin de önüne geçilmiş olunur⁶³.

Konu ile ilgili olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise TBK m. 14/l hükmünün ipotek sözleşmesi açısından uygulanabilirliğidir. TBK m. 14/l, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere ipotek sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve borç altına giren kişi ipotek kurmayı taahhüt eden kişidir. Ancak kanaatimizce ipotek sözleşmesi açısından TBK m. 14/l’in uygulama imkânı bulunmamaktadır.

Öğretide yer alan bizim de katıldığımız bir görüşe göre TBK m. 14/l’de öngörülen husus yalnızca adi yazılı şekle ilişkindir. Bu kuralın kıyas yoluyla resmi yazılı şekilde de uygulanması mümkün değildir. Tapu Kanunu m. 26/VI (6/3/1981-2421/1 m. ile değişik ek hüküm 2/4/1998- 4358/3 m.) “*Resmi senedi, taraflar ile hazırlayan tapu sicil müdürlüğü görevlileri imzalar, tapu sicil müdürü veya görevlendirilen memur onaylar.*” düzenlemesi de bu düşünceyi doğrular niteliktedir. Tapu kütüğüne tescil gerçekleştirilmesi öncesinde yapılan ipotek sözleşmesi, borç altına giren kişiyi koruma amacı gütmekten ziyade, açıklık sağlamak, güvenilir bir ispat vasıtası yaratmak ve tapu kütüğüne yapılacak tescili gereği gibi hazırlamak gibi farklı fonksiyonları da yerine getirmektedir⁶⁴.

Öğretide yer alan diğer bir görüş ise ipotek sözleşmesinde yalnızca ipotek kurmayı taahhüt eden kişinin imzasının bulunmasını yeterli görmektedir⁶⁵.

⁶³ Aydın (n 25) 1039.

⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu (n 1) § 27 N. 6.

⁶⁵ Bernhard Trauffer, ‘Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr’, (1998) 79 ZGBR 1, 5; Nomer ve Ergüne (n 10) N 1051; Helvacı (n 8) 117. İsviçre’de ipotek sözleşmesinde kimin ve-

TBK m. 132 gereğince, borcu doğuran işlem kanunen belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir. İpotek sözleşmesi açısından da bu kural geçerlidir. TBK m. 13/I gereğince, ipotek yükünü artıran her türlü değişiklik de resmi şekil şartına tabi olarak gerçekleştirilmelidir⁶⁶.

II. İpotek Sözleşmesinin İçeriği

İpotek sözleşmesinde mutlaka yer alması gereken objektif esaslı noktalar ve ancak taraflarca kararlaştırıldıkları takdirde var olabilecek sübjektif esaslı noktalar arasında bir ayırım yapılmalıdır⁶⁷.

ya kimlerin imzasının bulunması gerektiği kanton uygulamalarında değişiklik göstermektedir. Cenevre uygulamasında her iki tarafın da ipotek sözleşmesinde imzasının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bern uygulamasında ise yalnızca borç altına giren tarafın imzasının bulunması gerektiği alacaklının zımnî irade beyanının dahi yeterli olduğu kabul edilmektedir. Zürih uygulamasında ise resmî belgede yalnızca borç altına giren tarafın imzasının bulunmasının yeterli olduğu alacaklının ise iradesini adi yazılı şekilde ortaya koyabileceği kabul edilmektedir. Adrian Mühlematter ve Stefan Stucki, *Grundbuchrecht für Praxis* (2. Bası, Orell Füssli 2017) 115; Dürr, 'Art 799' (n 9) N 234; Peter Tuor, Schnyder ve Schmid (n 10) § 111 N 32; Thier (n 7) N 7.

⁶⁶ Çetiner (n 31) 129; Thier (n 7) N 7; BGE 75 I 337, 340. Öğretide yer alan bir görüşe göre ipotek yükünü azaltan ya da ortadan kaldıran sözleşmeler resmi şekil şartına tabi olmadan gerçekleştirilebilecektir. Nomer ve Ergüne (n 10) N 1049; Sirmen (n 10) 644. Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 26 gereğince resmi senette silinti, kazıntı, çıkıntı yapılamayacaktır.

⁶⁷ Öğretide, dar anlamda taşınmaz rehni sözleşmesi (*Grundpfandvertrag im engen Sinn*) ile geniş anlamda taşınmaz rehni sözleşmesi (*Grundpfandvertrag im weiten Sinn*) kavramları kullanılmaktadır. Dar anlamda taşınmaz rehni sözleşmesinin çekirdeğini (*Kern*) sözleşmede yer alması zorunlu unsurlar (objektif esaslı noktalar) oluştururken, sözleşmede yer alması zorunlu olmayan diğer unsurlar geniş anlamda taşınmaz rehni sözleşmesine dahildir. Dar anlamda ipotek sözleşmesi ile kast olunan ipotek sözleşmesinin temelinde yatan sözleşmenin borçlusu durumunda olan taşınmaz malikine, taşınmazı üzerinde alacaklı lehine ipotek hakkı kurma taahhüdü başta olmak üzere sözleşmede yer alması zorunlu olan diğer unsurlardır. Geniş anlamda ipotek sözleşmesi ile kast olunan ise objektif esaslı noktaların yanı sıra ipotek sözleşmesinde yer alması zorunlu olmayan ancak taraflarca kararlaştırıldıkları var olabilen sübjektif esaslı noktalardır. Taraflar bu kapsamda tipe bağlılık ilkesi çerçevesinde ipotek hakkıyla bağdaştırılabilir nitelikte farklı hususlar konusunda anlaşmakta özgürdürler. Dürr, 'Art 799' (n 9) N 196; Weber (n 11) N 284; Betschart (n 5) N 12-14. Bir sözleşme söz konusu olduğunda sözleşmenin esaslı noktaları ve yan noktaları ayırımı karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin esaslı noktaları, objektif esaslı noktalar ve sübjektif esaslı noktalardan oluşmaktadır. Objektif esaslı noktalar, sözleşmenin oluşması için tarafların mutlak surette anlaşmaya varmak zorunda olduğu ve bu noktalar olmadığı takdirde sözleşmenin kurulmayacağı, sözleşmenin tipini belirleyen zorunlu noktalardır. Sübjektif esaslı noktalar ise tarafların atfettiği önem neticesinde objektif noktaların dışında kalan, ikinci derecedeki yan noktalardan sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirdiği noktalardır. Sözleşmenin yan noktaları ise objektif ve sübjektif yönden

İpotek sözleşmesinin içeriğini oluşturan objektif esaslı noktalar şunlardır⁶⁸: Sözleşme taraflarına ilişkin kimlik bilgileri (başkasının borcu için ipotek halinde ayrıca asıl borçlunun kimliği), taşınmaz üzerinde ipotek kurulacağına dair irade uyuşması, üzerinde ipotek kurulacak taşınmazı tanımlayan bilgiler⁶⁹, fer’ilik ilkesinin bir sonucu olarak alacağı doğuran borç ilişkisi⁷⁰, anapara ipoteğinde

esaslı olmayan noktalardır. Objektif yan noktalar, sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların üzerinde hiç durmadıkları kanun icabı noktalardır. Sübjektif yan noktalar ise tarafların sözleşme müzakereleri sırasında üzerinde durdukları ancak anlaşamayacaklarını anlamaları üzerine bundan vazgeçtikleri ya da o an için anlaşamamasalar da ileride anlaşmak üzere saklı tuttıkları noktalardır. Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Beta 2023) N 26; Caner Taşatan, *Sözleşmenin Kurulması* (On İki Levha 2021) 186; Sanem Aksoy-Dursun, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008), 28; Kocayusufoğlu (n 1) §17, N 6, 7; Kut (n 1) N 30.

⁶⁸ Stephan Dusil, ‘Art 824 ZGB’ in Andrea Büchler ve Dominique Jakob (eds), *KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2017) N 7; Çetiner (n 31) 122; Thier (n 7) N 7; Betschart (n 5) N 12. Şayet ipotek şeklinde toplu rehin kurulması söz konusuysa toplu rehlin kararlaştırıldığına dair bir kaydın da sözleşmede yer alması gerekir. Tarafların, sözleşmede toplu rehin kararlaştırıldığı anlaşamıyorsa, paylı rehne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Azim Öncü, *Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni* (Yetkin 2023) 172; “... Yasa metninde de açıkça ifade edildiği gibi bu rehni türü “üzerinde rehni kurulmak istenen taşınmazların mülkiyetinin aynı kişiye ait olması” ya da “taşınmazlar ayrı kişilerin mülkiyetinde -yani taşınmazların malikleri farklı kişiler- ise, bu kişilerin güvence altına alınmak istenen borçtan müteselsil olarak sorumlu bulunmaları” hallerinde kurulabilmektedir. Bu şartlar yoksa toplu rehni kurulamaz. Ne var ki bu şartlar bulunsa bile kurulacak rehni toplu rehni olması zorunlu değildir. Kanun bu konuda bir olanak getirmiş tarafların bu halde de rehni yükünü çeşitli taşınmazlar arasında paylaştırabileceğini ifade etmiştir. Bu bakımdan rehni toplu olduğu kuruluş sözleşmesinde belirtilmelidir. Kuruluş sözleşmesinde toplu rehni olgusunun açıkça belirtilmemiş olması, dolayısıyla da tarafların “toplu rehni” kurma yolunu seçmemiş olmaları halinde ikinci bir yol “aynı alacak için birden fazla taşınmazın rehni yükünün rehdilecek taşınmazlar arasında paylaştırılıp, dağıtılması”dır. ...”, Yargıtay HGK, 12-823/1020, 27.11.2002 (Legalbank)).

⁶⁹ Öğretide bir görüş ipotek sözleşmesinin borçlandırıcı işlem karakterinden hareketle edim konusu borcun belirli veya belirlenebilir olmasını bu aşamada yeterli görmektedir. Acar, *Rehni Hukuku* (n 25) § 7 N 375; Dürr, ‘Art 799’ (n 9) N 188. Diğer görüş ise eşya hukukuna hâkim belirlilik ilkesini bu aşamada da aramaktadır. Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (TMDRSİUEHY) m 7’de taşınmazın mahallesi veya köyü, pafta, ada ve parsel numaraları, var ise bağımsız bölüm numarası, yüz ölçümü, hissesi, cinsi, sınırı, tapu kaydının cilt ve sayfa numaraları gibi taşınmazı tanımlayan bilgilere resmi senette yer verileceği düzenlenmiştir. Betschart (n 5) N 61; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3236; Nomer ve Ergüne (n 10) N 1052.

⁷⁰ Öğretide bir görüş, sözleşme yapıldığı anda doğmuş borçlar açısından alacak miktarının gösterilmesini yeterli bulmakta, henüz doğmamış ancak ileride doğacak borçlar açısından ise alacağı doğuran borç ilişkisine ipotek sözleşmesine yer verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Akipek (n 15) 189; Çetiner (n 31) 122, Köprülü ve Kaneti (n 11) 302, Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3238, Acar, *Rehni Hukuku* (n 25) § 7 N 378; Gürsoy, Eren ve Cansel (n

ipotekle teminat altına alınan alacak tutarı, üst sınır ipoteğinde ise azami güvence miktarıdır.

İpotek sözleşmesindeki subjektif esaslı noktaları saymak mümkün değildir. Uygulamada taraflarca subjektif esaslı nokta haline getirilen bazı yan noktalar⁷¹: İpotek hakkının süresi, ipoteğin derecesi⁷², rehnin paraya çevrilmesine ilişkin özel koşullar, alacağa ilişkin anapara faizi, taşınmazın eklentilerinin ipotek sözleşmesi kapsamında yer alıp almayacağı, boş dereceye ilerleme hakkı⁷³ ve bunun şerhi anlaşmasıdır⁷⁴.

47) 981; "... Mevcut alacaklar için yapılan rehin sözleşmesinde alacağın tutarının gösterilmesi bu alacağın belli edilmesi için yeterlidir. Buna karşılık müstakbel alacakların temini için yapılan rehin sözleşmelerinde alacağın hangi sebepten doğacağı da açık olarak gösterilmelidir. ...", (Yargıtay 20 HD, 6341/2930, 06.04.2017 (Kazancı)). Diğer bir görüş ise henüz doğmamış ancak ileride doğacak borçlar açısından da alacağı doğuran borç ilişkisine ipotek sözleşmesinde yer verilmesine gerek olmadığını diğer bir deyişle her halükârda alacak miktarının gösterilmesinin yeterli olduğunu hukuki sebebin gösterilmesine gerek olmadığını kabul etmektedir. Yeşim Güleklü, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı*, (Kazancı 1992) 79; Helvacı (n 8) 116; Sirmen (n 10) 645; Nomer ve Ergüne (n 10) N 1052; BGE 51 II 273; BGE 108 II 47, Yargıtay 23 HD, 2344/6488, 12.10.2015. Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise kurulacak olan ipotek hakkının alacağa bağlı bir hak olmasından ötürü ipotek sözleşmesinde alacağı doğuran ya da ileride doğuracak borç ilişkisine her halükârda yer verilmesi gerekmektedir. Alexandra Molin-Kränzlin, 'Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und Grundpfandbezogenen Sicherungsrechten: Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten', in Jörg Schmid (ed), *LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr 58* (Schulthess 2016) N 217; Betschart (n 5) N 32.

⁷¹ Betschart (n 5) N 13; Çetiner (n 31) 122; Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 380; Thier (n 7) N 7; Dusil (n 66) N 8; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3229.

⁷² İpoteğin derecesinin belirtilmesinin objektif nokta olduğu yönünde bir görüş için bkz Stephan Dusil, (n 66) N 7. İpoteğin derecesi belirtilmediği takdirde sıra tescil talebinin yevmiye defterine kayıt anına göre belirlenecektir. Sirmen (n 10) 645; Nomer ve Ergüne (n 10) N 1052.

⁷³ Türk Hukukunda taşınmaz rehninde ilerleme sistemi kural olarak geçerli değildir. Ancak bazı istisnai durumlarda ilerleme uygulama alanı bulur. İlerleme, sözleşme ya da kanundan doğmaktadır. Kanundan doğan istisnalar rehnin paraya çevrilmesinde boş derecelerin dikkate alınmaması ile arazi iyileştirmeleri sebebiyle alınan krediler için kurulan taşınmaz rehnidir. Sözleşmeden doğan istisna ise boşalan dereceye ilerleme hakkıdır. Okumuş ve Demir (n 54) 611.

⁷⁴ Boşalan dereceye ilerleme sözleşmesine Kanun'da TMK m. 871/III'de şekli ve doğuracağı etki bakımından değinilmektedir. Bu sözleşmeden Kanun'da kısmen bahsedilmiş olmasına karşın isimli bir sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Boş dereceye ilerleme sözleşmesi, kendine özgü yapısı olan bir sözleşmedir. Boş dereceye ilerleme sözleşmesi ile taşınmaz maliki, derecelerden biri boşaldığında, o derecede yeni bir rehin kurmamayı ve boşalan dereceye alt sıradaki rehni ilerletmeyi taahhüt eder. Bu sözleşme ile malikin terkin edilen bir rehnin yerine dilediği şekilde başka bir rehin hakkı kurma yetkisi sınırlandırılır. Boş dereceye ilerleme sözleşmesi çoğunlukla tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kurulmasına karşın rehin derecesinin ilerlemesinin karşılığında karşı tarafa da bir borç yüklenmesi mümkündür.

İpotek hakkının aynı hak karakterinin icrası, ipotek sözleşmesinin ipotek hakkının içeriğini belirleme etkisine sahip olmasından dolayı bu sözleşmeye bağlıdır. İpotek sözleşmesinin zorunlu içeriği diğer bir deyişle objektif noktaları ipotek hakkının tescili ile birlikte ipotek hakkının yevmiye defterine kayıt anıyla aynı etki kazanacaktır. Ancak geri kalan noktalar aynı etki bağlamında ipotek hakkının içeriğine kural olarak dahil olmayacaktır⁷⁵.

Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 11 (1) ve 14' te ipotek sözleşmesinin içeriğinde yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktalara resmi şekil kapsamında yer verilmesi düzenlenmiştir⁷⁶.

İpotek sözleşmesi açısından özellikle rehin hakkının kurulmasına yönelik tasarruf işleminin gerçekleştirilmek istendiğine ilişkin irade, sözleşmede açık bir şekilde yer almalıdır⁷⁷. İpotek sözleşmesinin içeriğinde yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktalar resmi şekil kapsamında yer almalıdır⁷⁸.

Sonuç

Bir sözleşmenin hukuki niteliği ve karakteristiğinin tespitinde o sözleşmenin isimli/isimsiz sözleşme, tipik/atipik sözleşme, ani edimli/sürekli edimli, tek tarafa borç yükleyen iki tarafa borç yükleyen, şekle bağlı/şekle bağlı olmayan sözleşme ayrımları içerisindeki yerinin belirlenmesi gerekir.

Örneğin, boş dereceye ilerleme sözleşmesinde alacağın faiz oranının indirilmesi, amortismanların kaldırılması veya vadenin uzatılması gibi borçlu lehine de yükümlülükler öngörülmüşse iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz konusu olacaktır. Okumuş ve Demir (n 54) 612-613.

⁷⁵ Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 369.

⁷⁶ Kostkiewicz (n 48) N 12; Oğuzman ve Öz (n 1) N 475; Helvacı (n 8) 115; Acar, *Rehin Hukuku* (n 25) § 7 N 383; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, (n 9) N 3239; Furrer, Müller-Chen ve Çetiner (n 48) N 412; BGE 123 III 97 E. 2.

⁷⁷ Kut (n 1) N 14. İpotek alacaklısının irade beyanının ise resmi şekilde yer alması zorunlu olmadığı öğretilmektedir. Çetiner (n 31) 121. Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmi Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m 7 (h)' de ise bir ayırım yapmadan tarafların işlemlere yönelik irade beyanlarının resmi senette yer alması gerektiği düzenlenmesine yer verilmiştir.

⁷⁸ Oğuzman ve Öz (n 1) N 475. Aksi yönde görüş için bkz. Aydın (n 25) 1036. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de geçerliliği şekil şartına tâbi olan sözleşmenin olağan yapısı içinde kabul edilebilen bir sübjektif esaslı nokta şekle bağlı olarak düzenlenmelidir. Bir noktanın olağan yapı içerisinde kabul edilebilmesi için edim-karşı edim ilişkisinde olması gerekir. BGE 113 II 404.

Malvarlığına etkisi bakımından ipotek sözleşmesi, ipotek borçlusunun alacaklı lehine ipotek kurma borcu altına girdiği ve alacaklının da borçludan ipotek kurmasını talep etme hakkına sahip olduğu bir borçlandırıcı sözleşmedir. Borçlandırıcı sözleşme niteliğine sahip olan ipotek sözleşmesi sözleşmenin taraflarına nisbi nitelikte bir hak bahşeder. Nisbi nitelikteki ipotek kurmayı talep etme hakkı zamanaşımına tabidir. İpotek sözleşmesinin ardından gerçekleştirilecek işlemler neticesinde kurulacak olan ipotek hakkıyla alacaklı bu hakkın getirdiği koruma imkanlarına da sahip olacaktır.

Kanunda düzenlenmiş olup olmaması bakımından ipotek sözleşmesinin, kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşme olduğu söylenebilir. İpotek sözleşmesindeki asli borç olan ipotek tesis etme borcuna ve sözleşmenin şekline TMK m. 856/II'de yer verilmektedir. İpotek sözleşmesinin konusu olan taşınmazın belirliliği, güvence altına alınan alacak, sözleşmenin taraflarını kimlerin teşkil edebileceği gibi ipotek sözleşmesinin içeriğiyle ilgili detaylı düzenlemelere de yer verildiği görülmektedir. İpotek sözleşmesine dair özel hükümlerin yanı sıra taşınmaz rehnine ilişkin düzenlemeler de uygulama alanı bulur. Bu hükümler haricinde de TBK ve TMK'de yer alan genel hükümler ipotek sözleşmesi için de uygulama alanı bulacaktır. Tipik ve atipik sözleşme ayrımında ise ipotek sözleşmesi uygulamada sıklıkla başvurulanan bir sözleşme olarak tipik sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Edimin gerçekleştirilme anı açısından ipotek sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir ve taşınmaz üzerindeki ipotek hakkının malik tarafından tapu siciline tescil edilmesiyle birlikte bu sözleşmedeki borç sona ermektedir. İpotek sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olmasının hukuki sonucu ise ipotek sözleşmesinin kurulduğu sırada belirlenen ipotek bedelinin uyarlama talebine konu edilmesinin mümkün olmamasıdır.

Edim ilişkisi bakımından ipotek sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. İpotek sözleşmesinde taraflardan biri ipotek hakkını alacaklı lehine kurma borcu altına girer ve alacaklı da ipotek hakkının kurulmasını talep etme hakkına sahip olur.

Şekil bakımından ipotek sözleşmesi kural olarak yasal geçerlilik şekline tabi bir sözleşmedir. Ancak yasal şekil şartına ilişkin bazı istisnai düzenlemeler de mevcuttur. İpotek sözleşmesinin içeriğinde yer alan objektif ve sübjektif esaslı noktalar resmi şekil kapsamında yer almalıdır.

Kaynakça

- Acar F, 'İpotekte Güvence Altına Alınan Alacak Miktarının Günün Ekonomik Koşullarına Uyarlanması', (2008) 6 (62) LHD 475- 492 [Uyarlama]
- Acar F, *Rehin Hukuku Dersleri* (Vedat 2017) [Rehin Hukuku]
- Akipek J, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Üçüncü Kitap Mahdut Ayni Haklar* (Sevinç 1974)
- Aksoy-Dursun S, *Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması* (On İki Levha 2008)
- Altınok-Ormancı P, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, (Vedat 2011)
- Antalya G, 'Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları' (1992) 18(3) Yargıtay Dergisi 365- 395 [Geçerlilik Şekli]
- Antalya G, *Marmara Hukuk Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt V/1 1 (2. Bası, Seçkin 2019) [Borçlar Hukuku]
- Gülşah Sinem Aydın, 'İpotekte Boş Dereceye İlerleme Sözleşmesinin Geçerliliği Bakımından Uyulması Gereken Şekil Şartı', (2023) 11 (2) SÜHFD 1021- 1032
- Başak B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Bası, On İki Levha 2020)
- Betschart FM, 'Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken' in Jörg Schmid (ed), *LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr 58* (Schulthess 2011)
- Çetiner B, *Taşınmaz Teminatı* (Filiz 2015)
- Çilenti Konuralp A, *İpotek Sözleşmesi* (1. Bası, On İki Levha 2023)
- Dörner H, '§ 128 BGB' in Reiner Schulze (ed), *NK-Nomos Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar* (4. Bası, Nomos 2016)
- Dusil S, 'Art 824 ZGB' in Andrea Büchler ve Dominique Jakob (eds), *KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2017)
- Dürr D, 'Art 799 ZGB' in Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), *ZK- Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr IV/2b, Art 793-804 ZGB* (2. Bası, Stämpfli 2009) [Art 799]
- Dürr D, 'Vorbemerkung 793-823 ZGB' in Peter Gauch ve Jörg Schmid (eds), *ZK- Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr IV/2b, Art 793-804 ZGB* (2. Bası, Stämpfli 2009) [Vorbemerkung 793-823]
- Einsele D, '§ 128 BGB' in Franz Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (eds), *MüKo-BGB, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§1-240* (9. Bası, Beck 2021)
- Erdoğan İ, 'Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları', (1997) 1(1) GÜHFD 114-123

- Ergüne MS, *Hukumumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu* (On İki Levha 2002)
- Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (2. Bası, Fakülteler 1976)
- Furrer A, Müller-Chen M ve Çetiner B, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha 2021)
- Güleklı Y, *İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı*, (Kazancı 1992)
- Gürsoy KT, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku* (2. Bası, AÜHF 1984)
- Helvacı İ, *Türk Medeni Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı* (On İki Levha 2008)
- Kocayusufopaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt* (7. Bası, Filiz 2017)
- Kostkiewicz JK, 'Art 11 OR' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz ve Roland Fankhauser (eds) *OFK - Orell Füssli Kommentar, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht* (3. Bası, Orell Füssli 2016)
- Köprülü B ve Kaneti S, *Sınırlı Aynı Haklar*, (2. Bası, Fakülteler Matbaası 1982-1983)
- Kuntalp E, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)* (2. Bası, BATİDER 2013)
- Kut A, 'Art 1 OR' in Andreas Furrer ve Anton Schnyder (eds), *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht- Allgemeine Bestimmungen* (3. Bası, Schulthess 2016)
- Makaracı-Başak A, *Taşınır Rehni Sözleşmesi* (On İki Levha 2014)
- Molin-Kränzlin A, 'Die Verknüpfung zwischen gesicherter Forderung und grundpfandbezogenen Sicherungsrechten: Eine Untersuchung zur Akzessorietät und zum Akzessorietätsersatz bei Immobiliarsicherheiten', in Jörg Schmid (ed), *LBR- Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr 58* (1. Bası, Schulthess 2016)
- Mühlematter A ve Stucki S, *Grundbuchrecht für Praxis* (2. Bası, Orell Füssli 2017)
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Beta 2023)
- Nomer HN ve Ergüne S, *Eşya Hukuku* (10. Bası, On İki Levha 2023)
- Okumuş S ve Demir B, 'Sabit Derece Sisteminde Sözleşmeden Doğan İlerleme Hakkı', (2017) 66 (3) AÜHFD 605- 626
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1* (21. Bası, Vedat 2023)
- Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (25. Bası, Filiz 2023)
- Oktay-Özdemir S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması', (1996) 55 (1-2) İÜHFM 263- 296
- Öncü A, *Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni* (Yetkin 2023)
- Öğüz T, 'İpotek Hakkı Uyarılma Talebine Konu Olabilir Mi?' in Tufan Öğüz ve Baki İlkay Engin (eds), *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt 1 Eşya Hukuku*, (1. Bası, On İki Levha 2017)

- Özbilen AB, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü* (On iki Levha 2016)
- Riemer HM, 'die Veträge des ZGB, insbesondere jene des Sachenrechts, aus der Sicht des OR' in Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zach ve Dieter Zobl (eds), *Aktuelle Aspekte des Schuld und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag* (Schulthess 2003)
- Seliçi Ö, *Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, (Fakülteler Matbaası 1976)
- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (Vedat 2007)
- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (10. Bası, Yetkin 2022)
- Taşatan C, *Sözleşmenin Kurulması* (On İki Levha 2021)
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Bası, On İki Levha 2020)
- Thier A, 'Art 799 ZGB' in Andrea Büchler ve Dominique Jakob (eds), *KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2. Bası, Helbing Lichtenhahn 2017)
- Trauffer B, 'Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr', (1998) 79 ZGBR 1 - 28
- Tuor P, Schnyder B ve Schmid J, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14. Bası, Schulthess 2015)
- Weber R, 'Anh. 312-318 OR' in Heinz Hausheer ve Hans Walter (eds), *BK- Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Das Darlehen, Art. 312-318 OR mit Anhang zu Bankverträgen* (Stämpfli 2013)
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Bası, Beta 2014)

Mukayeseli Hukukta Yer Alan Kısa Süreli Kiralama Düzenlemelerinin Türk Hukukunda Yürürlüğe Giren Mevzuatla Birlikte Değerlendirilmesi^(*)

Dr. Onur ALTINKAN^(**)

Öz

Paylaşım ekonomisi kavramına yönelik eğilimin artmasıyla birlikte; kısa süreli, günübirlik ve turizm amaçlı kiralama türünün sayıca artmaya başladığı gözlemlenmektedir. Bu yöndeki artış, gelişen teknolojinin de etkisiyle Airbnb gibi platformların yaygınlaşmasına yol açmış ve bu faaliyetler adeta turizm sektörünün bir alt kolunu teşkil edecek noktaya kadar gelmiştir. Kanun koyucu büyüyen bu sektörü düzenleme altına alma amacı gütmüştür. Mukayeseli hukukta pek çok ülkede de söz konusu bu alanın düzenleme altına alındığı görülmektedir. Ülkemizde yürürlüğe giren 7464 sayılı kanun ve buna dayanılarak yayınlanan yönetmelik; Almanya, İngiltere, Fransa, Avusturya, Belçika, Portekiz, Hollanda, İspanya, İtalya ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yer alan düzenlemelerle pek çok noktada benzerlikler göstermektedir. Örneğin kiralama yapılacak olan konutlarda tefrişat, dekorasyon, güvenlik önlemleri ve misafirlerin konforu ile doğru bilgilendirilmesine yönelik yürürlüğe giren düzenlemeler, mukayeseli hukuktaki örneklerle oldukça büyük benzerlikler göstermektedir. Buna karşın bir evin odalarının kiralama gibi uygulamaların yasaklanması, tüm dünyada artan paylaşım ekonomisi eğilimine aykırı düşmektedir. Ayrıca kısa süreli kiralama işinin ticari bir faaliyet kapsamında profesyonel şekilde yapılması, bireysel olarak kendi kullandığı bir evin kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilmesi karşısında çok daha kolay prosedürlere tabi kılınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kısa Süreli Kiralama, Turizm Amaçlı Kiralama, Günübirlik, Kira, Airbnb.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 06.12.2024.

Atıf Şekli: Onur Altınkan, 'Mukayeseli Hukukta Yer Alan Kısa Süreli Kiralama Düzenlemelerinin Türk Hukukunda Yürürlüğe Giren Mevzuatla Birlikte Değerlendirilmesi' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1517, 1568.

DOI: 10.52273/sduhfd..1566978.

^(**) Dr., Serbest Avukat, Antalya, Türkiye.

E-posta: oaltinkan@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5355-4443>.

Examination of Short-Term Rental Regulations in Comparative Law with the Regulations Entered Into Force in Turkish Law

Abstract

With the increasing trend towards the concept of sharing economy; it is observed that the number of short-term, daily and tourism rentals has started to increase. This increase has led to the spread of platforms such as AirBnb, also with the effect of developing technology, and these activities have reached the point where they have almost become a sub-branch of the tourism sector. The legislator has aimed to regulate this growing sector. It is seen that this area has been regulated in many countries in comparative law. Law No. 7464, which entered into force in our country, and the regulation published based on it; show many similarities with the regulations in Germany, England, France, Austria, Belgium, Portugal, Netherlands, Spain, Italy and the United States of America. For example, the regulations put into effect regarding the furnishing, decoration, security measures and the comfort and correct information of the guests in the houses to be rented show great similarities with the examples in comparative law. On the other hand, the prohibition of practices such as renting out rooms in a house contradicts the increasing trend of sharing economy all over the world. In addition, the professional conduct of short-term rentals within the scope of a commercial activity has been subject to much easier procedures than the subjecting of a short-term rental relationship to a house used by an individual.

Keywords

Short-Term Rentals, Rental for Tourism Purposes, Daily, Rent, AirBnB.

Extended Summary

With the legislation that came into force in our country, it has been made mandatory for the lessor to obtain a permit for short-term rentals that will be made for a maximum of one hundred days. With the proliferation of platforms like AirBnb demand for short-term rentals (STR) are increasing. The situation about permit is similar in most countries in terms of comparative law. For example, in France, Austria and Belgium, it has been made mandatory to obtain consent from the flat owners. However, in countries such as England or the Netherlands, there is no obligation to obtain consent from neighbors or flat owners. However, it is also possible to come across different examples in comparative law that are also applicable in Turkish law. For example, in Barcelona, Madrid, Milan and Rome, it has not been deemed necessary for a unanimous decision or consent of all flat owners to be allowed for short-term rental activities. In these cities, it is possible to start short-term rental activities without the need for a decision or consent of the flat owners. However, it has been made possible for flat owners to prevent short-term rental activities by making a decision later due to possible discomfort they may feel. In addition to the permit, it is also mandatory to hang a plaque, which will be issued by the Ministry, at the entrance of the residence. In order for the residence to be rented for a short-term, a copy of the unanimous decision of all the flat owners living in the building where the residence is located is required.

Residences are defined as high quality houses in the law, and if there is a provision in the management plan for short-term rental of residences in such residences, a permit can be issued without the need for conditions such as obtaining the consent of the flat owners or obtaining a business and work permit. It is prohibited by law for the user to rent the residence they rented for short periods to others based on general provisions, whether short-term or not. The lessor is required to report the information regarding the entrances and exits of the users who will stay in accordance with the Identity Notification Law No. 1774 to the law enforcement.

In the regulations in Turkish law, unlike the codes of many different countries, it is seen that the obligations of individuals and businesses who will conduct a short-term rental relationship as a commercial or professional business are lighter than those of individuals who want to subject the residence they own to a short-term rental relationship.

It is possible to see examples that constitute the exact opposite of this situation in comparative law. For example, in the case of Berlin in Germany, a person who wants to rent a house that he/she resides in or uses from time to time, for a short-term rental, is only required to document that he/she also uses the house during the year, in order to be granted permission for STR (short-term rental) activities. In English law, when the case of London is examined, it is possible to rent a house that the person resides in or uses for a short-term without obtaining any permission from the administration. In the case of Paris, which can be given from French law, the case of a person who wants to rent a house that he/she uses as a place of residence for a short-term of 90 consecutive days or less is allowed without requiring permission, provided that the rental is made for a maximum of 120 days in a year.

In the Vienna example that can be given for Austria, it was not deemed necessary to obtain any permit if the person subjected his/her own residence to a short-term rental relationship, however, a registration obligation based on declaration was regulated in order to be able to follow the tax liabilities. The situation is similar in the Brussels example in Belgium, Milan and Rome examples in Italy. Although there is a registration obligation in the United States, there is no permit obligation for the residences that the person resides or uses.

In the regulation in Amsterdam province of the Netherlands or in the Barcelona and Madrid examples in Spain, the situation is similar to that in Turkish law, and it is mandatory for the person to obtain permission from the administration when subjecting his/her own residence or uses to a short-term rental activity.

In the vast majority of examples in comparative law, it is not mandatory for the person to obtain permission when subjecting his/her own residence or uses to a short-term rental activity, however, it is mandatory to obtain permission in cases where the short-term rental activity is within the scope of an income-generating business or even commercial business. This situation reveals that more freedom is granted to those who want to rent their residences for a short-term on an individual basis, especially in terms of the limitation of the right of ownership and freedom of contract. On the other hand, in Turkish law, individuals are required to obtain a permit for residences that they own, have usufruct rights or superficies for, in order to obtain a permit, they need to obtain the consent of the flat owners for residences other than detached residences, and it is seen that quite heavy administrative fines are regulated for the entire process. In Turkish law, renting one or more rooms in residences is clearly prohibited. In comparative law, it is accepted that a certain room in a residence can be subject to a short-term rental relationship without any permission, in terms of the practices in the cities of Berlin, London and Paris.

Giriş

Hukumumuzda 02/10/2023 tarihli 32357 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 7464 sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 28/12/2023 tarihli 32413 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik’le kısa süreli kiralama faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girmiş durumdadır.

Yürürlüğe giren söz konusu bu düzenlemeler, daha çok bir konutu kısa süreli kiraya vermek isteyen tarafla idare arasındaki ilişkiyi ele almaktadır. Mevzuatta her ne kadar konutun taşınması gereken nitelikler düzenleme altına alınmış olsa da, bu düzenlemeler kullanıcı ile kiraya veren veya konut işletmesi arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler olmaktan ziyade, uyulmaması halinde izin belgesi sahibinin idareye karşı olan sorumluluğunu düzenleyen maddeler olarak yürürlüğe girmiş durumdadır¹.

Düzenlemenin kiraya veren tarafın idareye karşı olan sorumluluklarını ele alması ve yürürlüğe giren kurallara uymamanın yaptırımlarının oldukça ağır idari para cezalarına tabi kılınması, özel hukuk anlamında da oldukça büyük tereddütlere yol açmaktadır. Zira gerek sözleşme serbestisi ilkesi, gerekse de mülkiyet hakkının sağladığı haklar göz önüne alındığında², kişinin kendi konutu üzerinde özgürce tasarruf etmesinin kanunla sınırlandırılması konuyu incelemeye muhtaç hale getirmektedir.

Konunun özellikle en temel insan haklarından olan ve Anayasa ile de güvence altına alınan mülkiyet hakkının sınırlandırılması tehlikesini ihtiva etmesi ve yine borçlar hukukunun temel ilkelerinden olan sözleşme serbestisinin önünde engel olarak durması, mukayeseli hukukta konuyla ilgili düzenlemelerin nasıl ve ne şekilde yürürlüğe girdiğinin incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Çalışmamız da

¹ Kanun kiraya verenin alması gereken izin belgesinin niteliği, kat maliklerinden muvafakat alınması gibi izin belgesi alınmasının şartları, izin belgesinin iptali, yasaklanan eylemler ve bunların idari yaptırımları ile izin belgesi verilen konutların idare tarafından denetimi gibi konuları düzenlemekten ibarettir. Yönetmelik’te ise izin belgesi talep edilen konutların taşınması gereken asgari nitelikler gibi hususlara ilişkin de düzenlemeler mevcuttur. Bununla birlikte nadiren de olsa sözleşmenin sona ermesi gibi konularda kanunda da düzenlemeler görülmektedir.

² Malikin taşınmazı dilediği gibi kullanması veya semerelerinden yararlanmasının sınırlandırılmasının Anayasa’nın 35. maddesinin ihlali anlamına geleceğine ilişkin bkz: Murat Tezcan, ‘Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı’ (2013) 8 (85) Terazi Hukuk Dergisi 87, 89.

ülkemizde yürürlüğe giren düzenlemeye genel bir bakış atılması, yürürlüğe giren düzenlemelere yönelik ileri sürülen eleştiriler ve mukayeseli hukukta kısa süreli kiralama ilişkileri ile ilgili düzenlemelerin incelenmesine adanmıştır.

I. Ülkemizde Yürürlüğe Giren Düzenlemeye Genel Bir Bakış

A. 7464 Sayılı Konutların Turizm Amaçlı Kiralanmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi kuran kısa süreli kiralama ilişkilerinde sözleşme ilişkisiyle tarafların üstlendiği edimler, kiraya veren taraf bakımından en fazla yüz gün süreyle konutunu kiralaması, kullanıcı bakımından ise kira bedeli ödemesidir³. Bu şekilde yapılan kiralamalar ülkemizde de giderek yaygınlaşmaktadır⁴.

7464 sayılı kanunun amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinde, kanunun amacının konutların turizm amaçlı kiralanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi olduğu düzenleme altına alınmıştır.

Kanunun 1. maddenin 2. fıkrasında ise kanunun kapsamı; konutların turizm amaçlı kiralanmasına ilişkin genel esaslar, izin belgesi düzenlenmesi, idari yaptırımlar ile turizm amaçlı kiralanana konutların tabi olacağı mevzuata ilişkin hükümler şeklinde belirlenmiş ve 3. fıkrada tek seferde yüz günden fazla süreli yapılan kiralamaların 7464 sayılı kanunun kapsamının dışında olduğu düzenlenmiştir.

“Turizm amaçlı kiralama” kavramı ise kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde; “konutların kullanıcılara en fazla yüz gün süreyle her türlü amaçla kiralanması” şeklinde tanımlanmıştır. Tanımda yer alan “her türlü amaçla kiralanma” ifadesi, turizm amaçlı olsun ya da olmasın, her türlü kiralamanın en fazla tek seferde yüz günlük süreyle olması kaydıyla 7464 sayılı kanun kapsamına gireceğini göstermektedir.

³ 7464 sayılı kanunda kira bedelinden hiç bahsedilmemektedir. Buna karşın tarafları kiraya veren ve kullanıcı olarak isimlendirilen kısa süreli kiralama ilişkisinin vazgeçilmez unsurlarının başında kira bedeli ödenmesinin geldiği açıktır.

⁴ 7464 sayılı kanunun genel gerekçesinde bu durum, turizmdeki alternatif konaklama arayışları sonucunda ikincil konutlarda kısa süreli kiralamalar yapılmak suretiyle turistik konuta yönelimin başladığı ve bu yönelimin turizm sektöründe yeni bir alt kol haline geldiği vurgulanarak ifade edilmiştir.

Kanunda en fazla yüz gün süreli konut kiralama ilişkilerine ilişkin hükümlerin yanı sıra, bununla ilgisi olmayan pek çok farklı konuda düzenlemelere ve farklı kanunlarda değişiklik yapan hükümlere de yer verilmiş durumdadır. Ancak söz konusu hükümler konunun ve çalışmanın kapsamı dışındadır⁵.

2. Kiraya Veren Tarafın Uymak Zorunda Olduğu Yükümlülükler

a. İzin Belgesi Verilmesi İçin Aranılan Şartlar

En fazla yüz gün süreli yapılacak olan kiralama için kiraya veren tarafın izin belgesi alması zorunlu kılınmıştır. İzin belgesi, Bakanlık tarafından verilen ve ruhsat niteliği taşıyan bir belgedir. İzin belgesinin yanı sıra, yine Bakanlık tarafından verilecek olan bir plaketin konutun girişine asılması da zorunlu kılınmıştır.

Yürürlüğe giren düzenlemede, bir konutun kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilebilmesi için konutun bulunduğu binada oturan tüm kat maliklerinin kısa süreli kiralama ilişkisine muvafakat etmesi ve buna ilişkin alınmış bir karar örneğinin idareye sunulması zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte, konutun bir site içerisinde bulunması durumunda, sadece konutun bulunduğu binadaki kat maliklerinden muvafakat alındığını gösterir bir kararın ibrazı yeterli görülmüş, site yönetimine ise durumun bildirileceği düzenleme altına alınmıştır.

Aynı kiraya verenin birden fazla konuta ilişkin izin belgesi talep etmesi durumuna ilişkin olarak kanunla birtakım sınırlamalar düzenlenmiş durumdadır. Bir binanın üçten fazla bağımsız bölümden oluşması durumunda, aynı kiraya veren en fazla binada bulunan konut sayısının yüzde yirmi beşi kadarı için izin belgesi talep edebilecek ve kısa süreli kiralama faaliyeti yürütebilecektir. Bu durumda örneğin dört bağımsız bölümden oluşan bir binada, aynı kiraya veren en fazla bir bağımsız bölüm için kısa süreli kiralama faaliyeti yürütebilecektir. Bir diğer sınırlama ise, aynı kiraya verenin aynı binada beşten fazla bağımsız bölüm için izin belgesi talep etmesi durumuna ilişkindir. Bu durumda, kiraya

⁵ 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, 2252 sayılı Kültür Bakanlığı Döner Sermaye Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 7174 sayılı Kapadokya Alanı Hakkında Kanun, 7183 sayılı Türkiye Turizm Tanıtım ve Geliştirme Ajansı Hakkında Kanun, 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu'nda değişiklik öngören hükümler 7464 sayılı kanunla yürürlüğe girmiştir.

verenin işyeri açma ve çalışma ruhsatı alması gerekmektedir. Bunun dışında normal şartlarda sitelerde sadece kısa süreli kiralama faaliyeti yürütülecek konutun bulunduğu binadaki kat maliklerinden muvafakat alınması ve buna ilişkin kararın sunulması gerekmektedir, aynı binada beşten fazla konut için kısa süreli kiralama faaliyeti yürütülmek istendiğinde tüm sitedeki kat maliklerinden, yani diğer bloklarda bulunan kat maliklerinden de muvafakat alınması ve buna ilişkin oybirliğiyle alınan bir kararın idareye sunulması gerekmektedir.

Kısa süreli kiralama faaliyetinin ya konutun maliki, ya da konut üzerinde in-tifa hakkı veya üst hakkı tesis edilmek suretiyle konutu tasarrufunda bulunduran gerçek veya tüzel kişi tarafından yürütülmesi esastır. Bunun yanı sıra A grubu seyahat acentelerinin de kısa süreli kiralama faaliyetinde bulunabileceği yine kanunla düzenleme altına alınmıştır.

Rezidans tipi olan konutlar, kanunda yüksek nitelikli konut olarak nitelendirilmiş olup, bu tür konutlarda yönetim planında kısa süreli konut kiralanmasına izin verildiğine ilişkin hüküm bulunması halinde kat maliklerinden rıza alınması veya işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması gibi şartlar aranmaksızın izin belgesi düzenlenebilecektir. Aynı zamanda bu tür konutlarda konut işletmesi tarafından da kısa süreli kiralama faaliyeti yapılabileceği ve bu durumda izin belgesinin konut işletmesi adına düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Kullanıcının kısa süreli veya kısa süreli olmaksızın genel hükümlere istinaden kiraladığı konutu başkalarına kısa süreli kiralaması kanunla yasaklanmış durumdadır. Bununla birlikte tüzel kişinin kısa süreli kiraladığı konutu kendi personeline kullandırması bu maddenin istisnası olarak düzenlenmiştir.

Kiraya veren tarafın 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu uyarınca konaklama yapacak olan kullanıcıların giriş çıkışlarına ilişkin bilgilerini ve kimlik bilgilerini kolluğa bildirmeleri zorunlu kılınmış durumdadır.

Kısa süreli kiralama faaliyetinin, taraflar arasındaki sözleşmenin süresinin bitmesiyle birlikte sona erecektir. Kullanıcının konutu tahliye etmemesi halinde ise 7464 sayılı kanunda tahliyeyle ilişkin bir hüküm bulunmadığından genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

b. İdari Yaptırıma Bağlanan Yükümlülükler

İzinsiz kısa süreli kiralama yapılması idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuş olup, izin alınması için on beş gün süre verilmekte, buna rağmen tekrar izin alınmaksızın kısa süreli kiralama yapılması halinde para cezasının miktarı

kanunda belirtilen miktarlarla artırılmaktadır. Aynı zamanda izin belgesi olmaksızın kısa süreli kiralama yapanlara aracılık edenler de yine idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur.

Kısa süreli kiralama yapan veya genel hükümlere göre bir kira sözleşmesinde kiracı olan tarafın, kiraladığı konutu başkalarına kiralaması halinde de idari para cezası öngörülmüştür.

Aynı zamanda kanun koyucu; aslında kısa süreli kiralama yapmak isterken, kanunu dolanmak adına uzun süreli kira sözleşmeleri yapabilecek olan kiraya verenleri engellemek adıyla her defasında yüz günden uzun süreli kira sözleşmesi yapmasına rağmen aynı konutu bir yıl içerisinde dört kez kiraya verenler hakkında da idari para cezası yaptırımı düzenlemiştir.

Bakanlıkça istenilen belgelerin gönderilmemesi veya eksik gönderilmesi, yanıltıcı bilgi ve belge verilmesi gibi haller yine idari para cezasına tabi kılınmıştır. Kiraya verenin değişmesi durumunda bu durumun otuz gün içinde Bakanlığa bildirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde idari para cezasına hükmolunacak ve izin belgesi iptal edilecektir. Bu durumun tek istisnası kiraya verenin miras yoluyla değişmesidir. Bu durumda, otuz gün içinde bildirim zorunluluğu mevcut değildir⁶.

Konutların yanıltıcı şekilde tanıtılması, özelliklerinde noksanlık bulunması, konutun sözleşmeye uygun şekilde kullanıcıya teslim edilmemesi, plaketin konutun girişine asılmaması, konutun aranan nitelikleri taşımadığının tespit edilmesi gibi hallerin hepsi de idari para cezası yaptırımına tabi kılınmıştır. Konutun izin belgesi verilmesine esas nitelikleri taşıması halinde idari para cezasının yanı sıra izin belgesinin iptali de söz konusu olacaktır.

Turizm amaçlı kiralama yapılan konutun, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel ahlaka aykırı olarak kullanıldığının yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından bildirilmesi halinde de izin belgesi iptal edilecektir.

⁶ Örneğin; kirayaverenin miras intikali dışında bir sebepten dolayı değişmesi ve bu değişikliğin tapu siciline tescilden itibaren otuz gün içinde Bakanlığa bildirilmemesi durumunda elli bin Türk lirası, her defasında yüz günden fazla süreli kira sözleşmesi yapılmasına rağmen, ilk sözleşme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde aynı konutu dört defadan fazla kiraya verilmesi halinde bir milyon Türk lirası, izin belgesi bulunmaksızın turizm amaçlı kiralanan konutları kiraya verenlere her bir konut için yüz bin Türk lirası, izin belgesi bulunmaksızın turizm amaçlı kiralanan konutları kiraya verdiği için yüz bin Türk lirası idari para cezası uygulanan kişinin kendisine verilen on beş günlük süre sonunda izin belgesi alınmaksızın turizm amaçlı kiralama faaliyetine devam etmesi halinde beş yüz bin Türk lirası ve buna rağmen izin belgesi bulunmaksızın turizm amaçlı kiralama faaliyetlerine devam edenler hakkında bir milyon Türk lirası idari para cezası uygulanacaktır.

Bütün bu hususlara ilişkin denetimler Bakanlık tarafından veya Bakanlığın yetkilendirmesiyle Valilik tarafından yapılacaktır.

B. Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik

Yönetmelik kapsamında izin belgesi alınabilmesi için gerekli belgeler ve başvuru yöntemi detaylı olarak düzenlenmiş, bunun yanı sıra kısa süreli kiralamaya ilişkin konu edilecek olan konutun paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyeti şeklinde hisseli olması gibi durumlarda izin belgesinin nasıl ve ne şekilde alınacağı hususları da düzenleme altına alınmıştır. Bunun yanı sıra örneğin izin belgesinde yazacak bilgiler ile plakette yazacak bilgiler gibi detaylar da yine yönetmelik kapsamında düzenleme altına alınmıştır.

Yönetmelik ile kanun arasında en büyük farklılık, yönetmelikte konutlarda aranacak niteliklere ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmesi ve izin belgesi sahibinin kullanıcıya karşı olan yükümlülüklerine ilişkin de daha fazla hükümler öngörmesidir.

Yönetmeliğin 9. maddesinde; yatak, banyo, mutfak düzenlemesi, yaşam alanlarının düzenlenmesi, soğuk ve sıcak su, nitelikli yatak, yastık, yastık kılıfı, çarşaf, pike, yorgan, yüz ve banyo havlularının bulundurulması ve bunlara ilişkin asgari adetlere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ayrıca yangın söndürücü ve yangın dedektörü zorunlu kılınmış, yangına ilişkin kaçış merdiveninin krokisi gibi detaylar dahi düzenleme altına alınmıştır.

Tüm tefriş ve dekorasyonun temiz ve çalışır durumda bulunması zorunlu kılınmıştır⁷.

Konutta aynı anda konaklayabilecek kullanıcı sayısına ilişkin dahi detaylı düzenleme yapılmıştır⁸.

⁷ Karşılaştırmalı hukukta da benzer yönde düzenlemeler mevcuttur: Joana Almeida and Frederico Oliveira, 'Understanding Short-Term Rental Regulation: A Case Study of Lisbon (Portugal)' (2021) 8 (1) Critical Housing Analysis 171, 172 vd; Richard Swor, 'Long Term Solutions to the Short-Term Problem: An Analysis of the Current Legal Issues Related to Airbnb and Similar Short-Term Rental Companies with a Proposed Model Ordinance' (2018) 6 (1) Belmont Law Review 311-312; Shirley Nieuwland and Rianne Van Melik, 'Regulating Airbnb: How Cities Deal With Perceived Negative Externalities of Short-Term Rentals' (2020) 23 (7) Current Issues in Tourism 811, 813 vd.

⁸ Yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi: "Konutun kapasitesi; her yatak odası iki kişilik olacak şekilde hesaplanır, yatak odası sayıları haricinde en fazla iki kişilik kapasite ilave

Konutun pazarlandığı platformlarda izin belgesinin örneğinin yayınlanması ve konutta bulunan özelliklerin detaylı bir şekilde paylaşılması da zorunlu kılınmıştır. Aynı zamanda konutu teslim alma ve teslim etme zamanları, temizlik hizmeti verilir verilmeyeceği, site veya apartman yönetiminin kuralların yayınlanması ve ayrıca kullanıcıya bildirilmesi de zorunlu kılınmıştır. Her kullanıcı değişiminde temizlik yaptırılması da yine kanunla zorunlu tutulmuştur.

Yönetmelikte bir konutun odasının kiralanması ya da konutun odalarının farklı kişilere kısa süreli kiralanması ise açıkça yasaklanmıştır.

C. Düzenlemeye Yönelik Eleştiriler

1. Komisyon Raporunda Yer Alan Eleştiriler

Komisyonunda yapılan görüşmelerde konutların kısa süreli ve turizm amaçlı kiralanması konusunda 7464 sayılı kanun yürürlüğe girmeden evvel mevzuatımızda bir düzenleme bulunmadığı ve bu hususun bir boşluk olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁹.

edilir. Bu şartları sağlayan oda sayısı daha fazla olsa dahi, aynı konutta konaklayabilecek kişi sayısı, üç yaşından küçük çocuklar hariç en fazla on iki kişidir. Belirlenen konut kapasitesi üzerinde kullanıcı alınamaz. Konutun bu koşullara aykırı olarak kiralanması durumunda izin belgesi sahibi hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (ç) bendi uyarınca idari para cezası uygulanır."

⁹ Bu görüşe katılmak kanaatimize göre mümkün değildir. Zira, kısa süreli kiralama ile ilgili 7464 sayılı kanundan önce de hukukumuzda hükümler yer almakta olup, bu türden kiralama bakımından taraflar arasında gerek sözleşme serbestisi ilkesi gerekse de Türk Borçlar Kanunu'nun kira sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 339. maddesinde niteliği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı da düzenlenmiş olup, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin hükümler dışında kalan kira sözleşmesine ilişkin hükümler, bu tür uyumsuzluklar bakımından 7464 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önce de uygulanmaktaydı. Bkz: Emre Gökyayla, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (2013) 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 1203, 1215 vd; Gülşah Sinem Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333)* (On İki Levha Yayınları 2013) 28; Mustafa Alper Gümüş, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)* (Vedat Kitapçılık, 2012) 309; Mehmet Öztürk, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri' (2017) 19 (3) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1549, 1551 vd; Yasemin Güllüoğlu Altun, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Sona Erme Halleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) (26) Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi 373, 378; Tuba Birinci Uzun, 'Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK Md. 347 f.1)' (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 141.

Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde yasal düzenlemeye getirilen eleştirilerin başında, başkaca konularda ve başkaca kanunlarda değişiklik yapılmasını öngören hükümlerin konutların kısa süreli ve turizm amaçlı kiralanması konusuna ilişkin hükümlerle birlikte yer alması gelmektedir. Bu şekilde yapılan ve torba yasa¹⁰ niteliği taşıyan bir düzenin hem kanun yapma tekniği açısından hem de Anayasa'ya uygunluk açısından değerlendirildiği ve eleştirildiği görülmektedir¹¹.

Komisyon raporunda yer alan eleştirilerden bir diğeri ise, kat mülkiyetine tabi konutlarda tüm kat maliklerinden oybirliğiyle muvafakat alınmasına ilişkin şartın kanunun kayıt dışılığı engellemek amacıyla çelişeceğine yöneliktir. Zira tüm kat maliklerinden oybirliğiyle onay alınmasına yönelik zorunluluk, gerek şehir dışında veya yurt dışında bulunacak kat maliklerinin muvafakatının nasıl alınacağı, gerek mülkiyetin el değiştirmesi halinde yaşanacak sorunların nasıl çözüleceği, gerekse de kiraya vermek isteyen malik ile kat maliklerinden biri veya bir kaçıyla husumet olması ve sırf bu husumetin söz konusu olması nedeniyle muvafakat verilmemesi gibi haller bakımından oldukça ağır bir şart olarak göze çarpmaktadır¹².

¹⁰ Farklı kanunlarda değişiklik yapan hükümlerin tek bir kanunda yer alması torba yasa olarak isimlendirilmektedir. Roma Hukuku'nda bu tip düzenlemelere "*leges saturae*" veya "*legem per saturam ferre*" isminin verildiğine ve M.Ö. 88 yılında "*Lex Caecilia Didia*" isimli yasanın 2. maddesiyle torba yasa kavramının yasaklandığına ilişkin bkz: Millard Harrington Ruud ve Burçin Aydoğdu, 'Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir' (2014) 16 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3799, 3800 vd; Şeref İba, 'Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları' (2011) (1) Ankara Barosu Dergisi 197, 199; Şahin Ünver ve Fatma Süzgül, 'Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm' (2021) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177, 192; Erdoğan Teziç, 'Torba Kanun' (2015) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 3; John Triantaphyllopoulos, 'Aristotle's Equity and the Doctrine of the Mean' (1989) 1 (1) Syllecta Classica 43, 44 vd; Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983) 114; Atila Sav, 'Yasa Yapma Sanatının Ölümü (Torba Yasalar)' (2014) (4) Ankara Barosu Dergisi 595, 598.

¹¹ Raporda yer alan muhalefet şerhinde taşıyıcı düzenlemelerle torba kanun mantığına dayalı müstakil kodların bir arada aynı kanun metninde yer alması eleştirilmiştir. İlgili kısım için bkz: Rapor, s. 25.

¹² Bunun yanı sıra, çok fazla bağımsız bölüm ihtiva eden binalar bakımından da tüm kat maliklerinin oy birliğiyle muvafakat vermesi oldukça güçtür. İşte söz konusu eleştiri, tüm bu güçlüklerin kayıt dışılığı engelleme amacı taşıyan bir yasal düzenlemenin ruhu ve amacıyla çeliştiği yönündedir. Zira aranan şartın ve prosedürün ağırlığı, tam tersi şekilde kısa süreli kiralama yapmak isteyenleri kayıt dışılığa yöneltebilecek niteliktedir. Bununla birlikte tüm kat maliklerinin huzur ve sükununun korunabilmesi ve kat malikleri arasında doğabilecek uyuşmazlıkların baştan engellenmesi adına muvafakat uygulamasının düzenlenmesine ihtiyaç duyulduğu da göz önüne alınmalıdır.

Bir başka eleştiri ise; kiracıların üçüncü taraflara kiralama yapmalarının önlenmesine yöneliktir. Zira söz konusu bu düzenlemelerden önce, bir malikten kiralama yapan kişiler, kazanç elde etme amacıyla üçüncü kişilere turizm amaçlı ve kısa süreli alt kiralama sözleşmeleri yapmaktayken, söz konusu düzenlemelerle birlikte sadece yüksek nitelikli konut olarak ifade edilen rezidans tipi konutlarda bu yönde uygulamaların yapılabileceği görülmektedir. Bununla birlikte para cezasından ibaret idari yaptırımların çok ağır düzenlenmesi de göz önüne alındığında küçük girişimcilerin adete alt kol haline gelen sektörün bu kısımdan dışına itilme riski bulunduğuna yönelik eleştiriler de bulunmaktadır¹³.

Raporda yer alan bir başka eleştiri ise turizm amaçlı konut kiralamalarında kiraya verenler arasında eşitliğin bozulduğuna ve hakkaniyete aykırı düzenlemeler bulunduğuna yöneliktir. Buna göre; müstakil bir konuta malik olan kişinin hiçbir muvafakat almadan izin belgesi alması mümkün iken, bir binada bağımsız bölüme malik olan kişinin çok ağır bir prosedür ihtiva eden muvafakat alma sürecine katlanmak zorunda olmasının hakkaniyete aykırı düşebilecektir. Aynı zamanda az sayıda bağımsız bölüm kiralamak isteyen bir kişi ile çok yüksek sayıda bağımsız bölüm kiralaması yaparak büyük ölçekte bir iş olarak bu uygulamayı sürdüren kişilerin aynı prosedürlere ve aynı idari yaptırımlara tabi tutulması da yine hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmiştir¹⁴.

Kiralama ifadesinin Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan kira sözleşmesine ilişkin hükümlerde yer alan kira unsuruyla karışacağı da eleştiri konusu olmuş ve bunun yerine "konutların turizm amaçlı kullanılması" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür. Bir başka eleştiri ise, kısa süreli tüm kiralamaların turizm amaçlı olmayacağı, eğitim veya sağlık gibi nedenlerle de kısa süreli kiralamalar yapılabileceği, ancak yürürlüğe giren düzenlemeyle kısa süreli yapılan tüm kiralamaların turizm amaçlı kiralama olarak isimlendirilerek yürürlüğe giren mevzuat kapsamında değerlendirileceği ve bu hususun uygulamada büyük problemler yaratacağına yöneliktir¹⁵.

¹³ Muhalefet şerhinde düzenlemenin büyük şirketler lehine küçük girişimciler aleyhine yasaklamalar niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Bu düşüncelerle birlikte, yaklaşık otuz bin bağımsız bölümü ilgilendirdiği belirtilen düzenlemenin daha esnek bir şekilde kaleme alınmasının sektörün gelişimine katkı sağlaması mümkün iken, yapılan katı düzenlemenin sektöre ket vuraacağı da yine eleştiri konusu olmuştur.

¹⁴ Söz konusu bu hususun, piyasa ekonomisinde rekabet konusunda dengesizlik yaratma ve özel teşebbüslerin korunmasına yönelik Anayasal güvenceleri ihlal etme ihtimali mevcuttur.

¹⁵ Söz konusu bu eleştiriye katılmakla birlikte, kavramı "konutların kısa süreli kiralması" şeklinde isimlendirmeyi doğru bulmaktayız.

Raporda “paylaşım ekonomisi”¹⁶ kavramına da değinilmiş ve atıl duran malvarlığı değerlerinin kullanıma sokulmasının bu düzenlemelerle zorlaşacağı ve ayrıca konaklama sorunu ve paylaşımlı kira sistemi gibi modelleri engelleme ihtimali nedeniyle düzenlemelerin sosyal boyutunun da ele alınması gerektiği hususları da eleştiri olarak ileri sürülmüştür¹⁷.

Kamu güvenliği ve genel ahlaka aykırılık nedeniyle izin belgesinin iptal edilebilmesinin düzenlemeyle mümkün olduğu, ancak bu hususları tespit edebilecek kurumun kanunda belirsiz bırakılması da eleştirilen bir başka konu olmuştur¹⁸.

2. Düzenlemeye Yöneltilen Bazı Diğer Eleştiriler

“Turizm amaçlı kiralama” ifadesinin her ne amaçla olursa olsun en fazla yüz gün süreyle yapılacak her türlü kiralama şeklinde tanımlanması karşısında, kavramın isimlendirilmesi eleştirilebilecek başlıca hususlardandır.

Bununla birlikte, uluslararası alanda paylaşım ekonomisi kavramının yaygınlaşmaya başlaması ve konaklamadan ulaşımaya kadar pek çok alanda yeni

¹⁶ Aneta Kaźmierczyk, ‘Issues of Short-Term Rental in Light of EU and Member States’ Regulations’ (2019) (17) PWPM - Review of International, European and Comparative Law 180, 180: Paylaşım ekonomisi kavramı, kaynakların mülkiyetine değil, kaynaklara erişilebilmesine ve onların kullanılabilmesine odaklanan, bilgi ve telekomünikasyon teknolojilerini önceleyen bir ekonomik anlayıştır. Kavrama ilişkin ayrıca bkz: Jamila Jefferson-Jones, ‘Airbnb and the Housing Segment of the Modern Sharing Economy: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking’ (2014) 42 (3) Hastings Const. LQ 557, 557; Cory Scanlon, ‘Re-zoning the Sharing Economy: Municipal Authority to Regulate Short-Term Rentals of Real Property’ (2017) 70 (2) SMU Law Review 562, 563; Kyle Barron, Edward Kung and Davide Proserpio, ‘The Sharing Economy and Housing Affordability: Evidence from Airbnb’ (2018) EC ‘18: Proceedings of the 2018 ACM Conference on Economics and Computation 1, 2 vd; Juliet Schor and Mehmet Cansoy, ‘The Sharing Economy’ in: Frederick F. Wherry ve Ian Woodward (eds), *The Oxford handbook of consumption* 51, (Oxford University Press, 2019) 4 vd; Damien Demailly and Anne-Sophie Novel, ‘The Sharing Economy: Make It Sustainable’ (2014) 3 (14) Studies 14, 15 vd.

¹⁷ Söz konusu çekinceler, sadece Türkiye özelinde değil, mukayeseli hukukta da tartışılan konulardandır: Kaźmierczyk (n 16) 181 vd.

¹⁸ Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasının (ç) bendinde; konutun, kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel ahlaka aykırı olarak kullanıldığı yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından bildirilmesi halinde izin belgesinin iptal edilebileceği düzenlenmiştir. Burada eleştirilen konu, hangi kamu kurum ve kuruluşunun bu tespiti yapacağı muğlak bırakılmış olmasıdır. Ancak bunun yanı sıra, kamu kurum ve kuruluşunun sadece bildirimde bulunmuş olmasının iptal sebebi olarak kabul edilmiş olması da kanaatimize göre sakıncalıdır. Zira herhangi bir mahkeme kararına dayanmayan, izin belgesi sahibinden savunma veya açıklama alınmadan, tek taraflı şekilde bir kamu kurum ve kuruluşunun yapacağı bildirimle izin belgesinin iptal edilebilecek olması, keyfiliğe kaçan uygulamaların önünü açabilecek bir kanuni düzenlemedir.

yatırımların bu kavram etrafında şekillenmesi karşısında, konutun belli bir odasının kısa süreli kiralanması veya bir konutun farklı odalarının farklı kişilere kısa süreli kiralanmasının yasaklanması da eleştiriye açık bir düzenlemedir.

Tarafların kullanıcı ve kiraya veren veya izin belgesi sahibi olarak tanımlanması da kanaatimize göre hatalıdır. Bir tarafın kullanıcı olarak isimlendirilmesiyle birlikte sözleşmenin karşı tarafının da kullandıran olarak isimlendirilmesi gerekmektedir.

Bütün bunların yanı sıra, eleştirilebilecek hususlardan en önemlisi mülkiyet hakkının kısıtlanmasına ilişkindir. Özellikle konutun bir odasının kiralanmasının yasaklanması, konutun farklı odalarının birden fazla kişiye aynı anda kısa süreli kiralanmasının yasaklanması ve en geniş anlamıyla bir konutun kısa süreli kiralanmasının çeşitli şartlar öngören bir izin müessesesinin öngörülmesinin mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmesi söz konusu olabilecektir. Sahibine en geniş tasarruf yetkilerini veren mülkiyet hakkının bu şekilde kısıtlanması karşısında durumun Anayasa'nın 35. maddesine göre incelenmesi gerekmektedir. İlgili madde kapsamında; herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ve mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiş ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir¹⁹.

Öte yandan Borçlar Hukukuna hakim olan sözleşme serbestisinin sınırları arasında da kamu düzeni kavramı yer almaktadır²⁰. Bütün komşuların rahatsız olabileceği bir kısa süreli kiralama ilişkisinin izne ve denetime tabi kılınması da kamu yararının söz konusu olabilmesi mümkündür. Ancak müstakil konutlarda da izin belgesi şartının aranması karşısında, mülkiyet hakkının kısıtlanmasının daha farklı bir kamu yararına hizmet etmesi gerekmektedir. Burada kanun koyucu tarafından gerekçede yer alan vergi kaybının önlenmesi amacı kamu yararını karşılayabilecek bir amaç olarak gözükmektedir. Ancak kira ilişkilerinde vergi yükümlülüğüne yönelik yıllık bir parasal sınırın bulunması karşısında, herhangi bir parasal sınırlamaya tabi tutulmaksızın tüm kısa süreli kiralama ilişkile-

¹⁹ Konuya ilişkin bkz: Adil Şahin, 'Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Anayasa Hukukunda "Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması" Sorunu' (2009) (54) Liberal Düşünce Dergisi 85, 91; Nihat Bulut, 'Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı' (2006) 10 (3) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, 17; Tezcan (n 2) 87 vd.

²⁰ Arzu Küçükalyağın, 'Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması' (2004) 53 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 101, 106 vd

rinin izne tabi kılınması da kamu yararı ölçütünün bu bağlamda sağlanamaması sonucunu doğuracaktır. Haliyle düzenlemenin bu yönden mülkiyet hakkını ölçsüz şekilde ihlal ettiği ve Anayasa'ya aykırılık sonucu doğurabileceği açıktır. Bir kişinin örneğin müstakil bir konutunun tek bir odasını bir senelik bir süreç içerisinde sadece 10 günlüğüne kiralamasında, vergi yükümlülüğü sınırın altında kalması nedeniyle doğmayabilecek, aynı zamanda konutun müstakil olması nedeniyle komşuların rahatsızlığını giderme amacı da hasıl olmayacaktır. Bu durumda, bu kişinin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi, Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilecektir.

Yeni yürürlüğe giren bu kanun ve yönetmeliğin eleştirilebilmesi adına muvaceseli hukuktaki örneklerin incelenmesi de önem arz etmektedir.

II. Mukayeseli Hukukta Yer Alan Düzenlemeler ve Kıyaslama

Konutların kısa süreli kiralınması, gelişen teknolojinin etkisi ve dijital tabanlı sistemlerin kullanımının yaygınlaşmasıyla²¹ tüm dünyada artış göstermiştir. Söz konusu bu artış, her ülkenin kendisine özgü çözümler üretmesine yol açmıştır²². Zira yeni gelişen bu alanın düzenlenmesi noktasında; otel veya turizm işletmesi sahipleri, ev sahipleri, site veya apartman yönetimleri, turistler ve misafirler, ev sahipleriyle misafirleri buluşturan kurumsal platformlar gibi çok farklı talep ve beklentilere sahip gruplar mevcuttur²³.

²¹ Arup Varma, Nenad Jukic, Almir Pestek, Clifford Shultz and Svetlozar Nestorov, 'Airbnb: Exciting Innovation or Passing Fad?' (2016) 20 (1) *Tourism Management Perspectives* 228 vd; Erol Demir, 'Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi' (2015) 5 (11) *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi* 51, 52.

²² Dorine Von Briel and Sara Dolnicar, 'The Evolution of Airbnb Regulation - An International Longitudinal Investigation 2008-2020' (2021) (87) *Annals of Tourism Research* 4 vd; Kaźmierczyk (n 16) 181; Dana Palombo, 'A Tale of Two Cities: The Regulatory Battle to Incorporate Short-Term Residential Rentals into Modern Law' (2015) 4 (2) *American University Business Law Review* 287, 287 vd; Scanlon (n 16) 568 vd; Brezina Vilim, Jan Polívka and Martin Stark, 'Conditions for the Introduction of Regulation for Short-Term Rentals' (2021) 8 (1) *Critical Housing Analysis* 159, 159 vd.

²³ Örneğin kısa süreli kiralama ilişkilerinin yasal düzenleme altına alınmasının konutların değerini de arttırabileceğine yönelik çalışmalar dahi mevcuttur: Jin-Hyuk Kim, Cheuk Leung Tin and Liad Wagman, 'Can Restricting Property Use Be Value Enhancing? Evidence from Short-Term Rental Regulation' (2017) 60 (2) *The Journal of Law and Economics* 309, 309 vd; Benzer yönde: Ron Bekkerman, 'The Effect of Short-Term Rentals on Residential Investment' (2023) 42 (4) *Marketing Science* 819, 821 vd; Jamila Jefferson-Jones, 'Can Short-Term Rental Arrangements Increase Home Values? A Case for Airbnb and Other Home Sharing Arrangements' (2015) 13 (1) *Cornell Real Estate Review* 12, 12 vd.

Her ülkede ve hatta federal sisteme sahip ülkelerde her eyalette ve hatta şehirde, söz konusu bu grupların talep ve beklentilerine göre farklı şekillerde çözüm üreten mevzuat hükümlerinin yürürlüğe girdiği görülmektedir²⁴. Yasal düzenlemeler arasındaki farklılıkların sadece ilgili ülkelerin veya şehirlerin turist yoğunluğundan kaynaklanmadığını, gerek az yukarıda bahsedilen ilgili grupların taleplerinin farklılığı gerekse de kanun koyucunun ilgili alana ilişkin ürettiği politikanın düzenlemenin ne şekilde meydana geldiğini etkilediğini söylemek mümkündür²⁵.

Mukayeseli hukuktan örnekler hukukumuzda yürürlüğe giren 7464 sayılı kanunun genel gerekçesinde de değinilmiş ve İspanya, İtalya, Fransa ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde kamu düzenini koruma ve vergi gelirinin arttırılması gibi amaçlarla çeşitli müeyyideleri içeren benzer düzenlemelere yer verildiği belirtilmiştir²⁶.

A. Mukayeseli Hukukta Gelişmeler ve Yürürlükte Olan Düzenlemeler

1. Avrupa Birliği'nde Gelişmeler

Avrupa Birliği politikalarının tasarılayıcısı ve koordinatörü konumunda bulunan Avrupa Toplulukları Komisyonu, kısa süreli kiralamalarla ilgili gelişen teknolojiler ve internet tabanlı platformların yaygınlaşmaya başlaması nedeniyle 2022 yılının Kasım ayında sektörde şeffaflık sağlanması adına bir düzenleme

²⁴ Kaźmierczyk (n 16) 180-181 ve 189 vd; Bir çok farklı ülkedeki düzenlemelerin topluca ele alındığı bir çalışma için ayrıca bkz Thomas Aguilera, Francesca Artioli and Claire Colomb, 'Explaining the Diversity of Policy Responses to Platform-Mediated Short-Term Rentals in European Cities: A Comparison of Barcelona, Paris and Milan. Environment and Planning A' (2021) 53 (1) Economy and Space 1689, 1691.

²⁵ Claire Colomb and Tatiana Moreira de Souza, *Regulating Short-Term Rentals. Platform-Based Property Rentals in European Cities: The Policy Debates* (Property Research Trust 2021) 37; Kaźmierczyk (n 16) 180-181; Emily Speier, 'Embracing Airbnb: How Cities Can Champion Private Property Rights Without Compromising the Health and Welfare of the Community' (2016) 44 (2) Pepperdine Law Review 387, 387 vd.

²⁶ Agustin Cocola-Gant, Angela Hof and Ismael Yrigoy, 'Short-Term Rentals as a New Urban Frontier-Evidence from European Cities. Environment and Planning A' (2021) 53 (7) Economy and Space 1601, 1601 vd; Gianluca Bei and Filippo Celata, 'Challenges and Effects of Short-Term Rentals Regulation: A Counterfactual Assessment of European Cities' (2023) (101) Annals of Tourism Research 1, 1 vd; Yuanyuan Chen, Yuxin Huang and Chuan Hoo Tan, 'Short-Term Rental and Its Regulations on the Home-Sharing Platform' (2021) 58 (3) Information & Management 1, 1 vd; Brittany McNamara, 'Airbnb: A Not - So - Safe Resting Place' (2015) (13) Colorado Technology Law Journal 149, 151 vd; Stephen Miller and Jamila Jefferson, 'Airbnb and the Battle Between Internet Exceptionalism and Local Control of Land Use' (2017) 31 (3) ABA Probate & Property 36, 36 vd.

teklifi sunmuş, 2023 yılının Kasım ayında ise söz konusu teklif üzerinde Komisyon ile Avrupa Parlamentosunun mutabık kaldığı duyurulmuştur²⁷.

Önerilen ve müzakereler sonucunda kabul edilen teklif²⁸; konutunu kısa süreli şekilde kiraya vermek isteyen ev sahiplerinin kolay ve internet tabanlı bir ortamdan kayıt yapması, kayıt numarası alması ve kısa süreli kiralama yapan ev sahiplerinin bilgilerinin ilgili kamu kurumları tarafından bilinmesinin sağlanması, ev sahipleri ile kısa süreli kiralama yapacak olan kullanıcıları buluşturan internet tabanlı platformlarda ev sahiplerine verilen kayıt numaralarının ve mülkle ilgili doğru ve güvenilir bilgilerin yayınlanmasının sağlanması, internet tabanlı platformlarda paylaşılan tüm ilan ve bilgilerin tek bir sistemde depolanmasının ve listelenmesinin sağlanması gibi düzenlemeleri içermektedir²⁹.

Söz konusu teklifin Avrupa Konseyi ve Parlamento tarafından onaylanması halinde ilgili teklif metni geçerlilik kazanacak ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerin yirmi dört ay içerisinde kendi iç hukuklarını kabul edilen metne uygun hale getirmesi gerekecektir. Bu gelişmeler, tüm Avrupa Birliği üyesi olan devletleri kapsayan ve ortak prensiplere sahip hükümlerin yakın zamanda Avrupa genelinde yürürlüğe gireceğini göstermektedir.

2. Alman Hukukunda Durum

Alman Hukukunda ulusal anlamda konuyu ilgilendiren hüküm, BauNVO olarak bilinen Yapı Kullanım Yönetmeliği'nde 13a paragrafıdır. Söz konusu hüküm, tatil amaçlı evler olarak bir konut tipi tanımlamış³⁰ ve geçici kullanıma

²⁷ ilgili duyuru için bkz: <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20231127STO15403/short-term-rentals-new-eu-rules-for-more-transparency>> Erişim Tarihi 17 Nisan 2024. Ayrıca aslında konunun 2016 yılından beri Avrupa Birliği'nin gündeminde olduğu, öncelikle düzenlemelerin üye devletlerin bireysel tercihlerine bırakıldığı, ancak gerek müşteri hakları konusunda yaşanan sorunlar, gerekse de devletlerin talepleri neticesinde konunun Avrupa Birliği'nin gündemine geldiğine ilişkin ve 2016 yılından beri gelişmelere ilişkin detaylı bilgiler için bkz: Kaźmierczyk (n 16) 182 vd; Dion Kramer and Schaub Martien, 'EU Law and the Public Regulation of the Platform Economy: The Case of the Short-Term Rental Market' (2022) 59 (6) Common Market Law Review 1633, 1635 vd.

²⁸ 2022/0358 numaralı düzenleme metnine, teklif metnine ve müzakerelere ilişkin dökümanlara erişmek için bkz: <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0358\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0358(COD)&l=en)> Erişim Tarihi 17 Nisan 2024.

²⁹ Bkz: <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231114IPR10503/deal-on-improving-transparency-in-the-short-term-rental-sector>> Erişim Tarihi 17 Nisan 2024.

³⁰ Kürşat Ersöz ve Muhammet Kızıl, 'Almanya Yüksek İdare Mahkemesi'nin 11 Haziran 2013 Tarihli, 4 Cn 8.12 Sayılı Kararı' (2014) 4 (13) Küresel Bakış 81, 83 vd.

sunulacak olan tatil konutlarını imar hukukuna göre ruhsat iznine tabi kılmıştır. İlgili hüküm; bir konutun geçici olarak ve ücret karşılığında sürekli değişen misafirlerin geçici kullanımına sunulması halini düzenlemektedir³¹. Bu anlamda, bir konutun tatil konutu olarak kullanılabilmesi için tatil dairesi olarak ruhsat alınmalı, bir konut başka bir hukuki niteliğe sahipken tatil konutu olarak kullanılmak isteniyorsa da yine gerekli ruhsat değişikliğinin yapılması gerekecektir³².

İmar hukukuna yönelik olan bu genel düzenlemenin yanı sıra, doğrudan kısa süreli kiralamalara ilişkin düzenlemeler öngören ve Baden eyaletinde yürürlükte bulunan ZwEWG (Yaşam Alanının Kötüye Kullanılmasının Yasaklanmasına İlişkin Yasa³³), idareye bu konuda sınırlamalar uygulama yetkisini vermektedir. Yasanın kapsamını ve amacını belirleyen 1. paragrafında konut arz ve talebinde denge sağlanamayan belediyelere konut sıkıntısını giderecek başkaca yöntemler bulunmadığı halde bu yasa kapsamındaki önlemleri alma yetkisi verilmektedir³⁴.

İlgili yasanın özellikle 4 ve 4a paragrafları kısa süreli kiralamaları konu almakta, 5. paragrafta ise düzenlemelere aykırılık halinde oldukça ağır idari para cezaları düzenleme altına alınmaktadır. ZwEWG'de yer alan hükümlerde; mülk sahiplerinin idareye bilgi ve belge sunması, idare tarafından denetimlerin yapılabilmesi gibi konular düzenlenmektedir. Bununla birlikte idare, başta internet tabanlı platformları olmak üzere geçici ve kısa süreli şekilde konutların geçici kullanıcılara kiralanması hususunda kayıt zorunluluğu getirmeye yetkili kılınmış, kısa süreli kiralama yapma yetkisine sahip olan kişiye idare tarafından bir kayıt numarası verilmesi ve kiralamaya ilişkin tüm pazarlama, ilan ve reklamlarda bu

³¹ Stephan Mitschang, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Berliner Schriften zur Stadt- und Regionalplanung* (Nomos 2018) 19-20; Alexander Schink, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Neue Baugebietskategorie: Urbane Gebiete nach § 6a BauNVO* (Nomos 2018); Mareike Duncker, *Planungsrechtliche Situation von Ferienwohnungen nach der Novelle der BauNVO 2017* (Hamburg: HafenCity Universität, 2017) 31-32.

³² Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73; Genellikle bu tip konutların ticari amaçlarla gösterilecek faaliyetlere ilişkin olacağına yönelik bkz: Mitschang (n 31) 20; Duncker, *Planungsrechtliche Situation von Ferienwohnungen nach der Novelle der BauNVO 2017*, 31; Christian Otto, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Neuregelungen über* (Nomos 2018) 120 vd.

³³ Bkz: <<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayZwEWG2008>> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2024.

³⁴ Kristin Weber-Leibrecht, 'Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tourismus' in Annette Spellerberg, *Digitalisierung in ländlichen und verdichteten Räumen*, (Verlag der ARL 2021) 115 vd; Öte yandan 1971 tarihli Kiracılığın İyileştirilmesi Kanunu da kısa süreli kiralamalar sebebiyle şehir sakinlerinin konut bulmasında sorunlar yaşanması ihtimali bakımından yine benzer kısıtlamalar bakımından ilgili idari mercilere yetki vermiştir: Kaźmierczyk (n 16) 192.

kayıt numaralarının kullanılmasının zorunlu kılınmasını sağlama yetkisi de yine idareye verilmiştir. Ayrıca yapılacak tüm kiralama işlemlerinde bildirim zorunluluğunun getirilmesi hususu da yine ilgili idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu konulardan kılınmıştır³⁵.

Söz konusu bu iki düzenleme uyarınca, ilgili şehirlerin ve idarenin kısa süreli kiralama ile ilgili düzenleme yetkisine sahip olduğu açıktır. Almanya bakımından Berlin şehrini kapsayan düzenlemeler Alman Hukuku bakımından verilebilecek önemli bir örnektir. Berlin özelinde konuya ilişkin ZwVbG (Yaşam Alanının Kötüye Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Kanun³⁶) ve 4 Mart 2014 tarihli ZwVbVO (Yaşam Alanının Kötüye Kullanımının Yasaklanmasına İlişkin Yönetmelik³⁷) yürürlüktedir³⁸.

Mukayese edilebilecek diğer pek çok ülkede olduğu gibi Berlin’de de kısa süreli kiralama ile ilgili konutların üç türde sınıflandırılması mümkündür. Söz konusu bu üç tür; kiraya verenin kendisinin ikamet etme amaçlı kullanmadığı konutların kısa süreli kiraya verilmesi, kiraya verenin birincil veya ikincil olarak kendi kullandığı veya ikamet ettiği konutların kısa süreli kiraya verilmesi ve ikamet edilen konutun bir veya daha fazla odasının kısa süreli kiraya verilmemesinden ibarettir³⁹.

Berlin’deki düzenlemeye göre; kiraya veren tarafından birincil veya ikincil olarak ikamet amaçlı kullanılmayan konutlarda kısa süreli kiralama yapılabilmesi

³⁵ Kazmierczyk (n 16) 191-192; Weber-Leibrecht (n 34) 116 vd; İdareye tanınan bir başka geniş yetki, kısa süreli kiralama hakkını derhal iptal edebilme yetkisidir. 4a paragrafında göre idarenin bu kararına karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı alınması da mümkün değildir.

³⁶ Bkz: <<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-WoZwEntfrGBErahmen/part/X>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2024.

³⁷ Bkz: <<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-WoZwEntfrVBErahmen/part/X>> Erişim Tarihi 1 Temmuz 2024.

³⁸ Rike Krämer-Hoppe, ‘Sharing Economy vs. Wohnungsmarkt - Das Berliner Zweckentfremdungsverbot’ Juwissblog <<https://www.juwiss.de/82-2016/>> Erişim tarihi 15 Haziran 2024; Christian Otto, ‘Zweckentfremdungsverbote als Instrument zur Sicherung von Wohnraum vor Umnutzung’ in. Stephan Mitschang (ed), *Erhaltung und Sicherung von Wohnraum*, (Nomos, 2017) 250; 2014 ile 2016 yılları arasında ilgili yasal düzenlemenin o dönemki haliyle kısa süreli kiralama tamamen yasakladığı ancak bunun Anayasal koruma altında olan mülkiyet hakkını ihlal ettiğine ilişkin bkz: Kazmierczyk (n 16) 193.

³⁹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73. Aslında sadece üçüncü tür olarak tarif ettiğimiz usule kural olarak izin verildiği, diğer durumların ise istisna olarak düzenlendiğine ilişkin bkz: Kazmierczyk (n 16) 193.

idareden izin alınması şartıyla mümkündür. İzin başvurusunun değerlendirilmesinde ZwVbG'nin 3. paragrafına göre kamu yararı ve başvuranın özel yararı arasındaki denge değerlendirilecek ve buna göre karar verilebilecektir. Bununla birlikte Alman hukukundaki düzenlemenin yaşam alanlarının kötüye kullanılmasını engelleme odaklı olduğunu göz önüne almakta fayda vardır. Zira Alman kanun koyucusu, yaşam alanı olarak belirlenmiş bir alanda geçici ve kısa süreli konaklama yapmak isteyen kişilerin, bölgenin yaşam alanı niteliğini bozabileceği öngörüsüyle düzenleme yapmaktadır. Bu bakımdan Berlin özelinde yürürlükte olan ZwVbG'nin 3. paragrafıyla; yeterli nitelikte yedek yaşam alanının yaratılması yoluyla telafi sağlanmasının mümkün olması halinde, özel yararın kamu yararından daha büyük olması koşulu aranmaksızın izin verilebileceği düzenlenmektedir⁴⁰.

Bu nitelikteki konutlar bakımından ZwVbG'nin 5a paragrafı uyarınca izin ve kayıt süreci gerçekleştirilmeli ve kayıt numarası alınmalıdır. Buna göre tüm ilanlarda söz konusu kayıt numarasının kullanılması zorunludur. Verilen kayıt numarasının devredilebilmesi ise mümkün değildir. Bu türden konutlar için herhangi bir süre sınırlaması veya kabul edilecek misafir sayısı bakımından bir sınırlama bulunmamakta, konutun niteliğiyle ilgili veya konaklama yapacak misafirlerin niteliğiyle ilgili de herhangi bir kısıtlama düzenlemede yer almamaktadır⁴¹.

İkinci tür konutlar ise, bir kişinin birincil veya ikincil olarak yaşamak amaçlı bulundurduğu konutlardır⁴². İkinci tür konutlarda da birinci tür konutlarda olduğu gibi idareden izin alınması gerekmektedir. İzinle birlikte ikinci tür konutlarda da devredilmesi mümkün olmayan bir kayıt numarası verilmekte ve aynı birinci tür konutlarda olduğu gibi tüm ilan ve reklamlarda bu kayıt numarasının kullanılması zorunlu kılınmaktadır. ZwVbG'nin 3. paragrafının 4. bendi uyarınca kısa süreli kiraya verilecek olan konutun kiraya verenin kendisinin düzenli ola-

⁴⁰ Otto, *Zweckentfremdungsverbote* (n 38) 251 vd; Weber-Leibrecht (n 34) 116 vd; Buradaki maksat, ikame bir yaşam alanının yeterli sürede ve kısa süreli kiralanan konuta yakın bir bölgede kısa süreli değil, kalıcı şekilde yaşam alanı olarak kullanılmasının sağlanması suretiyle bölgenin genel yapısının bozulmasını engellemektir. Zira yaşam alanının amaç dışı kullanımı, bölgede yaşam alanı kaybının telafi edilmesini sağlayacak uygun bir yedek yaşam alanının yaratılması suretiyle ikame edilebilmektedir. Ayrıca bkz: Kaźmierczyk (n 16) 193.

⁴¹ Buna rağmen bu tür konutlar bakımından yapılan başvuruların %95'ine yakın bir oranla reddedildiği de ileri sürülmektedir: Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73.

⁴² Diğer bir deyişle; bu ikinci türün ilk türe nazaran farkı, kiraya veren tarafın kiraya konu ettiği konutunun ikamet ettiği ya da ikincil olarak belli dönemlerde kullandığı bir konut olmasıdır. Örneğin kişi kendi ikamet ettiği bir konutu tatile çıktığı dönemde kısa süreli kiraya vermek isterse veya yazlık olarak kullandığı konutu kısa süreli kiralamak istediği takdirde, ikinci tür olarak bahsettiğimiz konut türünün söz konusu olduğu kabul edilecektir.

rak ikamet ettiği konut olması halinde, yılın büyük bir kısmında kişinin konutta kendisinin kaldığını veya kendisi tarafından kullanıldığını ispatlaması halinde başka herhangi bir şart aranmaksızın kısa süreli kiralama için idare tarafından izin verilmektedir. Bu tür konutlar bakımından mahkeme kararlarıyla yılda en fazla toplamda 182 gün kısa süreli kiralama yapılabilmesi mümkün olmaktadır. Kiraya verenin ikincil olarak kullandığı bir konutu kısa süreli kiraya vermek istemesi halinde, Berlin’de ikamet ettiği bir yer olması veya Berlin’de başkaca ikamet ettiği bir yer olması halinde kısa süreli kiralamaya izin verilmemektedir⁴³. Başka bir ilde konutu olan, Berlin’de de ikincil olarak kullandığı konutu bulunan bir kişinin bu konutunu yılda en fazla toplam 90 gün kısa süreli kiraya vermesi mümkün gözükmektedir⁴⁴. İkinci tür konutlarda, konutu üçüncü bir kişiye kiraya verecek olan tarafın da kiracı olması ve bir anlamda kiraladığı konutu üçüncü bir kişiye kısa süreli kiralamak istemesi halinde, mal sahibinin de muvafakatinin alınması ve bu muvafakatin idareye sunulması gerekmektedir⁴⁵.

Üçüncü tür olan ikamet edilen konuttaki bir veya daha fazla odanın kısa süreli kiraya verilmesi durumunda, ZwVbG’nin 2. paragrafının 2. fıkrası uyarınca; kiralanacak kısmın tüm alanın %49’una kadar olması halinde herhangi bir izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Kiralanacak alan, ikamet edilen konutun %50 ve fazlasına tekabül etmekteyse, idareden izin alınması gerekmektedir⁴⁶.

3. İngiliz Hukukunda

İngiliz Hukuku’nda 1973 tarihli Büyük Londra Konseyi (Genel Yetkiler) Yasası kısa süreli kiralamalar için oldukça sıkı sınırlamalar getirmekteyken, 2015 tarihli Deregülasyon Yasası’yla söz konusu sınırlamalar gevşetilmiştir. Bununla birlikte bölgesel çapta da düzenlemeler olduğu görülmektedir. Londra ile ilgili

⁴³ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73.

⁴⁴ Christoph Busch, ‘Regulating Airbnb in Germany Status Quo and Future Trends’ (2019) 8 (1) Journal of European Consumer and Market Law 39, 39; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73; Kaźmierczyk (n 16) 193.

⁴⁵ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 74.

⁴⁶ Bu tür konutlarda, izin hususu bu şekilde kullanım alanına göre belirlenmişken, kayıt hususu ise herhangi bir kullanım alanı nisabına bağlı kalınmaksızın zorunlu tutulmuştur. Diğer bir deyişle, izin alınması gerekmesee dahi, kayıt yapılması ve kayıt numarası alınması zorunlu olup, kayıt numarasının diğer türlerde olduğu gibi ilan ve reklamlarda kullanılması zorunlu kılınmıştır. Bu tür kiralamalarda herhangi bir süre sınırlaması mevcut değildir. Ayrıca tıpkı ikinci tür konutlarda olduğu gibi, bu tür konutlarda da kiracının kısa süreli kiralama yapmak istemesi halinde ev sahibinden muvafakat alması zorunludur; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73-74; Kaźmierczyk (n 16) 193.

olarak “*Londra Planı*” olarak bilinen düzenlemede kısa süreli kiralama ile ilgili hükümler bulunmaktadır⁴⁷.

Londra’da kişinin kendi ikamet etmediği veya kullanmadığı bir konutun kısa süreli şekilde kiraya verilebilmesi için konutun niteliğinde değişiklik yapılması, kalıcı konut olarak tescil edilmiş bir konut söz konusu ise bu konutun kısa süreli konut olarak tescilinin sağlanması ve bu şekilde ruhsat alınması gerekmektedir. Bununla birlikte bu türden konutlar için Alman hukukunun aksine herhangi bir kayıt yapılması veya kayıt numarası alınması usulü mevcut değildir⁴⁸. Kiraya veren tarafın kendi ikamet ettiği veya yılın belli dönemlerinde kullandığı konutlarda veya ikamet amaçlı kullandığı konutun bir odası veya birden fazla odasının kısa süreli kiraya verilmesinde ise herhangi bir idari izne gerek yoktur. Bununla birlikte bu türden konutlar bakımından Deregülasyon Yasası’nın 44. maddesi uyarınca yılda en fazla doksan gün süreyle kısa süreli kiralama yapabileceği kabul edilmektedir⁴⁹.

Her üç tür bakımından Londra’da güvenlik önlemlerinin alınmış olmasına yönelik düzenlemeler mevcuttur. Konutun krediyle alınması durumunda kredi kurumunun, ev sahibinin ve sigortacının kısa süreli kiralama konusunda muvafakatinin bulunması aranmaktadır⁵⁰.

4. Fransız Hukukunda

Fransa’da pek çok farklı kanunda kısa süreli kiralama ilişkilerini düzenleyen hükümler mevcuttur. İdarenin de kanunlardan aldıkları yetkiyle yürürlüğe soktukları sınırlayıcı ve zorunluluk arz eden kurallar da bulunmaktadır⁵¹. Paris uygulaması

⁴⁷ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 81; Londra Planı ile ilgili bkz: Yvonne Rydin, ‘Planning and the Technological Society: Discussing the London Plan’ (2010) 34 (2) International Journal of Urban and Regional Research 243, 243 vd; Jamie Keddie and Fran Tonkiss, ‘The Market and the Plan: Housing, Urban Renewal and Socio-Economic Change in London’ (2010) 1 (2) City, Culture and Society 57, 58 vd; Richard Gordon Ian and Tony Travers, ‘London: Planning the Ungovernable City’ (2010) 1 (2) City, Culture and Society 49, 49 vd.

⁴⁸ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 81-82.

⁴⁹ Mara Ferreri and Sanyal Romola, ‘Platform Economies and Urban Planning: Airbnb and Regulated Deregulation in London’ (2018) 55 (15) Urban Studies 3353, 3355 vd; Zahratu Shabrina, Arcaute Elsa and Michael Batty, ‘Airbnb and Its Potential Impact on the London Housing Market’ (2022) 59 (1) Urban Studies 197, 198 vd.

⁵⁰ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 82.

⁵¹ Kişilerin kendi ikamet etmedikleri konutları kısa süreli kiralamalarını düzenleyen Ulusal Turizm Kanunu, birincil ikamet adresinin yılda 8 ay ve üzeri yaşanılan yer olduğunu düzenleyen Ulusal İnşaat ve Konut Yasası, planlamaya ve imara ilişkin Ulusal Şehir Planlama Kanunu, kısa süreli kiralama ile ilgili bildirim zorunluluğu düzenleyen 2009-888 sayılı Mobilyalı Kısa Süreli Kiralama Kanunu,

buna verilebilecek örneklerdendir. Kişinin birincil veya ikincil ikameti olarak kullanmadığı mobilyalı olan konutlarını bir misafir için ardi ardına doksan günden az herhangi bir süreyle kar elde etmek amacıyla kısa süreli kiraya vermesi veya dokuz ay ve daha altındaki bir süreyle öğrencilere kiralama yapılması Fransız Hukukunda kısa süreli kiralama için birinci tür olarak tanımlanabilmektedir. Bu tür konutlar bakımından yetkili idareden izin alınması Fransız Hukukunda zorunludur⁵². Aynı zamanda kayıt yapılması ve kayıt numarasının ilanlarda yazılması da yine bu türden konutlar bakımından zorunlu kılınmış durumdadır. Bu tür konutlar bakımından Fransız Hukukunda bazı asgari standartlar da belirlenmiş durumdadır. Oldukça detaylı olan bu standartlarda mobilyalara ilişkin düzenlemeler ve duman detektörü gibi şartlar da bulunmaktadır. Bu tür konutlar bakımından kat maliklerinden muvafakat alınması da zorunlu kılınmış durumdadır⁵³.

İkinci tür kısa süreli kiralama ise kişinin sadece yerleşim yeri olarak kullandığı konutları ardi ardına 90 gün ve altındaki bir süreyle kısa süreli kiraya vermesi halidir. Bu tür konutlar bakımından yılda toplam 120 günün altında kiralama yapılmaktaysa izin zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁴. Kiraya verenin aslında yerleşim yeri adresi olarak kullandığı bir konutu bir yıl içerisinde 120 günden fazla kısa süreli kiralama işlemine tabi tutması halinde ise bu durumun yaptırımını para cezası olarak düzenlenmiş durumdadır⁵⁵. Zira kişinin yerleşim yeri ola-

mesken amaçlı konutun kısa süreli kiralama amacıyla ticari faaliyete dönüştürülmesi için izin alınmasını düzenleyen 2014-366 sayılı Konut ve Yenilenmiş Şehir Planlamaya Erişim Kanunu (ALUR), nüfusu 200.000 kişinin üstünde olan şehirlerde kısa süreli kiralama için Belediyelere kayıt zorunluluğu getirme ve ilanlarda kayıt numarasının yayınlanmasını zorunlu kılma yetkisini düzenleyen 2016-1321 sayılı Dijital Cumhuriyet Kanunu, kısa süreli kiralamalara aracılık eden ve çoğunlukla internet tabanlı olan platformların kısa süreli kiralamalara ilişkin veritabanlarını kayıt sistemini zorunlu kılan şehir idareleriyle paylaşmasını zorunlu kılan 2018-1021 sayılı Konut, Kalkınma ve Dijitalin Evrimi Kanunu (ELAN) ve 2019-1461 sayılı kanun, Fransa'da ulusal çapta yürürlükte olan ve konuyu ilgilendiren kanunlardır; Kaźmierczyk (n 16) 189; Ayrıca bkz: Calum Robertson, Sylvain Dejean and Raphael Suire, 'Airbnb in the City: Assessing Short-Term Rental Regulation in Bordeaux' (2024) 72 (2) The Annals of Regional Science 647, 649 vd; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

⁵² Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

⁵³ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87; Ewelina Badura, 'Legal Aspects of Short-Term Lease Agreements on a Comparative Background' (2020) 8 (4) *Societas et Iurisprudentia* 51, 59; Yine bu tür konutlarda kısa süreli kiralama yapan kişiler; Fransız olmayan konuklar bakımından kolluk kuvvetlerine bildirmek üzere bir form almak ve bu formu altı ay süreyle saklamak zorundadır.

⁵⁴ Badura (n 53) 58-59; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

⁵⁵ Kaźmierczyk (n 16) 190; Bir yılda toplamda 120 günün altında kısa süreli kiralama bakımından izin zorunluluğu bulunmamasına rağmen bu tür konutlar bakımından da kayıt ve kayıt numarasını ilanlarda paylaşma zorunluluğu bulunmaktadır. Konuya ilişkin bkz: Badura (n 53) 59; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

rak nitelendirilen konutunu bir yılda 120 günden fazla kiralaması halinde, söz konusu konut yerleşim yeri olma niteliğini kaybetmektedir. Bu durumda ya konutun kısa süreli kiralanması noktasında birinci tür kapsamında izin prosedürünün işletilmesi ya da tamamen ticari amaçlı bir işletme olarak tescil edilmesi ve buna ilişkin kurallara uyulması gerekmektedir⁵⁶.

İzin zorunluluğunun bulunmayıp kayıt zorunluluğunun bulunmasının anlamı, kiralaayanların kolaylıkla bir sisteme kaydolabilecekleri, izin alma prosedürünün işletilmeyeceği ve kayıt başvurusunun reddedilme gibi bir ihtimalinin olmadığı, sadece bildirim yapılarak kaydın tamamlanmasının gerekli görülmesini ifade etmektedir⁵⁷. Tıpkı birinci tür konutlarda olduğu gibi aranan asgari standartlar bu konutlarda da aranmaktadır. Kiracı olup konutu üçüncü kişilere kısa süreli kiralamak isteyenler ev sahibinden, ev sahipleri ise tüm kat maliklerinden muvafakat almak zorundadır. Tıpkı birinci tür konutlarda olduğu gibi bu tür konutlar bakımından da Fransız olmayan konuklar bakımından kolluğa bildirimde bulunulacak bir formun misafirden alınması ve altı ay boyunca saklanması zorunludur. Kişinin ikincil ikameti olarak kullandığı konutların kısa süreli kiraya verilmesi ise Fransız hukukunda mümkün değildir⁵⁸.

Üçüncü tür ise, kişinin yerleşim yeri olarak benimsediği konutun bir veya birden fazla odasını kiraya vermesi halidir. Bu tür kısa süreli kiralamalarda kayıt veya izin zorunluluğu yoktur. Diğer türlerde aranan asgari standartlar ise bu konutlarda da aranmaktadır. Kiracı olup da birincil ikameti olarak kullandığı konutun odasını veya odalarını üçüncü kişilere kısa süreli kiralaayanlar bakımından ev sahibinden muvafakat alınması, ev sahiplerinin ise kat maliklerinden muvafakat alması bu türden kısa süreli kiralamalar bakımından da zorunlu kılınmıştır. Ancak bu türden kısa süreli kiralamalarda kahvaltı gibi bir hizmet ve misafirler için özel bir banyo sunulması gibi hizmetler kısa süreli kiralamaya eşlik ediyorsa bu ticari bir faaliyet olarak kabul edilmekte ve bu durum pansiyonların işletilmesine ilişkin düzenlemelerin kapsamına girmektedir. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde kısa süreli kiralama söz konusu olmamakta ve konut bir pansiyon olarak nitelendirilmektedir⁵⁹.

⁵⁶ Kaźmierczyk (n 16) 190.

⁵⁷ Kaźmierczyk (n 16) 190.

⁵⁸ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

⁵⁹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 87.

5. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda ulusal ölçekte kısa süreli kiralama ların vergilendirilmesiyle ilgili mevzuat hükümleri bulunmaktadır. Bununla birlikte sosyal konutlarda kısa süreli kiralama yapılmasını yasaklayan Sosyal Konutlarla İlgili Ulusal Kanun yürürlüktedir. Eyalet sisteminin olduğu Avusturya’da eyalet ölçeğindeki kanunlarla kısa süreli kiralamalara ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe girdiği de görülmektedir⁶⁰.

Viyana örneği bakımından her ne şekilde yapılırsa yapılsın, kısa süreli kiralama yapanların kiracılarını kayıt altına alması ve her ay ilgili kuruma bildirmesi zorunlu kılınmış durumdadır. Kişinin kendi ikamet ettiği konutlarda kısa süreli kiralama yapabilmesi için izin almasına gerek yoktur. Bununla birlikte vergisel yükümlülüklerin takip edilebilmesi açısından kayıt zorunluluğu bulunmaktadır. Kiracının ikamet ettiği konutu bakımından üçüncü kişilere kısa süreli kiralama yapabilmesi için ev sahibinin muvafakati aranmaktadır⁶¹.

Kişinin kendi ikamet etmediği bir konutu 30 günden az olacak şekilde kısa süreli kiralaması ise Avusturya Ticaret Kanunu kapsamında bağımsız ve düzenli olarak, kar veya ekonomik avantaj elde etme niyetiyle yürütülen ticari bir faaliyet kapsamında kabul edilmektedir. Bu türden kiralamalar için konaklama sektöründe ticari faaliyette bulunabilmeye ilişkin ruhsat sahibi olmak zorunludur. Haliyle bu türden konaklamalar bakımından Avusturya hukukunda izin zorunluluğunun bulunduğu söylenebilmektedir. Bununla birlikte bu şekilde kısa süreli kiralamalar yapacak olanların kayıt zorunluluğu da bulunmaktadır. Aynı zamanda kat maliklerinden muvafakat alınması ve ticari faaliyeti yürüten kişinin kiracı olması halinde ev sahibinin muvafakatinin de alınması gerekmektedir. Bu türden kiralamalar imar planlarında belirlenen alanlarda gösterilebilmekte ve diğer alanlarda bu türden kısa süreli kiralamalar yapılması yasaklanabilmektedir⁶².

⁶⁰ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95: Viyana eyaleti bakımından kısa süreli kiralamalarda misafirlerin bildirilmesini ve kısa süreli kiralamalara aracılık eden platformların vergisel yükümlülüklerini düzenleyen Viyana Turizmi Teşvik Kanunu (WTFG) yürürlüktedir. Bununla birlikte mesken alanı olarak belirlenen alanlarda ikamet edilmeyen konutların kısa süreli kiralanmasını yasaklayan imara ilişkin düzenlemeler de yine bu hukuk sisteminde düzenlenmiş durumdadır.

⁶¹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95-96; Kristin Nemeth and Marco Scharmer, ‘Regulating Airbnb in Austria’ (2018) 7 (6) *Journal of European Consumer and Market Law* 251, 251.

⁶² Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95-96.

Avusturya'da evin bir odasının veya bir bölümünün kiralanması oldukça yaygın bir uygulamadır. Bu türden kısa süreli kiralamalarda kahvaltılık hizmeti verilmekteyse ticari faaliyet olarak kabul edilen bu uygulama bakımından ticari faaliyette bulunabilmeye ilişkin ruhsat alınması gerekmekte ve dolayısıyla izin uygulaması söz konusu olmaktadır⁶³.

6. Belçika Hukukunda

Belçika'da da eyalet sistemi geçerli olup, turizm ve konaklama sektöründe yasal düzenlemeler yapmak, eyaletlerin yasama alanına bırakılmış durumdadır. Brüksel örneğinde; kısa süreli kiralama yapılacak olan konutlar turist konutları ve mobilyalı konutlar olarak ikiye ayrılmış durumdadır⁶⁴. Turist konutlarında resepsiyon hizmetinin hafta içi verilmesi zorunlu olup, sürekli şekilde ulaşılabilir bir iletişim numarasının mevcut olması da aranmaktadır. Buna karşı, turist konutu statüsünde olmayan ve mobilyalı konut olarak tanımlanan konut türlerinde resepsiyon ve iletişim şartı aranmamakla birlikte, yemek pişirme imkanı bulunmayan mobilyalı konutlar da bu kategoriye girmektedir. Turist konutlarında bu imkan bulunacağından, bu tür konutlar için 5 yılda bir yenilenen yangın güvenliği ruhsatının mevcut olması da zorunlu kılınmıştır⁶⁵.

Kısa süreli kiralama kavramı, bu eyaletteki düzenlemelerde bir ile doksan günlük süreler arasında kurulan kiralama ilişkilerini ifade etmektedir. Bununla birlikte kişinin profesyonel bir iş olarak kısa süreli kiralama faaliyetine özgü

⁶³ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95: Bunun dışında evin bir kısmının kısa süreyle kiralanması bir ana aktivite olarak kabul edilemeyecek nitelikteyse ve yan gelir getiren bir kiralamaya niteliğindeyse izin zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak her iki ihtimalde de en fazla 10 yataklı evlerde kısa süreli kiralamaya yapılabilmekte ve kısa süreli kiralamaya faaliyetine ilişkin ilgili idareye kayıt zorunluluğu bulunmaktadır. Kısa süreli kiralama yapan kişinin kendisi de kiracıysa ev sahibinden muvafakat alınması gerekmektedir.

⁶⁴ Gerek turizm konutları veya mobilyalı konutlar, gerekse de kişinin kendi ikamet ettiği konut bünyesindeki odaların kısa süreli kiralamaya işlemine konu edilebilmesi için kentin imar planında ilgili bölgeye izin verilmiş olması ve bu konuda kiraya veren tarafından ruhsat alınması gerekmektedir.

⁶⁵ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 75-76: Bunun dışında da her iki tür bakımından oldukça detaylı hazırlanmış konutlarda yer alması gereken asgari standartları belirleyen bir liste de mevcuttur; Petrus Te Braak and Pieter-Paul Verhaeghe, 'Policy Proposals for Regulating the Short-Term Rental Market: Towards a Balanced Housing Market in Brussels' (2024) Working Paper, Vrije Universitat Brussel <https://www.researchgate.net/profile/Pieter-Paul-Verhaeghe/publication/378012364_Policy_Proposals_for_Regulating_the_Short-Term_Rental_Market_Towards_a_Balanced_Housing_Market_in_Brussels/links/65c351a279007454976a02b8/Policy-Proposals-for-Regulating-the-Short-Term-Rental-Market-Towards-a-Balanced-Housing-Market-in-Brussels.pdf> Erişim tarihi 25 Temmuz 2024.

konutlar ayırmayıp, kendi ikamet ettiği veya kullandığı konutlarında kısa süreli kiralama yapmak istemesi halinde yılda en fazla 120 gün süreyle kiralama yapabileceği de düzenleme altına alınmış durumdadır⁶⁶.

Kişinin kendi ikamet ettiği konutu bütünsel olarak kısa süreli kiralamaya konu etmesi değil de, konutun içindeki bazı odaları kısa süreli kiralamaya konu etmesi de mümkün olabilmektedir. Bu husus da yine hukuki düzenleme altına alınmış durumdadır. Kişi bu ihtimalde kendi yaşadığı evdeki odaları kısa süreli kiralamaktadır. Bunun dışında başkaca bir konutun sırf bu işe özgülenmesi ve odalarının kiraya verilmesi ise mümkün değildir⁶⁷.

Her üç tür kısa süreli kiralama bakımından da Bakanlığa kayıt zorunluluğu bulunmakta olup, verilen kayıt numarası bir plakaya basılmakta ve evin dışına görünür şekilde asılmaktadır. Bunun dışında kiraya verenin mal sahibi olması durumunda apartman veya site yönetiminden yazılı muvafakatini alması gerekmekte, kiraya verenin kendisinin mal sahibi olmaması ve kiraladığı bir konutu kısa süreli kiralamanın konusu yapmak istemesi halinde ise ev sahibinin de ayrıca yazılı muvafakatini almış olması gerekmektedir. Aynı zamanda her üç tür bakımından da elektrik, su ve doğalgaz tesisatının güvenliği için 5 yılda bir yenilenen güvenlik sertifikalarının mevcudiyeti de aranmaktadır. Kiraya verenin sabıka kaydının bulunmaması ve hukuki sorumluluk sigortasının mevcut olması gerekmektedir⁶⁸.

Bütün bunların yanı sıra, kısa süreli kiralama yapacak olan misafirlere ilişkin bilgilerin, ne kadar süreyle kiralama ilişkisinin kurulduğunun, kişi sayısının, uyruk bilgilerinin ve benzeri bilgilerin yetkili makama bildirilmesi gerekmektedir⁶⁹.

7. Polonya Hukukunda

Polonya hukukunda kısa süreli kiralamalara özgü bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bir konutun kısa süreli kiralanması halinde, Polonya Medeni Kanunu'nda yer alan kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı

⁶⁶ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 75-76.

⁶⁷ Bu türden konutlar bakımından yılda asgari olarak 4 ay faaliyette olması zorunluluğu getirilmiş, en fazla banyo ve tuvaletler dahil 5 odanın, aynı anda en fazla 15 kişiye kiraya verilebileceği düzenleme altına alınmış, misafirlere kahvaltı verme zorunluluğu da getirilmiştir; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 75.

⁶⁸ Gracia Vara Arribas, Bettina Steible and Anthony De Bondt, *Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Legal Aspects* (European Institute of Public Administration 2016) 25.

⁶⁹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 76: Bütün bu yükümlülükler aykırılık halinde 40 Avro'dan 10.000 Avro'ya kadar para cezası ve izinlerin iptali gibi yükümlülükler bulunmaktadır.

bulmaktadır. Bununla birlikte son yıllarda artan turist sayısı sebebiyle kısa süreli kiralamalara özgü özel düzenlemeler getirilmesi ihtiyacı hissedilmiş ve Krakow ve Sopot şehirlerinin meclisleri bu yönde yasama organına başvuruda bulunmuşlardır. Söz konusu başvuruda kentlerin nüfus ve demografik yapısının korunması, kısa süreli kiralamaların denetlenebilmesi, özellikle insan sağlığını etkileyebilecek yangın güvenliği ve benzeri güvenlik önlemlerine sahip olmayan apartmanlarda kısa süreli kiralama yapılmasının yasaklanması, apartman sakinlerinin kabul etmemeleri ve muvafakat etmemeleri halinde apartmanlarında kısa süreli kiralama yapılmasını engelleme hakkı tanınması, kısa süreli kiralamaların vergisel yükümlülüklerin düzenlenmesi gibi ihtiyaçlar sebebiyle düzenlemeye gereksinim duyulduğu belirtilmiştir⁷⁰.

Polonya Spor ve Turizm Bakanlığı'nın bu yönde bir düzenleme tasarısı hazırlığında olduğu bilinmektedir⁷¹. Ancak Avrupa Birliği'nde yaşanan gelişmeler ve yasal düzenlemelere ilişkin hazırlıklar yapılması sebebiyle, Polonya'nın da kendi iç hukukunda yapacağı düzenlemeler bakımından Avrupa Birliği düzenlemelerini beklediği anlaşılmaktadır.

8. Portekiz Hukukunda

Portekiz hukukunda kısa süreli kiralamalara ilişkin temel düzenleme ulusal bir kanun niteliği taşıyan 128/2014 sayılı yasadır⁷². Söz konusu yasa; 62/2018, 71/2018 ve 262/2020 sayılı yasalarla değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerle yerel yönetimlere kısa süreli kiralama yapılabilecek alanların belirlenmesi ve sınırlandırılması için daha güçlü yetkiler verilmiştir. Aynı zamanda yasayla birlikte 4 tür kısa süreli kiralama kategorisi tanımlanmış durumdadır. Bunlar; müstakil aile evi, apartman dairesi, hostel gibi bir bağımsız bölümün alanlara bölünmesi suretiyle birden fazla kişiye kiralanması ve kiraya verenin de kendi

⁷⁰ Bu yöndeki düzenlemelerin, kısa süreli kiralamaların sınırlandırılmasını talep eden Polonya Otel Endüstrisi Ticaret Odası'nın da gün sayısı bakımından kısıtlama, kayıt zorunluluğunun getirilmesi, ev sahiplerinden alınan verginin arttırılması, konaklayanların güvenliğinin sağlanması için sıkı düzenlemeler getirilmesi, ev sahibinin hukuki sorumluluğunun arttırılması gerektiği gibi argümanlarla desteklediği bilinmektedir: Kaźmierczyk (n 16) 194-195 vd; Polonya hukukundaki problemin otel ve apart otellerin tanımlanmamış olmasından kaynaklandığına yönelik görüş için bkz: Badura (n 53) 55-56.

⁷¹ Kaźmierczyk (n 16) 194 vd.

⁷² Söz konusu bu yasa hükmü, kısa süreli kiralamaların türlerini tanımlayan 39/2008 sayılı yasanın yerine yürürlüğe girmiştir. 2008 yılında bu alanda düzenleme yapmış olması, göz önüne alındığında Portekiz'in oldukça erken tarihlerde düzenleme ihtiyacını fark ettiğini göstermektedir.

oturduğu konutta en fazla üç odaya kadar oda kiralama değildir. Yasal düzenlemede kısa süreli kiralamanın otuz günden az olan kiralamalar olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte Portekiz’de yıllık bazda asgari veya azami şekilde kiralama yapılabilecek toplam gün sayısı ile ilgili bir sınırlama bulunmamaktadır⁷³.

Tüm türler bakımından şehir meclislerinden belirlenmiş alanlar bakımından izin yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁴. Bunun dışında her türlü kısa süreli kiralama faaliyeti için Bakanlığa kayıt zorunluluğu bulunmakta hostel tipi konutlar için yirmi gün, diğer tüm türler bakımından on gün içinde cevap verilmemesi halinde başvuru kabul edilmiş sayılmaktadır. Tüm ilanlarda kayıt numarasının yayınlanması zorunlu olup, konut girişlerinde de kayıt numarasını gösteren bir plakanın asılması zorunluluğu getirilmiştir⁷⁵.

Kısa süreli kiralama yapılabilecek olan konut türleri arasında aynı anda konutta kalabilecek kişi sayısı ve oda sayısı bakımından farklılıklar mevcuttur. Müstakil aile evleri ve apartman daireleri bakımından; yatak odası sayısının iki katı kadar kişi, oturma odası başına 2 kişi ve 12 yaşından küçük çocuklar için ilave yatak konulması kaydıyla tek kiralamada aynı anda konaklayabilecek kişi sayısı belirlenmekte ve konutta en fazla 9 yatak odasının bulunmasına ve arz edilen hesaplama bağımsız olarak aynı anda en fazla 30 kişinin konaklayabilmesine izin verilmektedir. Bununla birlikte apartman dairesi tipi konutlar bakımından bir binadaki toplam bağımsız bölüm sayısının %75’ini aşacak kadar kısa süreli kiralama yapılması halinde, bir kişinin en fazla 9 bağımsız bölümü kısa süreli kiralamaya konu edebileceği düzenleme altına alınmıştır. Hostel türü konutlar bakımından kişi ve oda sayısı bakımından herhangi bir kısıtlama yoktur. Kişinin kendi oturduğu evin bazı odalarını kiralaması konusunda ise, en fazla üç yatak odasının kiralanabileceği, yatak odası başına en fazla iki kişinin

⁷³ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 77; Kaźmierczyk (n 16) 191.

⁷⁴ Bir bölgede kısa süreli kiralama yapılan konut sayısının kalıcı konaklama yapılan konutların yüzde yirmisine eşit veya daha fazla olması halinde yeni kısa süreli kiralama izni başvuruları reddedilmekte, oranın yüzde on ile yüzde yirmi arasında olması halinde bazı apartman türleri bakımından izin verilebilmektedir: Colomb and Moreira de Souza (n 25) 78; Kaźmierczyk (n 16) 191-192.

⁷⁵ Jorge Morais Carvalho and Pedro Policarpo, ‘Regulating Airbnb in Portugal’ (2018) 7 (6) Journal of European Consumer and Market Law 256, 256; Kaźmierczyk (n 16) 192: Ayrıca tüm konaklayanlar bakımından göç ve sınırlarla ilgili idareye bildirimde bulunma zorunluluğu bulunmaktadır. Yine tüm türler bakımından konutlarda pencere veya balkon bulunması, yangın merdiveni ve yangın söndürme ekipmanlarının bulunması ve itfaiye numarasının görünür bir yerde yazılı olması, konutlarda birden fazla dilde yazılı bir bilgilendirme kitapçığının bulunması, hukuki sorumluluk sigortası bulunması gibi şartlar aranmaktadır.

kabul edileceği ve on iki yaşından küçük iki çocuk için ilave yatak konulabileceği kabul edilmekte ve aynı anda kısa süreli kiralama kapsamında konaklayabilecek kişi sayısı buna göre belirlenmektedir⁷⁶.

Portekiz hukukunda, apartman yönetiminin kısa süreli kiraya verenden yüzde otuz oranında daha fazla aidat alınmasını talep etme hakkı bulunmakta, aynı zamanda gürültü, koku gibi çeşitli şikayetlerin mevcut olması halinde mülki amirden kısa süreli kiralama izninin iptal edilmesini talep etme hakları bulunmaktadır⁷⁷.

9. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda

Amerika Birleşik Devletleri'nde kısa süreli kiralama ilişkileriyle ilgili hem eyaletler bazında hem de şehirler bazında çok farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu bu kurallar da günden güne değişmektedir. Örneğin New York'ta uzun süreli kısa süreli kiralama yapmak oldukça katı kurallarla sınırlanmış ve otuz günden kısa süreli kiralamalar tamamen yasaklanmışken⁷⁸, 5 Eylül 2023'ten beri çeşitli kayıt ve izin süreçlerinin tamamlanmasıyla kısa süreli kiralama yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir⁷⁹. Buna karşın, New York örneğinde içerisinde yaşanan evin belirli odalarının kısa süreli kiralama ise geçmişten beri mümkündür⁸⁰.

San Francisco'da ise dijital ortamda kısa süreli kiralama sisteminin öncüsü durumunda bulunan Airbnb şirketinin merkezi bulunmakta ve burada kısa süreli kiralama hukuku diğer eyalet ve şehirlere nazaran çok daha hızlı bir gelişim göstermiş durumdadır. Burada yapılan düzenlemelerde; bir konutun yılda en fazla doksan gün süreyle kısa süreli kiralamaya konu edilebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte kısa süreli kiralama yapacak olan ev sahiplerinin yine ilgili kuruma kayıt zorunluluğu bulunmakta ve konaklayan tüm kullanıcıların bilgilerinin bildirilmesi gerekmektedir⁸¹.

⁷⁶ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 77-78.

⁷⁷ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 77-78.

⁷⁸ Örneğin kısa süreli kiralamalarla ilgili reklam veya ilan vermenin dahi yasaklanabildiğine ilişkin bkz: James Allen, 'Disrupting Affordable Housing: Regulating Airbnb and Other Short-Term Rental Hosting in New York City' (2017) 26 (1) Journal of Affordable Housing & Community Development Law 151, 152 vd; Badura (n 53) 54; J. T Minor, 'Foregoing the Cleaver for the Scalpel: How New York Can Add Some Nuance to Its Short-Term Rental Laws' (2017) 103 (2) Iowa Law Review 817, 817.

⁷⁹ Bkz: <<https://portal.311.nyc.gov/article/?kanumber=KA-03559>> Erişim Tarihi 17 Eylül 2024.

⁸⁰ Badura (n 53) 54.

⁸¹ Badura (n 53) 54; Billie Ann Brotman, 'San Francisco: Rental Restrictions and Pre-Restriction Host Listing Motivation' (2020) 38 (2) Journal of Property Investment & Finance 147, 148 vd.

Los Angeles'ta ise kısa süreli kiralamalara ilişkin kurallar 2019 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu bölgede kişilerin sadece birincil olarak ikamet ettiği konutlarda yılda en fazla yüz yirmi gün müddetle kısa süreli kiralama yapmaları mümkün kılınmıştır. Birincil olarak ikamet edilen konut kavramı ise; her takvim yılı içerisinde altı aydan fazla ikamet edilen mülk olarak tanımlanmaktadır. Konutlarını kısa süreli kiralayanların kayıt zorunluluğu, misafirlerin bildirilmesi zorunluluğu ve vergi ödeme zorunlulukları da bulunmaktadır⁸². Vaşington'da da benzer düzenlemeler mevcut olup, kayıtlı olan konutun bir bütün halinde kiralanması halinde ilgili kamu kurumundan ek bir izin daha alınması gerekmekte ve yılda en fazla doksan gün kısa süreli kiralama yapılabileceği kabul edilmektedir⁸³.

10. Hollanda Hukukunda

Hollanda hukukunda konutun ikamet etmek dışında başka amaçlar doğrultusunda kullanılmak istenmesini kamu idaresinden izin şartına bağlayan 2014 sayılı Konut Yasası konuya ilişkin düzenlemelerin başında gelmektedir. Bu düzenlemeyle birlikte, 2020 tarihli Oturma Alanlarında Turistik Kiralamalara İlişkin Yasa'yla yerel yönetimlere kısa süreli kiralamalar bakımından kiraya verenler bakımından yükümlülükler düzenlenmesi, kısa süreli kiralamaların azami zaman sınırlarının belirlenmesi, izin sistemi getirilmesi ve süreyi aşan veya kayıt numarası yazılmamış olan ilanları engelleme yetkisi verilmesi gibi geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Söz konusu yasanın tanıdığı yetkiyle birlikte, Amsterdam'da yerel yönetim 2020 yılında kendi iç düzenlemesini yürürlüğe sokmuştur. Bu düzenlemeyle birlikte kişinin kendi ikamet ettiği konutu kısa süreli kiralamanın konusu yapması, kendi konutunun bazı odalarını kısa süreli kiralama konusu yapması ve kendi ikamet etmediği bir konutu en az yedi gün en fazla altı ay olacak şekilde kısa süreli kiralama konusu yapması hususlarında ayrı ayrı kurallar yürürlüğe girmiş durumdadır⁸⁴.

Kişinin kendi ikamet ettiği bir evi kısa süreli kiralama işlemlerine konu edebilmesi için yetkili idareden izin alması gerekmektedir. Alınan izinler bir sonraki

⁸² Badura (n 53) 55; Birincil ikamet adresi olmayan bir konutun kısa süreli kiralamaya konu edilmesi halinde 500 Amerikan Doları, kayıt, misafirlerin bildirilmesi gibi diğer yükümlülüklerin ihlali halinde ise 2.000 Amerikan Doları gibi yüksek para cezaları da düzenlemelerde öngörülmüş durumdadır.

⁸³ Badura (n 53) 55; Lucy Humphreys, 'Regulating Short-Term Rentals in California's Coastal Cities: Harmonizing Local Ordinances with the California Coastal Act' (2019) 52 (3) Loyola of Los Angeles Law Review 309, 309.

⁸⁴ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 68.

senenin 1 Nisan tarihine kadar geçerli olmaktadır. Kişinin kendi ikamet etmediği bir konutu kısa süreli kira sözleşmelerine konu edebilmesi için de yine yetkili idareden izin alması gerekmekte, bunun için yeni yapılan binaların imar planında da kısa süreli kiralama faaliyetine izin verilmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte sosyal konut alanlarında kısa süreli kiralama yapılması yasaklanmıştır⁸⁵.

Kişinin kendi evinin odalarını kiraya vermek istemesi halinde de izin alması gerekmekte olup, bu yönde verilecek olan izin sekiz yıl sürelidir. Bu türden kiralamalarda kahvaltı ve yatak hizmeti verilmesi zorunlu olup, kiraya verenin de on iki ayın en az altı ayında o konutta ikamet ediyor olması ve aynı zamanda misafirin geldiği esnada da yine o konutta kalıyor olması gerekmektedir⁸⁶.

Tüm türler bakımından kısa süreli kiralama yapabilmek için ilgili kamu kurumuna kayıt yapılması ve kayıt numarasının ilanlarda kullanılması zorunluluğu bulunmakta ve ayrıca tüm türler bakımından aynı anda en fazla dört kişinin kısa süreli konaklama yapabileceği kabul edilmektedir. Kişinin kendi ikamet etmediği konutlar bakımından apartman yönetiminden muvafakat alma veya gelen misafirlerin bilgilerini kamu kurumuna bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer iki tür bakımından ise apartman yönetiminden muvafakat alınması da misafirlerin bilgilerinin ilgili idareye bildirilmesi de zorunlu kılınmıştır⁸⁷.

11. İspanya Hukukunda

İspanya hukukunda Kentsel Kiralamalara İlişkin Ulusal Yasa, 31 günden uzun kiralamaları kapsamına almaktayken, 2013 yılından itibaren turistik amaçlı kısa süreli kiralamalara ilişkin kurallar bölgesel düzenlemelere bırakılmıştır. Örneğin 13/2022 sayılı Katalonya Turizm Kanunu, 159/2012 sayılı Yönetmelik, 75/2020 sayılı Katalonya Turizm Yönetmeliği Katalonya bölgesi için verilebilecek örnekler iken, 1/1999 sayılı Madrid Turizm Kanunu, 79/2014 sayılı Yönetmelik ve 29/2019 sayılı Yönetmelik'ler ise Madrid için verilebilecek örnekler-

⁸⁵ Konutun imar durumunda kısa süreli konaklama alanı olarak tescillenmemiş olmasına rağmen bu şekilde kullanılması halinde apartman veya site yönetiminin davacı olabileceğine ilişkin bkz: Rosalie Koolhoven, 'Regulating Airbnb in the Netherlands' (2018) 7 (6) Journal of European Consumer and Market Law 253, 253.

⁸⁶ Zira kanaatimize göre bu şart sağlanmadığı takdirde, aslında kendi ikamet etmediği bir konutu kısa süreli kiralama işlemine soktuğu kabul edilecek ve buna ilişkin kurallar uygulama alanı bulacaktır. Konuya ilişkin bkz: Colomb and Moreira de Souza (n 25) 69.

⁸⁷ Tüm yükümlülükler bakımından ayrı ayrı ve yüksek miktarda para cezaları yaptırımları yine mevzuatta bulunmaktadır; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 69.

dendir. Bunların yanı sıra yerel yönetimlerin de kentsel planlamayla ilgili aldıkları kararlar da kısıtlayıcı olabilmektedir⁸⁸.

Barselona örneği bakımından konu; konutların bütün olarak kısa süreli kiralamaya konu edilmesi ve kişinin kendi oturduğu evin bazı odalarının kısa süreli kiralamaya konu edilmesi bakımından ikiye ayrılmıştır. Konutun kiralanması halinde, bunun bir kısa süreli kiralama olarak nitelendirilebilmesi için kiralamanın 31 günden az yapılmış olması gerekmektedir. Bu türden kısa süreli kira ilişkileri bakımından yerel idareden izin alınması, Katalonya ilgili idari kurumuna konutun kaydedilmesi, tüm ilanlarda kayıt numarasının yayınlanması ve konutta da bulundurulması, aynı anda en fazla on beş kişinin kısa süreli kiralama sözleşmesinde kiracı tarafında bulunarak konutu kullanabilmesi, kolluk kuvvetlerine konaklayanlarla ilgili bildirimde bulunulması, kat maliklerinin kısa süreli kiralamayı alacakları bir kararla engelleyebilmesi gibi düzenlemeler mevcuttur⁸⁹.

Barselona örneğinde, bir evin odalarının kiralanması bakımından; kiraya verenin kendi bulunduğu evde en fazla 31 gün süreyle, en fazla dört kişinin konaklayabileceği düzenleme altına alınmıştır. 75/2020 sayılı Katalonya Turizm Yönetmeliği ile idareye bu türden kısa süreli kiralamar yapılmasını da ruhsat zorunluluğuna bağlı kılma yetkisi verilmiştir. Aynı zamanda bu türden kiralamar bakımından da yine kayıt zorunluluğu mevcut olup, ilanlarda kayıt numarasının yer alması, konutun içinde de kayıt numarasının bulundurulması, kiraya verenin kendisinin de kiracı olması halinde ev sahibinden muvafakat alınması zorunlu tutulmuştur⁹⁰.

Madrid örneği bakımından ise; bir evin belirli bir odalarının kısa süreli kiralanması bakımından düzenleme bulunmamakta, bu yönden ihtilaflar genel hükümlere göre çözümlenmektedir. Bir konutun bütün olarak kısa süreli kiralamaya konu edilmesi ise Madrid'de de düzenleme altına alınmıştır. Bu tür kısa süreli kiralamar bakımından; idareden apartmanın şartlarına ve bölgesel olarak uygunluğa yönelik izin alınması ve kısa süreli kiralama faaliyetinde bulunulacağına ilişkin kayıt zorunluluğu bulunmakta, 25 metrekareden küçük evler bakımından en azından bir odası bulunması ve aynı anda azami iki kişinin konaklama yapabilmesi zorunluluğu bulunmakta, 25 metrekare ile 40 metrekare

⁸⁸ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 70.

⁸⁹ Aynı zamanda kısa süreli kiralama yapılan yerlerin şehir merkezinden uzaklaştırılabilmesi ve yoğunluğun azaltılabilmesi adına yerel yönetimler turizmle ilgili planlamalar yaparak bazı bölgelerde kısa süreli kiralama ruhsatı verilmemesi yönünde kararlar alabilmektedir: Colomb and Moreira de Souza (n 25) 70-71.

⁹⁰ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 70-71.

arasındaki evler bakımından en azından iki odası bulunması ve aynı anda azami dört kişinin konaklama yapabilmesi zorunluluğu bulunmakta, 40 metrekarenin üstündeki evler bakımından her 10 metrekare için en az birer oda fazladan olması ve her 10 metrekare için ilave olarak iki kişinin daha konaklama yapabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Tıpkı Barselona örneğinde olduğu gibi kat maliklerinden muvafakat alınması gerekmekte, ancak kat malikleri bir karar alarak kısa süreli kiralama yapılmasını engelleyebilmektedir⁹¹.

12. İtalya Hukukunda

İtalya'da kısa süreli kiralamalara ilişkin farklı hukuki düzenlemelerle yıldan yıla farklı yükümlülüklerin düzenleme altına alındığı görülmektedir. 2017 yılında kısa süreli kiralamalara ilişkin vergisel ve mali yükümlülükler düzenlenmiş, 2018 yılında kısa süreli kiralama ilişkilerinde kiracı tarafın kimlik bilgilerinin kiraya veren tarafından kolluk kuvvetlerine bildirilmesi zorunluluğu getirilmiş ve 2019 yılında kısa süreli kiralamalarda kiracı tarafın bilgilerinin ulusal bir veri tabanında depolanması düzenleme altına alınmıştır⁹². Aynı zamanda bölgesel olarak da farklı kuralların yürürlüğe alındığı görülmektedir⁹³.

Milano ve Roma örneklerinde, kısa süreli kiralama yapabilmek için kiraya verenin idareden izin alma zorunluluğu bulunmamakta, bununla birlikte kısa süreli kiralama yapılacak olan konutun ilgili kamu kurumuna kaydettirilmesi ve kayıt numarasının tüm ilanlarda kullanılması zorunluluğu bulunmaktadır. Kiraya verenin kendi ikamet ettiği konutu bir bütün olarak veya bazı odalarını dahi kısa süreli kiralamaya konu edebilmesi bir kiralama ilişkisi için en fazla otuz gün süreyle mümkündür⁹⁴.

⁹¹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 82-84: Kısa süreli kiralamaya konu edilecek konutlar bakımından; havalandırma ve yangın güvenliği için asgari standartların sağlanması, mimar-dan rapor alınması, telefon ve iletişime ilişkin kurallara uyulması, İngilizce ve İspanyolca bilgilendirme kitapçıklarının bulunması, hukuki sorumluluk sigortası bulunması gibi pek çok asgari standart düzenleme altına alınmıştır.

⁹² Colomb and Moreira de Souza (n 25) 86.

⁹³ Örnek olması açısından bkz: Irene Rubino, 'Short-Term Rentals and Transformations in Urban Areas: The Case of Turin (Italy)' (2018) (1) *Territorio Italia* 91, 92 vd; Alessandra Staiano, 'Short-Term Island: Sharing Economy, Real Estate Market and Touristification Interplay in Capri (Italy)' *International Conference on Computational Science and Its Applications* (Springer Nature Switzerland 2023) 406 vd; Giacomo-Maria Salerno and Antonio Paolo Russo, 'Venice as a Short-Term City. Between Global Trends and Local Lock-Ins' (2022) *Platform-Mediated Tourism*. Routledge 90, 91 vd.

⁹⁴ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 85 ve 93; Kanaatimize göre bu türden kiralamalarda yiyecek veya temizlik gibi hizmetlerin verilmesi ise mümkün olmayıp, bu tip hizmetlerin verilmesi, aradaki hukuki ilişkiyi kısa süreli kiralama ilişkisi kapsamında çıkartmakta ve farklı vergisel yükümlülükleri olan bir turizm hizmeti verildiği kabul edilmektedir.

Kiraya verenin kendi ikamet ettiği konutu değil de, kendi kullanımında olmayan bağımsız bir konutu da ilgili kamu kurumuna kaydettirerek kısa süreli kiralama ilişkisine konu etmesi mümkündür. Bu tür kiralamalar bakımından konutun mobilyalı olması gerekmekte ve temizlik gibi hizmetler verilebilmektedir. Kiralamanın bir ticari faaliyet kapsamında gerçekleştirilmesi halinde süreye ilişkin yıllık bazda herhangi bir sınırlama bulunmamakta ancak Ticaret Odası'na kayıt zorunluluğu bulunmaktadır. Bölgede üçten az konutun kısa süreli kiralamaya konu edilmesi halinde faaliyet ticari olmayan bir faaliyet olarak değerlendirilmekte ve bu durumda yılda en az doksan gün konutun boş bırakılması zorunlu kılınmaktadır. Milano'da ve Roma'da hangi türden kısa süreli kiralama yapılırsa yapılsın, faaliyete başlanması açısından apartmandaki diğer kat maliklerinden muvafakat alma zorunluluğu bulunmamakta, bununla birlikte kat maliklerinin alacakları bir kararla kısa süreli kiralama ilişkisini engelleyebilme hakları bulunmaktadır. Tüm kısa süreli kiralama yöntemleri bakımından konaklama yapanların bilgilerinin kolluk kuvvetlerine bildirilmesi zorunludur⁹⁵.

13. Çekya Hukukunda

Çekya'da bir konutun bütün şekilde kısa süreli kiralama sözleşmesine konu edilmesi ticari bir iş olarak kabul edilmektedir. Ticari işletmeyle ilgili gerekli ruhsat ve izinlerin alınması gerekmektedir. Bununla birlikte kısa süreli kiralamaya özgü olacak şekilde idareden izin alınması, konutun ilgili kamu kurumuna kaydedilmesi, kat maliklerinden izin alınması gibi zorunluluklar bulunmamaktadır. Kiraya verenin kendisinin de kiracı olması halinde ev sahibinden genel hükümlere göre muvafakat alması gerekmektedir. Çekya'da kiraya verenin kendi ikamet ettiği evin odalarını kiraya vermesi hususuna özgü özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu yöndeki faaliyetin süreklilik arz etmesi halinde bunun da bir ticari faaliyet olarak kabul edileceği ve bir konutun bütün şekilde kısa süreli kiralama sözleşmesine konu edilmesiyle aynı nitelikte değerlendirileceği kabul edilmektedir⁹⁶.

⁹⁵ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 86 ve 93.

⁹⁶ Petr Makovsky, 'The Shared Economy in the Czech Republic in 2017 and Resulting Problems in Short-Term Housing Rentals' (2017) 11 (2) Acta VŠFS-ekonomické studie a analýzy 144, 145 vd; Ayrıca bkz: Colomb and Moreira de Souza (n 25) 90-91.

B. Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemelerin Türk Hukukunda Yürürlüğe Giren Düzenlemelerle Kıyaslanması ve Değerlendirme

7464 sayılı kanun ve buna bağlı olarak yürürlüğe gire yönetmelik hükümleri ile mukayeseli hukuktaki düzenlemeleri; kiraya verenlerin niteliği, kiralananın niteliği, izin alınmasının şartları ve düzenlemelerin genel amacı yönünden kıyaslamak mümkündür.

1. Kiraya Verenlerin Niteliği Bakımından

Mukayeseli hukukta yer alan örneklerde kısa süreli kiralama ilişkisi kurmak isteyen ve sözleşmenin kiraya veren tarafında yer alacak olan kişinin, kısa süreli kiralama ilişkisini profesyonel ve ticari bir faaliyet olarak yapıp yapmayacağına önem atfedildiği görülmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin kendi ikamet ettiği veya zaman zaman kullandığı bir konutu, geçici bir süreliğine kiraya vermesi durumu ile kısa süreli kiralama faaliyetlerini adeta gelir getirici bir iş kolu olarak gören kişilerin tabi olacağı kuralların mukayeseli hukukta farklı kılındığı anlaşılmaktadır.

Benzeri bir farklılık Türk hukuku bakımından da mevcuttur. Türk hukukunda, özellikle kişilerin kendi maliki oldukları veya intifa ya da üst hakkı sahibi oldukları konutları kısa süreli kiralama ilişkisine konu edebilecekleri açıktır. Bununla birlikte, 7464 sayılı kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme uyarınca (A) grubu seyahat acentalarının da kısa süreli kiralama ilişkilerinin tarafı olabilecekleri düzenlenmiştir. Aynı zamanda yönetmelikte tanımlanan pazarlama işletmesi ve yönetim işletmesi gibi kavramlarla; yüksek nitelikli olan, diğer bir deyişle pek çok farklı özelliği içerisinde barındıran rezidans türü konutlarda kiralama işlemlerini kiraya verenin dışında yapabilecek iki farklı işletme türü daha düzenlenmiş bulunmaktadır.

Türk hukukunda yer alan bu ayrımla mukayeseli hukuktakine benzer bir şekilde kendi hak sahibi olduğu konutunu kısa süreli kiraya vermek isteyen kişiler ile bu faaliyeti bir iş kapsamında yürütecek olan kişiler arasında bir ayırım yapıldığı ilk bakışta düşünülebilecektir. Ancak Türk hukukundaki düzenlemelerde, pek çok farklı ülke hukukundakinin aksine, kısa süreli kiralama ilişkisini ticari veya profesyonel bir iş olarak yürütecek olan kişilerin ve işletmelerin tabi oldukları yükümlülüklerin kendi hak sahibi olduğu konutu kısa süreli kiralama ilişkisine konu etmek isteyen kişilere nazaran daha hafif olduğu görülmektedir.

Mukayeseli hukukta bu durumun tam tersini teşkil eden örnekleri görmek mümkündür. Gerçekten de kendi kullandığı konutu kiraya verenler bakımından

şartlar çoğu ülkede daha hafif öngörülmüş durumdadır. Örneğin Almanya'dan Berlin örneğinde, kendi ikamet ettiği veya doğrudan ikamet etmese de zaman zaman kullandığı bir konutunu kısa süreli kiraya vermek isteyen kişinin, sadece bu konutu kendisinin de yıl içerisinde kullandığını belgelendirmesi, kısa süreli kiralama faaliyeti için izin verilmesi bakımından yeterlidir⁹⁷. Buna karşın, kişinin kendi ikamet etmediği bir konutu kısa süreli kiralama ilişkisine konu etmesi halinde, kamu yararı ile kişinin kendi özel yararı arasındaki denge göz önüne alınarak idare tarafından kısa süreli kiralama faaliyetine izin verilip verilemeyeceğine karar verilecektir⁹⁸.

İngiliz hukukunda ise Londra örneği incelendiğinde, kişinin kendi ikamet ettiği veya kullandığı konutlar bakımından idareden hiçbir izin alınmaksızın kısa süreli kiralama faaliyetinde bulunulması mümkündür. Bununla birlikte kişinin kendi ikamet ettiği veya kullandığı bir konut söz konusu olmadığında, bu faaliyet ruhsata tabi kılınmıştır⁹⁹. Fransız hukukundan verilebilecek Paris örneğinde ise; kısa süreli kiralama yapmak isteyen kişinin kendisinin yerleşim yeri olarak kullandığı konutları ardi ardına 90 gün ve altındaki bir süreyle kısa süreli kiraya vermesi hali bütün bir yılda en fazla 120 gün kiralama yapılması kaydıyla izne tabi kılınmaksızın serbest bırakılmıştır¹⁰⁰.

Avusturya bakımından verilebilecek Viyana örneğinde de kişinin kendi konutunu kısa süreli kiralama ilişkisine konu etmesi halinde herhangi bir izin alınmasına gerekli görülmemiş, ancak vergisel yükümlülüklerin takip edilebilmesi adına beyana dayalı olarak kayıt zorunluluğu düzenlenmiştir. Belçika Brüksel örneğinde, İtalya'da Milano ve Roma örneklerinde de de durum benzerdir¹⁰¹. Amerika Birleşik Devletleri'nde de farklı eyaletlerde birbirinden değişik uygulamalar görülmekteyse de, genelde kayıt zorunluluğu bulunmakla birlikte kişinin kendi ikamet ettiği veya kullandığı konutlar bakımından izin zorunluluğu yoktur¹⁰².

⁹⁷ Busch (n 44) 39; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73; Kaźmierczyk (n 16) 193.

⁹⁸ Otto, *Zweckentfremdungsverbote* (n 38) 251 vd; Weber-Leibrecht (n 34) 116 vd.

⁹⁹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 81-82; Ferreri and Romola (n 49) 3355 vd; Shabrina, Elsa and Batty (n 49) 198 vd

¹⁰⁰ Badura (n 53) 58-59; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 76 ve 87.

¹⁰¹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95-96; Nemeth and Scharmer (n 61) 251.

¹⁰² Badura (n 53) 55; Brotman (n 81) 148 vd; Humphreys (n 33) 309.

Hollanda'nın Amsterdam ilindeki düzenlemede veya İspanya'daki Barselona ve Madrid örneklerinde ise durum Türk hukukundakine benzer olup, kişinin kendi ikamet ettiği veya kullandığı konutunu kısa süreli kiralama faaliyetine konu etmesinde dahi idareden izin alması zorunlu kılınmıştır.

Görüldüğü üzere mukayeseli hukuktaki örneklerin büyük çoğunluğunda kişinin kendi ikamet ettiği veya kullandığı konutu kısa süreli kiralama faaliyetine konu ederken izin alması zorunluluğu getirilmemiş ancak kısa süreli kiralama faaliyetinin gelir getirici bir iş ve hatta ticari iş kapsamında olduğu durumlarda izin alınması zorunluluğu getirilmiştir. Bu durum, özellikle mülkiyet hakkının sınırlandırılması ve sözleşme özgürlüğü bakımından bireysel bazda konutunu kısa süreli kiralamak isteyenler açısından daha fazla serbesti tanındığını ortaya koymaktadır. Buna karşın Türk hukukunda kişilerin kendi maliki olduğu, intifa hakkı veya üst hakkı sahibi olduğu konutlar bakımından izin belgesi almaları gerekmekte, izin belgesi alabilmek için müstakil konutlar haricinde diğer konutlar bakımından kat maliklerinden muvafakat alabilmeleri gerekmekte ve tüm süreç bakımından oldukça ağır idari para cezası yaptırımlarının düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan, işin ticari bir iş olarak yapılabileceği ve çok sayıda konutun kısa süreli kiralama ilişkilerine konu edilebileceği ve pazarlama işletmesi veya yönetim işletmesi olarak isimlendirilen kişiler tarafından yapılacak kısa süreli kiralama ilişkilerini konu alan yüksek nitelikli konutlar bakımından muvafakat yükümlülüğü düzenlenmemiş olması da Türk hukukunda tam tersi şekilde işin büyük çapta ve ticari iş kapsamında yapılması hali bakımından daha hafif şartların düzenlendiğini ortaya koymaktadır.

2. Kiralananın Niteliği Bakımından

Türk hukukunda kısa süreli kiralama ilişkisinin konusunu bütün şekilde konutlar oluşturmaktadır. Türk hukukunda konutların içerisindeki bir ya da birden fazla odanın kiralınması açıkça yasaklanmış durumdadır. Konutların Turizm Amaçlı Kiralanması Faaliyetlerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik, konutun belirli odalarının kısa süreli kiralınmasını yasaklamaktadır. Yönetmeliğin 6. maddesinin 6. fıkrası açıkça konutun içerisinde belli odaların kısa süreli kiralanması için izin belgesi düzenlenmeyeceğini düzenlemiş ve aksi davranış kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca idari para cezasına tabi kılınmıştır. Bununla birlikte, bir konutun farklı odalarının aynı anda farklı kişilere kiralanması da yine 7464 sayılı kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasının (ğ) bendi uyarınca yasaklanmıştır.

Mukayeseli hukukta ise; Berlin, Londra, Paris şehirlerindeki uygulamalar bakımından herhangi bir izin olmaksızın bir konutun belli bir odasının kısa süreli kiralama ilişkisine konu edilebilmesi mümkün kabul edilmektedir¹⁰³. Viyana örneği bakımından da bir konutun belli bir odasının kiralanması izne tabi değilken, yapılan kısa süreli kiralama işleminde kahvaltı verilmesi halinde faaliyet ticari bir faaliyet kapsamında kabul edilmekte ve izne tabi olmaktadır¹⁰⁴.

Konutun belirli odalarının kiralanmasının izne tabi olmaksızın mümkün kabul edilmesi, son yıllarda yaygınlaşan paylaşım ekonomisi kavramının bir yanması olarak gözükmemektedir¹⁰⁵.

3. İzin Verilme Şartları Bakımından

Mukayeseli hukukla Türk hukuku arasındaki düzenlemeler arasındaki büyük farklılıklardan biri de kısa süreli kiralama faaliyetlerine izin verilmesi konusunda bazı ülkelerde bölgesel ihtiyaçlara ve kısa süreli kiralama faaliyeti yapılmasının talep edildiği bölgedeki izin verilen benzeri faaliyetlerin mesken olarak kullanılan konut sayısına oranına göre izin verilmesidir.

Almanya'nın Baden eyaletinde yürürlükte bulunan ZwEWG (Yaşam Alanının Kötüye Kullanılmasının Yasaklanmasına İlişkin Yasa), yerel yönetimlere konut arz ve talebinde dengeyi gözetme yükümlülüğü getirmiş durumdadır. Bu durum, idarenin belli bir bölgede çok fazla kısa süreli kiralama izni verilmesi halinde yeni başvuruların reddedilebilmesi adına bir dayanak oluşturmaktadır¹⁰⁶. Benzer şekilde Avusturya'nın Viyana şehrinde de imar planında kısa süreli kiralama için belirli bölgeler gösterilmekte ve bu bölgelerin dışında kalan yerlerde yapılan izin başvuruları reddedilebilmektedir¹⁰⁷. Hollanda bakımından da benzer bir uygulama mevcuttur¹⁰⁸. Madrid ve Barselona'da da kısa süreli kiralama faaliyetlerinin, yoğun olarak kişilerin ve ailelerin konutları mesken

¹⁰³ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 73; Ferreri and Romola (n 49) 3355; Shabrina, Elsa and Batty (n 49) 198 vd

¹⁰⁴ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95.

¹⁰⁵ Kaźmierczyk (n 16) 180; Jefferson-Jones, 'Are short-term rental restrictions an unconstitutional taking' (n 16) 557; Scanlon, (n 16) 563; Barron, Kung and Proserpio (n 16) 2 vd; Schor and Cansoy (n 16) 4 vd; Demailly and Novel (n 16) 15 vd; Arzu Akpınar ve Hüseyin Avunduk, 'Se-yahat ve Turizmde Paylaşım Ekonomisi: Airbnb Türkiye Örneği' (2021) (5) Uluslararası Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi 135, 142.

¹⁰⁶ Kristin Weber-Leibrecht (n 34) 115 vd.

¹⁰⁷ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 95-96.

¹⁰⁸ Koolhoven (n 35) 253.

olarak kullandığı yerlerden daha uzakta ve özellikle şehir dışında yapılması adına bazı bölgelerde kısa süreli kiralama izni taleplerinin reddedildiği görülmektedir¹⁰⁹. Portekiz hukukunda da 128/2014 sayılı yasayla yerel yönetimlere kısa süreli kiralama yapılabilecek alanların belirlenmesi adına yetki verilmiştir.

Ülkemizde sadece şekli bazı şartların yerine getirilmesi halinde, konutun nerede bulunduğu fark etmeksizin kısa süreli kiralama faaliyetine izin verilmekteyken, bütün bu ülkelerde bahsedilen şekilde düzenlemeler yapılmasının amacı, kısa süreli kiralama faaliyetlerinin yapılacağı yerlerin kentsel planlamayla ilgili görülmesinden ileri gelmektedir. Bu ülkelerde kısa süreli kiralama faaliyetlerinin yapılacağı yerler, kent sakinlerinin rahatsız olmaması veya belirli bölgelerde yerleşik ikamet edilen yerler olma özelliklerinin kaybedilmesinin istenmemesinden kaynaklanmaktadır. Oysa ülkemizde yer alan düzenlemede bu yönde herhangi bir kaygı güdülmemiş, sadece kısa süreli kiralama yapılması talep edilen binada yer alan komşulardan izin alınması yeterli görülmüştür. Oysa kısa süreli kiralama faaliyetlerinin yaratabileceği rahatsızlık veya mahallenin dokusunda yaratabileceği değişiklik, sadece tek bir binada yer alan maliklerin rızasına bağlı bir durum değildir. Bu nedenle kentsel planlama kavramının da süreçlere dahil edilerek bütüncül bir değerlendirmeye ve bölgesel özellikler göz önüne alınarak kısa süreli kiralama faaliyetlerine izin verilmesinin karara bağlanması ve mevzuatın bu yönde geliştirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

4. Muvafakatname Bakımından

Türk hukukunda kural olarak müstakil olmayan ve binalarda yer alan konutlarda yapılacak kısa süreli kiralama faaliyetleri için bağımsız bölümün bulunduğu binanın tüm kat malikleri tarafından oy birliği ile alınan kararın ibrazı zorunlu kılınmıştır. Mukayeseli hukuk bakımından çoğu ülkede de durum benzerdir. Örneğin Fransa'da, Avusturya'da, Belçika'da kat maliklerinden muvafakat alınması zorunlu kılınmıştır. Bununla birlikte İngiltere veya Hollanda gibi ülkelerde komşulardan veya kat maliklerinden muvafakat alma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Türk hukukunda yüksek nitelikli konutlar bakımından öngörülen istisna dışında genel kuralın bu yönde olmasına karşın, bu düzenlemenin ülkemiz bakımından uygulamada yol açabileceği çok sayıda sorun mevcuttur. Özellikle son yıllarda ülkemizde yabancıların gayrimenkul ediminde ortaya çıkan artış dikkate

¹⁰⁹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 70-71.

alındığında¹¹⁰, kısa süreli kiralama yapmak isteyen kişilerin tüm kat maliklerinin oybirliğiyle alacakları bir kararı sunmasını adeta imkansız hale getirecektir.

Zira Türkiye’de bir konut iktisap eden yabancı bir kimsenin, çoğu zaman hayatını ülke dışında geçirebilmesi söz konusu olabilmektedir. Benzer şekilde gurbetçi vatandaşların da ülke içerisinde malik oldukları pek çok konut bulunmakta olup, bu kişilere ulaşılması ve oybirliğiyle alınacak bir kararı imzalamalarının sağlanması oldukça güçtür. Kısa süreli kiralama faaliyetinin izne tabi kılınmasının mülkiyet hakkını ve sözleşme serbestisi ilkesini ihlal edebileceğine yönelik görüşlerimiz ışığında, izin alma sürecinin bu denli zor ve fiiliyatta belirtilen türden örnekler bakımından gayrimümkün kılınması, düzenlemenin meşruluğuna gölge düşürebilecek niteliktedir. Benzer şekilde bir konutun miras intikali yoluyla bazen onlarca hisseye bölündüğü gibi durumlar bakımından da aynı çekinceleri ileri sürmek mümkündür.

Bu olumsuz durumlara yönelik olarak mevzuatımızda yer alan düzenlemenin en azından oybirliği ile değil de belirlenecek bir nitelikli çoğunluk nisabıyla karara bağlanabilmesi şeklinde değiştirilmesinin olumlu olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte mukayeseli hukukta Türk hukukunda da uygulanabilir nitelikte olan farklı örneklerle rastlamak da mümkündür. Örneğin Barselona’da, Madrid’de, Milano’da ve Roma’da kısa süreli kiralama faaliyetine izin verilebilmesi için tüm kat maliklerinin oy birliğiyle alacağı bir karar veya muvafakat etmeleri gerekli görülmemiştir. Bu şehirlerde kat maliklerinin kararı veya muvafakat vermeleri gerekmesiz kısa süreli kiralama faaliyetine başlanması mümkündür. Ancak kat maliklerinin duyabilecekleri rahatsızlıklar nedeniyle sonradan karar alarak kısa süreli kiralama faaliyetinin engellenmesini sağlamaları mümkün kılınmıştır. Diğer bir deyişle bu şehirlerdeki uygulama, faaliyete başlamak için muvafakat gerekmemesi ancak komşuların rahatsız olmaları halinde sonradan faaliyeti engellemek ve durdurmak adına karar alabileceklerine yöneliktir¹¹¹.

¹¹⁰ Cavid Süleymanlı, ‘Türkiye’de Yabancıların Konut Edinimi ile Döviz Kuru Arasındaki İlişki (2013-2019)’ (2019) 3 (2) Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 117, 123; Selin Dinçer ve Tuğba Şerbetçi, ‘Antalya’da Yabancıların Gayrimenkul Edinimi Üzerine Ekonomik Bir Yaklaşım’ (2022) (20) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi14, 26.

¹¹¹ Colomb and Moreira de Souza (n 25) 82, 84, 86 ve 93; Örnek olarak sunulan şehirlerin dördünün de çok yoğun bir şekilde turizm yapılan şehirler olduğu ve aynı zamanda kozmopolit bir yapıya sahip olan şehirler oldukları görülmektedir. Ülkemizde de İstanbul, İzmir, Antalya gibi şehirlerde yukarıda arz edilen olası olumsuzlukların önüne geçilebilmesi adına bu yönde bir mevzuat değişikliğinin de faydalı olabileceği kanaatindeyiz.

5. Diğer Şartlar Bakımından

Türk hukukunda yürürlüğe giren düzenlemelerin mukayeseli hukukta yürürlükte olan düzenlemelerle benzeşen pek çok noktası da bulunmaktadır. Örneğin kayıt zorunluluğunun bulunması, ilanlarda kayıt numarasının kullanılmasının zorunlu kılınması, kapı girişine plaka asılması, tefriş, dekorasyon, donanım ve cihazların standartlara uygun, temiz ve bakımlı ve çalışır durumda olmasının zorunlu kılınması, yangın güvenliği, temizlik gibi şartlar bakımından ülkemizde yürürlüğe giren düzenleme, mukayeseli hukuktaki düzenlemelerle paralellik göstermektedir¹¹². 7464 sayılı kanun ve yönetmelik bu yönüyle mukayeseli hukukun geldiği noktayı yakalayan düzenlemelerdir.

Bununla birlikte, ülkemizde yürürlüğe giren kanun ve yönetmelik ile mukayeseli hukuk düzenlemeleri arasında yer alan farklılıklardan en büyüğü, kısa süreli kiralama faaliyetinin sınırının çizildiği yıl içerisindeki azami kiralama günü sayısına ilişkindir. Türk hukukunda yılda en fazla 100 gün süreyle yapılacak olan kiralama kısa süreli kiralama ilişkisi kapsamında kabul edilmekteyken, Fransa ve Belçika'da ard arda 90 gün olmak üzere yıl boyunca en fazla toplamda 120 gün, Amerika Birleşik Devletleri'nde çoğu eyalette ve İngiltere'de yılda en fazla 90 gün, Portekiz'de tek seferde en fazla 30 gün olarak sürelerin belirlendiği görülmektedir¹¹³. Buna göre mukayeseli hukukta kısa süreli kiralamalara ilişkin azami süreler bir ay ve katlarına karşılık gelecek şekilde belirlenmişken, sadece Türk hukukunda sürenin 100 gün olarak belirlendiği görülmektedir. Bunun sebebiyle ilgili olarak gerekçede ve komisyon çalışmalarında herhangi bir bulguya rastlanılmamıştır.

6. Türk Hukukundaki Mevcut Duruma Etkisi

Yürürlüğe giren 7464 sayılı kanunda yer alan düzenlemelerin büyük bir çoğunluğunun kiraya veren taraf ile idare arasındaki ilişkiyi ele aldığı söylenebilmektedir. Özellikle konutların özelliklerine ilişkin kuralların dahi izin belgesi alınmasının şartları kapsamında düzenlendiği açıktır. Buna rağmen, bu yöndeki düzenlemelerin kiraya veren ile kullanıcı arasındaki hukuki ilişki bakımından da aksi kararlaştırılmayan emredici kurallar olarak kabulü gerekmektedir.

¹¹² Colomb and Moreira de Souza (n 25) 75-76; Petrus Te Braak and Pieter-Paul Verhaeghe (n 65) 1 vd; Kaźmierczyk (n 16) 194-195; Swor (n 7) 311; Nieuwland and Van Melik (n 7) 813; Almeida and Oliveira (n 7) 172 vd; Morais Carvalho and Policarpo (n 75) 256.

¹¹³ Allen (n 78) 152 vd; Badura (n 53) 87; Colomb and Moreira de Souza (n 25) 75 ve 87; Humphreys (n 33) 309; Kaźmierczyk (n 16) 190; Minor (n 78) 817.

Bununla birlikte konutta kısa süreli kiralama yapabilecek kişi sayısına ilişkin veya oda kiralaması yapılamayacağına ilişkin kısıtlamalar ise doğrudan kiraya verenin idareye karşı yükümlülüklerini ele almaktadır. Örneğin oda kiralanmasına ilişkin kiraya veren ile kullanıcı arasında bir sözleşmenin yapılması halinde, borçlandırıcı işlem teşkil eden bu sözleşme nedeniyle kiraya verenin kullanıcıya karşı üstlendiği edim nedeniyle sorumluluğu doğmakta, bir yandan da 7464 sayılı kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca idari para cezasıyla karşı karşıya kalmaktadır.

Mevzuatta doğrudan kiraya veren ile kullanıcı arasındaki maddi hukuka dönük ilişkiye yönelik bir düzenleme ise 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 9. fıkrasında yer almaktadır. İlgili düzenlemede kısa süreli kiralama ilişkisinin sözleşmenin sona ermesiyle birlikte sona ereceği düzenlenmektedir. Kanaatimize göre söz konusu bu düzenleme, TBK'da yer alan mevcut düzenlemelerin yürürlükte olması karşısında hukuken işlevsizdir. Zira TBK'nın 339. maddesinde geçici kullanıma özgülenmiş olan konutların altı ay ve daha kısa süreyle kiralanmalarında konut ve çatılı işyerlerine ilişkin maddelerin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiş durumdadır. Bu durumda, altı ay ve daha kısa süreyle geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların kiralanması halinde sözleşmenin sona ermesi ve kiralananın tahliye edilmesi durumlarına ilişkin olarak konut ve çatılı işyerlerine ilişkin hükümler değil, genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu düzenlemenin şartları, altı ay ve daha kısa süreli bir kiralama ilişkisinin kurulması ve konutun geçici kullanıma özgülenmiş olmasıdır¹¹⁴.

Kısa süreli kiralama için ruhsat niteliğinde bir izin belgesi alınması, konutun geçici kullanıma özgülenmesi anlamına gelecektir. 7464 sayılı kanun kapsamında yapılacak olan kısa süreli kiralama faaliyetinin de en fazla yüz gün için yapılacağı da göz önüne alındığında konumuz bakımından her iki şart da gerçekleşmektedir. O halde 7464 sayılı kanun kapsamında yapılacak olan kısa süreli kiralamaların TBK'nın 339. maddesi kapsamına gireceği açıktır. Bu durumda, 7464 sayılı kanunda sözleşmenin sona ermesine ilişkin Kanunun 3. maddesinin

¹¹⁴ Aydın (n 9) 66; Elif Aydın Özdemir, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgülenmiş Taşınmazların Kiralanması," (2017) (19) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1523, 1533 vd: Geçici kullanıma özgülenme ifadesiyle anlatılmak istenen hususa ilişkin olarak yazar bir yazlığın belirsiz süreli olarak kiralanması halinde konut ve çatılı işyeri hükümlerinin uygulanacağını, sadece kira süresinin altı aydan kısa olarak belirlenmesinin de yeterli olmadığını ve taşınmazın niteliğinin geçici kullanıma fiilen özgülenmiş olması gerektiğini belirtmektedir; Aksi yönde: Gümüş (n 9) 21; Konutun geçici kullanıma özgülenmesi ifadesinin anlatmak istediği hususun kiraya verenin iradesi olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik bkz: Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku C. II*, (İstanbul 2014) 31; Taşınmazın niteliğinin geçici kullanıma özgülenmiş olması gerektiğine yönelik görüş için bkz: Aydın Ödemir (n 114) 1532-1533.

9. fıkrasında yer alan düzenleme hiç olmasaydı dahi, kira ilişkisine konut ve çatılı işyeri hükümleri değil de kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler¹¹⁵ uygulanacağından TBK'nın 327. maddesine göre sözleşmenin süresinin sona ermesiyle birlikte kira akdinin de kendiliğinden sona ereceği kabul edilecektir¹¹⁶. Bu nedenle teknik olarak 7464 sayılı Kanunun 3. maddesinin 9. fıkrasında yer alan düzenlemenin yürürlüğe girmesinin hukukumuzda herhangi bir fark yaratmayacağı açıktır. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin uygulamada yaşanabilecek çelişkileri gidermek olduğu düşünülmektedir.

Tarafların arasındaki maddi hukuka ilişkin diğer hususlarda da TBK'nın kira sözleşmelerine ilişkin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örneğin kiralanı elverişli durumda kiracıya teslim etmek ve bunun devamlılığı açısından kiralananın bakımlarının kiraya veren tarafından yaptırılması gerektiğine ilişkin doktrinde kabul gören hususların¹¹⁷ 7464 sayılı kanun kapsamında yapılan kiralamar bakımından da uygulama alanı bulacağı söylenebilmektedir. Benzer şekilde kira bedelinin ödenmesi, buna ilişkin ifa sırası gibi kira ilişkisine yönelik genel hususlarla ilgili kira sözleşmelerine ilişkin TBK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç

Kısa süreli kiralama faaliyetlerinin oldukça yaygınlaştığı ülkemizde yürürlüğe giren 7464 sayılı kanun ve buna dayanarak yürürlüğe giren yönetmelik hükümleri özellikle konutların taşınması gereken tefrişat ve konfor gibi özelliklere yönelik düzenlemeler ve ayrıca konutların ve misafirlerin kayıt altına alınması bakımından mukayeseli hukukla benzeşmekte ve özellikle turizm sektörünün bir alt kolu olarak kabul edilebilecek olan kısa süreli kiralama faaliyetlerine bir standart getirmesi adına oldukça olumlu gözükmektedir.

Bununla birlikte bir evin odalarının kiralanması gibi uygulamaların yasaklanması, tüm dünyada artan paylaşım ekonomisi eğilimine aykırı düşmektedir. Bununla birlikte bu durum, kültürel farklılıkların karşılığı olarak kanun koyucu tarafından özellikle tercih edilmiş gibi gözükmektedir.

¹¹⁵ Konut ve çatılı işyerleri kiralarında kiraya verenin kira sözleşmesini on yıllık uzama süresi geçtikten sonra sona erdirebileceğine ilişkin bkz: Aydın Özdemir (n 114) 1541; İnceoğlu (n 114) 33.

¹¹⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara 2014) 415; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Adalet 2014) 635 vd; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul 2011) 251.

¹¹⁷ Aydın Özdemir (n 114) 1536; Aydoğdu ve Kahveci (n 116) 417 vd; Eren (n 116) 350; Yavuz (n 116) 147-148.

Öte yandan kısa süreli kiralama yapılabilecek olan konutlara izin belgesi verilmesinin yerel yönetimlere bırakılmaması ve aynı zamanda belirli mahallelerin ve sokakların kısa süreli kiralamadan arındırılması ya da belirli yerlerde kısa süreli kiralama faaliyetlerinin yerleşik oturanlara nazaran daha fazla sayıya çıkmasının engellenmesi adına mukayeseli hukukta görülen örneklerin ülkemizde yürürlüğe giren düzenlemelerde tercih edilmediği görülmektedir. Bu yönde bir mevzuat değişikliği, gerek toplumun konforu gerekse de kentin planlanması adına çok daha işlevsel ve çağdaş bir uygulamanın gelişebilmesine yol açabilecektir.

Yürürlüğe giren mevzuatta sorun teşkil edebilecek düzenlemelerin en önemlisi, kendi ikamet ettiği veya zaman zaman kullandığı konutunu kısa süreli kiralamaya vermek isteyen kişinin karşı karşıya kaldığı prosedürün bu faaliyeti bir iş kapsamında yapacak olan işletmelere nazaran çok daha ağır olmasıdır. Ayrıca izin verilmesi için şart koşulan tüm kat maliklerinden oybirliğiyle karar alınması gibi kurallar, mülkiyet hakkına ölçüsüz şekilde müdahale etme anlamı taşıyabilecek ve sözleşme serbestisi ilkesinin de ihlaline yol açabilecek niteliktedir. Bu yönde de çalışmamızda önerdiğimiz mevzuat değişikliklerinin yapılmasında fayda görülmektedir.

Kaynakça

- Acar, F, *Kira Hukuku Şerhi (TBK m. 299-312)* (İstanbul 2013)
- Aguilera T, Artioli F and Colomb C, 'Explaining the Diversity of Policy Responses to Platform-Mediated Short-Term Rentals in European Cities: A Comparison of Barcelona, Paris and Milan. *Environment and Planning A*' (2021) 53 (7) *Economy and Space* 1689-1712
- Akpınar A ve Avunduk H, 'Seyahat ve Turizmde Paylaşım Ekonomisi: Airbnb Türkiye Örneği' (2021) (5) *Uluslararası Güncel Turizm Araştırmaları Dergisi* 135-149
- Allen J, 'Disrupting Affordable Housing: Regulating Airbnb and Other Short-Term Rental Hosting in New York City' (2017) 26 (1) *Journal of Affordable Housing & Community Development Law* 151-192
- Almeida J and Frederico O, 'Understanding Short-Term Rental Regulation: A Case Study of Lisbon (Portugal)' (2021) 8 (1) *Critical Housing Analysis* 171-185
- Altun Güllüoğlu Y, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Sona Erme Halleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2019) (26) *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 373-398
- Arribas Gracia V, Steible B and De Bondt A, *Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Legal Aspects* (European Institute of Public Administration 2016)
- Aydın, G S, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi (TBK m.327-333)* (On İki Levha Yayınları 2013)
- Aydın Özdemir, E, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Niteliği Gereği Geçici Kullanıma Özgülenmiş Taşınmazların Kiralanması," (2017) (19) *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 1523-1547.
- Aydoğdu M. ve Nalan K, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Adalet 2014)
- Badura E, 'Legal Aspects of Short-Term Lease Agreements on a Comparative Background' (2020) 8 (4) *Societas et Iurisprudentia* 51-61
- Barron K, Kung E and Proserpio D, 'The Sharing Economy and Housing Affordability: Evidence from Airbnb' (2018) EC '18: Proceedings of the 2018 ACM Conference on Economics and Computation 1-45
- Bei G and Celata F, 'Challenges and Effects of Short-Term Rentals Regulation: A Counterfactual Assessment of European Cities'(2023) (101) *Annals of Tourism Research* 1-13
- Bekkerman R, 'The Effect of Short-Term Rentals on Residential Investment' (2023) 42 (4) *Marketing Science* 819-834
- Birinci Uzun T, 'Belirli Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Kiraya Veren Tarafından Bildirim Yoluyla Sona Erdirilmesinde On Yıllık Uzama Süresi (TBK Md. 347 f.1)' (2017) 8 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 137-158
- Brotman B A, 'San Francisco: Rental Restrictions and Pre-Restriction Host Listing Motivation' (2020) 38 (2) *Journal of Property Investment & Finance* 147-155

- Busch C, 'Regulating Airbnb in Germany Status Quo and Future Trends' (2019) 8 (1) Journal of European Consumer and Market Law 39-41
- Bulut N, 'Mülkiyet Konusundaki Temel Yaklaşımlar ve Türk Anayasasında Mülkiyet Hakkı' (2006) 10 (3) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15-26
- Chen Y, Huang Y and Hoo Tan C, 'Short-Term Rental and Its Regulations on the Home-Sharing Platform' (2021) 58 (3) Information & Management 1-17
- Cocola-Gant A, Hof A and Yrigoy I, 'Short-Term Rentals as a New Urban Frontier-Evidence from European Cities. Environment and Planning A' (2021) 53 (7) Economy and Space 1601-1608
- Colomb C and Moreira de Souza T, *Regulating Short-Term Rentals. Platform-Based Property Rentals in European Cities: The Policy Debates* (Property Research Trust 2021)
- Demailly D and Novel A, 'The Sharing Economy: Make It Sustainable' (2014) 3 (1) Studies 14-30
- Demir E, 'Kısa Süreli (Saatlik, Günlük, Haftalık) Konut Kiralama Faaliyetinden Elde Edilen Gelirin Vergilendirilmesi' (2015) 5 (11) Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi 51-65
- Diñçer S ve Şerbetçi T, 'Antalya'da Yabancıların Gayrimenkul Edinimi Üzerine Ekonomik Bir Yaklaşım' (2022) (20) Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi 14-28
- Eren, F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara 2014)
- Ersöz K ve Kızıl M, 'Almanya Yüksek İdare Mahkemesi'nin 11 Haziran 2013 Tarihli, 4 Cn 8.12 Sayılı Kararı' (2014) 4 (13) Küresel Bakış 81-88
- Ferreri M and Romola S, 'Platform Economies and Urban Planning: Airbnb and Regulated Deregulation in London' (2018) 55 (15) Urban Studies 3353-3368
- Gökyayla E, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı' (2013) 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 1203-1251
- Gümüş, M A, *Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)* (Vedat Kitapçılık 2012)
- Humphreys L, 'Regulating Short-Term Rentals in California's Coastal Cities: Harmonizing Local Ordinances with the California Coastal Act' (2019) 52 (3) Loyola of Los Angeles Law Review 309
- Ian R G and Travers T, 'London: Planning the Ungovernable City' (2010) 1 (2) City, Culture and Society 49-55
- İba Ş, 'Ülkemizde Torba Kanun ve Temel Kanun Uygulamaları' (2011) (1) Ankara Barosu Dergisi 197-202

İnceoğlu, Murat, *Kıra Hukuku C. II*, (İstanbul 2014)

Jefferson-Jones J, 'Airbnb and the Housing Segment of the Modern Sharing Economy: Are Short-Term Rental Restrictions an Unconstitutional Taking' (2014) 42 (3) *Hastings Const. LQ* 557-576

Jefferson-Jones J, 'Can Short-Term Rental Arrangements Increase Home Values? A Case for Airbnb and Other Home Sharing Arrangements' (2015) 13 (1) *Cornell Real Estate Review* 12-19

Kaźmierczyk A, 'Issues of Short-Term Rental in Light of EU and Member States' Regulations' (2019) (17) *PWPM - Review of International, European and Comparative Law* 180-198

Keddie J and Tonkiss F, 'The Market and the Plan: Housing, Urban Renewal and Socio-Economic Change in London' (2010) 1 (2) *City, Culture and Society* 57-67

Kim J, Tin C and Liad W, 'Can Restricting Property Use Be Value Enhancing? Evidence from Short-Term Rental Regulation' (2017) 60 (2) *The Journal of Law and Economics* 309-334.

Koolhoven R, 'Regulating Airbnb in the Netherlands' (2018) 7 (6) *Journal of European Consumer and Market Law* 253-256

Kramer D and Schaub M, 'EU Law and the Public Regulation of the Platform Economy: The Case of the Short-Term Rental Market' (2022) 59 (6) *Common Market Law Review* 1633-1668

Krämer-Hoppe R, 'Sharing Economy vs. Wohnungsmarkt - Das Berliner Zweckentfremdungsverbot' *Juwissblog* <<https://www.juwiss.de/82-2016/>> Erişim tarihi 15 Haziran 2024

Küçükyalçın A, 'Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması' (2004) 53 (4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 101-124

Makovsky P, 'The Shared Economy in the Czech Republic in 2017 and Resulting Problems in Short-Term Housing Rentals' (2017) 11 (2) *Acta VřFS-ekonomické studie a analýzy* 144-159.

McNamara B, 'Airbnb: A Not - So - Safe Resting Place' (2015) (13) *Colorado Technology Law Journal* 149-170

Miller S and Jefferson J, 'Airbnb and the Battle Between Internet Exceptionalism and Local Control of Land Use' (2017) 31 (3) *ABA Probate & Property* 36-39

Minor J T, 'Foregoing the Cleaver for the Scalpel: How New York Can Add Some Nuance to Its Short-Term Rental Laws' (2017) 103 (2) *Iowa Law Review* 817-839

Mitschang S, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Berliner Schriften zur Stadt- und Regionalplanung* (Nomos 2018)

Morais Carvalho J and Policarpo P, 'Regulating Airbnb in Portugal' (2018) 7 (6) *Journal of European Consumer and Market Law* 256-258

- Nemeth K and Scharmer M, 'Regulating Airbnb in Austria' (2018) 7 (6) *Journal of European Consumer and Market Law* 251-253
- Nieuwland S and Van Melik R, 'Regulating Airbnb: How Cities Deal With Perceived Negative Externalities of Short-Term Rentals' (2020) 23 (7) *Current Issues in Tourism* 811-825
- Otto C, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Neuregelungen über* (Nomos 2018)
- Otto C, 'Zweckentfremdungsverbote als Instrument zur Sicherung von Wohnraum vor Umnutzung' in Stephan Mitschang (ed), *Erhaltung und Sicherung von Wohnraum* (Nomos 2017)
- Öztürk M, 'Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri' (2017) 19 (3) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1549-1595
- Palombo D, 'A Tale of Two Cities: The Regulatory Battle to Incorporate Short-Term Residential Rentals into Modern Law' (2015) 4 (2) *American University Business Law Review* 287-321
- Robertson C, Dejean S and Suire R, 'Airbnb in the City: Assessing Short-Term Rental Regulation in Bordeaux' (2024) 72 (2) *The Annals of Regional Science* 647-682
- Rubino I, 'Short-Term Rentals and Transformations in Urban Areas: The Case of Turin (Italy)' (2018) (1) *Territorio Italia* 91-109
- Ruud M H ve Aydoğdu B, 'Hiçbir Yasa Birden Çok Konu İçermemelidir' (2014) 16 (Özel Sayı) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3799-3842
- Rydin Y, 'Planning and the Technological Society: Discussing the London Plan' (2010) 34 (2) *International Journal of Urban and Regional Research* 243-259
- Salerno G M and Antonio P R, 'Venice as a Short-Term City. Between Global Trends and Local Lock-Ins' (2022) *Platform-Mediated Tourism*. Routledge 90-109
- Sav A, 'Yasa Yapma Sanatının Ölümü (Torba Yasalar)' (2014) (4) *Ankara Barosu Dergisi* 595-606
- Scanlon C, 'Re-zoning the Sharing Economy: Municipal Authority to Regulate Short-Term Rentals of Real Property' (2017) 70 (2) *SMU Law Review* 562-591
- Schink A, *Städtebaurechtsnovelle 2017 Neue Baugebietskategorie: Urbane Gebiete nach § 6a BauNVO* (Nomos 2018)
- Schor J and Cansoy M, 'The Sharing Economy' in Frederick F. Wherry ve Ian Woodward (eds), *The Oxford handbook of consumption 51*, (Oxford University Press 2019)
- Shabrina Z, Elsa A and Batty M, 'Airbnb and Its Potential Impact on the London Housing Market' (2022) 59 (1) *Urban Studies* 197-221
- Speier E, 'Embracing Airbnb: How Cities Can Champion Private Property Rights Without Compromising the Health and Welfare of the Community' (2016) 44 (2) *Pepperdine Law Review* 387-428

- Staiano A, 'Short-Term Island: Sharing Economy, Real Estate Market and Touristification Interplay in Capri (Italy)' *International Conference on Computational Science and Its Applications* (Springer Nature Switzerland 2023)
- Süleymanlı C, 'Türkiye'de Yabancıların Konut Edinimi ile Döviz Kuru Arasındaki İlişki: Eşbütünleşme Analizi (2013-2019)' (2019) 3 (2) Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 117-136
- Swor R, 'Long Term Solutions to the Short-Term Problem: An Analysis of the Current Legal Issues Related to Airbnb and Similar Short-Term Rental Companies with a Proposed Model Ordinance' (2018) 6 (1) *Belmont Law Review* 278-316
- Şahin A, 'Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Anayasa Hukukunda "Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması" Sorunu' (2009) (54) *Liberal Düşünce Dergisi* 85-103
- Te Braak P and Verhaeghe P P, 'Policy Proposals for Regulating the Short-Term Rental Market: Towards a Balanced Housing Market in Brussels' (2024) Working Paper, Vrije Universitat Brussel <https://www.researchgate.net/profile/Pieter-Paul-Verhaeghe/publication/378012364_Policy_Proposals_for_Regulating_the_Short-Term_Rental_Market_Towards_a_Balanced_Housing_Market_in_Brussels/links/65c351a279007454976a02b8/Policy-Proposals-for-Regulating-the-Short-Term-Rental-Market-Towards-a-Balanced-Housing-Market-in-Brussels.pdf> Erişim tarihi 25 Temmuz 2024.
- Tezcan M, 'Soyut Kamu Yararı Kararıyla Sınırlandırılan Mülkiyet Hakkı' (2013) 8 (85) *Terazi Hukuk Dergisi* 87-89
- Teziç E, 'Torba Kanun' (2015) (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3-9
- Triantaphyllopoulos J, 'Aristotle's Equity and the Doctrine of the Mean' (1989) 1 (1) *Syllecta Classica* 43-54
- Umur Z, *Roma Hukuku Lügatı* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1983)
- Ünver Ş ve Süzgün F, 'Hukuk Sistemimizin Kimlik Sorunu (I): Doğal Hukuk-Hukuki Pozitivizm' (2021) (2) *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 177-228
- Varma A, Jukic N, Pestek A, Shultz C and Nestorov S, 'Airbnb: Exciting Innovation or Passing Fad?' (2016) 20 (1) *Tourism Management Perspectives* 228-237
- Vilim B, Polívka J and Stark M, 'Conditions for the Introduction of Regulation for Short-Term Rentals' (2021) 8 (1) *Critical Housing Analysis* 159-170
- Von Briel D and Dolnicar S, 'The Evolution of Airbnb Regulation - An International Longitudinal Investigation 2008-2020' (2021) (87) *Annals of Tourism Research* 1-7
- Weber-Leibrecht K, 'Auswirkungen der Digitalisierung auf den Tourismus' in Annette Spellerberg, *Digitalisierung in ländlichen und verdichteten Räumen*, (Verlag der ARL 2021)
- Yavuz, C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (İstanbul 2011)

İnternet Kaynakları

<<https://www.airbnb.com.tr>> Erişim tarihi 25 Mart 2024

<<https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/economy/20231127STO15403/short-term-rentals-new-eu-rules-for-more-transparency>> Erişim tarihi 17 Nisan 2024

<<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231114IPR10503/deal-on-improving-transparency-in-the-short-term-rental-sector>> Erişim tarihi 25 Mart 2024

<<https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayZwEWG2008>> Erişim tarihi 17 Temmuz 2024

<<https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/jlr-WoZwEntfrGBErahmen/part/X>> Erişim tarihi 1 Ağustos 2024

<<https://kbs.egm.gov.tr/>> Erişim tarihi 25 Mart 2024

<[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0358\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2022/0358(COD)&l=en)> Erişim tarihi 17 Nisan 2024

<<https://portal.311.nyc.gov/article/?kanumber=KA-03559>> Erişim tarihi 17 Eylül 2024

Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu^(*)

Doç. Dr. Cemil GÜNER^(**)

Öz

Doğum yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da izin alarak Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların üçüncü dereceye kadar olan altsoyları Türk hukukunda “özel statülü yabancı” kabul edilir. Bu kişilere özel statüde olduklarını belgelemek üzere “mavi kart” verilmektedir. Mavi kartlılar, yabancı olmalarına karşın, Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan belirli istisnalar haricinde aynen faydalanmayı sürdürürler. Türk vatandaşları hakkında getirilen sınır dışı yasağına mavi kartlıların tâbi olup olmadığı hususunda mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. İdarî uygulamada mavi kartlıların sınır dışı edilmesi yönünde karar alınmasına karşın, içtihatlarda aksi yönde hüküm verilmesi konuya ilişkin belirsizliği arttırmaktadır. Çalışmamızda, mavi kartlıların Türkiye’den sınır dışı edilip edilemeyeceği konusu ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Vatandaşlıktan Çıkma, Mavi Kart, Sınır Dışı, Millî Güvenlik, Kamu Düzeni.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.09.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 07.12.2024.

Atıf Şekli: Cemil Güner, ‘Vatandaşın Sınır Dışı Edilemeyeceği İlkesi Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1569, 1614. DOI: 10.52273/sduhfd..1556987.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: cguner@selcuk.edu.tr.

Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1956-0118.

The Situation of Blue Card Holders in the Context of the Principle that Citizens cannot be Deported

Abstract

Under Turkish law, persons who acquire Turkish citizenship by birth but renounce that citizenship by obtaining permission to depart and their descendants to third degree are included in “the category of foreigners with special status”. They are given “blue card” to show that they have “special status”. Blue card holders continue to benefit from the same rights as Turkish citizens, except for the exceptions listed. There is no provision in Turkish law on whether blue card holders are subject to the deportation ban imposed on citizens. Despite the administrative practice of deporting blue card holders, case law has ruled otherwise, which leads to a conflict on the issue. In our study, whether blue card holders are subject to the deportation ban will be discussed in detail with its grounds.

Keywords

Renunciation of Citizenship, Blue Card, Deportation, National Security, Public Order.

Extended Summary

Since some European countries with a large population of Turkish citizens do not recognize dual citizenship, Turkish citizens had to unwillingly renounce Turkish citizenship in order to stay in these countries. Those who forsaked Turkish citizenship by obtaining permission to renounce were included in the status of foreigner. In this respect, they were subject to the rules of foreigners law in Türkiye. This situation was incompatible with the policy adopted by The Republic of Türkiye for Turkish citizens living abroad. In order to solve this problem, the legislator has made a new regulation. Under the new regulation, “a former Turkish citizen who forsakes Turkish citizenship by obtaining a renunciation permit may have the opportunity to be treated as a Turkish citizen with some exceptions”. This regulation was issued for the first time in 1995. Besides, it was amended in 2004 and 2012 in order to resolve legal problems that arise in practice.

This regulation in its current form aims to provide a “national status document” to those who are Turkish citizens by birth and renounce their Turkish citizenship through procedurally obtaining revocation permission. These foreigners holding this status have more privileged rights than certain other foreigners. The legislator gives this group of foreigners a document called “blue card”. Blue card holders are deemed to be “foreigners with special status”. According to Article 28 of the Turkish Citizenship Code No 5901, “persons who had been Turkish citizens by birth but lost their citizenship by obtaining renunciation permit and their descendants to third degree shall continue to benefit from the same rights granted to Turkish citizens, other than those, the obligation to military service, the right to import exempted vehicles and household goods, the right to vote and to be elected and the right to be employed in public office. In addition, the article provides that their acquired rights to social security are reserved and shall be subject to the provisions of the relevant laws applicable”.

On the other hand, there are some uncertainties regarding the rights of blue card holders under Turkish law. One of these is the debate on whether blue card holders can be deported. Because deportation of Turkish citizens is not accepted under Turkish law. Whether the prohibition of deportation applicable to Turkish citizens also applies to blue card holders requires clarification. The purpose of this study is to examine whether blue card holders are subject to the prohibition of deportation. It will also evaluate of whether the deportation decision can be made about blue card holders within the framework of the opinions in the doctrine, administrative practice and court decisions.

Although blue card holders have more privileged rights than other foreigners, this does not eliminate their foreigner status. In accordance with the provisions on “national security and public order”, restrictions may be imposed on blue card holders’ rights to the same extent as Turkish citizens. Although blue card holders will be treated equally with Turkish citizens in terms of the right to inviolability of person, deportation is an exception to this rule. Therefore, if there is a reason for deportation, a blue card holder in Türkiye may also be deported. Because deportation is a matter that directly concerns “Turkish public security and public order”. We believe that if a blue card

holder is in a situation where a deportation decision is required pursuant to Article 54/1 of the Foreigners and International Protection Code No 6458, there is no obstacle to deportation from Türkiye, provided that the grounds for deportation coincide with the purpose of protecting national security and public order. In addition, according to the Code No 6458, foreigners with blue cards are not among the foreigners against whom a deportation decision cannot be taken.

Another justification for the possibility of deporting blue card holders is the purposive interpretation of the relevant regulation. In this context, it is not the intention of the legislator to grant a blue card holder who is in a situation requiring deportation from Türkiye a privileged status different from other foreigners in order to ensure their stay in the country. In order to maintain public order and security, states use the power of expulsion to remove foreigners who act contrary to national interests. The expulsion of persons who violate or are likely to violate public interests is directly linked to national security and public order. It can be seen that many of the grounds for deportation listed in the Article 54/1 of Code No 6458 are directly linked to national security and public order.

Consequently, if a blue card holder is in a situation where a deportation decision should be taken pursuant to Article 54/1 of Code No 6458, we believe that there is no obstacle in this respect to deportation from Türkiye, provided that the grounds for deportation coincide with the purpose of protecting national security and public order.

Giriş

Türk hukukunda “doğum yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybedenler” ve “bu kişilerin üçüncü dereceye kadar olan alt soyları”, özel statülü yabancı kabul edilmiştir. “Mavi kartlılar” olarak adlandırılan bu yabancılar, Türk Vatandaşlığı Kanunu¹ (TVK) md 28 uyarınca, “seçme ve seçilme hakkı”, “muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakkı”, “bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak aslî ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma hakkı” ve “askerlik hizmeti yapma yükümlülüğü” dışında kalan diğer hususlarda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynı şartlarda faydalanmaya devam eder.

Kişi dokunulmazlığı, mavi kartlıların vatandaş muamelesi göreceği haklar arasındadır. Zira kişi dokunulmazlığı, mavi kartlıların yabancılar hukuku kurallarına tâbi tutulduğu istisnâî hâller kapsamına alınmamıştır.

Sınır dışı, kişi dokunulmazlığı hakkının eşitlik ilkesine uygun olarak vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın herkes için teminat altına alınmasının istisnalarından birini oluşturur. Vatandaşlardan farklı olarak yabancılar, kanun koyucunun öngördüğü sebeplerin mevcudiyeti hâlinde Türkiye’den sınır dışı edilmek zorundadır. Kural bu olmakla birlikte, mavi kartlıların sınır dışı müessesesi karşısındaki durumu tartışmalıdır. Mavi kartlıların, Türk vatandaş muamelesi görmeyeceği konuları açıkça sayan TVK md 28’in lafzı karşısında, sınır dışı etme yasağı bakımından Türk vatandaşlarıyla aynı korumadan yararlanıp yararlanamayacakları izaha muhtaçtır. Gerçekten de mavi kartlıların ayrık durumlar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlandırılmasında “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler”in saklı olması, sınır dışı konusunda tereddüt oluşturabilmektedir. Nitekim bu konuda idarî uygulamada ve yargı kararlarında farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir. Çalışmamızda Türk hukukunda açıkça kabul edilen “vatandaşın sınır dışı edilemezliği” ilkesinin özel statülü yabancı olarak mavi kartlılar açısından nasıl anlaşılması gerektiği gerekçeleriyle izah edilecektir.

I. Mavi Kart Statüsünün İhdas Amacı

Yurt dışında yaşamlarını sürdüren Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülkelerin vatandaşlığını da kazanmaları Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nce teşvik

¹ Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 29.05.2009, RG 12.06.2009/27256.

edilmektedir². Zira yaşadıkları yabancı ülkelere entegre olmuş, bilhassa o devletlerin vatandaşlığını kazanmış Türk vatandaşı sayısını arttırmak, devletin millî politikalarından biridir. Dışa göç bağlamında takip edilen bu politika, Türk vatandaşları için de ekseriyetle bir hedeftir. Gerçekten de bir kimsenin bulunduğu ülkede yabancı statüsünde olması bazı kısıtlamalara tâbi tutulmasına sebep olur. Yabancılar ikamet ettikleri ülkelere giriş ve buralarda ikamet, çalışma, ticarî faaliyette bulunma, seyahat, eğitim-öğretim ve taşınmaz mal edinme gibi pek çok haktan yararlanırken yabancı statüsünden kaynaklı türlü sınırlamalara maruz kalır. Bu tür zorluklar, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarını buldukları ülkelerin vatandaşlığını kazanma arayışına itmektedir.

Gerek devlet politikası gerek Türk vatandaşlarının tercihleri açısından olsun, temelde arzulanan, yabancı devlet vatandaşlığına Türk vatandaşlığıyla birlikte sahip olunmasıdır. Başka bir deyişle, bu kişiler çifte vatandaşlık yoluyla Türkiye’de Türk vatandaşı, ikamet ettikleri ülkede o devletin vatandaşı sıfatıyla hayatlarını devam ettirmek suretiyle, her iki ülkede de yabancı statüsünden kaynaklı kısıtlamalara maruz kalmaktan kurtulabilirler. Hâl böyle olmakla birlikte, bu ideal sonuç, her hukuk sisteminde ulaşılabilir değildir³. Örneğin Avusturya, Hollanda, Danimarka vatandaşlık hukuku düzenlemeleri çok vatandaşlık yasağı öngörmektedir⁴.

Çok vatandaşlığı kabul etmeyen ülkelerde yaşayan Türk vatandaşlarının bu devletlerin vatandaşlıklarını kazanabilmeleri Türk vatandaşlıklarını kaybetmelerine bağlıdır. Bununla birlikte, bu koşulun yerine getirilmesi, öz vatanları Türkiye’yle olan şahsi, ailevi, ekonomik, sosyal ve kültürel bağlarını sürdürmeye gayret eden Türk vatandaşlarının Türk hukukunda yabancı muamelesi görmele-

² Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (28. Baskı, Filiz 2021) 154; Hacı Can, *Mavi Kartlı Yabancılar* (2. Baskı, Adalet 2023) 17; Zeynep Derya Tarman, ‘Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurt Dışında Yaşayanların Özel Hukuki Statüsü’ in Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük ve Katja Schneider (eds), *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 213.

³ Konu hakkında ayrıca bkz Turgut Turhan ve Feriha Bilge Tanrıbilir, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları* (Yetkin 2010) 95.

⁴ Türk vatandaşı nüfusunun yoğun olduğu ülkelerden biri olan Almanya’da ise çok vatandaşlık yasağı, 27.06.2024 tarihinde yürürlüğe giren Vatandaşlık Kanununun Modernizasyonu Kanunu’yla kaldırılmıştır. Böylece Almanya’da yaşayan Türk vatandaşları Türk vatandaşlığından çıkmalarına gerek kalmaksızın Alman vatandaşlığını belli şartlarda kazanabilecektir. Alman vatandaşlık hukukundaki bu gelişmeyle birlikte, Alman vatandaşlığını kazanmak için geçmişte Türk vatandaşlığından çıkan çok sayıda kişinin Türk vatandaşlığını yeniden kazanma başvurusunda bulunacağı tahmin edilmektedir.

rine neden olmaktadır. Bu handicap, yaşadıkları yabancı ülkelerin vatandaşlığını tercih etmeyen Türk vatandaşlarını yabancı olmaktan mütevellit zorluklara maruz bırakmıştır⁵. Aksine hareket ederek Türk vatandaşlığını kaybedip çok vatandaşlık engelini aşmaları sebebiyle yabancı devlet vatandaşlığını kazanmış olan kişiler ise, her ne kadar o ülkelerde vatandaşlık statüsünün sağladığı avantajlardan istifade ederek hayatlarını kolaylaştırmış olsalar bile, Türk vatandaşlığının kaybının bir neticesi olarak, Türk hukuku açısından yabancı kategorisine dâhil olmuşlardır. Elbette bu durum, yurt dışında yaşamlarını sürdüren kişilerin kendi öz vatanlarında yabancı muamelesi görmeleri anlamına geleceğinden, Türkiye ile olan bağlarını kaçınılmaz olarak zayıflatmıştır⁶.

Günlük hayatta “gurbetçi” olarak da adlandırılan, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının uygulamada yaşadıkları tüm bu sorunlar, vatandaşlıklarını kaybettikten sonra istisnalar dışında vatandaş muamelesi görmelerini sağlamak üzere özel statülü/imtiyazlı/ayrıcalıklı bir yabancı grubu ihdasına gerekçe oluşturmuştur⁷. Mülga TVK’da⁸ 1995 yılında yapılan düzenlemeyle, Türk vatandaşlığının kaybının genel sonuçlarından ayrı tutulmak üzere, çıkma yoluyla vatandaşlığını kaybedenler hakkında özel hükümler getirilmiştir. Böylece Türk vatandaşlarının hayatlarını sürdürdüğü yabancı ülkelerin vatandaşlığına geçmelerinin

⁵ Turgut Turhan, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK md 29 üzerine bir inceleme)’ (1997) 46(1) AÜHFD 41, 44; Rona Aybay, ‘İzin Alarak Türk Vatandaşlığıyla İlişği Kesilenlerin Türkiye’deki Hakları’ (2004) 52 TBBD 100, 104.

⁶ Mavi kart statüsüne kaynak teşkil eden 4112 sayılı Kanun’un (Kabul Tarihi: 07.06.1995, RG 12.06.1995/22311) gerekçesinde, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yabancı devlet vatandaşlığını kazanma noktasında içine düştükleri ikilemi ortadan kaldıracak bir düzenleme ihtiyacına şöyle vurgu yapılmıştır: “Yurt dışındaki vatandaşlarımızın buldukları ve çalıştıkları yabancı devletlerin vatandaşlığına geçmek istedikleri; ancak bu devletlerin Türk vatandaşlığından çıkma şartını aradıkları; buldukları devlet vatandaşlığını kazanabilmek amacıyla zorunlu olarak Türk vatandaşlığından çıkma izni alan bu vatandaşlarımızın ise, TVK md 29 uyarınca Türkiye’de yabancı muamelesine tâbi tutuldukları; bu uygulamanın ise söz konusu vatandaşlarımızın yabancı devlet vatandaşlığına geçmekten sarfınazar etmelerine yol açtığı ve 4112 sayılı Kanunun da bu sıkıntıyı ortadan kaldırmak amacıyla düzenlediği...”: Türk Vatandaşlığı Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve İçişleri Komisyonu Raporu (1/846), TBMM Tutanak Dergisi, C LXXXVIII, S Sayısı 842.

⁷ Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2017) 166; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018) 61; B Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (9. Baskı, Beta 2022) 246; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19. Baskı, Rehber 2023) 133; Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (27. Baskı, Beta 2022) 29; Turhan (n 5) 48; Nomer (n 2) 129; Aybay, ‘İzin’ (n 5) 107.

⁸ Kanun Numarası: 403, Kabul Tarihi: 11.02.1964, RG 22.02.1964/11638.

önünde bir engel olarak görülen çok vatandaşlık yasağının aşılması temin edilerek o ülkelerde ekonomik, sosyal ve siyasî bakımdan söz sahibi olmalarının yolu açılmıştır⁹.

II. Mavi Kart Statüsüne İlişkin Pozitif Düzenleme

Çalışma konumuzu oluşturan, mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınıp alınamayacağı meselesi, kendilerine imtiyazlı yabancı statüsü verilmesine dayanak olan Türk vatandaşlık hukukundaki pozitif düzenlemeye temas edilmesini gerektirir. Zira sınır dışı, kişi dokunulmazlığı hakkı kapsamında kalan bir konu olarak, mavi kartlıların içinde bulunduğu statüyü doğrudan ilgilendirmektedir. Aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, mavi kartlıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmesi kuralının, sınır dışı yasağına tâbi olma açısından da işleyip işlemeyeceği mavi kart statüsünün dayandığı mevzuat hükümlerinin bir bütün olarak irdelenmesini icap ettirmektedir.

Mavi kart statüsünün kanunî dayanağı, çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere tanınan hakları düzenleyen TVK md 28'dir¹⁰. Zira mavi kart

⁹ 1982 Anayasasında (Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 Mükerrer) da bu sonucu sağlamaya dayanak teşkil edecek şekilde, "Yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları" başlığı altında yer verilen düzenlemede, "Devletin, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının anavatanla bağlarının korunmasına yönelik her türlü tedbiri almakla yükümlü olduğu" hükme bağlanmıştır (md 62).

¹⁰ Çıkma yoluyla vatandaşlığını kaybedenler için belli şartlarda "özel statülü yabancı grubu" ihdası, yürürlükteki TVK'dan evvel ilk kez 403 sayılı mülga TVK'da (Kanun Numarası: 4112, Kabul Tarihi: 07.06.1995, RG 12.06.1995/22311) 1995 yılında yapılan kanun değişikliğiyle gerçekleştirilmiştir. Mülga TVK md 29'da yapılan değişiklikte, Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tâbi tutulması kural olarak kabul edilmiş olmakla birlikte; doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da Bakanlar Kurulu'ndan çıkma izni almak suretiyle sonradan yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ve bunların kanunî mirasçılarının, Türkiye Cumhuriyeti'nin millî güvenliği ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, ülkede ikamet, seyahat, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal iktisabı ile ferağı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, TVK md 29'da 2004 yılında yapılan kanun değişikliğiyle (Kanun Numarası: 5203, Kabul Tarihi: 29.06.2004, RG 06.07.2004/25514) özel statüye kavuşacak yabancıların kapsamı daraltılmış ve düzenlemenin evvelki hâlinde farklı olarak, söz konusu yabancıların haiz olduğu haklar yerine yararlanamayacağı haklar sayılmıştır. Çıkma izni verme yetkisinin Bakanlar Kurulu'ndan İçişleri Bakanlığı'na geçtiği yeni düzenleme uyarınca, doğumla Türk vatandaşı olup da İçişleri Bakanlığı'ndan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyeti'nin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine

statüsü, Türk vatandaşlığının herhangi bir yolla kaybının hukukî sonucu olarak doğmamakta; aksine yalnızca Türk vatandaşlık hukukunda iradî vatandaşlık kayıp hâllerinden biri olarak düzenlenen çıkma yoluyla vatandaşlığını kaybeden kişilere belli şartlarda tanınan bir imtiyazdır. Türk vatandaşlığını bu yolla kaybeden yabancılara, talep etmeleri durumunda, vatandaşlarla aynı ölçüde sahip olduğu haklardan yararlanabileceklerini gösteren “mavi kart” belgesi düzenlenir¹¹.

TVK md 28’in yürürlüğe girdiği ilk hâlinde “doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları”nın, “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler” saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ile seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri öngörülmüştü. Hâl böyle olmakla birlikte, kendilerine mavi kart verilecek kişilerin ve statünün tanıdığı hakların belirlenmesi ve kullanılmasıyla ilgili olarak Türkiye içinde ve dışında uygulamada karşılaşılan sorunların etkisiyle anılan düzenlemede 2012 yılında bir kanun değişikliğine gidilmek zorunda kalınmıştır¹².

Bu çerçevede yapılan kanun değişikliğiyle¹³ öncelikle, mavi kartlıların kapsamı genişletilmiştir. Zira değişiklik öncesinde mavi kart statüsünün yalnızca Türk vatandaşlığından çıkan kişiler ile kendileriyle birlikte işlem gören çocuklarına tanınıyor olması, sonradan doğacak çocukların ve diğer altsoyaların hukukî durumunu belirsiz kılıyordu. Öyle ki, Türk vatandaşlığından çıkan kişilerin va-

girme ve muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler.

¹¹ Türk vatandaşlık hukukunda ilk kez TVK’nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeli’te (TVK Uygulama Yönetmeliği) (RG 06.04.2010/27544) düzenlenen mavi kart, “TVK md 28’in kapsamına girenlere verilen belge” olarak tanımlanmıştır (md 3/1). “Mavi kartın düzenlenmesi ve uygulanacak esaslar” ise, TVK Uygulama Yönetmeliği md 53-54’te ayrıntılı şekilde hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, TVK md 28/1’de 2012 ve 2018 yılında yapılan değişikliklerin henüz işlenerek gerekli güncellemelerin yapılmadığı görülen TVK Uygulama Yönetmeliği’nde kanunî düzenlemeyle uyumlu bir düzenlemenin gecikmeksizin yapılması gerektiği kanısındayız.

¹² Kanun değişikliğine ilişkin meclis görüşmelerindeki detaylar hakkında bkz “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Tasarısı ve İçişler Komisyonu ile Anayasa Komisyonu Raporları (1/564)”, TBMM Y Dönemi 24, Y Yılı 2, S Sayısı: 201.

¹³ Kanun Numarası: 6304, Kabul Tarihi: 09.05.2012, RG 18.05.2012/28296.

tandaşıktan çıkma anında kendileriyle birlikte işlem görmeyen, sonradan doğan çocuklarının statünün uygulama alanına dâhil edilmemesi, aile birlikteliğini olumsuz yönde etkilediği gibi, bu kişilerin Türkiye ile olan bağlarının zayıflamasına yol açmaktaydı¹⁴. Gerçekten de bir kimsenin kendisi ve kendisiyle birlikte işlem gören çocukları mavi kart statüsünün sağladığı avantajlardan yararlanırken, sonradan doğan çocuk ve torunlarının yabancılar hukuku mevzuatına tâbi tutulması, bu kişilerin hem ailevi hem de Türkiye ile olan manevi bağlarını zedelemeye elverişli bir zemin oluşturmaya müsaitti. Yaşanabilecek sorunların önüne geçmek amacıyla, TVK md 28/1’de doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin “kendileriyle birlikte işlem gören çocukları” yerine “üçüncü dereceye kadar olan altsoyları” şeklinde statünün şahsi uygulama alanını genişletecek bir kanun değişikliğine gidilmiştir.

Anılan kanun değişikliğinin amaçlarından bir diğeri ise, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan istisnalar dışında aynen yararlanmaya devam edecek olan mavi kartlıların, uygulamada bu hakları kullanmakta çektiği zorlukların bertaraf edilmesine yöneliktir. Zira mavi kartlılara sahip olduğu hakları kullanırken ibraz etmek üzere kendilerine verilen mavi kart’ta, dâhil oldukları statüyü ortaya koyacak herhangi bir kimlik numarasının bulunmaması uygulamada karmaşaya yol açmıştır. Öyle ki, mavi kartlıların çıkma anından itibaren nüfus kayıtları kapatılmasına karşın vatandaşlık kimlik numaraları muhafaza edildiğinden, sahip olduğu hakları kullanırken Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile işlem yapılan hâllerde sorun yaşanmıştır. Yabancı statüsüne dâhil olmalarına rağmen yabancı kimlik numarası bulunmaması garabetini ortadan kaldırmak amacıyla, mavi kartlılara kimlik numarası verilmesi ve bir kütük oluşturulması hususunda kanun değişikliğine gidilmiştir¹⁵. TVK md 28/8 uyarınca, mavi kartlılara kimlik numarası verilmek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aranan yerlerde bu kimlik numarasını kullanmaları mümkün kılınmıştır. Böylece mavi kartlıların, İçişleri Bakanlığı’nın tespit edeceği esaslar çerçevesinde kendilerine verilen kimlik numarası ile hamili oldukları mavi kartlarını ibraz ederek ilgili kurum ve kuruluşlardan hizmet alabilmeleri sağlanmıştır (TVK Uygulama Yönetmeliği md 53/4).

¹⁴ Uğur Tütüncübaşı, ‘Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)’ (2011) 13(2) DEÜHFD 153, 178; Can (n 2) 28.

¹⁵ Konu hakkında ayrıca bkz Erdem (n 7) 249; Tütüncübaşı (n 14) 178.

TVK md 28'de yapılan son değişiklik ise 2018 yılında gerçekleştirilmiştir. 700 sayılı KHK¹⁶ ile gerçekleştirilen bu değişiklik, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesinin bir yansımasıdır. Buna göre, doğumla Türk vatandaşı olup da izin alarak Türk vatandaşlığından çıkanların üçüncü dereceye kadar olan alt soylarına mavi kart statüsü tanınmakla birlikte, gerekli görülmesi hâlinde, üçüncü dereceden itibaren diğer altsoyların da bu imtiyazlı statü kapsamına alınabilme yetkisi, Bakanlar Kurulundan Cumhurbaşkanına devredilmiştir (md 28/4).

Yürürlükteki son hâliyle, kanun koyucunun TVK md 25'te aradığı şartlara sahip olmak koşuluyla¹⁷, “doğum” yoluyla, bir diğer deyişle, “soy bağı ya da doğum yeri esasları”na göre Türk vatandaşlığını kazanmış olan, ancak sonrasında izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar “özel statülü yabancı kategorisi”ne dâhil olur. İlave olarak, anılan yabancılardan üçüncü dereceye kadarki alt soyları, bu hısımlık ilişkisini belgelendirmeleri şartıyla¹⁸, mavi kartlı yabancı sayılır.

III. Mavi Kartlıların Türkiye’de Sahip Olduğu Haklar

A. Mavi Kartlılara Tanınan Hakların Kapsamı

Mavi kartlılara Türk hukukunda tanınan hakların kapsamının belirlenmesinde, kanun koyucu mavi kartlıların Türk vatandaşları gibi sahip oldukları hakları değil, yararlanamayacakları hakları saymayı tercih etmiştir (TVK md 28). Buna göre, mavi kartlıların, “seçme ve seçilme”, “muafien araç veya ev eşyası ithal etme”, “bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma” hakları ile “askerlik hizmetini yapma” yükümlülüğü yoktur¹⁹. İlave olarak, mavi kartlıların sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı tutulmuştur.

¹⁶ Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname: RG 07.07.2018/30471.

¹⁷ TVK md 25'te Türk vatandaşlığından çıkmanın şartları şöyle sayılmıştır: “a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak, b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak, c) Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak, ç) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak”.

¹⁸ TVK md 28/5 uyarınca, “Bu madde hükümlerinden yararlanacak olan altsoyun, üstsoyu ile soy bağını belgelendirmesi şarttır”.

¹⁹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz Can (n 2) 100 vd; Tütüncübaşı (n 14) 169 vd.

TVK Uygulama Yönetmeliği'nde ise, “mavi kartlıların Türkiye’de ikamet, seyahat, çalışma, yatırım, ticarî faaliyet, miras, taşınır ve taşınmaz iktisabı ile ferağı gibi konulara yönelik işlemlerinin ilgili kurum ve kuruluşlarca Türk vatandaşlarına uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde yürütüleceği” hükme bağlanmıştır (md 52/2). Böylece sayılan örnek mahiyetteki hakların kullanılmasında mavi kartlıların Türk vatandaşlarıyla eş statüde olduğu açıklanmıştır.

Kanun koyucunun vatandaşlardan farklı olarak mavi kartlılara “seçme ve seçilme”, “muafien araç veya ev eşyası ithal etme”, “bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma” hakları ile “askerlik hizmetini yapma” yükümlülüğünü tanımaması kanımızca mavi kart statüsünün ihdas amacıyla bağdaşır gözükmemektedir. Zira yaşadıkları yabancı ülkelere entegre olmuş, Türk lobisi oluşturabilecek, bilhassa o ülkelerin vatandaşlığını da kazanmış Türk vatandaşı sayısını arttırırken, bu kişilerin aynı zamanda Türkiye ile olan bağılıklarının da sürdürülmesi gayesi, mavi kartlılara vatandaşla aynı ölçüde tanınan hakların bu amaca hizmet ediyor olmasını gerektirir. Örneğin, mavi kart statüsü, hamillerine, Türkiye’ye giriş, Türkiye’de ikamet, seyahat, ticarî faaliyette bulunma, çalışma, eğitim-öğretim, taşınmaz mal edinme ve benzeri haklardan yararlanırken yabancı statüsünden kaynaklı türlü sınırlamalardan muafiyet sağlar. Gerçekten de bir kimsenin öz vatanına girişte diğer yabancılar gibi kural olarak vizeye tâbi tutulması, ikamet ve çalışma haklarını kullanmada izin alması, taşınmaz mal ediniminde vatandaşlardan daha ağır yasak ve kısıtlamalara maruz bırakılması kişinin Türkiye ile olan bağı zayıflatabilir.

Bununla birlikte, ekseriyetle yurt dışında yaşayan mavi kartlıların, statüden istisna tutulan konularda yabancılarla aynı muameleye tâbi tutulmaları, mavi kart statüsünün ihdas amacıyla çatışır gözükmemektedir. Zira seçme ve seçilme, asli ve sürekli kadroda devlet memuru olma²⁰, muafiyetlerden istifade ederek araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmeti yükümlülüğü, mevzuatta sadece Türk vatandaşlarına hasredilmiş olduğundan özel statüde de olsa bir yabancı olan mavi kartlılara tanınmamış olması düzenlemenin getiriliş amacıyla uyumludur. Örneğin Türk hukukunda hem yükümlülük hem hak olarak düzenlenmiş olan askerlik hizmeti açısından konuya bakıldığında, Türk va-

²⁰ Bununla birlikte, kanun koyucu mavi kartlıların kamu kurum ve kuruluşlarında işçi olarak, geçici veya sözleşmeli personel statüsünde çalışmasına bir yasak getirmemiştir (TVK md 28/3). Konu hakkında ayrıca bkz Musa Aygöl, ‘Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı’ (2010) 14(1) GÜHFD 31, 38 vd.

tandaşlığından çıkararak yabancı statüsüne geçen bir kişinin, başka bir devletin vatandaşı iken Türk ordusunda vatani hizmet görevini ifa etmesi millî güvenlik açısından tehdit oluşturabilir. Aynı şekilde, muaf araç veya ev eşyası ithal etme hakkı, kullanılmış motorlu veya motorsuz özel nakil vasıtaları ile ev eşyasının gümrük vergilerinden muaf olarak Türkiye'ye getirilmesini sağlamayı amaçlar²¹. Belli şartlarda Türkiye'ye dönüş yapmaları sonucu yurt dışındaki kullanılmış motorlu veya motorsuz özel nakil vasıtaları ile ev eşyalarını beraberinde getirecek kişilere gümrük vergisi muafiyeti öngören bu hakkın, mavi kartlılara tanınmamasının kanun koyucunun statüyü ihdas amacıyla uyumlu olduğu kanısındayız. Zira yukarıda açıklandığı üzere, mavi kart statüsü, yurt dışında yaşamını sürdüren Türk vatandaşlarının buldukları ülkelerin vatandaşlığını kazanamamaktan kaynaklanan zorlukların önüne geçilmesi amacıyla Türk hukukuna dâhil edilmiş olduğundan, yabancı ülkelerdeki hayatlarını Türkiye'ye taşıyacak olanlara böyle bir vergi muafiyeti tanınması, düzenlemenin amacıyla bağdaşmazdı.

Mavi kart hamillerinin sahip olduğu haklarla ilgili olarak uygulamaya yansıyan yargı kararlarının ekseriyetle yurt dışında çalışan mavi kartlıların ve yakınlarının yararlanabilecekleri sosyal güvenlik hakkının²² kapsamı ve Türk sosyal güvenlik hukuku mevzuatında yer alan yabancılara yönelik sınırlandırmalara tâbi olup olmayacaklarına ilişkin uyuşmazlıklardan kaynaklandığı görülmektedir²³. Mavi kartlıların Türkiye'ye girişi bakımından ön izne tâbi tutulmalarına ilişkin uyuşmazlıklara da uygulamada rastlanmaktadır²⁴. Benzer şekilde, mavi kartlıların Türkiye'de eğitim-öğretim hakkına temas eden yargı kararları bulunmaktadır²⁵. Bununla birlikte, çalışma konumuzu oluşturan mavi kartlıların sınır dışı etme yasağına tâbi olup olmadıkları hususuna özgü içtihat nadirdir. Bunda, mavi kartlıların ekseriyetle yurt dışında yaşamaları sebebiyle Türkiye'de

²¹ Detaylı bilgi için bkz Ahmet Onur Çataklı, 'Şahsî Eşyayı Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu' (2020) 7(22) GTD 12, 23 vd.

²² Detaylı bilgi için bkz Elif Hande Altıntaş, 'Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı' (2019) 2 YBHD 409 vd.

²³ Konuya ilişkin örnek bir içtihat için bkz Yargıtay 21 HD, 3367/5638, 03.07.2017 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 2 Şubat 2024.

²⁴ Konuya ilişkin örnek bir içtihat için bkz Danıştay 10 D, 1273/5408, 25.11.2020 <www.mevzuat.sinerjias.com.tr> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

²⁵ Konuya ilişkin örnek bir içtihat için bkz Danıştay 8 D, 7041/1621, 04.04.2023 <www.mevzuat.sinerjias.com.tr> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

çok sık bulunmamalarının, dolayısıyla Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu²⁶ (YUKK) md 54/1'de sayılan sınır dışı sebepleriyle karşı karşıya kalma ihtimallerinin zayıflığının etkisi olduğu bir gerçektir. Bu sebeple, sınır dışı etmeye ilişkin kararların yargısal denetiminin tek dereceli olması ve dolayısıyla ilk derece mahkemesi kararlarının yayınlanmadığı dikkate alındığında, çalışmamızda konuyla ilgili idarî yargı içtihatları ulaşılabildiği ölçüde incelenecektir.

B. Mavi Kart Statüsünün Tanıdığı Hakların Belirlenmesinde Millî Güvenlik ve Kamu Düzenine İlişkin Hükümlerin Etkisi

1. Genel Olarak Millî Güvenlik ve Kamu Düzeni Kavramları

Mavi kartlıların haiz oldukları özel statünün bir imtiyazı olarak tanınan haklarda Türk vatandaşı muamelesi görmeleri hususunda “*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler*” saklı tutulmuştur (TVK md 28/1). Kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye yer vermesinin sebebinin, devletin mavi kartlılardan gelebilecek olası tehdit ve tehlikelere karşı kendisini koruma refleksi olduğu ifade edilmektedir²⁷. Böylece anılan düzenlemeyle, aslında millî güvenlik ve kamu düzeninin tesisi ve korunması amacına hizmet etmek üzere getirilen hükümler üzerinden, vatandaşla aynı ölçüde sahip olduğu haklarda mavi kartlıları yabancı muamelesine tâbi tutmaya dayanak oluşturulmuştur. Bu sebeple, mavi kartlıların Türk vatandaşı muamelesi göreceği hakların kapsamı, o hakka ilişkin millî güvenlik ve kamu düzeni mülahazalarıyla getirilmiş hükümler doğrultusunda belirlenir.

Mavi kart statüsünün sağladığı hakların kapsamının belirlenmesinde “*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler*” belirleyici olduğuna göre, ilgili hükümlerin bağlantılı olduğu “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*” kavramlarına açıklık getirilmesi gerekir. Genel olarak bakıldığında, millî güvenlik kavramıyla “*devletin iç ve dış tehlikelere karşı güvenliğinin sağlanması*” anlaşılmaktadır²⁸. Danıştay kararlarında millî güvenlik, devletin hem iç hem dış güvenliğini kapsayacak şekilde “*yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması*” olarak ifade edilmiştir²⁹. Keza Ana-

²⁶ Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG 11.04.2013/28615.

²⁷ Erdem (n 7) 255.

²⁸ Millî güvenlik kavramına yönelik bu yönde bir tanım için bkz Sadi Çaycı, ‘Türkiye’nin Millî Güvenliği’ (2016) 65(4) AÜHFD 3327, 3328 vd; Ebru Yavuz Yayla, ‘Millî Güvenlik Kavramının Hukukî Boyutu’ (2018) 12 ABÜHFD 29, 30 vd.

²⁹ Danıştay 12 D, 4097/426, 05.03.1970. Karar için bkz Uğur Arslan, ‘Millî Güvenlik Kavramı ve Kavramın Türkiye’de Hukuksallaşması Süreci’ (2022) 5(1) NEÜHFD 183, 188, dn 31.

yasa Mahkemesi'nin (AYM) vermiş olduğu bir kararda da, millî güvenlik, bu minvalde tanımlanmıştır³⁰.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, millî güvenlik, temelde, devletin iç ve dış ilişkiler açısından güvence içinde olması olarak anlaşılmalıdır. Bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde³¹ işaret edildiği gibi, millî güvenliğin korunması gereken unsurları “anayasal düzen”, “millî varlık-bütünlük”, “ahdî hukuk”, “milletlerarası alandaki bütün menfaatler”dir³². Bu bağlamda hem ülkenin coğrafi sınırları içinde muhtemel tehdit ve tehlikelerden uzak olarak herkesin güvenliğinin ve huzurunun sağlanması anlamında iç güvenliğin³³, hem de yabancı devletlerin saldırı veya tehditlerinden uzak bulunma olarak ifade edilen dış güvenliğin³⁴ korunması millî güvenlik olarak anlaşılmalıdır. Ezcümle, millî güvenlik esasen devletin bekasını ilgilendiren hususlardır³⁵.

Kamu düzeni kavramına bakıldığında ise, doktrinde üzerinde tam olarak uzlaşa sağlanmış bir tanım verilemediği görülmektedir³⁶. Bu sebeple, kavrama genel bir çerçeve çizilmekte; bilhassa kamu düzeni kavramını oluşturduğu ifade edilen unsurlar üzerinden açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre, kamu düzeni gibi soyut bir kavramın kamusal çerçevede özellikle “güvenlik”, “dirlik”, “huzur”, “sağlık”, “ahlak” gibi unsurlarla³⁷ somutlaştırılarak, zikredilen olguların

³⁰ “...dış ve iç tehlikelere karşı devlet varlığının muhafazası demek olan ‘millî güvenlik’...”: Anayasa Mahkemesi, E 1975/200 K 1976/9, 10.02.1976 <normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

³¹ Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG 15.07.2018/30479) md 2/1-d’de “millî güvenlik” kavramı, “Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdî hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması” olarak tanımlanmıştır.

³² Bu hususta detaylı bilgi için bkz Arslan (n 29) 189.

³³ İç güvenlik tanımı için bkz Bekir Çınar, *Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terör* (Sam 1997) 61.

³⁴ Dış güvenlik tanımı için bkz Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Beta 2010) 11.

³⁵ Tayfun Akgüner, ‘Millî Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler’ (1985) 6(13) İHİD 13, 14.

³⁶ Tanım birliğine varılamamasında kavramın soyutluğu, hem kamu hukuku hem özel hukukla ilişkili olması, gelişimini halen sürdürmesi ile yer, konu ve zamana göre farklı ölçütlere göre değerlendirilebilmesinin etkili olduğu ifade edilmektedir: Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (On İki Levha 2011) 18; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan 2014) 640; Arda Atakan, ‘Kamu Düzeni Kavramı’ (2007) 13(1-2) MÜHF-HAD 59, 81.

³⁷ Kamu düzeninin unsurları hakkında bkz Selman Sacit Boz, Yücel Özdemir, Mehmet Nacak, Mustafa Oğuzhan Bölükbaşı, Hasan Burak Öndin ve Sümeyye Ulusoy, *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları* (Adalet 2020) 53 vd.

korunmasının kamu düzeninden sayılması gerektiğine vurgu yapılmaktadır³⁸. Bu doğrultuda AYM'nin vermiş olduğu kararlarda, kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın ön koşulunun kamu düzeninin tesisi olduğunun altı çizilmiştir³⁹; üzerinde uzlaşılan unsurlar esas alınmak suretiyle kamu düzeni, “toplumun huzur ve sükununun sağlanması, devletin ve devlet kurumlarının korunmasını hedef tutan ve toplumun her sahadaki düzeninin temelinin teşkil eden kurallar bütünü” olarak tanımlanmıştır⁴⁰.

Görüldüğü üzere, “millî güvenlik” ve “kamu düzeni” farklı iki kavram olarak ayrı ayrı tanımlanmaya çalışılsa da kavramların birbiriyle kesiştiği noktaların olduğu da bir gerçektir. Öyle ki, kamu düzeni kapsamında sayılabilecek bazı hâller aynı zamanda millî güvenliği ilgilendirir. Aynı şekilde, millî güvenliği tehdit eden bazı durumlar, kamu düzeni açısından da tehdit oluşturur. Örneğin, terör faaliyeti temelde millî güvenliği ilgilendirmekle birlikte, kamu düzenini de bozar mahiyettedir. Bu sebeple anılan kavramları birbirinden keskin çizgilerle ayırmak kolay değildir⁴¹. Yine de, korunması ve tesisi kamu yararından sayılan millî güvenlik ve kamu düzeninin birbiriyle belli ölçüde örtüşse bile farklı kavramlar oldukları göz ardı edilmemeli, özellikle mevzuatlarda bu kavramlara ayrı ayrı yer verilen hâllerde⁴², bu tercihe uygun değerlendirmede bulunulmalıdır⁴³. Özetle, millî güvenliğin daha çok devlet bekasını ilgilendiren bir içeriği varken, kamu düzeninin toplumsal yaşamda sağlık, huzur ve güvenin tesisine hizmet eden daha geçici bir yönü bulunmaktadır.

³⁸ Kamu düzeni kavramı hakkında bkz Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2019) 581 vd; Okay Tekinsoy (n 36) 7 vd.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, E 2015/79 K 2017/164, 29.11.2017 <normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, E 1963/128 K 1964/8, 28.01.1964 <normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

⁴¹ Akgüner (n 35) 14.

⁴² Örneğin Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasında yeniden vatandaşlık kazanma yolu hariç tüm yollarda “millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel bir hâli bulunmamak” şartı aranmasına karşın, yeniden vatandaşlığın kazanılması yolunda yalnızca “millî güvenlik bakımından engel bir hâli bulunmamak” şartı koşulmuştur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Rifat Erten, ‘Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranılan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak’ (2020) 40(2) PPIL (Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 1351, 1355 vd.

⁴³ Mustafa Erkan, ‘Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında ‘Millî Güvenlik’ ve ‘Kamu Düzeni’ Kavramlarının İncelenmesi’ in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler* (Savaş 2019) 26.

Millî güvenlik ve kamu düzeni gibi içeriği belirsiz kavramların yorumlanmasında idarenin takdir yetkisine sahip olup olmadığını belirlemede doktrinde bir kıstas getirilmektedir. Bu kıstasa göre, eğer mevzuattaki belirsiz kavramlarla toplumda geçerli olan genel anlayış ifade ediliyorsa, idarenin takdir yetkisinin olmadığı kabul edilmelidir⁴⁴. Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının da toplumda objektif bir anlamı olduğundan hareketle bu sonuca varılabilir. Bununla birlikte, anılan kavramların içeriğinin doldurulmasında, başka bir ifadeyle, bir eylemin veya durumun millî güvenlik ve kamu düzeni açısından tehdit oluşturup oluşturmadığı noktasında, idarenin takdir yetkisine sahip olduğu söylenmelidir. Örneğin, aşağıda detaylarıyla üzerinde durulacağı üzere, sınır dışı sebeplerinden biri olarak sayılan kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından bir yabancıнын tehdit oluşturup oluşturmadığı konusunda idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilir⁴⁵. Ancak takdir yetkisi kullanılırken hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde hareket edilmesi esastır. Nitekim idarenin takdir yetkisini haiz olduğu hâllerde, bu yetki yargısal denetim ve anayasal güvenceler doğrultusunda bazı sınırlamalara tâbidir. Bu bağlamda, idare, millî güvenlik ve kamu düzeninin kapsamını belirlerken kanunî sınırlar içinde kalmak koşuluyla, kamu yararına hareket etmelidir⁴⁶. Bunun bir yansıması olarak, keyfilikten uzak olarak verilecek kararların gerekçeli olması gerekir⁴⁷. Takdir yetkisi kullanılarak verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulduğunda ise, mahke-

⁴⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku* (11. Baskı, İmaj 2017) 155; Ramazan Çağlayan, 'Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' (2003) 7(3-4) EÜHFD 171, 178; Sinan Seçkin/Gül Üstün, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi' (2015) 21(2) MÜHF-HAD (Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 509, 513.

⁴⁵ Sınır dışı etme özelinde, bir yabancıнын kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde idarenin takdir yetkisine sahip olduğu doktrinde kabul görmektedir: Esra Dardağan Kibar, 'Yabancı ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi' (2012) 11(2) AAÇD 53, 65; Rifat Erten, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' 2015 19(1) GÜHFD 3, 31; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2013) 108 TBBD 211, 227; Cemre Tüysüz, *Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi* (On İki Levha 2023) 252; Döndü Kuşçu, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (On İki Levha 2017) 93; Merve Akbulut, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha, 2020) 117.

⁴⁶ İdarenin takdir yetkisini kullanırken kanunî sınırlar içinde, kamu yararı gözeterek karar vermesi gerektiğine ilişkin tespitler için bkz Kemal Gözler, *İdare Hukuku* Cilt 1 (3. Baskı, Ekin 2019) 1067; Nomer (n 2) 79.

⁴⁷ A Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı* (36. Baskı, Ankara 2017) 223; Gözler (n 46) 1067.

mece idarenin takdir yetkisi denetlenirken, ilgili karar ancak hukukilik açısından incelenebilir⁴⁸. Mahkemelerce yapılacak hukuki denetimde dikkat edilecek en önemli husus ise, idarenin takdir yetkisini kullanırken amaç unsuru bağlamında kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun hareket edip etmediğidir⁴⁹.

2. Millî Güvenlik ve Kamu Düzenine İlişkin Hükümlerin Etkisi

TVK md 28/1 gereğince, millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler, bazı haklarda mavi kartlıların Türk vatandaşı muamelesi görmesine engel oluşturabilir. Özel statülü bile olsa son tahlilde yabancı sayılan mavi kartlıların temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında Anayasa md 16 uyarınca kanunî bir düzenlemeye dayanılması ve milletlerarası hukuka uygunluk ise bir zorunluluktur⁵⁰.

Kanun koyucu, TVK md 28/1’de işaret ettiği “*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler*” ile ilgili bir ayrıntıya yer vermemiştir. TVK Uygulama Yönetmeliği’nde de bu hususta bir hüküm getirilmemiştir. TVK’nın madde gerekçesinde yine konuya ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu sebeple, millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümlerin belirlenmesinde “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*” kavramları belirleyici olacaktır. Başka bir ifadeyle, yapılması gereken, temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak getirilmiş bir düzenlemenin millî güvenlik ve kamu düzeniyle ilgili olup olmadığının tespiti.

Mavi kart statüsünün düzenlendiği TVK’da ve TVK Uygulama Yönetmeliği’nde birçok maddede yer verilen “*millî güvenlik*” ve “*kamu düzeni*” kavramları tanımlanmamıştır. Keza, TVK’da hangi hususların millî güvenlik ve kamu düzeninin kapsamında kaldığına ilişkin bir çerçeve de çizilmemiştir. Buna karşın, genel yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenleyen TVK md 11’in gerekçesinde, maddenin (g) bendinde aranan “*millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hâli bulunmamak*” şartıyla ilgili yapılan

⁴⁸ Yargı yetkisinin idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğu, dolayısıyla yerindelik denetimi yapılamayacağı Anayasa md 125/4’te açıkça ifade edilmiştir. İlave olarak, İYUK md 2/2’de de, idare mahkemelerinin yerindelik denetimi yasağına tâbi oldukları hükme bağlanmıştır.

⁴⁹ Gözübüyük (n 47) 241; Seçkin ve Üstün (n 44) 29. Danıştay kararlarında da takdir yetkisini kullanacak olan idarî makamın yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından yargı denetimine tâbi olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bir içtihat için bkz Danıştay 5 D, 875/4996, 01.10.2007 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 15 Şubat 2024.

⁵⁰ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, ‘Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma’ (2005) 260 YHD 21, 35.

açıklama⁵¹, söz konusu kavramlar üzerinde bir yoruma imkân tanır mahiyettedir⁵². Aynı şekilde, TVK Uygulama Yönetmeliği md 72/5'in⁵³, vatandaşlık başvurusunda bulunan bir yabancıнын millî güvenlik ve kamu düzeni açısından tehlike arz edip etmediğini tespitte önemli bir dayanak hüküm olarak, millî güvenlik ve kamu düzeninin sınırlarının çizilmesinde dikkate alınmasında bir engel bulunmamaktadır.

Millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarının TVK'da yapılmış bir tanımının ya da kapsamına ilişkin kesin bir hükmün bulunmayışı, kavramların içeriğinin tayininde idareye geniş bir takdir yetkisi vermektedir. Söz konusu takdir yetkisinin, mavi kart statüsünün hak sahiplerine tanıdığı hakların kullanılmasının sınırını oluşturan “*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler*” bakımından ne şekilde anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Burada mesele, bir hukukî düzenlemenin millî güvenlik ve kamu düzeniyle bağlantılı olup olmadığının yorumudur. Bu sebeple, millî güvenlik ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin tespitinde her iki kavrama yüklenecek anlam önem arz etmektedir.

Kanımızca vatandaşlık hukuku gibi devletin hükümlerlik haklarının hâkim olduğu alanlarda millî güvenlik ve kamu düzeni gibi müphem kavramların içeriğinin belirlenmesinde idarenin takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir⁵⁴. Ancak TVK md 28/1'in, mavi kartlıların sahip olduğu hakların sınırlandırılmasına

⁵¹ “Bu şartın konulması ile millî güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların Türk vatandaşlığını kazanmalarını engellenmektedir.”

⁵² Gerekçenin hangi hâllerin millî güvenlik ve kamu düzenine aykırı olacağını belirlemede yetersizliğine ilişkin bir görüş için bkz Erten, ‘Vatandaşlık’ (n 42) 1358.

⁵³ “İlgili kurumlarca yapılan araştırma sonucunda Anayasa ile kurulu devlet düzenini yıkmaya yönelik faaliyette bulunduğu, bu faaliyetlerde bulunanlarla işbirliği yaptığı veya bunları maddi olarak desteklediği, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne karşı yurt içinde veya dışında, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili faaliyetlerde bulunduğu, isyan, casusluk ve vatana ihanet suçlarına katıldığı, silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı, insan kaçakçılığı ve insan ticareti yaptığı veya bunlarla ilişki içerisinde bulunduğu tespit edilenler ile taksirli suçlar hariç olmak üzere ertelenmiş, zamanaşımına uğramış, hükmün açıklanması geriye bırakılmış, paraya çevrilmiş veya affa uğramış olsa dahi, altı aydan fazla hapis cezası alanlar Türk vatandaşlığını kazanamaz.”

⁵⁴ Merve Acun Mekengeç, ‘Evlence Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi’ (2023) 43(1) PPIL 233, 269; M. Ece Uyanık, ‘Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi’ (2021) 9(2) KHASHFD 493, 501; Güngör (n 7) 13; Erkan (n 43) 21; Erten, ‘Vatandaşlık’ (n 42) 1357.

dayanak teşkil eden millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümlerin belirlenmesinde dar yorum esas alınmalıdır⁵⁵. Zira kanun koyucunun istisnâî bir durum olarak öngördüğü bu hâlde, millî güvenlik ve kamu düzeni kavramlarına çizilecek geniş alan, mavi kart statüsünün işlevini etkisiz hâle getirecektir⁵⁶. Kaldı ki, mavi kartlılara vatandaşlarla aynı ölçüde tanınan ülkeye giriş, ülkede ikamet, seyahat, çalışma, taşınmaz mal edinme gibi haklar belli ölçüde millî güvenlik ve kamu düzenine temas etmektedir. Bu sebeple, bir konunun salt millî güvenlik ve kamu düzeniyle bağlantısının bulunması, mavi kartlıların vatandaş gibi sahip olduğu hakları kullanamaması için yeterli değildir. O hâlde, Türk hukukunda yürürlükte olan bir hüküm, millî menfaatleri ve devletin bekasını ilgilendirmekte, iç ve dış güvenliğin korunması ve sağlanması gayesiyle getirilmişse, millî güvenliğe ilişkin kabul edilmelidir. Aynı şekilde, Türk toplumunun huzur, esenlik, sağlık ve güven içinde yaşamını sürdürebilmesi için getirilmiş kurallar kamu düzeninden sayılmalıdır. Bir hükmün millî güvenlik ve kamu düzeni mülahazalarıyla getirilmiş olduğu sonucuna toplumun genel anlayışı içinde objektif bir yorumla varılabiliyorsa, mavi kartlının söz konusu hak bakımından yabancı muamelesi görmesinde bir tereddüt olmamalıdır. Örneğin suçluların geri verilmesine ilişkin hükümler, yabancı bir ülkede suç işleyen ama halihazırda Türkiye’de bulunan bir kişinin suç işlediği ülkeye iadesinin usul ve esaslarını düzenlediğinden, millî güvenliğe ve aynı zamanda kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, mavi kartlı bir yabancıнын suç işlediği ülkeye iadesinin talebi hâlinde, her ne kadar kişi dokunulmazlığı konusunda vatandaş muamelesi görmesi kural olmakla birlikte, bu hakkın istisnasını oluşturan geri verme müessesesini düzenleyen hükümlerin millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin olmasından ötürü, vatandaşın suç sebebiyle iade yasağına tâbi tutulması kuralı, doktrinde de ifade edildiği üzere, mavi kartlılar hakkında uygulanamamalıdır⁵⁷. Nitekim mavi kartlıların suçluların iadesi kapsamında geri verilmelerinin müm-

⁵⁵ Mustafa Cin, ‘Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye’de Çalışma Hakkı’ (2004) 24 MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan) 337, 347; Aygül (n 20) 43.

⁵⁶ Can (n 2) 127.

⁵⁷ Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Türk Yabancılar Hukuku* (7. Baskı, Savaş 2023) 133; Necla Öztürk, ‘Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yararlanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış’ (2021) 41(2) PPIL 955, 969; Salimya Ganiyeva, ‘Mavi Kartlıların Türkiye’de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk’ (2017) 23(2) MÜHF-HAD 361, 384; Faruk Turhan, ‘Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme’ (2018) 8(2) SDÜHFD 1, 62; Ahmet Ulutaş, ‘Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 28’inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi’ (2011) 4 ABD 177, 204; Can (n 2) 165.

kün olup olmadığına ilişkin görüş istenen Adalet Bakanlığı'nın mütalaası da⁵⁸, mavi kartlıların başka ülkede işledikleri suçtan ötürü şüpheli veya sanık olmaları durumunda haklarında soruşturma ya da kovuşturma yapılması yahut hükmedilen cezanın infazı amacıyla yetkili devlet tarafından talep edilmeleri hâlinde vatandaşların aksine geri verme yasağına tâbi olmadıkları yönündedir.

IV. Sınır Dışı Bağlamında Mavi Kartlıların Durumu

A. Türk Hukukunda Genel Olarak Sınır Dışı Etme

Türk hukukunda kişi dokunulmazlığı, kural olarak vatandaş ile yabancı arasında eşitliği ilkesine uygun şekilde güvence altına alınmış bir haktır. Ancak diğer temel hak ve hürriyetler bakımından da geçerli olduğu üzere, yabancıların kişi dokunulmazlığı Anayasa md 16 uyarınca, “Milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. Bu doğrultuda herkesin kişi dokunulmazlığına “kanunî ve objektif sebeplere dayandırılma”, “keyfi olmama” ve “yargı denetimine açık olma” koşullarıyla sınırlama getirilebilir⁵⁹. Ancak sınır dışı, kişi dokunulmazlığı bakımından yabancılar aleyhine eşitliği bozan istisnaî hâllerden biri olarak kabul edilmiştir. Zira Anayasa md 23/4 gereğince vatandaş sınır dışı edilemez. Buna karşılık, yabancıların belli sebeplerle Türkiye’den sınır dışı edilmesi mümkün görülmüştür.

Sınır dışı kavramı hakkında birçok tanım yapılmakla birlikte, öz itibarıyla devletlerin ülke güvenliğini sağlamak ve kamu düzenini korumak gayesiyle davranışları tehlike arz eden yabancıları ülke sınırlarının dışına çıkarmaları olarak açıklanmaktadır⁶⁰. Bir idarî işlem olarak sınır dışı, idarenin kolluk faaliyetleri

⁵⁸ Adalet Bakanlığı'nın bildirmiş olduğu mütalaada “Anayasa'nın 38. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 18. maddesinin 2. fıkrasında Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hâriç olmak üzere, Türk vatandaşının yabancı bir ülkeye iade edilemeyeceğinin öngörüldüğü, söz konusu düzenlemenin yalnızca Türk vatandaşlığına sahip olanları kapsadığı, Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip şahısların bu kapsamda mütalaa edilemeyeceği, 403 sayılı TVK'nın 29. maddesi uyarınca çıkma izni almak suretiyle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin ikamet, seyahat, çalışma, miras ve taşınmaz mal iktisabı gibi konularda Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceğinin öngörüldüğü, bu hükmün daha ziyade bu durumdaki kişilerin ülkemizdeki ikamet ve seyahatleri ile ilgili olduğu ve Türk vatandaşının başka ülkeye iade edilmemesine ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeden yararlanma hakkı vermediği” ifade edilmiştir. Anılan mütalaa hakkında detaylı olarak bkz Ulutaş (n 57) 205 vd.

⁵⁹ Konu hakkında ayrıca bkz Doğan, Yılmaz ve İzmirli, *Yabancılar* (n 57) 109.

⁶⁰ Ekşi (n 7) 99. Sınır dışı kavramına yönelik benzer tanımlar için ayrıca bkz Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku* (7. Baskı, Beta 2003) 94; Rona Aybay, ‘Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı

kapsamında tesis ettiği idarî yaptırım mahiyeti taşır⁶¹. Bu bağlamda, yabancıların sınır dışı edilmesi, devletlerin ülkesel yetkilerini kullanmalarının bir neticesi addedilir⁶². Ancak sınır dışı etme, mutlak/sınırsız bir yetki olarak görülemez. Zira bir devletin sınır dışı etme yetkisini kullanması, taraf olunan milletlerarası sözleşmeler, kanunî düzenlemeler ve milletlerarası örf ve âdet kurallarında yer alan hükümlerle sınırlandırılmıştır⁶³. Örneğin, yabancıların sınır dışı edileceği ülkede ailesinin bulunması hâlinde, hakkında karar alınırken aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmemiş olması gerekir⁶⁴. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bir kararında, sınır dışı etmede kamu düzeninin korunması, kamu sağlığının tesisi ve göç kontrolü gibi kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkına dayalı bireysel menfaatlerin çatışma olasılığından söz edilerek, bu çatışmada adil bir dengenin yakalanması, “kanunilik”, “meşru amaç” ve “demokratik toplum gerekliliklerine uygunluk” gibi ölçütler çerçevesinde değerlendirme yapılması ve müdahalenin orantısız olmaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁶⁵. Aynı şekilde, AYM de AİHM ile benzer menfaatleri göz önünde tutmak suretiyle, yabancıların sınır dışı edilmesiyle korunmak istenen kamusal menfaatler ile aile hayatına saygı hakkının korunması arasındaki dengeden söz etmekte ve zikredilen menfaatler arasında denge kurulması gerektiğine işaret etmektedir⁶⁶. Bu çerçevede, Türkiye’de ailesi bulunan bir yabancıların sınır dışı

şısı Edilme’ (2003) 2 MÜHFD 141, 142; Esra G Dardağan Kibar, ‘Türk İdari Yargısında Sınır Dışı Etme Kararlarının Ele Alınması’ in Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük ve Katja Schneider (eds), *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 522; Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı 2012) 39; Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2017) 127; Tüysüz (n 45) 5; Çelikel ve Öztekin Gelgel (n 7) 124.

⁶¹ Halûk Kabaalioğlu ve Nuray Ekşi, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesi’ (2004) 24(1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan) 503, 503.

⁶² Guy S Goodwin-Gill, ‘The Limits of The Power of Expulsion in Public International Law’ (1975) 47(1) BYBIL 55, 55; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan 2021) 154; Asar (n 60) 127.

⁶³ Ekşi (n 7) 99.

⁶⁴ Aslı Bayata Canyaş, ‘Sınır Dışı Etme İşlemi ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Çatışan Menfaatler ve Esas Alınan Ölçütler’ (2023) 56 TAAD 177, 180.

⁶⁵ AİHM’in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md 8 uyarınca aile hayatının korunması bağlamında, sınır dışı edilmelerine karar verilen yabancıların sınır dışı edilmek istendikleri ülkedeki aile hayatı menfaatlerinin ihlal edilmemesi gerektiğini vurgulayan içtihadı için bkz Slienko v Latvia App no 48321/99 (09.10.2003) § 99-129.

⁶⁶ Türkiye’de ailesi bulunan bir yabancıların sınır dışı edilmesi hâlinde Anayasa md 20’de koruma altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmemesi gerektiğine vurgu yapan Anayasa Mahkemesi kararı için bkz Selçuk Karakaya Başvurusu, Başvuru No: 2018/29245, 22.02.2022; A. A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2018/36516, 15.03.2022.

edilmesine ilişkin karar alınırken, kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde aile hayatına saygı hakkının ihlali sonucunun doğup doğmadığı, aile bütünlüğünün bozulması ihtimalinde ihlal oluşturacağı göz önünde bulundurulmalı; özellikle aile hayatına saygı hakkı gibi bireysel bir menfaat ile sınır dışı yoluyla sağlanmak istenen kamusal menfaat arasındaki çatışmada, dengenin gözetilerek hangisinin öncelik taşıdığına objektif bir değerlendirmeye belirlenmesi gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmaktadır⁶⁷.

Türk hukukunda sınır dışı konusu esas itibarıyla YUKK'ta düzenlenmiştir. YUKK md 54/1'te sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınması zorunludur⁶⁸. Anılan düzenlemeye bakıldığında, kanun koyucunun haklarında sınır dışı etme kararı alınmasını emrettiği kişilerin bizatihi yabancılar olduğu görülür. Bununla birlikte, belli şartların mevcudiyeti hâlinde sınır dışı edilmesi mümkün görülmeyen yabancılar YUKK md 55'te özel olarak sayılmıştır⁶⁹. Başka bir deyişle, yabancılar hakkında alınan bir sınır dışı etme kararının uygulanabil-

⁶⁷ Bayata Canyaş (n 64) 181; Kabaalioğlu ve Ekşi (n 61) 507.

⁶⁸ Erten, 'Yabancılar' (n 45) 30; Doğan, Yılmaz ve İzmirli, *Yabancılar* (n 57) 116; Tüysüz (n 45) 253; Bayraktaroğlu Özçelik (n 45) 217.

⁶⁹ YUKK md 54 kapsamında olsalar dahi, hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılar şunlardır: "Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunan" (md 55/1-a), "Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülen" (md 55/1-b), "Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayan" (md 55/1-c), Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları" (md 55/1-d) ve "Tedavileri tamamlanincaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları" (md 55/1-e). YUKK'un Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (RG 17.03.2016/29656) md 52/1'de ise YUKK md 55'te sayılanların yanı sıra şu yabancılar hakkında da sınır dışı etme kararı alınamayacağı belirtilmiştir: "a) Vizesi veya ikamet izinleri iptal edilenlerden on gün içinde çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler, b) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlardan çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler, c) Vize alarak veya vize muafiyetiyle gelen ve ikamet izni talepleri reddedilenlerden vize süresi veya vize muafiyeti sürelerini kullananlar, ç) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenlerden çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler, d) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlardan çıkış yapmak üzere kendiliğinden sınır kapılarına gelenler, e) Uluslararası koruma başvurusunu geri çeken ya da geri çekmiş sayılan yabancılardan dava hakkından feragat ettiğini ve gönüllü olarak ülkesine dönmek istediğini yazılı olarak beyan edenler, f) Uluslararası koruma başvurusunu geri çeken ya da geri çekmiş sayılan yabancılardan dava hakkından feragat ettiğini yazılı olarak beyan eden ve Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunanlar, g) Mahkemece kesin karar verilene kadar, Uluslararası koruma başvuru sahiplerinden kabul edilemez başvuru ve hızlandırılmış değerlendirme çerçevesinde yargı yoluna başvuranlar".

mesi, ancak sınır dışı kararının icrasını engelleyen söz konusu sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mümkündür⁷⁰.

B. Mavi Kartlıların Sınır Dışı Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınıp alınamayacağı tartışmasının temelinde, özel statülü yabancı olmaları vardır. TVK md 28'de mavi kart sahiplerine dört istisnâî hâl dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabileceği bir statü tanınması, anılan yabancıların vatandaşlar gibi sınır dışı yasağı korumasından istifade edip etmedikleri konusunu tartışmaya açmaktadır.

Mavi kartlıların ülkeye giriş, ülkede ikamet ve çalışma gibi haklar bakımından Türk yabancılar hukuku mevzuatında getirilmiş özel hükümlerle vatandaş muamelesi göreceği açıkça vurgulanmışken, sınır dışı etme konusunda bir hükme yer verilmemesi, idarî uygulamada ve idarî yargı kararlarında konuya farklı yaklaşılmasına zemin oluşturmuştur. Zira idarî kararlarda mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasında bir tereddüt yaşanmadığı görülürken, mavi kartlıların vatandaş gibi sınır dışı yasağına tâbi olması gerektiğine hükmeden idarî yargı içtihatlarına rastlanmıştır.

Mavi kartlı yabancıların istisnalar dışında Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan aynı ölçüde yararlanmayı sürdüreceğine ilişkin kuralın istisnasını oluşturan millî güvenlik ve kamu düzeniyle bağlantılı hükümler, mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasında kanımızca en önemli dayanağı oluşturur. Bu sebeple, kanun koyucunun saydığı sınır dışı etme sebeplerinden birinin bulunması hâlinde, ilgili mavi kartlı yabancıların sınır dışı edilmesinde kural olarak bir engel bulunmamaktadır. Zira TVK md 28/1'de ifade edilen "*Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır*" hükmü, aşağıda açıklanacağı üzere, bahsi geçen maddenin maddî uygulama alanını daraltmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken, bir mavi kartlı hakkında YUKK md 54/1'deki sebeplerden birine dayanılarak sınır dışı etme kararı alınabilmesi için, karara dayanak teşkil edecek gerekçenin TVK md 28/1 gereğince "*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler*" kapsamında değerlendirilmesi zorunluluğudur.

Yukarıda açıklandığı üzere, bir kimsenin sınır dışı edilmesiyle korunmak istenen menfaat kamusal niteliklidir⁷¹. Türk hukukuna paralel şekilde, karşıla-

⁷⁰ Yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasını engelleyen hâller hakkında detaylı bilgi için bkz Tüysüz (n 45) 52 vd.

tırmalı hukukta da yabancıların ülkeden sınır dışı edilmesinde genel gerekçe, ekseriyetle kamu düzeni ve kamu güvenliğinin muhafazası olarak görülmektedir⁷². Gerçekten de devletlerin yabancıların ülkeye girişi, ülkeden çıkışı, ülkede ikameti ve çalışması konularında denetim yetkisine sahip olmasının bir gereği olarak kamusal menfaatlerini bozan ya da bozma ihtimali olan kişileri sınır dışı etmesi, millî güvenlik ve kamu düzeniyle doğrudan irtibatlıdır⁷³. Nitekim YUKK'ta sıralanan sınır dışı sebeplerinin çoğu millî güvenlik ve kamu düzeniyle belli ölçüde bağlantılıdır⁷⁴. Örneğin, “terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi olmak” bu doğrultuda konulmuş bir sınır dışı etme sebebidir. Hatta “kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturmak” kanun koyucunun sınır dışı etme gerekçeleri arasına dahil ettiği bir sebeptir. Bu gerekçeyle, mavi kartlılar kişi dokunulmazlığına kural olarak sahip olmakla birlikte, millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler dikkate alınarak haklarında sınır dışı etme kararı verilmesi de mümkündür⁷⁵. Bununla birlikte, sınır dışı müessesesinin temelinde kamusal menfaatler bulunsa bile, mavi kartlıların aile hayatına saygı hakkının korunması için dengeleyici bir değerlendirme yapılması gerektiği hatırlatılmalıdır. Örneğin Türkiye’de eş ve/veya çocukları bulunan bir mavi kartlının sınır dışı edilmesi hâlinde, aile fertlerinin yurt dışına taşınmasının da mümkün olmadığı bir ihtimalde, aile bütünlüğünün bozulması sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlaliyle karşılaşılabilir. Bu sebeple, sınır dışı etme sebebi oluşturacak her somut vakiada, mavi kartlı yabancıların sınır dışı edilmesiyle ulaşılmak istenen kamusal menfaatin aile hayatına saygı hakkı özelinde bireysel menfaatle çatışmasında görece üstün geldiği sonucuna varılmalıdır. Bu bağlamda, bilhassa bir çocuğun, hakkında sınır dışı edilecek mavi kartlı ebeveyninden ayrılmasının söz konusu olduğu hâllerde, çocuğun üstün yararı dikkate alınarak, çocuğun ebeveynine muhtaçlık durumu, hangi ülkede yaşamasının onun yararına olacağı gibi ihtimaller gözetilerek menfaat dengelemesine gidilmesinin uygun olacağı; ancak toplum açısından ciddi tehdit teşkil eden bir suçun işlenmesi, suçun tekrarlanması olasılığının yüksek oluşu gibi tehditler

⁷¹ Bayata Canyaş (n 64) 180.

⁷² Bu yönde tespitler için bkz Dardağan Kibar, ‘Avrupa Birliği’ (n 45) 57.

⁷³ Ekşi (n 7) 104; Goodwin-Gill (n 62) 58.

⁷⁴ Dardağan Kibar, ‘Avrupa Birliği’ (n 45) 57; Can (n 2) 132.

⁷⁵ Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku* (2. Baskı, Bilgi Üniversitesi 2007) 256; Begüm Süzen, ‘Özel Statülü Yabancıların Türkiye’de Görülen Kişi Hâllerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler’ (2023) 29(2) MÜHF-HAD 1490, 1498; Öztürk (n 57) 970; Ganiyeva (n 57) 382.

olması durumunda, kamusal menfaatlerin baskın geldiği sonucuna varılması gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir⁷⁶.

Mavi kartlılar hakkında şartların oluşması hâlinde sınır dışı etme kararı alınabilmesini mümkün kıldığını düşündüğümüz bir diğer gerekçe, sınır dışı yasağının Türk hukukunda yalnızca vatandaşlar açısından teminat altına alınmış olmasıdır⁷⁷. Kaldı ki, sınır dışı etme kararının süjesi yabancıdır⁷⁸. Zira sınır dışı konusunun düzenlendiği YUKK'ta yalnızca yabancıların sınır dışı etme işlemine tâbi tutulabildiği görülmektedir. Öyle ise, sınır dışı etme kararı, yabancılara özgü bir yaptırım olduğundan, sınır dışı sebebini haiz mavi kartlıların Türk hukukunda özel statülü yabancı sayılmasının, haklarında sınır dışı etme kararı verilmesinde engel bir durum olarak görülemeyeceği kanısındayız. Doktrinde de vurgulandığı üzere, mavi kartlıların belirli istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam etmeleriyle kastedilen, vatandaşlıklarını muhafaza ettirmek değil, öngörülen sınırlamalar dışında haklardan vatandaşlar gibi yararlanmalarını temin etmektir⁷⁹.

Mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınabileceğine ilişkin kanaatimize gerekçe teşkil eden bir diğer husus, sınır dışı etme sebebi mevcut olsa dahi hakkında sınır dışı etme kararı verilemeyeceği belirtilen yabancıların sayıldığı düzenlemedir. YUKK md 55'te sayılan ve bu kanunî düzenlemenin ayrıntılarını gösteren YUKK Uygulama Yönetmeliği md 52'deki "*sınır dışı etme kararı alınmayacaklar*" listesine bakıldığında⁸⁰, mavi kartlı yabancıların yer almadığı dikkati çekmektedir. Bu tercih, mavi kartlılar hakkında koşulların gerçekleşmesi hâlinde sınır dışı etme kararı alınmasını mümkün kılan önemli bir gerekçedir⁸¹.

Mavi kartlıların sınır dışı edilmesinin mümkünlüğüne ilişkin kaniya TVK md 28'in amaçsal yorumundan hareketle de ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. Mütedit de fa açıklandığı üzere, temel kural, mavi kartlıların, "seçme ve seçilme",

⁷⁶ Genel olarak yabancıların sınır dışı edilmesi bağlamında bkz Bayata Canyaş (n 64) 193.

⁷⁷ "*Vatandaşın sınır dışı edilemezliği ilkesi*" 1982 Anayasası md 23/4'te açıkça hükme bağlanmış; aynı şekilde, 14.07.1994 tarih ve 21990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak Türk hukuku açısından yürürlüğe giren AİHS'e Ek 4 No.lu Protokol'de de yer verilmiştir (md 3).

⁷⁸ İbrahim Numan Erdoğan, *Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Yargı Yolu* (Yetkin 2023) 67; Nomer (n 2) 127; Tüysüz (n 45) 60; Akbulut (n 45) 86.

⁷⁹ Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2017) 92.

⁸⁰ Hakkında sınır dışı etme kararı alınamayacak yabancılar için bkz dn 69.

⁸¹ Öztürk (n 57) 970; Ganiyeva (n 57) 382.

“bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunma” ve “muafin araç veya ev eşyası ithal etme” hakları ile “askerlik hizmeti” yükümlülüğü dışında, Türk vatandaşlarına tanınmış haklardan aynen faydalanmaya devam etmeleridir. Bu doğrultuda, mavi kartlıların Türk vatandaşlarıyla eş seviyede sahip olduğu haklardan birinin kişi dokunulmazlığı olduğunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak mavi kart hamillerinin diğer yabancılardan farklı şekilde Türk vatandaşları gibi sınır dışı yasağına tâbi olduğunu salt lafzi bir yorumla savunmak doğru değildir⁸². Mavi kart statüsünün ihdas amacına bakıldığında, sınır dışı konusunda mavi kartlıların vatandaş muamelesi görmesini gerektirecek bir haklı sebebin olmadığı ortaya çıkar. Amaçsal yorum üzerinden mütalaa edildiğinde, statünün, mavi kartlılara hem ikamet ettikleri yabancı ülkelerde o devletin vatandaşı sıfatıyla yaşamlarını sürdürme hem de Türkiye ile olan irtibatının muhafazasına araç olan haklardan ülkeye giriş, ülkede ikamet, çalışma, ticarî faaliyette bulunma, seyahat, taşınmaz alım satımı, miras, eğitim-öğretim örneklerinde olduğu gibi birçok konuda vatandaş muamelesi görme olanağı sağlamayı hedeflediği söylenebilir. Aksine, kanun koyucunun muradının, kanunen Türkiye’den sınır dışı edilmesi gereken bir mavi kartlı yabancıya diğer yabancılardan farklı olarak imtiyazlı bir statü tanıyarak Türkiye’de kalmasını temin etmek olmadığı kanısındayız.

Son olarak belirtmelidir ki, Türkiye’nin taraf olduğu, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümlere sahip kanun hükümleri karşısında öncelikle uygulanması kuralının anayasal bağlamda kabulü (1982 Anayasası md 90/5), sınır dışı gibi kişi dokunulmazlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği ile yerleşme ve seyahat hürriyetini ilgilendiren bir konuda taraf olunan milletlerarası antlaşmalarda yer alan sınır dışı etme yükümlülüğüne özgü akdi taahhütlerin şüphesiz yerine getirilmesini gerektirir⁸³. Bu sebeple, Türk hukuku açısından yürürlükte olan sınır dışı etmeye ilişkin hükümleri haiz iki veya çok taraflı milletlerarası antlaşmalarda akit devletlerin sözleşme kaynaklı yükümlülükleri kapsamında bu yönde bir taahhüt bulunması hâlinde, mavi kartlıların sınır dışı edilmesinde bir beis bulunmayacaktır⁸⁴.

⁸² Aksi yönde görüş için bkz Kuşçu (n 45) 73.

⁸³ Konu hakkında ayrıca bkz K. Sedat Sirmen, ‘Yabancıların Türkiye’den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar’ (2009) 67(3) ABD 29, 29 vd.

⁸⁴ Benzer durum suçluların iadesi müessesesinde de geçerlidir. Örneğin Türk hukukunda 1982 Anayasası md 38/11 ve Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu (Kanun Numarası: 6706, Kabul Tarihi: 23.04.2016, RG 05.05.2016/29703) md 11/1-a uyarınca, Türk vatandaşla-

C. Mavi Kartlılar Hakkında Sınır Dışı Etme Kararı Alınmasına Dayanak Oluşturabilecek Sebepler

1. Genel Olarak

Türk hukukunda sınır dışı etme sebepleri, detaylarıyla ancak tahdidi şekilde belirlenmiştir. YUKK md 54/1 uyarınca, hakkında sınır dışı etme kararı alınması gereken yabancılar şunlardır:

a) Türk Ceza Kanunu⁸⁵ (TCK) md 59 kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler,

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,

c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar,

ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollarla sağlayanlar,

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,

e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler,

f) İkamet izinleri iptal edilenler,

g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler,

ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler,

h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs edenler,

rının yabancı bir ülkede işledikleri suç nedeniyle yargılanması veya haklarında hükmedilen cezanın infazı kapsamında geri verilmesinin talebi hâlinde suçluların iadesi yasağına tâbi olması kuralının istisnası, söz konusu talebin Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler kapsamında kalmasıdır. Bununla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti, hâli hazırda Uluslararası Ceza Divanı Statüsüne taraf olmadığından, iade yükümlülüğü ancak bu koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade edecektir.

⁸⁵ Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler,

i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar,

j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar,

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler”.

Bahsi geçen sınır dışı sebepleri, TVK md 28/1'in işaret ettiği “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler” kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde mavi kartlıların sınır dışı edilmesinde de hüküm ifade eder. Bu sebeple, yapılacak belirleme neticesinde, bir sınır dışı etme sebebinin kanun koyucu tarafından millî güvenlik veya kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla getirildiği sonucuna varılırsa, diğer yabancılarda olduğu gibi, mavi kartlıların sınır dışı edilmesi de mümkün olmalıdır. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, mavi kartlıların yalnızca YUKK md 54/1-d'de öngörülen “kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma” sebebine bağlı olarak sınır dışı edilebileceğini, aksine, tek başına diğer sınır dışı etme sebeplerine dayanılarak sınır dışı etme kararı alınamayacağını ileri sürmektedir⁸⁶. Elbette millî güvenlik ve kamu düzeni gibi kavramların dar yorumlanması icap etmekle birlikte⁸⁷, sınır dışı etme sebeplerinde yer alan kavramların lafzı yanında getiriliş amacına da bakılması gerektiği kanısındayız.

Bu noktada belirtilmelidir ki, idarenin bir yabancı hakkında YUKK'ta sayılan birden çok sebebe dayanarak sınır dışı etme kararı alabilmesinde bir engel bu-

⁸⁶ Tüysüz (n 45) 87.

⁸⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) verdiği kararlarda da, kamu düzeninin, kişilerin temel haklarını korumaya yönelik bir prensibe istisna oluşturacak ve kişinin temel hak ve hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açacak bir hükümde yer alması durumunda, bu kavramın dar anlamda yorumlanması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu yönde bir ABAD kararı için bkz C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377, para 48 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0554&rid=1>> Erişim Tarihi 8 Haziran 2024.

lunmamaktadır. Yetkili makam, münhasıran belli bir sebebe dayanarak sınır dışı etme kararı alabileceği gibi, somut olayın veya durumun kapsamı itibariyle birden çok sebebe de dayanabilir⁸⁸. Öyle ki, yabancıнын belli bir eylem veya durumu için aynı anda birden çok sınır dışı etme sebebi gündeme gelebilir. Nitekim uygulamada da bu yönde kararlar alındığı görülmektedir. Örneğin hakkındaki giriş yasağı kararına rağmen Türkiye'ye giriş yaptığı tespit edilen bir yabancıнын durumu yasal giriş hükümlerine uyulmaması olarak değerlendirilmek suretiyle, YUKK md 54/1-d, h ve ı bentleri uyarınca üç ayrı sebebe birlikte dayanılarak sınır dışı etme kararına konu olmuştur⁸⁹. Aynı şekilde, Türkiye'ye yasa dışı yollardan giriş yapmış bir yabancı hakkında kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle YUKK md 54/1-d ve aynı zamanda ülkeye giriş kaydı olmaması sebebiyle YUKK md 54/1-h uyarınca sınır dışı etme kararı alınmıştır⁹⁰.

Ezcümle, sınır dışı etme müessesesinin özünde millî güvenlik ve/veya kamu düzeni açısından sakıncalı yabancıların ülke sınırları dışına çıkarılması gayesi yattığından, sınır dışı etme sebeplerinin evleviyetle YUKK md 54/1-d'de hükme bağlanan "kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma" sınır dışı etme sebebiyle örtüştüğü göz ardı edilemez. Bu sebeple, idarenin, yabancıнын bir eyleminin ya da durumunun YUKK md 54/1-d'ye uyduğu gerekçesiyle sınır dışı etme kararı alabileceği gibi, kararını millî güvenlik ve kamu düzenini koruma amaçlı olarak düzenlenmiş diğer sınır dışı etme sebeplerinden birine yahut aynı mahiyetteki bir sebebi YUKK md 54/1-d'ye ilave etmek suretiyle de alabileceği kanısındayız.

⁸⁸ Tüysüz (n 45) 183.

⁸⁹ Bununla birlikte Valiliğin almış olduğu bu sınır dışı etme kararı, mahkemece dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir: "...göç-net giriş çıkış kayıt dökümüne göre de 30.12.2016 tarihinde Atatürk Havalimanından yasal yollarla ülkemize girdiği ve yasal giriş hükümlerine aykırı davranmadığı anlaşıldığından; davacının 6458 sayılı kanunun 54/1-(d), (h) ve (ı) bentlerine göre sınır dışı edilmesine dair dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı...": İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 398/1114, 07.07.2017. Karar hakkında bkz Akbulut (n 45) 108 dn 247.

⁹⁰ Buna karşın, sınır dışı etme kararının iptali için açılan davada mahkeme, davacının kamu düzeni ve güvenliği açısından tehdit oluşturduğuna dair herhangi bir tespit veya delil bulunmadığından YUKK md 54/1-d uyarınca sınır dışı edilmesinde hukuka ve mevzuata uyarlık görülmesi de, ülkeye giriş çıkış kaydının bulunmaması gerekçesiyle md 54/1-h gereğince sınır dışı edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır: İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 2349/604, 12.04.2017. Karar hakkında bkz Akbulut (n 45) 107 dn 245.

Sınır dışı etme sebeplerinin bir kısmı ise, mavi kartlıları doğrudan ilgilendirmemektedir. Uygulama alanı mavi kartlılar dışında kalan sınır dışı sebeplerinin mavi kartlılar için sınır dışı etme kararına gerekçe oluşturması mümkün değildir. Örneğin, sınır dışı sebeplerinden biri olan “vize veya vize muafiyeti süresinin on günden fazla aşılması veya vize iptali” (YUKK md 54/1-e), mavi kartlıların sınır dışı edilmesinde gerekçe oluşturmaz. Zira mavi kartlılar ülkeye giriş konusunda Türk vatandaşı muamelesi göreceğinden, Türkiye’ye giriş bakımından vize alması ya da vize muafiyetinden yararlanmasına gerek bulunmamaktadır⁹¹.

2. Kamu Düzeni, Kamu Güvenliği veya Kamu Sağlığı Açısından Tehdit Oluşturma

Mavi kartlıların sınır dışı edilmesine gerekçe arz edecek genel sebep, “kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma”dır (YUKK md 54/1-d). Anılan sınır dışı sebebinin, mavi kartlı yabancıların Türk vatandaşlarıyla aynı ölçüde sahip olduğu haklara sınırlama getirilmesine dayanık olan “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler” kapsamında kaldığında bir tereddüt bulunmamaktadır. Her ne kadar diğer sınır dışı sebeplerinin de kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığından en az biriyle yakın ilişkisi olmakla birlikte, kanun koyucu YUKK md 54/1-d kapsamında genel mahiyette bir sınır dışı etme sebebine yer vermeyi tercih etmiştir. Ancak tekrardan hatırlatılmalıdır ki, yabancıların bir eyleminin ya da durumunun aynı anda birden çok sınır dışı etme sebebinin karşılaması mümkündür. Örneğin hırsızlık yoluyla hayatını idame ettiren bir yabancı, hem kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturma (YUKK md 54/1-d), hem geçimini meşru olmayan yollarla sağlama (YUKK md 54/1-ç) hem de hırsızlığın TCK kapsamında suç teşkil etmesinden ötürü cezanın her hâlde infazı sonrasında belli şartlarda (YUKK md 54/1-a) üç ayrı sınır dışı etme sebebinin haiz olacaktır. Kanun koyucunun tek bir sebebe dayanarak sınır dışı etme kararı verme zorunluluğu bulunmadığından, idarenin hem kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturma hem de diğer sınır dışı etme sebeplerine birlikte dayanarak karar vermesi ihtimal dahilindedir.

Görüldüğü üzere, mavi kartlıların kamu düzenine, kamu güvenliğine veya kamu sağlığına tehdit oluşturduğunun tespiti, haklarında sınır dışı etme kararı

⁹¹ Barış Teksoy, ‘6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’na Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu’ (2013) 62(3) AÜHFD 855, 865.

verilmesine dayanak olabilir. Örneğin, başkalarının can ve mal güvenliğini tehdit edecek veya tehlikeye atacak şekilde davranışta veya eylemde bulunmak suretiyle kamu güvenliği açısından tehdit oluşturan bir mavi kartlı hakkında sınır dışı etme kararı alınması zorunludur. Aynı şekilde, Türkiye'ye yurt dışından kaçak mal soktuğu tespit edilen bir mavi kartlının kamu düzeni açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle idarece sınır dışı edilmesi gerekir. Keza, bir mavi kartlının toplum içinde solunum ya da fiziksel temasla kolaylıkla yayılan bulaşıcı bir hastalıkla yaşaması kamu sağlığı açısından tehdit oluşturacağından, hakkında sınır dışı etme kararı alınması icap eder.

İlave olarak belirtilmelidir ki, mavi kartlıların kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu ifade edilen eylemlerinin suç teşkil etmesi şart koşulmamıştır. Bu sebeple, uygulamada bir mahkeme kararı ya da açılmış bir soruşturmaya gerek kalmaksızın, yabancının eyleminin idarece kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu kanaatine varılmışsa, hakkında sınır dışı etme kararı alındığı görülmektedir⁹². Bununla birlikte, idarenin ilgili yabancının kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturup oluşturmadığını somut bilgi ve belgelere dayandırması gerekir⁹³. Başka bir deyişle, hakkında sınır dışı etme kararı alınacak mavi kartlının kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu konusunda makul şüphe ve yeterli delilin bulunması icap eder⁹⁴. Nitekim bir mahkeme kararında da ispata ilişkin bu kıstas açıkça ortaya konmuştur. Anılan mahkeme kararına konu olayda, bir şahsın yakalanmasına ilişkin olarak gerçekleştirilen operasyonda, adreste bulunan başka bir yabancı hakkında kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle idarece sınır dışı etme kararı alınmış, ancak söz konusu karar, idare mahkemesince, ilgili kişi hakkında G-87 genel güvenlik tahdit kodu olmadığı, kişi hakkında so-

⁹² "...Yabancıların 6458 sayılı kanununun 54/1-(a) bendine göre sınır dışı edilebilmesi için mahkum olması, bu mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi ve kararın da infaz edilmiş olması gerekmektedir. Öte yandan yabancıların 54/1-(d) bendindeki kamu düzeni veya güvenliği açısından tehdit oluşturması sebepleriyle sınır dışı edilmelerinde, haklarında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün ve infaz edilme şartının aranmasına gerek olmayıp yabancının kamu düzeni, güvenliği veya sağlığı açısından tehdit oluşturduğunun somut olarak belirlenmesi yeterlidir...": İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 1554/250, 15.02.2018. Karar hakkında bkz Akbulut (n 45) 124 dn 283.

⁹³ Sınır dışı etme kararlarının idarî yargıdaki denetiminde, yabancılara isnat edilen fiilleri ispatlayacak bilgi ve belgelerde ispat zorluğu konusunda ayrıca bkz Melikşah Yasin, 'Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları' (2022) 42(2) PPIL 561, 566.

⁹⁴ Yasin (n 93) 574.

ruşturma, kovuşturma, sabıka veya GBT kaydı bulunmaması ve en önemlisi de yeterli somut delil olmaması sebebiyle hukuka aykırı bulunmuştur⁹⁵. Öyle ise, YUKK md 54/1-d uyarınca alınan bir sınır dışı etme kararının hukuka uygun olması için, mavi kartlının karara konu eylem ya da durumunun somut olgulara dayandırılması ve bunun yeterli delillerle ortaya konması gerekir. Mavi kartlı hakkında salt bir ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülüyor olması dahi, yeterli delillerle ve gerekçeleriyle ortaya konmadığı sürece sınır dışı etme kararı alınması için kâfi gelmemelidir⁹⁶. Zira ilgili mavi kartlı hakkında başlatılan soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı ya da başlatılan kovuşturma neticesinde beraat kararı verilebilme ihtimali bulunduğu göz ardı edilmemelidir⁹⁷.

Üzerinde durulması gereken konulardan biri de, mavi kartlı yabancıların kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan eyleminin aynı zamanda TCK kapsamında suç teşkil ediyor olmasıdır. Bu ihtimalde, mavi kartlının, bir sonraki başlık altında ele alınacak olan, sınır dışı etmeye ilişkin şartların mevcudiyeti hâlinde YUKK md 54/1-a kapsamında sınır dışı edilmesi konusunda değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Bununla birlikte, mavi kartlının sınır dışına konu olan eyleminden dolayı yargılandığı ceza mahkemesince beraat ettirilmiş olması, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle (YUKK md 54/1-d) hakkında sınır dışı etme kararı verilmesine mani değildir⁹⁸. Nitekim uygulamada da bu yönde hareket edildiği görülmektedir⁹⁹.

⁹⁵ İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 647/1902, 28.11.2017. Aynı paralelde, Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, özellikle terör faaliyetleri ve millî güvenliğin korunması amacına yönelik olarak alınan sınır dışı etme kararlarında yüksek bir ispat standardı aranmayacağını, yeterli delilin kâfi sayılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu yönde bir karar için bkz A. A. Başvurusu, Başvuru No: 2018/36516, 15.03.2022 <www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> Erişim Tarihi 8 Nisan 2024.

⁹⁶ Yasin (93) 572.

⁹⁷ Tüysüz (n 45) 139.

⁹⁸ ABAD'ın vermiş olduğu kararlarda da, bir yabancıların kamu düzenine tehdit oluşturması için kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmasının gerekmediğine, diğer bulgularla birlikte değerlendirilmek suretiyle kişinin kamu düzenine tehdit oluşturduğu sonucuna varılabileceğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu yönde bir ABAD kararı için bkz C-554/13, ECLI:EU:C:2015:377, para 51 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0554&rid=1>> Erişim Tarihi 8 Haziran 2024.

⁹⁹ "...Dışişleri Bakanlığı Konsolosluk İşleri Genel Müdürlüğünce de söz konusu vizenin sahte olduğunun ve davacıya böyle bir vize verilmediğinin teyit edildiği, dolayısıyla davacının sahte TC vizesi kullandığının sabit olduğu, bu nedenle açılan davada her ne kadar beraat kararı verilse de söz konusu vizenin sahteliğinin kolayca anlaşıldığından ve iğfal kabiliyeti olmadığından"

3. TCK md 59 Kapsamında Sınır Dışı Edilmesi Gerektiğinin Değerlendirilmesi

Yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasına dayanak teşkil edebilecek sebeplerden ikincisi, “TCK md 59 kapsamında¹⁰⁰ sınır dışı edilmesi gerektiğinin değerlendirilmesi”dir. İçişleri Bakanlığı’nın takdirine¹⁰¹ bağlanmış bahse konu sebebe dayanılarak sınır dışı etme kararı alınabilmesinin mavi kartlılar için de mümkün olduğu kanısındayız. Zira işlediği suçtan dolayı aldığı hapis cezasının herhâlde infazı tamamlanmış bir yabancıdan bundan sonra Türkiye’de yaşamını sürdürüp sürdürmeyeceğini belirleyecek olan karar, bir güvenlik tedbiri özelliği göstermektedir.

İşlediği suç sebebiyle sabıkalı hâle gelen bir mavi kartlının Türkiye’de kalmaya devam edip etmeyeceğine karar verecek olan yetkili makam, işlenen suçun türünü, mahkûmiyet süresini, kasten işlenip işlenmediğini, taksirli işlendiyse bilinçli taksir kapsamında kalıp kalmadığını ve benzeri ölçütler bağlamında takdirde bulunacaktır. Elbette bu hususta verilecek kararda, millî güvenlik ve kamu düzeni mülâhazaları en önemli etkili noktayı oluşturur. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu hapis cezası şartına bağladığı suçun türü bakımından bir ayırım yapmadığından, işlenen suçun millî güvenliğe ve kamu düzenine etki eden mahiyette olması, takdir hakkının kullanılmasında önemli bir etkidir¹⁰². O hâlde, işlediği suç nedeniyle hapis cezası alan bir mavi kartlı, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına ya da koşullu salıverilmesi karar verildikten ve herhâlde cezasının infazı tamamlandıktan sonra sınır dışı edilmek zorunda

dan dolayı beraat kararı verildiği, bu beraat kararının fiilin mevcudiyetini ortadan kaldırmadığı ve sınır dışı işlemlerinin ceza mahkemelerince verilen kararlara doğrudan bağlı olmadığı; ... Yasa’nın 54’üncü maddesinin (d) ve ... bentleri uyarınca sınır dışı edilmesinde, dolayısıyla da dava konusu sınır dışı işleminde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”: İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 661/97, 19.01.2018. Karar hakkında bkz Akbulut (n 45) 126 dn 286.

¹⁰⁰ TCK md 59: “İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen bir yabancıdan, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz ettirildikten veya koşullu salıvermeden yararlandırdıktan ve herhâlde cezasının infazı tamamlandıktan sonra durumu hakkında sınır dışı işlemleriyle ilgili değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığı’na bildirilir”. Sınır dışı etme kararı hakkında işletilecek bu süreç, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik (RG 29.03.2020/31083) md 52 uyarınca yürütülür.

¹⁰¹ Söz konusu değerlendirmenin İl Göç İdaresi Müdürlüklerince yapılacağı YUKK Uygulama Yönetmeliği md 54/2’de ifade edilmiştir.

¹⁰² Doktrinde bir görüş, terör örgütü üyeliği, gasp, tecavüz gibi ağır suçlar ile daha basit nitelikli suçlar arasında bir ayırım yapmaksızın sınır dışı etme kararı verilmesinin adil olmayabileceğini, bu nedenle suçun niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni üzerindeki etkisi gibi hususların takdir yetkisi kullanılırken idarece göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir: Yasin (n 93) 573.

değildir. Sınır dışı edilebilmesi, cezası infaz edilmiş olan ilgili mavi kartlının durumunun Adalet Bakanlığı tarafından bu hususta görüşü sorulan İçişleri Bakanlığı'nın takdir yetkisini kullanarak vereceği sınır dışı edilmesi gerektiğine ilişkin değerlendirmeye bağlıdır.

Uygulamada mavi kartlılar hakkında işledikleri suç sebebiyle sınır dışı etme kararı alındığı görülmektedir. Örneğin Danıştay 10. Dairesi'nin kararına konu olmuş bir olayda, doğum yoluyla Türk vatandaşlığı kazanmış ancak izin alarak vatandaşlıktan çıkan bir Avusturya vatandaşı hakkında, kasten adam öldürme suçundan dolayı mahkûm olduğu yirmi beş yıl hapis cezasını çekmesinin ardından, yetkili makamca sınır dışı etme ve Türkiye'ye giriş yasağı kararları verilmiştir. Bu kararların iptali talebiyle İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan davanın kabulü neticesinde verilen iptal kararının¹⁰³ Danıştay 10. Dairesi'nce onanması¹⁰⁴ üzerine davalı Bakanlıkça yapılan karar düzeltme istemine ilişkin incelemede söz konusu talebin reddine karar verilmiştir¹⁰⁵. İdarî uygulamanın aksine ilgili idarî yargı kararında mavi kartlı yabancının TVK md 28 dikkate alınarak vatandaşlar gibi sınır dışı yasağına tâbi tutulmasının, yukarıda gerekçeleriyle açıkladığımız üzere, dayanaktan yoksun olduğu kanısındayız. Nitekim Danıştay 10. Dairesi'nce verilen karara ilişkin karşı oy yazısında mavi kartlılar hakkında şartların oluşması durumunda sınır dışı etme kararı alınmasının mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁰⁶.

¹⁰³ Ankara 1 İdare Mahkemesi, 166/1804, 02.11.2011: *"Uyuşmazlıkta; davalı idarece, her ne kadar davacının ülkemizde yabancı konumunda bir kişi olduğu ve yapılan uygulamanın 5682 ve 5683 sayılı Kanunlar doğrultusunda tesis edildiği ileri sürülmekte ise de; anılan Kanunların bütünüyle 'yabancı'lara ve bunların Türkiye'deki seyahat ve ikametlerine ilişkin düzenlemeler getirdiği, oysa davacının Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle çıkan bir kişi olması nedeniyle daha özel nitelikteki 5901 sayılı Kanun'a tabi olduğu, dolayısıyla koşulları taşıması halinde bu Kanun hükümlerinden yararlandırılması gerektiği açıktır. Bu durumda, davacının özel nitelikteki "Çıkma İzni Almak Suretiyle Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kişilere Tanınan Haklar"dan bahseden 5901 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekirken, daha genel nitelikteki 'yabancı' kavramından hareketle 5682 ve 5683 sayılı Kanunlar kapsamında değerlendirilerek tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır"*: <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

¹⁰⁴ Danıştay 10 D, 3578/4865, 12/11/2015 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

¹⁰⁵ Danıştay 10 D, 3721/56, 18.01.2021 <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

¹⁰⁶ Anılan kararda geçen karşı oy gerekçesinde, davacının durumunun TVK md 28/1'de ifade edilen kamu düzenini ihlal ve tehdit eder mahiyet arz etmesi gerekçesiyle yetkili idarî makamın almış olduğu sınır dışı etme ve giriş yasağı işlemlerinde bir hukuka aykırılık olmadığına dikkat çekilmiş; bu sebeple davalı idarenin karar düzeltme isteminin kabulü ile dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiğine işaret edilmiştir: *"...çıkma izni alanların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanabilmelerine*

4. Terör Örgütü veya Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Yöneticisi, Üyesi ya da Destekleyicisi Olma

Mavi kartlı yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı verilmesine dayanak teşkil edebilecek sebeplerden bir diğeri, “terör örgütü veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi ya da destekleyicisi olma”dır (YUKK md 54/1-b). Buna göre, bir mavi kartlının Türkiye içinde ya da dışında bir terör örgütüyle¹⁰⁷ ya da çıkar amaçlı suç örgütüyle¹⁰⁸ yöneticilik¹⁰⁹, üyelik¹¹⁰ veya destekleyicilik¹¹¹ pozisyonunda

‘kamu düzeni’ gerekçesiyle sınırlama getirilmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır. Dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının eşine şiddet uyguladığı, bu nedenle eşinin kadın sığınma evine sığındığı, sonrasında boşanmak niyetiyle baba evine döndüğü, davacının ise eşini zorla götürmek istemesi üzerine kayın pederiyle kavga tutuştuğu, bu kavga esnasında kayın pederini ‘kasten’ öldürdüğü ve 25 yıl hapis cezasına mahkum edildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; davacının durumunun 5901 sayılı Kanun’un yukarıda yer verilen maddesinde ifade edilen ‘kamu düzeni’ni ihlal/tehdit eder bir mahiyet arz ettiği, bu durumda da idarenin tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle, davalı idarenin karar düzeltme isteminin kabulü ile dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği oyuyla Daire kararına katılmıyorum”: <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

¹⁰⁷ Terör örgütü, Terörle Mücadele Kanunu (Kanun Numarası: 3713, Kabul Tarihi: 12.04.1991, RG 12.04.1991/20843 Mükerrer) md 1’de yapılan “terör” tanımı dikkate alınarak, doktrinde kısaca şöyle tanımlanmaktadır: “Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla her türlü suç teşkil eden eylemleri ast-üst ilişkisi çerçevesinde hiyerarşi içinde ve sürekli bir şekilde yapmak üzere oluşturulan organize yapı”:

Faruk Turinay, ‘Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı’ (2016) 116 TBBD 39, 64 vd.

¹⁰⁸ Yürürlükteki Türk ceza hukukunda kullanılmayan bir kavram olarak “çıkar amaçlı suç örgütü”nün, “esas amacı maddi menfaat temini olan örgüt” olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bir görüş için bkz Turinay (n 107) 51. Bu sebeple, “çıkar amaçlı suç örgütü”nün TCK md 220’de düzenlenen “suç işleme amacıyla örgütlenme suçu” kapsamında kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir: Bayraktaroğlu Özçelik (n 45) 220; Tüysüz (n 45) 118.

¹⁰⁹ Örgüt yöneticiliğiyle hiyerarşik açıdan örgüt yapısının üst konumunda bulunarak örgütün amaçlarını gerçekleştirmek üzere inisiyatif alabilme, emir ve talimat verebilme, üyelerini yönetebilme ve aralarındaki koordinasyonu sağlayabilme yetkisiyle donatılmış kişilerin kastedildiğine ilişkin bkz Vesile Sonay Evik, ‘Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu’ (2013) 19(2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan) 667, 684.

¹¹⁰ Örgüt üyeliğinin, örgüt yönetici olmayan ancak örgüt hiyerarşisi içinde yer alarak örgütün amaçlarını bilerek örgüte katılıp faaliyetlere iştirak edenler olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz Sonay Evik (n 109) 685.

¹¹¹ Örgüt destekleyicisi olanlarla, örgütün yöneticisi veya üyesi olmamakla birlikte, hiyerarşi içinde kalmayıp, örgüte maddi veya manevi katkı sağlayan kişilerin anlaşılmasının gerektiğine ilişkin bkz Tüysüz (n 45) 122.

irtibatlı oluşu, hakkında sınır dışı etme kararı alınmasına gerekçe teşkil eder. Örneğin, bir terör örgütünün hizmet ettiği amacı bilerek, hiyerarşi içinde hareket eden bir mavi kartlı, örgüt üyesi olma gerekçesiyle sınır dışı edilmek zorundadır. Keza, örgüt hiyerarşisi içinde yer almayan bir mavi kartlı, suç işleyerek kazanç temini amacıyla kurulan bir örgüte yardım mahiyetinde eylemlerde bulunmuşsa, destekleyici olmaktan ötürü hakkında yine sınır dışı etme kararı alınmalıdır.

Belirtilmelidir ki, bir yabancıнын örgüt yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olmasının sınır dışı etme kararına dayanak teşkil etmesi için bu yönde bir mahkeme kararı bulunması kanun koyucu tarafından aranmamıştır. Bununla birlikte, terör örgütü veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticiliği ve üyeliği ceza hukuku açısından suç teşkil ettiğinden, aynı şekilde örgüt destekleyicisi olmanın TCK md 220/7’de düzenlenen suç örgütüne yardım etme suçu kapsamında değerlendirildiği hâllerde, suçluluğu henüz kesin olarak mahkemece karara bağlanmamış bir kişi hakkında idari bir makamca sınır dışı etme kararı alınmasının, anayasal bir ilke olarak düzenlenen ve âdil yargılanma hakkının bir yansıması olan masumiyet karinesine açıkça aykırılık teşkil edeceği de hatırlatılmalıdır¹¹². Bu sebeple, mavi kartlılar hakkında da geçerli olacağı üzere, salt YUKK md 54/1-b’ye dayanılarak sınır dışı etme kararı alınması için, yabancıнын örgütle bağlantısını gösteren somut bilgi ve belgelere dayanılması gerekir.

İlave olarak, YUKK md 54/1-b’de sayılan sınır dışı sebepleri, aynı zamanda kamu düzenini ve kamu güvenliğini tehdit eden durumlardır¹¹³. Bu sebeple, yeterli bilgi ve belgelerle ortaya konması koşuluyla terör örgütü veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi ya da destekleyicisi olduğu tespit edilen bir mavi kartlı hakkında YUKK md 54/1-d uyarınca veya iki sınır dışı sebebine birlikte dayanarak sınır dışı etme kararı alınabilmesinde de bir engel yoktur.

5. Türkiye’de Bulunduğu Süre Zarfında Geçimini Meşru Olmayan Yollardan Sağlama

“Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlama”, mavi kartlılar hakkında YUKK md 54/1-ç uyarınca sınır dışı etme kararı alınmasına yol açabilecek bir diğer kanunî sebeptir. İzin alarak Türk vatandaşlığından çıkma müessesesinin getiriliş gayesinden hareketle, mavi kartlıların yurt dışında hayatlarını sürdürmeleri beklenmekle birlikte, Türkiye’de yaşama-

¹¹² Bayraktaroğlu Özçelik (n 45) 220; Kuşçu (n 45) 100; Tüysüz (n 45) 123.

¹¹³ Dardağan Kibar, ‘Avrupa Birliği’ (n 45) 65; Bayraktaroğlu Özçelik (n 45) 221.

larında da bir engel yoktur. Ancak insanların geçim kaynağının yasal olması kamu düzeninin bir gereği olup, vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın herkes için bir zorunluluktur. Bu doğrultuda Türkiye’de geçimini yasa dışı kaynağa bağlamış bir mavi kartlı hakkında da sınır dışı etme kararı alınmalıdır. Örneğin, mavi kartlıların geçimlerini fuhuş, fuhşa aracılık, hırsızlık, insan kaçakçılığı, kara para aklama gibi hukuka aykırı yollarla sağlamaları, haklarında bu sebeple sınır dışı etme kararı alınmasına gerekçe teşkil edecektir.

Kaldı ki, mavi kartlıların Türkiye’de buldukları süre içinde gayrimeşru şekilde gelir elde etmeleri YUKK md 54/1-ç uyarınca sınır dışı edilmelerine gerekçe teşkil etmekle birlikte, aynı zamanda kamu düzeni açısından tehdit oluşturabilir. Bu durumda olan bir mavi kartlının YUKK md 54/1-d uyarınca sınır dışı etme kararına konu edilmesinin mümkün olduğu da unutulmamalıdır.

Türkiye’de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlama konusunda fuhuş, fuhşa aracılık, hırsızlık, insan kaçakçılığı, kara para aklama gibi örneklerle ifade ettiğimiz pek çok durum aynı zamanda TCK açısından suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla, mavi kartlıların, mahkemece işlediği bu tür suçlardan ötürü hapis cezasına mahkûm edilmeleri ve cezalarının herhâlde infazından sonra İçişleri Bakanlığı’nca YUKK md 54/1-a bağlamında sınır dışı edilmeleri hakkında değerlendirileceği de bu noktada belirtilmelidir¹¹⁴.

6. Türkiye’ye Yasal Giriş veya Türkiye’den Yasal Çıkış Hükümlerinin İhlali ya da Bu Hükümleri İhlale Teşebbüs Etme

“Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerinin ihlali ya da bu hükümleri ihlale teşebbüs etme”, mavi kartlılar hakkında YUKK md 54/1-h uyarınca sınır dışı etme kararı alınması için yeterli bir sebeptir. Bahsi geçen sınır dışı sebebinin getirilmesinde Türkiye’ye girişte öngörülen kurallara uyulmasıyla kamu düzeninin sağlanması önemli bir gerekçedir. Devlet, ülkesine giriş yapacak kişileri tâbi tuttuğu kurallarla kayıt altına almakla aslında ülke güvenliğine dair bir tedbir getirmektedir. Ülkeye giriş ve ülkeden çıkışta bu tür sınırlamalar getirilmesi idarî gereklilik arz ettiğinden, bu kuralları ihlal edenlerin sınır dışı edilmesi kamu düzeni ve güvenliğinin bir gereğidir.

YUKK md 5/1, Pasaport Kanunu¹¹⁵ md 1-2’de ülkeye yasal giriş ve ülkeden yasal çıkışın kuralları açıkça belirlenmiştir. Bu bağlamda yabancılar, Türkiye’ye

¹¹⁴ Tüysüz (n 45) 129.

¹¹⁵ Kanun Numarası: 5682, Kabul Tarihi: 15.07.1950, RG 24.07.1950/7564.

giriş ve Türkiye’den çıkışlarını sınır kapılarından olmak ve geçerli bir pasaport ya da yerine geçen belge ile yapmakla yükümlüdürler. O hâlde, Türkiye’ye sınır kapıları dışında ya da geçerli bir pasaportu olmadan giriş yaptığı tespit edilen bir mavi kartlı hakkında YUKK md 54/1-h uyarınca sınır dışı etme kararı alınması zorunludur. Hatta söz konusu sınır dışı sebebi, aynı zamanda kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmaya da elverişli olduğundan YUKK md 54/1-d gereğince veya her iki sınır dışı sebebine birlikte dayanılarak ilgili yabancı hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi de mümkün gözükmemektedir.

7. Türkiye’ye Giriş Yasağı Bulunmasına Rağmen Türkiye’ye Gelindiğinin Tespit Edilmesi

Mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasına dayanak teşkil edebilecek sebeplerden bir diğeri ise, “Türkiye’ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye’ye gelindiğinin tespit edilmesi”dir (YUKK md 54/1-ı).

Türk hukukunda giriş yasağı kararı, yalnızca yabancılar hakkında alınabilmekte; vatandaşların Türkiye’ye girişleri ise vatandaşların ülkeye kabul zorunluluğu ilkesi gereğince engellenememektedir. Bu bağlamda, kanun koyucu, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’ye girmesinde sakınca gördüğü yabancıların ülkeye girişinin yasaklanabilmesini mümkün kılmıştır (YUKK md 9/1¹¹⁶). Bu anlamda, giriş yasağı, TVK md 28/1’de vurgulanan “millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin saklı hükümler”den biri olarak değerlendirilmeye elverişli olduğundan, mavi kartlılar hakkında YUKK md 9 uyarınca giriş yasağı kararı alınması mümkündür. Nitekim uygulamada kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından sakıncalı sayılan kimi mavi kartlının Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyip haklarında giriş yasağı işlemi tesis edildiği görülmektedir¹¹⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, hakkında Türkiye’ye giriş yasağı kararı alınmış bir mavi kartlının Türkiye’ye girmiş olduğunun tespiti, sınır dışı edilmesine gerekçe teşkil edecektir. Kanımızca mavi kartlı hakkında giriş yasağı kararı alınması kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’ye girmesinde sakınca görüldüğünden kaynaklanmış olsa da, YUKK md 54/1-ı uyarınca

¹¹⁶ Giriş yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz Neşe Baran Çelik, ‘Türkiye’ye Giriş Yasağı’, (2021) 16(199-200) BÜHFD 609, 611 vd.

¹¹⁷ Örnek içtihatlar için bkz Ankara BİM, 10 İDD, 4871/5116, 28.09.2023; Ankara BİM, 10 İDD, 6388/7543, 22.12.2023; Ankara 10 İdare Mahkemesi, 425/1870, 19.10.2020; Ankara 1 İdare Mahkemesi, 166/1804, 02.11.2011 <www.mevzuat.sinerjias.com.tr> Erişim Tarihi 10 Şubat 2024.

ca giriş yasağına rağmen ülkeye giriş yaptığı tespit edilenlerin sınır dışı edilmesi özel bir sebep olarak düzenlendiğinden bu hüküm uyarınca sınır dışı etme kararı verilmesi mümkündür. Elbette, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görüldüğü için giriş yasağı konulmuş bir yabancı hakkında YUKK md 54/1-d gereğince ve hatta YUKK md 54/1-ı ile birlikte iki sebebe dayanarak sınır dışı etme kararı verebilmesi konusunda idarenin takdirinin bulunduğu da unutulmamalıdır. Nitekim hakkındaki giriş yasağı kararına rağmen Türkiye'ye giriş yapan bir yabancının durumu idare tarafından "yasal giriş hükümlerine uyulmaması" olarak değerlendirilmek suretiyle, hakkında YUKK md 54/1-d, h ve ı bentleri uyarınca üç ayrı sebebe birlikte dayanarak sınır dışı etme kararı alınmıştır¹¹⁸.

8. Uluslararası Kurum ve Kuruluşlar Tarafından Tanımlanan Terör Örgütleriyle İrtibatlı Olunması

YUKK md 54/1-k uyarınca, "uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle irtibatlı olunması", millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler kapsamında nitelendirilebilecek bir sınır dışı sebebi olarak mavi kartlıların sınır dışı edilmesine gerekçe teşkil eder¹¹⁹.

YUKK'ta, yabancının irtibatlı olduğu terör örgütü tanımlamasının hangi uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından yapılacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de konuya ilişkin bir detaya yer verilmemiştir. YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de konuya ilişkin bir detaya yer verilmemiştir. YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de konuya ilişkin bir detaya yer verilmemiştir. YUKK Uygulama Yönetmeliğinde de konuya ilişkin bir detaya yer verilmemiştir. Bu hususta yapılacak değerlendirmenin, sınır dışı etme kararı verecek idarî makamın takdirine bırakıldığı söylenebilir. Hâl böyle olmakla birlikte, günümüzde terör örgütü listesi yapan bazı uluslararası kurum ve kuruluşlar olduğu bilinmektedir. Örneğin, BM Güvenlik Konseyi tarafından belirlenen terör örgütü listesinde yer alan örgütlerden biriyle ilişkili olduğu değerlendirilmiş bir mavi kartlı hakkında sınır dışı kararı alınması zorunludur¹²⁰.

¹¹⁸ Bununla birlikte, Valilik tarafından verilen söz konusu sınır dışı etme kararını iptal eden idare mahkemesi, gerekçesinde giriş yasağı süresi sona erdikten sonra ülkeye giriş yapılması sebebiyle yasal giriş hükümlerine aykırı bir durumun olmamasını göstermiştir: İstanbul 1 İdare Mahkemesi, 398/1114, 07.07.2017. Karar hakkında bkz Akbulut (n 45) 110 dn 252.

¹¹⁹ Anılan sınır dışı sebebi, YUKK'a 676 sayılı KHK (RG 29.10.2016/2978, Aynen Kabul Kanun Numarası: 7070, Kabul Tarihi: 01.02.2018, RG 01.02.2018) ile eklenmiştir.

¹²⁰ Uluslararası terörizm ve bağlantılı olarak BM Güvenlik Konseyi tarafından belirlenen terör örgütleri hakkında detaylı bilgi için bkz Furkan Yıldız, 'Terör Örgütü Varlığının Hukuken Tespiti' (2023) 72(2) AÜHFD 563, 586 vd.

Hakkında sınır dışı etme kararı alınacak kişinin uluslararası kurum ve kuruluşlarca tanımlanmış bir terör örgütüyle olan ilişki düzeyi hakkında kanun koyucu bir kistas vermemiştir. Yukarıda açıkladığımız, YUKK md 54/1-b uyarınca sınır dışı etme kararı verilebilmesi için terör örgütü veya çıkar amaçlı suç örgütüyle bağlantıyı ortaya koyması açısından aranan “örgüt yöneticisi veya üyesi ya da destekleyicisi olma” kriteri, kanımızca uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle irtibatlı olup olmadığını değerlendirmede de dikkate alınabilir¹²¹. Elbette kanun koyucu YUKK md 54/1-k’da yabancıların örgüt yapısı içindeki rolünü yöneticilik, üyelik ve destekleyicilikle sınırlamadığından, kişinin terör örgütü irtibatını tespitinde diğer bağlantıları da kullanabilir. Önemli olan, terör örgütüyle olan irtibatı sağlayan bağın yeterli delillerle ispatıdır. Bu sebeple her ne kadar, terör örgütüyle olan irtibatın bir mahkeme kararıyla sabit olması şart koşulmasa bile, bu ilişkinin süjelerinden biri olması koşuluyla, mavi kartlılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmasının makul şüphe bulunması, somut bilgi ve belgelerle durumun ispatı hâlinde mümkün olduğu kanısındayız.

Sonuç

Türk hukukunda mavi kartlı yabancıların kişi dokunulmazlığı konusunda Türk vatandaşlarıyla aynı muameleyi görmesi kuraldır. Ancak mavi kartlıların kişi dokunulmazlığı kapsamında kalan sınır dışı yaşağı korumasından vatandaşların aksine yararlanamayacağı kanısındayız.

Yabancıların kişi dokunulmazlığı hakkının istisnasını oluşturan sınır dışı konusunda mavi kartlıların Türk vatandaşı muamelesi görmemesi gerektiğine ilişkin kanaatimizde bazı gerekçeler etkili olmuştur. TVK md 28/1’in “*millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır*” hükmü, mavi kartlıların istisnalar haricinde vatandaş muamelesi göreceği haklara sınırlama getiren bir dayanaktır. Sınır dışı edilmede korunmak istenen menfaat kamusal niteliklidir. Bu doğrultuda, devletlerin yabancıların ülkeye girişi, ülkeden çıkışı, ülkede ikamet ve çalışması konularında denetleme hakkına sahip olmasının bir gereği olarak kamusal menfaatlerini bozan ya da bozma ihtimali olan kişileri sınır dışı etmesi millî güvenlik ve kamu düzeniyle doğrudan irtibatlıdır. Bu sebeple mavi kartlıların sınır dışı edilme kararına dayanak teşkil eden gerekçenin millî güvenliğin veya kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla örtüşmesi koşuluyla, Türkiye’den sınır dışı edilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

¹²¹ Tüysüz (n 45) 178.

Bu noktada belirtmelidir ki, sınır dışı etme kararının süjesi yabancılardır. Sınır dışı konusunun düzenlendiği YUKK'ta yalnızca yabancılar sınır dışı etme işlemine tâbi tutulabilmekte, bununla bağlantılı olarak sınır dışı yasağı Türk hukukunda yalnızca vatandaşlar açısından teminat altındadır. Kaldı ki, Türk hukukunda sınır dışı edilmeleri mümkün görülmeyen yabancılar arasına mavi kartlılar alınmamıştır. Bu tercihin mavi kartlıların sınır dışı yasağına tâbi tutulmayacağını ortaya koyan bir gerekçe olduğu kanısındayız.

İlave olarak, mavi kart statüsünün ihdas amacı, mavi kartlı yabancılardan sınır dışı etme konusunda vatandaş muamelesi görmemesi gerektiği sonucuna götürür mahiyettedir. Bahse konu mesele amaçsal yorum metoduyla değerlendirildiğinde, mavi kart statüsünün getirilişindeki temel amacın bunu doğruladığı görülür. Mavi kartlı yabancılardan kişi dokunulmazlığı konusunda diğer yabancılardan farklı olarak vatandaş gibi sınır dışı yasağına tâbi tutulması gerektiği salt lafzi yorumdan hareketle düşünülebilir. Bununla birlikte, mavi kart statüsünün, Türkiye'den sınır dışı edilmesini gerektiren bir hâl içinde bulunan bir mavi kartlıya aynı durumda bulunan diğer yabancılardan farklı bir imtiyazlı statü tanıyarak ülkede kalmasını temin etme sonucunu doğuracak bir saikle ihdas edilmediği kanısındayız. Zira mavi kart, sahiplerine ikamet ettikleri yabancı ülkelerde o devletin vatandaşı sıfatıyla hayatlarını sürdürürken, aynı zamanda Türkiye'yle olan bağlarının muhafazasını sağlayan ülkeye giriş, ülkede ikamet, çalışma, ticarî faaliyette bulunma, taşınmaz alım satımı, miras, seyahat, eğitim-öğretim gibi konularda vatandaş muamelesi görme olanağı sunmaktadır. Açıklanan sebeplerle, idarî uygulamanın aksine idarî yargı kararlarında mavi kartlıların, Türk vatandaşlarıyla kişi dokunulmazlığı konusunda aynı muameleyi görecektiklerini gerekçe gösterilerek sınır dışı edilmelerinin mümkün olmadığına hükmedilmesi isabetten uzaktır.

Kaynakça

- Akbulut M, *Türk Yabancılar Hukukunda İdari Gözetim* (On İki Levha, 2020)
- Akgüner T, 'Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler' (1985) 6(13) İHİD 13-16
- Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2019)
- Altıntaş E H, 'Doğumla Türk Vatandaşı Olup Çıkma İzni ile Türk Vatandaşlığından Ayrılan Kişilerin (Mavi Kart Hamillerinin) Sosyal Güvenlik Hakkı' (2019) 2 YBHD 391-434
- Arslan U, 'Milli Güvenlik Kavramı ve Kavramın Türkiye'de Hukuksallaşması Süreci' (2022) 5(1) NEÜHFD 183-212
- Asar A, *Yabancılar Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2017)
- Atakan A, 'Kamu Düzeni Kavramı' (2007) 13(1-2) MÜHF-HAD 59-136
- Atay E E, *İdare Hukuku* (4. Baskı, Turhan 2014)
- Aybay R, 'Bir İnsan Hakkı Sorunu Olarak Sınır Dışı Edilme' (2003) 2 MÜHFD 100-117 (İnsan Hakkı)
- , 'İzin Alarak Türk Vatandaşlığıyla İlişği Kesilenlerin Türkiye'deki Hakları' (2004) 52 TBBD 100-117 (İzin)
- , *Yabancılar Hukuku* (2. Baskı, Bilgi Üniversitesi 2007) (Yabancılar)
- Aygül M, 'Vatandaşlığı Çıkma İzni Alarak Kaybedenlerin Kamu Görevine Girme Yasağı' (2010) 14(1) GÜHFD 31-60
- Baran Çelik N, 'Türkiye'ye Giriş Yasağı', (2021) 16(199-200) BÜHFD 609-656
- Bayata Canary A, 'Sınır Dışı Etme İşlemi ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Çatışan Menfaatler ve Esas Alınan Ölçütler' (2023) 56 TAAD 177-202
- Bayraktaroğlu Özçelik G, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2013) 108 TBBD 211-258
- Boz S S, Özdemir Y, Nacak M, Bölükbaşı M O, Öndin H B ve Ulusoy S, *İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları* (Adalet 2020)
- Can H, *Mavi Kartlı Yabancılar* (2. Baskı, Adalet 2023)
- Cin M, 'Türk Vatandaşlığını Çıkma İzni Alarak Kaybeden Kişilerin Türkiye'de Çalışma Hakkı' (2004) 24 MHB (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan) 337-352
- Çağlayan R, 'Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi' (2003) 7(3-4) EÜHFD 171-208
- Çataklı A O, 'Şahsî Eşyayı Gümrük Vergilerinden Muaf Olarak Serbest Dolaşıma Sokmak İçin Türk Vatandaşlığı Şartı ve Yabancıların Durumu' (2020) 7(22) GTD 12-31
- Çaycı S, 'Türkiye'nin Milli Güvenliği' (2016) 65(4) AÜHFD 3327-3344
- Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (27. Baskı, Beta 2022)
- Çınar B, *Devlet Güvenliği İstihbarat ve Terör* (Sam 1997)

- Dardağan Kibar E G, 'Türk İdari Yargısında Sınır Dışı Etme Kararlarının Ele Alınması' in Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük ve Katja Schneider (eds), *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 522-544 (Sınır Dışı)
- , 'Yabancı ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi' (2012) 11(2) AAÇD 53-74 (Avrupa Birliği)
- Doğan V, Yılmaz A Ç ve Ayhan İzmirli L, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (19. Baskı, Rehber 2023) (Vatandaşlık)
- , *Türk Yabancılar Hukuku* (7. Baskı, Savaş 2023) (Yabancılar)
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (5. Baskı, Beta 2018)
- Erdem B B, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (9. Baskı, Beta 2022)
- Erdoğan İ N, *Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Yargı Yolu* (Yetkin 2023)
- Ergül E, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme* (Yargı 2012)
- Erkan M, 'Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılmasında 'Milli Güvenlik' ve 'Kamu Düzeni' Kavramlarının İncelenmesi' in Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler* (Savaş 2019) 17-38
- Erten R, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme' 2015 19(1) GÜHFD 3-51 (Yabancılar)
- , *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Yetkin 2017) (Yetki)
- , 'Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması Yollarında Aranan Ortak Şart: Millî Güvenlik Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hâli Bulunmamak' (2020) 40(2) PPIL (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1351-1371 (Vatandaşlık)
- Ganiyeva S, 'Mavi Kartlıların Türkiye'de Görülen Boşanma Davalarında Uygulanacak Hukuk' (2017) 23(2) MÜHF-HAD 361-388
- Goodwin-Gill G S, 'The Limits of The Power of Expulsion in Public International Law' (1975) 47(1) BYBIL 55-156
- Gözler K, *İdare Hukuku* Cilt 1 (3. Baskı, Ekin 2019)
- Gözübüyük A Ş, *Yönetmelik Yargısı* (36. Baskı, Ankara 2017)
- Günday M, *İdare Hukuku* (11. Baskı, İmaj 2017)
- Güngör G, *Tâbiyet Hukuku* (5. Baskı, Yetkin 2017)
- Kabaalioğlu H ve Ekşi N, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesi' (2004) 24(1-2) MHB (Prof. Dr. Sevin TOLUNER'e Armağan) 503-522
- Kuşçu D, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Yabancıların Sınır Dışı Edilmeleri* (On İki Levha 2017)

- Mekengeç M A, 'Evlence Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi' (2023) 43(1) PPIL 233-283
- Nomer E, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (28. Baskı, Filiz 2021)
- Okay Tekinsoy Ö, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (On İki Levha 2011)
- Öztürk N, 'Mavi Kart Hamillerinin Türk Vatandaşlarına Tanınan Haklardan Aynen Yaralanacağına İlişkin Düzenlemeye Eleştirel Bir Bakış' (2021) 41(2) PPIL 955-978
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (21. Baskı, Turhan 2021)
- Seçkin S ve Üstün G, 'İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi' (2015) 21(2) MÜHF-HAD (Mehmet Akif Aydın'a Armağan) 509-533
- Sirmen K S, 'Yabancıların Türkiye'den Sınır Dışı Edilmesine İlişkin Temel Düzenlemeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Hakkında Verdiği Örnek Kararlar' (2009) 67(3) ABD 29-45
- Sonay Evik V, 'Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu' (2013) 19(2) MÜHF-HAD (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 667-697
- Süzen B, 'Özel Statülü Yabancıların Türkiye'de Görülen Kişi Hâllerine İlişkin Davalarında Usule ve Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine İlişkin Bazı Tespitler' (2023) 29(2) MÜHF-HAD 1490-1520
- Tarman Z D, 'Türk Vatandaşlığından Ayrılan ve Yurt Dışında Yaşayanların Özel Hukuki Statüsü' in Kay Hailbronner, Bilgin Tiryakioğlu, Esin Küçük ve Katja Schneider (eds), *Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler* (Türkiye Barolar Birliği 2010) 206-230
- Tekinalp G, *Türk Yabancılar Hukuku* (7. Baskı, Beta 2003)
- Teksoy B, '6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Göre Yabancıların Vize Alma Zorunluluğu' (2013) 62(3) AÜHFD 855-908
- Turhan F, 'Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme' (2018) 8(2) SDÜHFD 1-87
- Turhan T, 'Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK md 29 üzerine bir inceleme)' (1997) 46(1) AÜHFD 41-65
- Turhan T ve Tanrıbilir F B, *Vatandaşlık Hukuku Ders Notları* (Yetkin 2010)
- Turinay F, 'Ceza Hukukunda Terör Örgütü Kavramı' (2016) 116 TBBD 39-84
- Tütüncübaşı U, 'Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni "Mavi Kart" Uygulaması)' (2011) 13(2) DEÜHFD 153-194
- Tüysüz C, *Türk Hukukunda Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi* (On İki Levha 2023)
- Ulutaş A, 'Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28'inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi' (2011) 4 ABD 177-210

- Uyanık Çavuşoğlu A, 'Türk Vatandaşlığı Kanununda 5203 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Sonrasında Türk Vatandaşlığından Çıkma' (2005) 260 YHD 21-39
- Uyanık M E, 'Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi' (2021) 9(2) KHASHFD 493-522
- Yasin M, 'Sınır Dışı Kararlarının Yargısal Denetiminde İspat Sorunları' (2022) 42(2) PPIL 561-577
- Yavuz Yayla E, 'Millî Güvenlik Kavramının Hukukî Boyutu' (2018) 12 ABÜHFD 29-78
- Yıldız F, 'Terör Örgütü Varlığının Hukuken Tespiti' (2023) 72(2) AÜHFD 563-618
- Yıldızhan Y, *İdare Hukuku* (2. Baskı, Beta 2010)

Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğu Hakkında Bir Değerlendirme^(*)

Rahime Rana SAYGIN^(**)

Doç. Dr. Raziye AKSU^(***)

Öz

Üçlü bir ilişkiyi barındıran çek, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda ödeme aracı olarak kurgulanmıştır. Çekte düzenleyen, çekin ödenmesi emrini muhataba vermektedir. Çek sebebiyle ödeme isteyen hamil, çeki muhataba ibraz eder (TTK m. 796). Dolayısıyla muhatabın çeki ve hamili inceleme imkânı bulunur. Bu bağlamda, çekte muhatap bankanın sorumluluğu incelenmiştir. Çekin düzenlenebilmesi için düzenleyen ile muhatap arasında çek anlaşması yapılır (TTK m. 783). Bu açıdan ilk olarak sorumluluk çek anlaşmasının kurulması aşaması açısından ele alınmıştır. Çek bedeli, düzenleyenin çekle işleyen banka hesabından ödenir. Bu nedenle, ikinci olarak, muhatap bankanın sorumluluğu çek bedelinin ödenmesi bakımından incelenmiştir. Bu aşamada öncelikle sorumluluk sırasıyla karşılığı bulunan ve kanunen ödenmesi gereken çekin ödenmemesi durumu ile kanuni ödeme yükümlülüğüne aykırı davranılması durumu açısından ele alınmıştır. Bunun yanı sıra, çeki düzenleyene çekten cayma imkânı tanınmıştır (TTK m. 799). Bu sebeple, muhatap bankanın sorumluluğu bakımından bu düzenleme irdelenmiştir. Bu çalışma esnasında, sorumluluk hükümlerinin yeterliği sorgulanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Çek, Muhatap Banka, Çek Anlaşması, Çekten Cayma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.04.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 18.09.2024.

Atıf Şekli: Rahime Rana Saygın ve Raziye Aksu, 'Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğu Hakkında Bir Değerlendirme' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1615, 1662.

DOI: 10.52273/sduhfd..1472844.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: rahimeranasaygin@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8755-7781>.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: raziye_aksu1905@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2245-863X>.

An Evaluation About the Liability of the Drawee Bank in the Check

Abstract

Check, which contains a three-party relationship, is regulated as payment instrument in Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC). In a check, the drawer orders the payment of the check to the addressee. The holder, wants payment due to the check presents it to the drawee (TCC Art. 796). Therefore, the drawee has opportunity to examine the check and its holder. In this context, the liability of the drawee bank in the check was examined. In order for the check to be issued, a check agreement is made between the issuer and the drawee. In this respect, firstly, the liability was discussed in terms of the establishment of this agreement. The check amount is paid from the bank account of the drawer operating with the check. Therefore, secondly, the liability was discussed in terms of the payment of the check. At this stage the liability was discussed sequentially in terms the case of non payment check that have provision and must be paid, and the case of violating the legal payment obligation. the drawer of the check has been granted the opportunity to withdraw from the check (TCC Art. 799). Therefore, this provision was examined in terms of the liability of the drawee bank. During this study, adequacy of the provisions of the liability were questioned.

Keywords

Check, Drawee Bank, Check Agreement, Withdraw from the Check.

Extended Summary

Check, one of the bills of exchange, is regulated in Art. 780 and following of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC). Check, which has a triple relationship, is regulated as a payment instrument in the TCC. Accordingly, the issuer gives the order for payment of the check to the drawee bank. In this context, the holder who wants payment due to the check presents the check to the drawee bank (TCC Art. 796). Therefore, the drawee bank has the opportunity to examine the check and its holder. In this context, in this study, the liability of the drawee bank in the check was examined. According to this, in order for a check to be drawn up, there must be an express or implied agreement between the drawee and the issuer that the issuer will have the right to dispose of this check by issuing a check (TCC Art. 783/1). In this context, first of all, the liability of the drawee bank during the establishment of the check agreement was discussed. While the drawee bank fulfills the duties and obligations given to them in the Check Law No. 5941 (CL) regarding opening a check account, it investigates whether the person who wants to open a check account is banned or not, in accordance with the provisions of this Law. While the drawee bank fulfills the duties and obligations given to it in the CL regarding opening a check account, it investigates whether the person who wants to open a check account is banned in accordance with the provisions of this Law; It also shows the necessary care and attention in determining the economic and social situation of the person concerned. Every trader must act like a prudent businessman in all his business activities (TCC Art. 18/2). In CL Art. 2/1, the drawee bank's duty of care arising from TCC Art. 18/2 is repeated. There are no clear criteria set for the drawee bank's obligation to determine the economic and social status of the person who wants to open a checking account. This obligation should not be interpreted in a way that would result in restricting the parties' freedom of contract, although this is not foreseen in the TCC. In this context, the obligation to determine the economic and social situation should not be interpreted as requiring the person who wants to open a checking account to have high financial capability or to be engaged in trade. The drawee bank, which acts contrary to the obligation stipulated in CL Art. 2/1, will be liable to the check holder in accordance with the provisions of tort. In order for the drawee bank to be held liable, it is not necessary for it to have exhausted its right to apply against its debtors. Because the check holder's right to apply to the drawee bank is independent of the right to apply to the debtors. Within the scope of this liability, the drawee bank may have to pay the entire check amount. Because, as a rule, the one who causes the tort pays all the damage incurred. If the holder is at fault in causing the damage, the liability of the drawee bank should be reduced in proportion to this fault (Turkish Code Obligations No 6098 Art. 52). The drawee bank will pay the check amount from the issuer's bank account that works with the check. In this respect, secondly, in our study, the liability of the drawee bank during the payment of the check is included. Here, first of all, the liability of the drawee bank in case the check that have provision and must be paid by law is not paid was examined. Then, the situation where the drawee bank violated its legal payment obligation was discussed. The drawee bank is obliged to pay the holder other than the presenter, up to the legal guarantee amount stipulated by law, for each check leaf presented within the due date, in case there is no equivalent. The drawee bank is

obliged to complete and pay this partial reserve up to the legal guarantee amount stipulated in the law, provided that it does not exceed the check value for each check leaf with partial reserve (CL Art. 3/3). The drawee bank that does not fulfill this obligation has liability to the issuer arising from breach of contract. In addition, issuer was given the opportunity to withdraw from the check. Withdrawal from the check becomes effective only after the submission period has passed. If the check has not been withdrawn, the drawee may still pay the check after the presentation period has elapsed (TCC Art. 799). If the withdrawal of the check has any effect and consequences, the drawee bank should not pay the check amount to the holder. Despite this, the drawee bank who pays the check amount to the holder is liable to the issuer.

Giriş

Günlük hayatta nakit paraya ulaşmada veya nakit parayı taşımada yaşanan sıkıntılar sebebiyle bunlara alternatif olarak kambiyo senetleri kullanılmaktadır. Bu senetlerden biri de içeriğinde üçlü bir ilişkiyi barındıran çekdir [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK¹) m. 780]. TTK'nin kurgusunda çek, ödeme aracı olarak tasarlanmıştır². Zira çekte vade yoktur ve TTK'de kısa ibraz süreleri öngörülmüştür (TTK m. 795; 796). Dünya genelinde, nakit dışı diğer ödeme araçlarının yaygınlaşmasıyla çek kullanımı azalma eğilimindedir³. Oysa bu eğilimin aksine Türkiye'de çek kullanımı dramatik olmasa da artış göstermektedir. Bununla birlikte, ülkemizde karşılıksız çek sorunsalı da varlığını sürdürmektedir⁴. Kanun koyucu, bu sorunsalı önlemek için çek hamilini koruyucu bir takım düzenlemeler getirme gereği duymuştur. Muhatap bankaya çekten doğan sorumluluklar yüklemesinin başlıca nedenlerinden birini de bu gereksinim oluşturur⁵. Muhatap bankanın çekten doğan sorumluluğuna, hem TTK hem de 5941 sayılı Çek Kanunu'nda (ÇekK⁶) da yer verilmiştir. Buna göre, çekte öncelikle çeki düzenle-

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

² Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayınları 2021) 47; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (26. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 222; ÇekK'de ileri düzenleme tarihli çeki cevasz verilerek bu kurguya aykırı davranıldığına ilişkin bkz. Ali Haydar Yıldırım, 'Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 21 (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91, 93 vd.

³ 2012-2021 dönemi açısından Türkiye dahil 20 ülkede çekin nakit dışı ödemeler içindeki payını değerlendiren çalışma için bkz. Antar Diallo and Oz Shy, 'Use of Checks in Selected Countries' (2023) 23 (1) <<https://www.atlantafed.org/-/media/documents/banking/consumer-payments/research-data-reports/2023/07/14/use-of-checks-in-selected-countries.pdf>> Date of Access 10 September 2024; çek kullanımı son 10 yılda yaklaşık %90 azalan, buna mukabil ortalama çek maliyeti sürekli artan Avustralya'da 2030 yılı itibarıyla çek kullanımı kaldırılacaktır. Bkz. <<https://treasury.gov.au/sites/default/files/2023-12/c2023-471331-cp.pdf>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; çek kullanımı 2016-2022 arası dönemde %70 azalan, buna mukabil ortalama çek maliyeti 4 kat artan Singapur'da 2025 yılı sonu itibarıyla kurumsal çek kullanımı kaldırılacaktır. Bkz. <<https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2023/mas-announces-end-2025-timeline-to-eliminate-corporate-checks>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

⁴ Ülkemizin 2009-2024 dönemi bankalara ibraz edilen ve karşılıksız işlemi yapılan çek bilgileri için bkz. <https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/4393/Bankalara_Ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Temmuz_2024.pdf> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024.

⁵ Müge Tekil, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu* (Beta 1997) 2; Sefer Oğuz, 'Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları' (2022) 10 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371, 373.

⁶ Çek Kanunu, Kanun Numarası: 5941, Kabul Tarihi: 14.12.2009, RG 20.12.2009/27438.

yen ve muhatap banka arasında çek anlaşması yapılır (TTK m. 783). Bunun üzerine muhatap banka, çek hesabı sahibine çek defterini teslim eder. Kanun koyucu güven kurumu olan bankaların çek hesabı açıp çek defteri verdiği müşterisini özenli bir şekilde seçmesini istemiştir. Böylece hamilin korunması amaçlanmıştır. Çek hesabı sahibi günlük hayatta borçlarının ifası için çekle ödeme yapmak isteyecektir. Kendilerine çekle ödeme yapma talebinde bulunulan kişiler, çekin üzerinde bir bankanın ismini gördükleri için çekle ödemeye olan güvenleri artmaktadır. Çek hesabı sahibinin çek düzenlemesi, muhataba çekin bankada bulunan kendi çek hesabından ödenmesi üzerine talimat vermesidir (TTK m. 780). Hamil, ibraz sürelerine uyararak çeki ödenmesi amacıyla muhatap bankaya ibraz eder. Başka bir deyişle, çekte ödeme emri muhatap bankaya verildiği için, hamil, muhataba çeki usulüne uygun şekilde ibraz ederek ödeme talep edecektir. Bu aşamada, muhatap banka, düzenleyenin hesabında bulunan karşılığı öder. Şayet çekle işleyen hesapta yeterli karşılık yoksa, hamil gerekli işlemleri yaparak diğer borçlulara gidebilecektir. Çekin ödenmesi aşamasında, çekin borçlusu düzenleyen olmasına rağmen, ödeme talep eden hamille ve muhatapla karşılaşılır. Bu noktada, muhatap bankaya TTK ve ÇekK ile belirli bazı işlemleri yaparak çeki ödeme veya ödememe yükümlülüğü getirilmiştir. Dolayısıyla çekte muhatap banka, çek ilişkisinde çek defterinin verilmesinden çekin ödenmesi aşamasına kadar aktif rol oynar. Bu bağlamda, bu çalışmada çekte muhatap bankanın sorumluluğu hakkında bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Çekte Muhatabın Belirlenmesi

Çekin unsurlarından biri ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanıdır (TTK m. 780/1-c). TTK m. 780/1-c’de ödeyecek kişi ve muhatap ibaresi bir arada kullanılmıştır. Bunun nedeni, çeklerde ödemenin ödeme yeri kanununa göre yapılması (TTK m. 819) ve bazı ülkelerde çeki ödeyecek kişinin gerçek kişi olabilmesinin de mümkün olmasıdır⁷. Buna karşılık, Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap ancak banka olabilir. Diğer bir kişi üzerine düzenlenen çek yalnız hava vade hükmündedir (TTK m. 782). TTK m. 815 uyarınca Türkiye’de ödenecek çeklerde banka, 5411 sayılı Bankacılık Kanununa (BankK⁸) tabi olan kuruluşlardır. BankK m. 3’te bu kuruluşların mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankaları olduğu düzenlenmiştir. Bankalar ancak anonim şirket şeklinde kurulabilir (BankK m. 7). Bu sebeple, bankalar tacir sıfatını haiz

⁷ Öztan (n 2) 228.

⁸ Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 01.11.2005/25983.

olup ticaret unvanı kullanmakla yükümlüdür (TTK m. 16; 39). Çekte ödeme emri muhatap bankaya verilir. Çekin üzerinde muhatap olarak ilgili bankanın unvanı ayrıca belirtilir. Bu sayede, çeki eline alan herkes muhatap bankayı görür. Çek defterleri bankalarca bastırılır (ÇekK m. 5/2). TTK'de yer alan çekin şekline ilişkin unsurlar çeklerin basımında göz önüne alınır. Bu nedenle, matbu bir çek formunda muhatap bankanın unvanı basılı şekilde yer almaktadır. Dolayısıyla çek ilişkisinde taraflardan birini banka oluşturmaktadır. Keza bankalar, tacir olduğu için bankaların çeki ilişkin faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir (TTK m. 18). Bu sebeple, kanaatimizce, söz konusu iki faktör aşağıda inceleyeceğimiz muhatap bankanın sorumluluğu hususunda yorum yapılırken ışık tutucu olmalıdır.

II. Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğu

A. Çek Anlaşmasının Kurulması Aşamasında

1. Genel Olarak

Bir çekin düzenlenmesi için, muhatabın elinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunması ve düzenleyenin bu karşılık üzerinde çek düzenlemek suretiyle tasarruf hakkını haiz olacağına dair muhatapla düzenleyen arasında açık veya zımni bir anlaşma bulunması şarttır. Ancak, bu hükümlere uyulmaması halinde senedin çek olarak geçerliliği etkilenmez (TTK m. 783/1). Buna göre, bir çekin düzenlenmesi için, öncelikle düzenleyen ile muhatap banka arasında çek anlaşması yapılmalıdır. Bu sözleşme, her iki tarafa borç yükler⁹. Çek anlaşmasıyla muhatap banka, düzenleyene karşı kendi üzerine çekilen çekleri ödemeyi yüklenir. Buna karşılık düzenleyen, temel olarak muhatabın ödediği meblağları ona geri ödemeyi taahhüt eder¹⁰. Bunun için düzenleyen, muhatap bankada bir çek hesabı açtırır. Bu hesapta çek bedelinin ödeneceği karşılığı bulundurur. Örneğin Rana Saygın ile X Bankası Anonim Şirketi arasında çek anlaşması yapılmıştır. Bu kapsamda, X Bankası Anonim Şirketi bünyesinde Rana Saygın'a bir çek hesabı açılır. Bu durumda muhatap bankanın yükümlülüğü, Rana Saygın'a bir çek defteri/karnesi vermek ve hamil tarafından bankadan

⁹ Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10. Bası, Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü 2021) 341; Öztan (n 2) 246; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019) 328.

¹⁰ Ali Aylı, *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri* (Seçkin Yayıncılık 2019) 56; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitabevi 1997) 1086; Öztan (n 2) 243.

ödeme istendiğinde, Rana Saygın'ın hesabında çekin üzerinde yazan bedelin karşılığı varsa bunu ödemektir. Bununla birlikte, çek hesabı sahibi, bankanın daha önceden tanıdığı hatırlı müşterisi olabilir. Çekle işleyen hesapta para olmasa bile banka, müşterisi için çek bedelini ödeyebilir. Dolayısıyla karşılık, muhatap bankanın düzenleyen lehine açtığı ve çek düzenlemek suretiyle tasarrufuna imkân tanıdığı kredi de olabilir¹¹.

Çek anlaşmasının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, çek anlaşmasının hukuki niteliği üçüncü kişi yararına sözleşmedir¹². Bu görüşe göre çek anlaşması lehtar lehine yapılmıştır. Bu nedenle lehtar, çek anlaşmasına dayanarak çek bedelini doğrudan muhatap bankadan talep edebilir¹³. Bu görüş öğretide eleştirilmiştir. Öncelikle hamilin çek bedelini doğrudan muhataptan talep etmesi mümkün değildir. Çünkü çekte kabul yasaktır¹⁴. Bunun yanı sıra, çek anlaşmasının konusu sadece muhatap ile düzenleyen arasındaki ilişkidir¹⁵. Çek anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin öne sürülen diğer bir görüş vekalet sözleşmesi görüşüdür. Bu görüş doğrudan benimsenirse de çek anlaşmasının vekalet sözleşmesine benzeyen yönleri olduğu ileri sürülmüştür¹⁶. Bu yönler her iki sözleşmede de karakteristik edimin iş görme borcu olması¹⁷ ve çek anlaşmasının ücret kararlaştırılmayan vekalet sözleşmesi gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşımasıdır¹⁸. Türk öğretisinde hâkim görüş¹⁹ çek anlaşma-

¹¹ Ayli (n 10) 53-54; Bozer ve Göle (n 9) 350; Faruk Erem, Turgut Kalpsüz ve Gürkan Çeliban, *İktisadi ve Hukuki Yönden Çek* (2 Basım, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları 1974) 102; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 68; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel 1999) 270; Öztan (n 10) 1084; Öztan (n 2) 242; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 328; Tekil (n 5) 25.

¹² Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku III - Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Baskı, 1970) 267, 281; Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler* (1975) 275.

¹³ Erem, Kalpsüz ve Çeliban (n 11) 39; Öztan (n 10) 1092.

¹⁴ Erem, Kalpsüz ve Çeliban (n 11) 39; Öztan (n 10) 1092; çekte kabul yasağından ötürü muhatabın kambiyo ilişkisine dahil olmadığı ve bu nedenle hamilin kambiyo hukukuna dayalı olarak muhataba karşı talep hakkına sahip olmadığı için çek anlaşmasının üçüncü kişi lehine olamayacağı yönünde bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 86.

¹⁵ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 86; Kınacıoğlu (n 11) 268; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 327-328.

¹⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 85; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayınları 2022) 283; Ahmet Özsoy, 'Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2020) 18-19; Poroy ve Tekinalp (n 11) 332; Tekil (n 5) 17; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 326.

¹⁷ Tekil (n 5) 17; Özsoy (n 16) 19.

¹⁸ Özsoy (n 16) 18-19.

sının kanunda öngörülen sözleşme tiplerine uymayan kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu yönündedir. Bu görüşe göre çek anlaşmasına niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK²⁰) m. 502/2].

Kanaatimizce çek anlaşması tam üçüncü kişi lehine sözleşme değildir. Zira üçüncü kişi lehine sözleşme; taraflarının kendi adına hareket ettikleri ve bir temsil ilişkisi söz konusu olmadığı halde borçlunun edimini üçüncü kişiye ifa etmekle yükümlü olduğu sözleşmedir²¹. Bu sözleşmeyi düzenleyen temel norm olan TBK m. 129 uyarınca üçüncü kişi lehine sözleşme bağımsız bir sözleşme türü değil, genel bir kavramdır²². Üçüncü kişinin bağımsız bir alacak hakkı ve buna bağlı olarak ifayı talep yetkisi varsa tam üçüncü kişi lehine sözleşme, yoksa eksik üçüncü kişi lehine sözleşme söz konusudur²³. Bu bağlamda, üçüncü kişi lehine sözleşmede üçüncü kişinin talep hakkına sahip olmasının sebebi bu sözleşmedir. Oysa çekte hamil, çek anlaşmasına dayanarak muhataptan çek bedelini talep edemez. Hamil, düzenleyenin düzenlemiş olduğu çekten ve buna TTK'de sonuç bağlanmasından dolayı bu hakkı haizdir. Nitekim çek anlaşması muhatap ve düzenleyen arasında nispi bir ilişkiyi konu edinmektedir. Bunun yanı sıra, çek anlaşmasının hukuki niteliği vekalet sözleşmesi de değildir. Buna göre, vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi bir işlemi yapmayı taahhüt ettiği sözleşmedir (TBK m. 502/1). Vekalet sözleşmesinde vekil, vekalet veren adına hareket etmektedir. Buna karşılık, çekte muhatap zorunlu bir unsur olup muhatap banka düzenleyen değil kendi adına işlemleri yapar. Keza muhatap banka, düzenleyenin verdiği her talimatla bağlı değildir. Örneğin muhatap bankanın düzenleyenin ibraz süresi içinde verdiği cayma talimatına uyma yükümlülüğü yoktur (TTK m. 799/1) ve bu süre içinde ibraz edilen çeki öder. Dolayısıyla muhatap bankanın asil sıfatıyla hareket etmesi,

¹⁹ Öztan (n 10) 1097; Öztan (n 2) 247; Ayli (n 10) 61; Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016) 1012; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 85; Kendigelen ve Kırcı (n 16) 283.

²⁰ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

²¹ Oğuz Sadık Aydos, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 159.

²² Üçüncü kişi yararına sözleşme, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkide isimli- isimsiz, tipik- atipik her türlü sözleşme türünü içerebilir. Bkz. Ayşen Çilenti Konuralp, 'Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme' (2020) (146) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 153, 158.

²³ Aydos (n 21) 159-160; Çilenti Konuralp (n 22) 156-157.

düzenleyenin kendi üzerine çek düzenleyebilmesi ve ibraz süresi içinde verilen çekten cayma talimatının muhatap bankayı bağlamaması (TTK m. 799) çek anlaşmasının vekalet sözleşmesinden ayrılan yönleridir²⁴.

Kanaatimizce çek anlaşması kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme de değildir. Zira kendine özgü sözleşmeler kanunda düzenlenmez²⁵. Nitekim kendine özgü sözleşmelerde taraflar, kanunda düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içermeyen, bunlar dışında kendilerinin öngördükleri yeni unsurları, yeni bir sözleşme yaratmak amacıyla bir bütünlük içinde bir araya getirirler²⁶. Oysa çek anlaşmasının tarafları ve tarafların asli edim yükümlülükleri TTK m. 783'te açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, çek anlaşmasının kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olduğundan bahisle niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği belirlenmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü kendine özgü (*sui generis*) sözleşmelere, kanunda düzenlenmemeleri²⁷ ve özel hükümlerde düzenlenmiş yasal sözleşme tiplerine ait herhangi bir esaslı unsura sahip olmamaları²⁸ nedeniyle özel hükümler uygulanmaz²⁹. Dolayısıyla çek anlaşmasına, anlaşmanın niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Başka bir deyişle, bir sözleşme, kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olarak nitelendiriliyorsa, bu sözleşmede boşluk bulunduğu durumda Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri uygulanmaz. Çünkü söz konusu sözleşmelerde, bu kıstmda düzenlenmiş yasal sözleşme tiplerinin içerdiği herhangi esaslı bir unsur mevcut olmadığı için, bu sözleşmeler kendine özgü olarak nitelendirilmektedir³⁰.

Kanaatimizce, çek anlaşması kanunda düzenlenmiş isimli bir sözleşmedir. Zira isimli sözleşmeler, Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri kısmında veya

²⁴ Erem, Kalpsüz ve Çeliban (n 11) 38; Öztan (n 10) 1094.

²⁵ Saibe Oktay, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) 55 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 263, 275-276.

²⁶ Fikret Eren, 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar' in Derya Ateş ve Alper Bulur (eds), *Turgut Akıntürk'e Armağan* (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2008) 99; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I (Vedat Kitapçılık, 2008) 13.

²⁷ Oktay (n 25) 275-276.

²⁸ Eren (n 26) 100.

²⁹ Oktay (n 25) 275-276; Eren (n 26) 100; aynı tespiti, daha önce avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliği açısından yapan çalışma için bkz. Raziye Aksu, 'Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği' (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 861, 883.

³⁰ Eren (n 26) 100.

özel bir kanun tarafından düzenlenir³¹. Burada önemli olan husus, sözleşmenin esaslı unsurlarının kanun tarafından düzenlenmesidir. Yoksa kanun koyucunun bir sözleşmeyi sadece adlandırması o sözleşmeyi isimli sözleşme yapmaya yetmez³². Bu bağlamda, TTK m. 783'te çek anlaşmanın tarafları belirlenmiştir. Buna göre, çek anlaşması çek hesabı sahibi ile muhatap banka arasında yapılmaktadır. Bunun yanı sıra, tarafların asli edim yükümlülükleri de kanunda açıkça düzenlenmiştir. Nitekim çek anlaşmasıyla muhatap banka, düzenleyene karşı kendi üzerine çekilen çekleri ödemeyi yüklenir. Buna karşılık düzenleyen, temel olarak muhatapın ödediği meblağları ona geri ödemeyi taahhüt eder.

2. Sorumluluğu Doğuran Durumlar

a. Genel Olarak

Kanun koyucu, çek anlaşmasının kurulması sırasında muhatap bankaya³³ yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bunları yerine getirmemesi muhatap bankanın hukuki sorumluluğuna yol açar. Muhatap bankanın, çek hesabı açılması ile ilgili olarak ÇekK'de kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken belirli bir şekilde davranış tarzında bulunması gerekir. Buna göre muhatap banka, çek hesabı açtırmak isteyeninin yasaklı olup olmadığını bu Kanun hükümlerine göre araştırır; ayrıca ilgilinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterir (ÇekK m. 2/1). Bu düzenleme ile muhatap banka açısından özel bir özen yükümlülüğü öngörülmüştür. Bunlar çek hesabı açtırmak isteyeninin yasaklı olup olmadığını araştırılması ile bu kişinin sosyal ve ekonomik durumunun belirlenmesidir. Böylece sahte kimlikle çek hesabı açılmasının ve kötü niyetli kişilerin çeki dolandırıcılık aracı olarak kullanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Zira bir dönem hayali kişiler adına dahi çek hesabı açılmış ve bankalar bir şekilde buna göz yummuşlardır³⁴.

Öğretide bir görüşe göre, ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırı davranan muhatap bankanın sorumluluğu, çek hesabı açıldığı zaman açısından geçerli olup, sonradan değişen durumlar için muhatap bankanın sorumluluğuna

³¹ Oktay (n 25) 263.

³² Oktay (n 25) 264-265.

³³ Bankalar, çekin düzenlenmesiyle birlikte muhatap sıfatını alırlar. Anlatımı kolaylaştırmak açısından çalışmada muhatap banka ibaresi kullanılmıştır.

³⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 74.

gidilemez³⁵. Diğer görüşe göre³⁶ muhatap banka sonradan çek hesabının karşı tarafının çek defteri verilemeyecek duruma gelmesi halinde çek anlaşmasını feshederek çek defterini geri almalıdır. Çünkü çek hesabı açılması işlemi sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta³⁷ çek hesabı açıldıktan sonra hesap sahibi tüzel kişi hisselerini devretmiştir. Devirden sonra düzenlenen çeklerin karşılıksız çıktığı uyuşmazlıkta Yargıtay hisseleri devralan kişinin banka tarafından ÇekK m. 2 kapsamında araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce de muhatap banka, çek ilişkisi devam ettiği müddetçe çek hesabı sahibinin durumunu incelemelidir. Çünkü çek ilişkisi sürekli bir ilişkidir. Bu sebeple değişen durumlara göre muhatap banka özen yükümlülüğünün gereğini yerine getirmelidir. Aksini kabul, ÇekK'de öngörülen düzenlemelere aykırı davranışa da cevaz verecektir. Örneğin çek hesabı sahibi, çek hesabı açtırırken tacir çeki almış olabilir. Daha sonra iflas etmesi veya ticareti terk etmesi sebebiyle tacir sıfatını kaybetmiş olabilir. Şayet muhatap bankanın, yükümlülüğünün sözleşmenin devamında bulunmayacağı ileri sürülürse, tacir olmayan bir kişi de tacir çeki kullanmaya devam edebilecektir.

b. Muhatap Bankanın Çek Hesabı Açtırmak İsteyenin Yasaklı Olup Olmadığını Araştırma Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

ÇekK m. 5/6'da hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmiş olan kişinin, elindeki bütün çek yapraklarını ait olduğu bankalara iade etmekle yükümlü olduğu ve bu kişi adına yeni bir çek hesabı açılmayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda muhatap banka, çek hesabı açtırmak isteyen yasalık olup olmadığını araştırmakla yükümlüdür (ÇekK m. 2/1). Başka bir deyişle, muhatap banka, çek hesabı açtırmak isteyen her kişiye çek hesabı açamaz. Bu yükümlülük kapsamında muhatap bankanın çek hesabı açtırmak isteyenlere ilişkin bir takım belge ve kayıtları alması gerekir. Bunlar; yasaklılık durumuna ilişkin Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi ile adli sicil kayıtları ve açık kimliklerini saptamak için fotoğraflı nüfus cüzdanı, pasaport veya sürücü belgesi örnekleri, yerleşim yeri belgeleri, vergi kimlik numaraları, tacir olanların ayrıca ticaret sicili kayıtları, esnaf

³⁵ Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku* (2011) 115; Semih Sırrı Özdemir, 'Çek Kanunu Çerçevesinde Bankanın Hesap Açtırmak İsteyen Kişiye İlişkin Araştırma Yükümlülüğü' (2021) 70 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 761, 777; Pınar Uzun Şenol, 'Çekte Muhatap Bankanın Sorumluluğunun Kapsamı' (2013) 8 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 945, 951.

³⁶ Sezer Çabri, 'Muhatap Bankanın Çek Hesabı Açma ve Çek Karnesi Vermesi ile Bundan Doğan Sorumluluğu' (2006) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169, 175.

³⁷ Yargıtay 11 HD, E 2013/4615 K 2014/11284, 12.06.2014 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

ve sanatkâr olanların ise esnaf ve sanatkâr sicili kayıtlarıdır (ÇekK m. 2/2). Muhatap bankanın ÇekK m. 2/2'den doğan yükümlülüğüne aykırı olarak söz konusu belge ve kayıtları almaması, çek hesabı açtırmak isteyeninin yasaklı olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü de doğal olarak yerine getirememesi anlamına gelir³⁸. Başka bir deyişle, muhatap bankanın ÇekK m. 2/2'den kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı davranması dolaylı yoldan hukuki sorumluluğuna da yol açar.

ÇekK m. 2/1'de öngörülen özen yükümlülüğü kapsamında, muhatap banka, çek hesabı açtırmak isteyeninin yasaklı olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü yerine getirirken ÇekK m. 2/2'de öngörülen belge ve kayıtların ibrazı ile yetinmemelidir. Zira muhatap banka, aynı zamanda tacir olduğu için basiretli iş adamı gibi davranmalıdır (TTK m. 18). Bunun için de araştırmak, incelemek ve kendisine sunulan belgeleri diğer belgelerle karşılaştırarak teyit etmekle yükümlüdür. Buna göre, öncelikle muhatap banka ibraz edilen nüfus cüzdanı ve vergi kimlik belgesini kontrol etmelidir³⁹. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁴⁰ muhatap bankanın sahte kimliğe dayalı olarak ve özensiz davranarak çek karnesi verdiği gerekçeyle karşılıksız çıkan çek bedelini tazmin etmesi istenmiştir. Olayda muhatap banka, sadece çek hesabı sahibi şirketin müdürünün sunduğu belgelere göre çek karnesi vermiştir. Yargıtay, sunulan belgelere dayanarak çek hesabı açılmasını yeterli görmemiştir. Bunlara ek olarak hem hesap sahibinin hem de çek hesabı açacak şirket yetkilisinin adresinden ekonomik durumlarının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda, muhatap bankanın, verilen kimlik belgelerini teyit etmek için çek hesabı açtırmak isteyen kişiden farklı belge taleplerinde bulunmalıdır. Bunun yanı sıra, kişilerin nüfusa ilişkin bilgileri Merkezi Nüfus İdare Sistemi⁴¹'nde (MERNİS) yer alır. Çek hesabı açtırmak isteyen kişinin MERNİS'de bulunan adresine gidilerek ve tüzel kişinin faaliyet adresi yerinde şirketin çalışır durumda olup olmadığı tespit edilerek sunulan bilgiler kontrol edilmelidir⁴². Keza adrese kayıtlı elektrik, su faturası gibi kanıtlayıcı bilgiler aranması da faydalı olacaktır⁴³.

³⁸ Özsoy (n 16) 74.

³⁹ Yargıtay 11 HD, E 2003/6911 K 2004/1455, 19.02.2004. Karar için bkz. Reisoğlu (n 35) 128.

⁴⁰ Yargıtay 11 HD, 6885/22348, 09.12.2013; aynı yönde Yargıtay 11 HD, 12237/20101, 19.12.2014 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁴¹ MERNİS, nüfus kayıtlarının elektronik ortama aktarılarak merkezi bir yapıda tutulmasını sağlayan sistemdir. Bkz. <[https://www.nvi.gov.tr/mernis#:~:text=Merkezi%20Nüfus%20Idare%20Sistemi%20\(MERNİS\)](https://www.nvi.gov.tr/mernis#:~:text=Merkezi%20Nüfus%20Idare%20Sistemi%20(MERNİS))> Erişim Tarihi 20 Nisan 2024.

⁴² Hanife Aydın, 'Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2021) 94.

⁴³ Aydın (n 42) 94; Tekil (n 5) 49.

Çek hesabı ilgilinin, vekilin veya yasal temsilcisinin imzası olmadan açılmaz (ÇekK m. 2/3). Buna göre, muhatap banka, başkası adına çek hesabı açtırılmak isteniliyorsa, ilgili kişiye çek hesabı açtırmak üzere temsil yetkisinin verildiğine ilişkin gerekli belgeleri istemelidir. Bunun yanı sıra, çek hesabı açılmasını veya mevcut çek hesabından çek defteri verilmesini isteyen kişi, her defasında tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadığı ve kendisi hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunmadığı hususunda bankaya yazılı beyanda bulunur (ÇekK m. 2/3). Maddede çek anlaşması yapılmadan önce çek hesabı açtırmak isteyen çekte düzenleyen olacak kişiye de yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, ilgili kişi tacir veya esnaf ve sanatkâr olup olmadığını beyan etmelidir. Zira tacir olan ve tacir olmayan kişilere verilecek çekler açıkça ayırt edilebilecek biçimde bastırılır (ÇekK m. 2/6). Şayet çek hesabı açtıran kişi tacirse, çek, üzerinde banka tarafından “tacir çeki” şeklinde basılmış bir ibareyle kendisine teslim edilir.

Bunun yanı sıra, çekte düzenleyenin çek hesabı açma yasağı olmayabilir; ancak çek hesabı açma yasağı bulunan kişiler çek düzenleyebilmek için başkalarını kullanabilir. Bu yasağın dolanılmaması için çek hesabı sahibi adına imza atmaya yetkili kişiler de kendileri hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı olup olmadığına dair beyanname vermelidir. Nitekim hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı bulunan gerçek kişinin, yönetim organında görev yaptığı veya ticaret siciline tescil edilen yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri verilmez (ÇekK m. 4). Örneğin hesap açtırmak isteyen bir anonim şirkette bu şirketin yönetim kurulu üyelerinin, ticari temsilcilerinin ve özel olarak yetkilendirilmiş olan ticari vekil ile temsilcilerinin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı belirtilmelidir.

Çek hesabı açtırmak isteyen kişinin beyanname verme yükümlülüğüne karşılık muhatap bankaya da bunları talep etme yükümlülüğü getirilmiştir (ÇekK m. 2/3). Buna göre muhatap banka, gerçek veya tüzel kişi adına açılması talep olunan çek hesaplarında bunların, sermaye şirketlerinde ayrıca yönetim organında görev yapanlar ile ticaret siciline tescil edilen şirket yetkililerinin çek hesabı açma yasağının bulunmadığı hususunu kontrol eder. Yasağın bulunmadığına ilişkin sorgulama sonucunu saklar. Bankalar, çek hesabı açtıkları kişiler ile çek hesabı sahibi tüzel kişi ise hesap açılış tarihi itibarıyla tüzel kişi tarafından bildirilen işlem yetkililerini karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemine kaydeder (ÇekK m. 2/3). Keza ÇekK m. 7/3 de muhatap bankanın beyanname alma yükümlülüğü olduğunu gösterir. Hüküm uyarınca beyanname almadan veya beyannameye rağmen hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan kişiye çek defteri veren banka görevlileri hakkında adli para cezası

uygulanır (ÇekK m. 7/3). Muhatap bankanın anılan beyanname alma yükümlülüğüne aykırı davranması doğrudan hukuki sorumluluğuna yol açmaz. Bu yükümlülüğün ihlaliyle beraber, çek yasaklı olan kişiye çek defteri verilmiş yahut tacir veya esnaf olmayan kişiye tacir çeki verilmiş ise muhatap bankanın hukuki sorumluluğu söz konusu olur⁴⁴. Muhatap bankanın beyanname alma yükümlülüğüne (ÇekK m. 2/3) aykırı davranmasının ardından çek açtırmak isteyen kişiye yasaklı olup olmadığını araştırma yükümlülüğüne (ÇekK m. 2/1) de aykırı davranarak çek yasaklı kişiye çek defteri vermesi hukuki sorumluluğuna yol açar.

c. Muhatap Bankanın Çek Hesabı Açtırmak İsteyenin Ekonomik ve Sosyal Durumunun Belirlenmesi Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

i. Çek Hesabı Açtırmak İsteyen Kişinin Ekonomik ve Sosyal Durumunun Belirlenmesinde Aranacak Özen Ölçüsü

Bankanın çek hesabı açması için ilgilinin çek hesabı açma yasağının olmaması yeterli değildir. Banka, çek hesabı açmak isteyen kişinin ekonomik ve sosyal durumunu gerekli basiret ve özeni göstererek belirlemekle de yükümlüdür (ÇekK m. 2/1). Basiret yükümlülüğü; amaca uygun olarak tedbirli, sağduyulu davranmak ve gerçeği değerlendirmek anlamına gelir⁴⁵. Özen yükümlülüğü; özellikle belgelerin eksiksiz ibrazının sağlanması, yüzlerinden incelenmesi, saklanması, gereğinde ibrazı kapsamında gösterilecek dikkati ifade eder⁴⁶. ÇekK genel gerekçesinde çekle işleyecek hesaplarda bankaların özen yükümlülüğünün artırıldığı ifade edilmiştir. Öğretide bir görüşe göre⁴⁷ ÇekK m. 2/1, muhatap bankaya çek hesabı açarken TTK m. 18/2'ye göre artırılmış bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Zira çek hesabı açarken muhatap bankaya tıpkı bir kredi müşterisini araştırmada olduğu gibi basiret ve özen sorumluluğu öngörülmüştür⁴⁸. Keza çek hesabının açılması ile diğer bankacılık faaliyetleri arasında ayırım yapılmıştır⁴⁹. Buna karşılık, diğer görüşe göre⁵⁰ ÇekK m. 2/1'de öngörülen özen

⁴⁴ Özsoy (n 16) 77-78.

⁴⁵ Poroy ve Tekinalp (n 11) 385.

⁴⁶ Poroy ve Tekinalp (n 11) 386.

⁴⁷ Mehmet Türcan, 'Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2021) 78-79; Oğuz (n 5) 378.

⁴⁸ Oğuz (n 5) 378.

⁴⁹ Türcan (n 47) 78-79.

⁵⁰ Bozer ve Göle (n 9) 343; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 74; Öztan (n 10) 1088; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi- IV* (Temel Yayınları 1990) 777; Çabri (n 36) 173.

yükümlülüğü, bu düzenleme öngörülmeseydi de zaten mevcuttur. Zira BankK m. 7/1-a uyarınca, anonim şirket olarak kurulmak zorunda olan bankalar, tüzel kişi tacir sıfatını haizdir (TTK m. 16/1). Bu bağlamda bankaların zaten ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir (TTK m. 18/2). Benzer yönde başka bir görüş⁵¹ ÇekK m. 2/1'in TTK m. 18/2'nin tekrarı olduğunu kabul etmekle birlikte bu tekrarın amacı üzerinde durmuştur. Bu tekrar ile basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gereken muhatap banka, müşterilerinin çek hesabının üçüncü kişiler nezdinde zarara yol açabileceği düşünülerek çek hesabı ile normal hesabı ayırt etme hususunda uyarılmaktadır. Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda⁵² bu yükümlülüğü açıklarken bankanın tacir olmasından kaynaklı basiretli davranma zorunluluğuna dayanmıştır. Bu kapsamda bankanın, güven kuruluşu olması ve objektif özen sorumluluğu ışığında çek hamillerini koruyacak her türlü tedbiri almak zorunda olduğu sonucuna varmıştır.

Kanaatimizce ÇekK m. 2/1'de öngörülen özen yükümlülüğü, TTK m. 18/2'den daha farklı bir özene işaret etmemektedir. Aksine ÇekK m. 2, muhatap bankanın TTK m. 18/2'den kaynaklı özen yükümlülüğünü tekrarlar. Zira basiret, gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sağgörü, vizyon anlamına gelir⁵³. Basiretli tacir gibi hareket etme (TTK m. 18/2), tacirin ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde herhangi bir kişiye kıyasla daha dikkatli, tedbirli ve öngörülü bir biçimde hareket etmesidir⁵⁴. Basiretli iş adamı gibi davranmak, tacirin sözleşmesel veya sözleşme dışı (TTK m. 20) iş görme ve hukuki ilişkilerine dayalı bütün ticari faaliyetlerindeki kusur bakış açısı altındaki özeninin ölçü-

⁵¹ Tekil (n 5) 47; Aydın, ÇekK m. 2/1'in TTK m. 18/2'nin tekrarı olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, yazar, ÇekK m. 2/1'in amacının muhatap bankanın çek hesabı açarken normal hesap açma işlemine nazaran daha fazla dikkat ve özen göstermesi gerektiğini vurgulamak olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Aydın (n 42) 94; iki hüküm arasındaki ilişkiye değinmek için ÇekK m. 2/1'in çek hesabı açılmadan önce çek hesabı sahibinin hakkında kredi müşterisi gibi araştırma yapılmasını amaçlandığına ilişkin bkz. Reisoğlu (n 35) 113.

⁵² Yargıtay 11 HD, 7007/16915, 05.11.2014; Yargıtay HGK, E 2017/411 K 2019/962, 26.09.2019 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁵³ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

⁵⁴ Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 153; Gamze Çakı Çiftçi, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliğinin Kişi Bakımından Uygulanması' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879, 880; basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği göz önünde tutularak tedbirli ve ileriye makul/mutad bir oranda gören tacirin davranışını ifade eder. Bkz. Hamdi Yasaman ve Reha Poroy, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 179.

sünü ifade eder⁵⁵. Bu ölçü subjektif değil, objektif bir özen ölçüsüdür⁵⁶. ÇekK m. 2’de getirilen basiret ve özeni gösterme yükümlülüğü de objektif bir özen yükümlülüğünü ifade eder. İki düzenleme arasında bu açıdan bir farklılık bulunmamaktadır. Bu kapsamda bankalar, çek hesabı açılırken, hafif kusurlarından dahi sorumludur. Nitekim Yargıtay’ın önüne gelen somut olayda⁵⁷ banka tarafından müşterisi adına talebi olmaksızın çek karnesi bastırılmış ve bu çek karnesi sevk sırasında kargoda kaybolmuştur. Kimliği belirsiz kişiler bu çek karnesinden iki adet çek düzenleyerek piyasada tedavüle sokmuştur. Bu çeklerin karşılıksız kalması nedeniyle çek bedelinin tazmini istenmiştir. Yargıtay, güven kurumu olan bankanın en hafif kusurlarından dahi sorumlu olduğu gerekçesiyle çeklerin piyasaya arzında davalı bankanın kusuru bulunduğu karar vermiştir. Keza Yargıtay’ın önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta⁵⁸ davacı ile aynı evde kalan ve kendisini oymuş gibi tanıtan kişi, davacının nüfus cüzdanını bulunduğu yerden izinsiz almıştır. Daha sonra bu kişi, davacının nüfus cüzdanındaki fotoğrafının yerine kendi fotoğrafını koymuştur. Hesaptaki parayı çekmek amacıyla davacının hesabının bulunduğu şube dışında başka bir şubeye başvurmuştur. Bu şube tarafından imzanın benzemediğinden bahisle hesabın bulunduğu şubeden provizyon talep edilmiştir. Çekle işleyen hesabın bulunduğu banka şubesi, imza örneği tutmadığı için provizyon vermemiştir; ancak, bizzat bu kişinin başvurması üzerine imzanın benzemediğini tespit etmesine rağmen işlem yapmıştır. Yargıtay, bankanın anılan şekilde davranması ve ayrıca en basit tedbirlere dahi başvurmamasını açıkça objektif özen yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirmiştir. Çünkü banka çalışanları, imzanın gözle fark edilir derecede benzemediği hususunu tespit etmesine rağmen bankanın sistemine yüklenmesi gereken davacının nüfus cüzdanı ve fotoğrafını karşılaştırması veya davacıya telefon, faks vs. ile durumu duyurmak suretiyle basiretli bir tacir gibi sahteciliği önleyici tedbir alması mümkünken bunları yapmamıştır. Bu nedenle, Yargıtay en basit

⁵⁵ Mustafa Alper Gümüş, ‘6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/ II ‘de Yer Alan Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı Ölçütünün İyiniyetin (TMK m. 3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi’ (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1221, 1224.

⁵⁶ Yasaman ve Poroy (n 54) 179; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (n 54) 153; Çakı Çiftçi (n 54) 881; Mahmut Kizir, ‘Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi’ (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 245, 248.

⁵⁷ Yargıtay 11 HD, E 2015/13317 K 2016/3073, 21.03.2016 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁵⁸ Yargıtay HGK, E 2017/153 K 2019/916, 19.09.2019 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

tedbirlere dahi başvurmayan bankanın oluşan zarardan sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yargıtay somut olayda davacının kaldığı ve çalıştığı ortam gözetildiğinde nüfus cüzdanı ile hesap cüzdanını gereği gibi sakladığını ve bankayı dolandırmak için iş birliği yaptığının ispat edilemediğini ifade etmiştir. Yargıtay itimat kurumu olan bankaların aldıkları mevduatı sahtecilere karşı özenle korumaları gerektiği ve bu konuda objektif özen yükümlülüğü gereği hafif kusurlarından dahi sorumlu olmaları gerekçesiyle bankanın zarardan sorumlu olduğu ve zarar görenin ortak kusurunun bulunmadığının da kabulü yönünde karar vermiştir.

Özen kavramı, bir ihmal ölçütü olarak iyiniyet kavramının tespitinde de işlev görür⁵⁹. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyumsuzlukta⁶⁰ banka lehine ipotek tesis edilen taşınmaz, aile konutudur. Yargıtay, bankanın tacir olması nedeniyle teminat olan taşınmazın hukuki ve fiili durumunu ve kullanma şeklini bilmesini gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle, bankanın iyiniyet iddiasının dinlenmeyeceğine karar vermiştir. Öğretide bir görüş⁶¹ Yargıtay'ın iyiniyet iddiasını dinlemeyerek "basiretli iş adamı" ölçütünü neredeyse en yüksek derecede özen ölçüsüne eşitlediğini ifade etmiştir. Özel bir kabiliyet veya incelikli iş görmeyi gerekli kılan özel branşlarda iyiniyetli olup olmama değerlendirmesinde daha yüksek bir özen haklı olarak aransa da bunun sözleşme ve hukuka aykırılık değerlendirmesine esas olan en yüksek derecede özen noktasında olmaması gerektiğini de ifade etmiştir. Kanaatimizce basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğünün getirdiği objektif özen ölçüsü, güven kurumu olarak kurulan bankaların hafif ihmali halinde dahi sorumlu olmasına yol açar. Bu sebeple, bu özen ölçüsü somut olayda bankanın iyiniyet iddiasının dinlenmemesine neden olmalıdır.

ii. Ekonomik ve Sosyal Durumun Belirlenmesi

Çek hesabı açtırmak isteyen ekonomik gücünün, çek kullanımı bakımından sorun yaratmayacak finansal imkânlarla sahip olacak seviyede olması gerekir. Bu bağlamda, çek hesabı açtırmak isteyen gerçek kişinin gelir durumu, tapuları, banka hesaplarının; tacirin ticari defterleri ile finansal tablolarının çek kullanımına uygunluğu değerlendirilecektir⁶². Bununla birlikte, ÇekK m. 2/1'de

⁵⁹ Gümüş (n 55) 1228.

⁶⁰ Yargıtay 2 HD, E 2010/19635 K 2011/9192, 26.05.2011 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁶¹ Gümüş (n 55) 1230.

⁶² Poroy ve Tekinalp (n 11) 388.

bu değerlendirme açısından net bir kıstas konulmamıştır. Örneğin mevcut malvarlığının karşılıksız çeke neden olmayacak düzeyde olması mı gerekir? Yoksa bankanın sadece her bir çek yaprağı açısından ödemekle yükümlü olduğu tutarları karşılması yeterli midir? Yahut kişinin sınırlı ölçüdeki ticari faaliyetlerini ileri tarihli çek kullanarak zamanında ödemek suretiyle yürütebilmesi yeterli midir⁶³? Nitekim öğretilerde bir görüş⁶⁴ muhatapın çek bedelini tamamen tazmin sorumluluğuna dahi yol açabilecek ekonomik ve sosyal durum araştırmasının, basiret ve özen ölçütüne bağlanmış olmasını soyut nitelik taşımasından dolayı eleştirmiştir. Benzer yönde başka bir görüş⁶⁵ çek hesabı açılmasının ekonomik ve sosyal durum araştırması gibi belirsiz ve içi doldurulması zor bir kıstasa bağlanmasını hem bankanın sorumluluğuna gidilmesini hem de bankanın çek hesabı açmamak için kötü niyetli davranmasını kolaylaştırdığını ifade etmiştir. Öğretilerde bir görüş⁶⁶ bankanın sermayesi asgari düzeyde yani sadece 50.000 TL olan ve başka varlığı da bulunmayan bir limited şirkete çek hesabı açılmasını aranan basiret yükümlülüğüne aykırılığa örnek olarak vermiştir. Diğer bir görüş⁶⁷ anılan belirsizliğe değinmekle birlikte, ÇekK'nin çekin güvenilir bir ödeme aracı olmasını amaçlaması ve bankanın aynı zamanda sosyal durum araştırması da yapıyor olmasına dayanarak ekonomik durum araştırmasında yüksek bir maddi eşik arandığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. Bu görüşe göre çek hesabı açmak isteyen kişinin mevcut malvarlığı, bu kişinin düzenleyeceği çeklerin bedellerini ve çek hesabının işleyişine dair masrafları karşılayabilmenin yanı sıra bu kişinin öngörülemeyen çek düzenleme alışkanlıkları sergilemesi durumunda oluşacak olası masrafları da karşılayacak düzeyde olmalıdır.

Kanaatimizce ÇekK m. 2'de ekonomik güç açısından kesin bir kıstas verilmemesi yerinde olmuştur. Çünkü uygulamada özellikle de bankalara duyulan güveni kullanmak isteyen kişiler, verilen kıstası sağlayarak kolaylıkla karşılıksız çek düzenlemek yoluna gidebilirler. Örneğin çek defteri verilmesinin ön koşulu olarak her çek yaprağı açısından 10.000 TL'nin bankada bloke edildiğine yönelik bir kural getirildiğini düşünelim. Bu durumda, çek hesabı sahibi bu meblağı

⁶³ Özdemir (n 35) 783-784.

⁶⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 83-84.

⁶⁵ Hanife Dirikkan, 'Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi' (2002) 4 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 10-11.

⁶⁶ Poroy ve Tekinalp (n 11) 385.

⁶⁷ Özdemir (n 35) 783 vd.

bankanın nezdinde tutarak yine çek düzenler. Bu durum, 10.000 TL'den daha yüksek bedelle çek düzenlenmesi halinde çekin karşılıksız kalmasını engellemez. Aksine, ÇekK m. 2 ile getirilmek istenilen kuralın dolanılmasına yol açar. Nitekim uygulamada çek hesabı açmak isteyen kişiler, bankanın güvenini kazanmak için altı yedi ay bankaya para yatırmaktadır. Bu yolla çek anlaşması yapmakta ve sonrasında çekle piyasa dolandırıcılığı yoluna başvurmaktadır. Bu sebeple, ÇekK m. 2'deki şekilde geniş bir kavram kullanılması, bankalara takdir hakkı sağlanması açısından yerinde olmuştur. Bu sayede bankaların, tacir olarak basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün de gereğinin yerine getirilmesine imkân tanınmıştır.

Sosyal konum, kişinin toplumun diğer fertleriyle olan ilişkileri açısından, iş, mali durum, eğitim ve benzeri değişkenlere göre yerinin belirlenmesi neticesinde ortaya çıkan sonuçtur⁶⁸. Çek hesabı açtırmak isteyen kişinin öncelikle sosyal şöhreti buna müsait olmalıdır⁶⁹. Örneğin; bilanço sahtekarlığı yapmış veya bir işletmenin içini boşaltmış bir iş adamına⁷⁰, ekonomik suçlardan veya yüz kızartıcı suçlardan kesin ceza almış bir kişiye⁷¹ çek hesabı açılması yükümlülüğün ihlali olur. Keza sermayesini kaybetmiş veya borca batık şirketlere çek hesabı açılması bu yükümlülüğe aykırıdır.

Aranan sosyal konum eşiği belirsizdir. ÇekK m. 2'nin gerekçesinde çek hesabı açtırmak isteyen kişinin çek hesabı açtırmayı gerektirecek bir sosyal konuma sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Öğretide bir görüşe göre⁷² bu ifade, sosyal konum açısından gerekli eşiği yukarı çekecek bir anlam taşır. Buna göre kişinin sosyal konumu itibarıyla bir çek hesabını makul şekilde kullanabileceğinin tespiti yeterli değildir. Kişinin sosyal konumunun ulaştığı seviyenin, çek hesabının kullanılmasını bir nevi zorunluluk olarak ortaya çıktığının tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle çek hesabı ancak çek kullanmamalarının içinde buldukları sosyal konum nedeniyle olağandışı görüleceği kişilere açılabilir. Diğer bir görüşe göre⁷³ sosyal durum araştırmasıyla hem kişinin sosyal durumunun çek kullanımına uygun olması hem de sosyal konumunun bu kişinin çek kullanımını gerektirmesi

⁶⁸ Özdemir (n 35) 786.

⁶⁹ Poroy ve Tekinalp (n 11) 385.

⁷⁰ Poroy ve Tekinalp (n 11) 386.

⁷¹ Reisoğlu (n 35) 113.

⁷² Özdemir (n 35) 786.

⁷³ Özsoy (n 16) 52.

gerekir. Bu nedenle örneğin maaşı sebebiyle ekonomik durumu iyi olan fakat ticaretle uğraşmayan kişiye⁷⁴ salt ekonomik durumu uygun olduğu için hemen çek defteri verilmemeli, hakkında daha ciddi bir inceleme yapılmalıdır. Çünkü bu kişinin Türkiye şartlarında ve günümüz koşullarında çek defteri talebinde bulunması, hayatın olağan akışına uygun değildir. Kanaatimizce sosyal durum araştırmasının, tacir çeki düzenleyebilmenin şartlarını taşımayan kişilere çek hesabı açılmaması sonucunu doğuracak şekilde değerlendirilmesi yerinde değildir. Zira tacir çeki düzenleyebilmenin şartlarını taşımayanlara çek hesabı açamayacağına ilişkin öngörülmüş kanuni bir yasak söz konusu değildir. Ayrıca, TTK veya ÇekK'de çek hesabı açtırmak isteyen kişinin mesleği açısından bir sınırlandırma getirilmemiştir. Keza çek hesabının çek kullanmamalarının içinde buldukları sosyal konum nedeniyle olağandışı görüleceği kişilere açılacağı görüşü de isabetli değildir. Zira bu değerlendirmenin de çek anlaşması yapılmasını TTK veya ÇekK'nin öngörmediği şekilde kısıtlayan sonuçlar doğurması olasıdır.

Kanaatimizce çek hesabı açtırmak isteyen tacir sıfatı taşımayan gerçek kişilerin malvarlığı üzerinde haciz olması, hiçbir işte çalışmaması veya gelir kaynağının olmaması gibi açık bir durum yoksa bu kişilere çek hesabı açılmalıdır. Tüzel kişi tacir açısından, şirket veya esas sözleşme hükümleri incelenmeli ve bunların bilançodaki verileri dikkate alınmalıdır. Bu noktada, anonim veya limited şirkette açıkça sermaye kaybı veya borca batık olma durumu söz konusu değilse bu kişilere çek hesabı açılmalıdır (TTK m. 376). Buna karşılık, henüz sermaye kaybı aşamasındaysa, bankanın çek hesabı açmak isteyen anonim veya limited şirketin finansal durumunu daha ayrıntılı incelemesi gerekir. Burada çekin bir kredi aracı olarak değil TTK'de ödeme aracı olarak kurgulandığı da göz önüne alınmalıdır. Örneğin üçte ikilik sermaye kaybı olan bir anonim şirket, çek hesabı açtırmak için bankaya başvurduğunda, bu hususta genel kurul toplantısının yapılması beklenmelidir. Çünkü sona erme riskiyle karşı karşıya olan bir şirkete çek hesabı açılması bankanın basiretli davranmadığını ortaya koyar. Nitekim son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer (TTK m. 376/2)

⁷⁴ Bu görüşte kullanılan "ticaretle uğraşmayan" ibaresi sorunludur. Bu ibare yerine tacir çeki için aranan "tacir sıfatı" ve "ticari ilişki" kavramlarının kullanılması yerinde olurdu. Bu nedenle bu görüşü değerlendirirken, anılan yanlış devam ettirmemek için ticaretle uğraşmayan" ibaresi yerine "tacir çeki düzenleyebilmenin şartlarını taşımayan" ifadesini kullanmayı tercih ettik.

Uygulamada çek hesabı açtırmak isteyen kişiden, karşılıksız çıkan her bir çek yaprağı için bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu tutara karşılık miktarda parayı banka nezdinde rehinli hesapta bloke etmesi istenebilmektedir⁷⁵. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁷⁶ muhatap bankadan aldığı çek yapraklarının bir kısmının boş ve imzasız olarak çalındığını öne süren ve söz konusu çekler nedeniyle hesabına bloke konulan davacı, blokenin kaldırılmaması üzerine bu bedelin ödenmesi için başlattığı icra takibine yapılan itirazın haksız olduğunu ileri sürmüş ve itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay ÇekK m. 3 uyarınca muhatap bankanın süresinde ibraz edilen çekin karşılığının bulunmaması halinde yasal sorumluluk miktarına kadar ödeme yapmak yükümlüğü bulunmakta olduğu ve bu yükümlülüğün taraflar arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmünde olduğu da dikkate alındığında muhatap bankanın davacıya teslim edilen ve iade edilmeyen çekler nedeniyle ödemek zorunda kalabileceği yasal sorumluluk bedelinin depo edilmesini istemekte haklı olduğuna hükmetmiştir. Kanaatimizce anılan karar yerinde değildir. Zira bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü, bankaların güven kurumları olmasından hareketle ekonomik sosyal durumun araştırılması şeklindeki basiretli davranma ve özen yükümlülüğünün ihlaline bağlanan bir sonuçtur. Çekte kabulün yasak olması ve muhatap bankanın TTK m. 812 kapsamındaki kusursuz sorumluluğu da bu güvenin diğer yansımalarıdır. Bu bağlamda muhatap banka, maktu nitelikli ve zarardan bağımsız olan kanuni ödeme yükümlülük tutarının önceden depo edilmesini istemekte haklı değildir.

Ekonomik ve sosyal durumun araştırılmasında, çek hesabı sahibi bir tüzel kişiye bunun yetkili temsilcilerinin de durumları araştırılmalıdır. Zira tüzel kişilik için çek hesabı açılabilmesi, bunların ekonomik ve sosyal durumu çek defteri verilmesine uygun olmayan kişilere çek defteri verilebileceği anlamına gelmez. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁷⁷ muhatap bankanın sahte

⁷⁵ <<https://www.vakifkatilim.com.tr/documents/SozlesmelerVeFormlar/cekleisleyenhesaplara-iliskinhukumvekosullari.pdf>> Erişim Tarihi 08 Nisan 2024; <[www.isbank.com.tr/contentmanagement/Documents/sozlesme-ve-formlar/2024/bhs-\(2024-01\).pdf](http://www.isbank.com.tr/contentmanagement/Documents/sozlesme-ve-formlar/2024/bhs-(2024-01).pdf)> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024; <<https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-ve-formlar/sozlesmeler/BHS/2024/bhs-tuzel-musteri-tr-2024.pdf>> Erişim Tarihi 12 Eylül 2024.

⁷⁶ Yargıtay HGK, E 2017/19-932 K 2021/868, 29.06.2021; aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 2014/17913 K 2015/161, 12.01.2015; Yargıtay 11 HD, E 2015/14998 K 2016/6763, 17.06.2016 <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/5941/mlinklist-m.htm>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

⁷⁷ Yargıtay 11 HD, 6885/22348, 09.12.2013; aynı yönde Yargıtay 11 HD, 12237/20101, 19.12.2014 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

kimliğe dayalı olarak ve özensiz davranarak çek karnesi verdiği gerekçesiyle karşılıksız çıkan çek bedelini tazmin etmesi istenmiştir. Olayda muhatap banka sadece çek hesabı şirket müdürünün sunduğu belgelere göre çek karnesi vermiştir. Yargıtay sunulan belgelere dayanarak çek hesabı açılmasını yeterli görmemiştir. Bunlara ek olarak hem hesap sahibinin hem de çek hesabı açacak şirket yetkilisinin adresinden ekonomik durumlarının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle Yargıtay, ilk derece mahkemesinin muhatap bankanın çek hesabı açarken yeterli araştırmayı yaptığı yönünde verdiği kararı bozmuştur. Keza Yargıtay'ın önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta⁷⁸ karşılıksız çıkan çek, başka birinin kimliğini kullanan kimliği belirsiz bir kişi tarafından düzenlenmiştir. Muhatap bankanın bu kişiye gerekli araştırma yapmadan çek karnesi verdiği ileri sürülmüştür. İlk derece mahkemesi, bozma ilamına uymuştur. Buna göre, şirket yeni kurulmuş olmasına rağmen bankanın ilgili şirketle bir süre çalışıp şirketin ekonomik durumunu incelemediğini tespit etmiştir. Keza bankanın şirketin kurucu ortakları veya şirketi temsil etmeye yetkili kişi hakkında hiçbir istihbarat ve özellikle mali durumları hakkında yeteri kadar araştırma yapmadığını belirtmiştir. Somut olayda karşılıksız çıkan çek ve protestolu senet sorgulaması yapılmadan sadece evrak alınarak çek hesabı açıldığı ve çek karnesi verildiği belirlenmiştir. Bu bağlamda, mahkeme, bankanın şirketin kuruluşundan kısa bir süre sonra salt şirketle çalışılması dikkate alınarak şirket temsilcisi olması nedeniyle ilk defasında çok sayıda çek yaprağı verdiği, bu kişiden talep formu ve çek teslim tutanağı veya sözleşmesi almadığı için muhatap bankanın gerekli özen ve itinaı göstermediğine karar vermiştir. Yargıtay kararı uygun bularak temyiz itirazını reddetmiştir. İstinaf mahkemesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁷⁹ banka tarafından yasaklılık durumu olmadığını gösteren çek sorgulama raporu ile belirli tarih aralığı için alınan geçici şirket bilançosu ve mizanı alınmasını çek hesabı açarken gösterilmesi gereken basiret ve özen yükümlülüğü kapsamında yeterli görmemiştir. Bankanın anılan yükümlülük gereği bu belgelere ilaveten bankanın müşterisiyle yeterli ve zorunlu bir süre çalışması, işlem profilini ve kapasitesini öğrenip ticari faaliyetlerini izlemesi, şirketin ve ortaklarının malvarlığını araştırması, şirketin bulunduğu mahallede istihbarat çalışması yapması gerektiğini ifade etmiştir.

⁷⁸ Yargıtay 11 HD, E 2015/14730 K 2017/2367, 24.04.2017; aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 2013/12404 K 2014/2157, 10.02.2014 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁷⁹ İstanbul BAM 12. HD, 469/1619, 13.12.2018 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

3. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Çek hesabı açarken öngörülen yükümlülüğe aykırılığın doğuracağı hukuki sorumluluk kanunda düzenlenmemiştir. Öğretide bir görüşe göre⁸⁰ çek hesabı sahibiyile banka arasındaki banka hesabı açma sözleşmesi üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme niteliğindedir. Bu nedenle çek hesabı açarken ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırı davranan muhatap bankanın sorumluluğu sözleşmeye dayanır. Diğer görüşe göre⁸¹ muhatap bankanın anılan yükümlülüğe aykırı davranması, çekin hamiline karşı TBK m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine dayalı sorumluluğuna yol açar. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁸² banka kendi genel müdürlüğüne yazdığı yazının cevabını beklemeden bir yıl süreyle yasaklı olan kişiye çek hesabı açmış ve çek karnesi vermiştir. Yargıtay bankanın gerekli basiret ve itinaı göstermediği, ihmâl hareketinin haksız fiil oluşturduğunu ifade etmiştir.

Kanaatimizce çek anlaşması üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme değildir. Üçüncü kişi koruyucu etkili sözleşme, borçlunun koruma yükümlülüklerini alacaklıya karşı olduğu kadar üçüncü kişilere de yaymayı ifade eden bir kavramdır. Bu üçüncü kişiler, alacaklının koruma alanı içinde bulunan ve edime yakınlıkları dolayısıyla en az alacaklı kadar tehlikeye maruz kalan kişilerdir⁸³. Koruma menfaati, alacaklının ifa menfaati dışında, ifa menfaatiyle doğrudan veya dolaylı ilişkisi bulunmayan mal ve şahıs varlığı değerlerinden oluşan menfaat bütünüdür⁸⁴. Hamilin çek anlaşmasına aykırılık sebebiyle maruz kalacağı tehlike, çek bedelinin ödenmemesi nedeniyle uğrayacağı zarardır. Çek bedelinin ödenmesi, düzenleyenden hamile yayılmış muhatap bankanın koruma yükümlülüğü niteli-

⁸⁰ Poroy ve Tekinalp (n 11) 386.

⁸¹ Bozer ve Göle (n 9) 349; Çabri (n 36) 177-178; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 78; Oğuz (n 5) 378; Özsoy (n 16) 53; Reisoğlu (n 35) 113; Kaan Şahinalp 'Çekte Muhatap ve Muhatabın Hukuki Sorumluluğu' (2000) (39) Sayıştay Dergisi 78, 94; Tekil (n 5) 52; Cüneyt Tenekeci, 'Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatabın Sorumluluğu' (2018) 13 (143) Terazi Hukuk Dergisi 157, 161; Türcan (n 47) 80; Aydın (n 42) 96; Aygül Kızılay, 'Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (2014) 88 (4) İstanbul Barosu Dergisi 163, 166; Uzun Şenol (n 35) 951; haksız fiil hükümleri yanı sıra banka hesap açma sözleşmesinin, üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme niteliğinden hareketle sözleşmeye dayalı sorumluluğun da söz konusu olabileceğine ilişkin bkz. Poroy ve Tekinalp (n 11) 386.

⁸² Yargıtay 19 HD, 6584/2158, 19.03.1993 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

⁸³ Nihat Yavuz, 'Üçüncü Kişi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Bunun Kira Hukukundaki Bazı Yansıma Örnekleri' (2008) 3 (26) Terazi Hukuk Dergisi 27, 27.

⁸⁴ Yavuz (n 83) 27.

ği taşımaz. Çek bedelinin ödenmesi, çek anlaşması kapsamında muhatap bankanın asli borcudur (TTK m. 783⁸⁵). Dolayısıyla çek hesabı açarken ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranan muhatap bankanın sorumluluğu sözleşmeye dayalı değildir.

Kanaatimizce, muhatap bankanın buradaki sorumluluğu haksız fiile dayalıdır (TBK m. 49). Zira hamille banka arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Buna göre, haksız fiil sebebiyle zararın karşılanması için hukuka aykırı bir fiil, zarar, illiyet bağı ve zarar verenin kusuru gereklidir. Bu açıdan, muhatap bankanın çek hesabı açtırmak isteyen yasadışı olup olmadığını araştırmadan veya ilgilinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni göstermeden çek hesabı açması, hukuka aykırı fiili oluşturur (ÇekK m. 2/1). Bu sebeplerle hamil çek bedelinin ödenmeyen kısmı kadar zarara uğrar. Çek hamilinin zararının, somut olayda çek bedelinin ödenmeyen kısmını aşan miktarda oluşması da söz konusu olabilir. Bu durumda, tazmin edilmesi gereken zarar bu miktardır. Zira haksız fiil sorumluluğunun ilkeleri bakımından zarar kavramını sadece ödenmeyen çek bedeli ile sınırlamak olanaklı değildir. Bu zararın, muhatap banka tarafından ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranılması sebebiyle oluştuğunun hamil tarafından ispatı gerekir.

Öğretide çek hamilinin ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırılık gerekçesiyle bankanın sorumluluğuna doğrudan başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁸⁶ çekte hamilin bu durumda bankanın sorumluluğuna gidebilmesi için öncelikle başvurma borçlularına karşı başvurma hakkını tüketmiş olması gerekir. Bu görüş çek hamilinin esasen düzenleyen ve onun ödeme gücüne güvendiği ve bankanın basiret ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle karşılıksız çek meblağının tamamından sorumlu tutulamayacağı gerekçesine dayandırılmıştır⁸⁷. Nitekim Yargıtay uygulaması⁸⁸ da çek hamilinin

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Özsoy (n 16) 23.

⁸⁶ Bozer ve Göle (n 9) 349; Özdemir (n 35) 781; Reisoğlu (n 35) 114.

⁸⁷ Reisoğlu (n 35) 114.

⁸⁸ Yargıtay 11 HD, 3999/5855, 22.09.1988; Yargıtay 11 HD, E 2009/10122 K 2011/1949, 28.02.2011; Yargıtay 11 HD, 3838/ 4448, 07.03.2013; Yargıtay 11 HD, E 2014/14848 K 2015/512, 16.01.2015; Yargıtay 11 HD, E 2014/17385 K 2015/3301, 11.03.2015; Yargıtay 11 HD, 283/4376, 22.10.2020; Yargıtay 19 HD, E 1992/6584 K 1993/2158, 19.03.1993 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

önce düzenleyen ve diğer çek borçlularına başvurarak alacağını tahsil etmesi gerektiği ve bunun yapılamaması durumunda ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırı davrandığı gerekçesiyle bankanın sorumluluğuna gidilebileceği yönündedir. Öğretide karşı yöndeki görüşe göre⁸⁹ çek hamili ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğü ihlal ettiği gerekçesiyle doğrudan bankaya dava açabilmelidir. Zira ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırı davranan muhatap bankanın usulüne uygun ibraz edilen çekin ödenmemesi anında herhalde hamilin zararı oluşmaktadır⁹⁰. Keza muhatapın sorumluluğu, başvurma borçlularından bağımsızdır⁹¹. Bunun yanı sıra, burada hamil lehine yorum yapılmalı ve muhatapın sorumluluğunun herhangi bir sonuç alınamayacağı en başından belli olan kişiler aleyhine takip yapılması şartına bağlanmamalıdır⁹².

Kanaatimizce hamil, çekte düzenleyene veya diğer borçlulara başvurmaksızın muhatap bankadan zararının tazminini isteyebilir. Zira düzenleyen veya diğer borçlulardan çek bedelini talep etme hakkı, TTK'de çek ilişkisi sebebiyle düzenlenmiş bir haktır (TTK m. 808). Oysa muhatap banka, çek ilişkisine dahil değildir. Nitekim çekte, muhatapın kabulü yasaktır (TTK m. 784). Hamilin muhatap bankadan zararını tazmin etmesini istemesi haksız fiile dayalıdır. Bu açıdan her iki yol birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla hamil, düzenleyene veya diğer borçlulara önce başvurulması şartı aranmaksızın doğrudan bankaya tazminat davası açabilmelidir. Somut olayda bankanın davranışının haksız fiildeki hukuka aykırılık unsurunu meydana getirmesi, bankanın kusurlu davranışıyla oluşan zararın arasında illiyet bağı olması aranır. Ayrıca olaydaki kusur dağılımı değerlendirilir.

Bankanın kusurlu davranışı açısından, objektif olarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu açıdan, çek hesabı açılmaması gereken bir kişiye çek hesabı açılmış olması bankanın kusurlu olduğunu ortaya koyar. Başka bir deyişle, her bankanın çek hesabı açtırmak isteyen kişiden istemesi gereken bilgi ve belgeleri istememiş olması bankanın kusurlu olduğunu gösterir. Örneğin çek hesabı açılırken kişinin kimlik bilgileri talep edilmelidir⁹³. Bu kimliğin sahte veya gerçek

⁸⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 79; Özsoy (n 16) 58; Şahinalp (n 81) 94; Tekil (n 5) 53; Çabri (n 36) 177.

⁹⁰ Tekil (n 5) 53; Özsoy (n 16) 58.

⁹¹ Çabri (n 36) 177.

⁹² Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 79.

⁹³ Yargıtay 11 HD, 283/4376, 22.10.2020 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 16 Eylül 2024.

olduğunun muhatap banka tarafından araştırılması gerekir. Şayet banka bu araştırmayı yapmamışsa, kusurlu sayılır. Bunun yanı sıra, muhatap bankanın çek hesabı açılmaması gereken kişiye çek hesabı açması kural olarak hamilin zararı ile muhatap bankanın davranışı arasında illiyet bağı olduğunu gösterir. Zararın başka bir sebepten kaynaklandığını muhatap banka ispat etmelidir.

4. Sorumluluğa Aykırı Davranmanın Yaptırımı

ÇekK m. 7/3'te beyanname almadan veya beyannameye rağmen, hakkında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunan kişiye veya bu kişinin yönetim organında görev yaptığı veya temsilcisi ya da imza yetkilisi olduğu tüzel kişiye çek defteri veren banka görevlileri elli günden yüzelli güne kadar adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Böylece ÇekK m. 2/1'de öngörülen yükümlülüğe aykırı davranış sebebiyle doğacak cezai sorumluluk düzenlenmiştir. Buna karşılık, hukuki sorumluluk açıkça düzenlenmemiştir. Bu sebeple, yukarıda tespit ettiğimiz üzere hamil, muhatap bankaya haksız fiile dayalı olarak zararının tazminini isteyecektir.

Öğretide hâkim görüşe göre⁹⁴ çek hesabı açarken öngörülen yükümlülüğe aykırı davranan muhatap banka, çek bedelinin tamamını ödemek zorunda olabilir⁹⁵. Zira haksız fiile sebebiyet veren kural olarak ortaya çıkan tüm zararı öder. Tazmin yükümlülüğünü belirleyen zarara kimin sebebiyet verdiği olup zarar görenin kime güvenerek hareket ettiği değildir⁹⁶. Karşı yöndeki görüşe göre⁹⁷ anılan yükümlülüğe aykırı davrandığı gerekçesiyle bankanın çek bedelinin tamamını ödemesi söz konusu olamaz. Bu görüş; düzenleyenin çek üzerine dilediği rakamı yazabilmesi ve hamilin çekin ödenmesinde esas olarak düzenleyene güvenmesi⁹⁸, muhatapın kambiyo ilişkisinin tarafı olmamasından dolayı hamilin de ondan bağımsız ticari ilişkisinde özen göstermesi gerektiği⁹⁹ gibi gerekçelere dayandırılmıştır.

⁹⁴ Çabri (n 36) 175- 176; Ayli (n 10) 84-85; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 75; Özsoy (n 16) 61.

⁹⁵ Bunun Yargıtay tarafından ilke olarak kabul gördüğüne dair bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 75.

⁹⁶ Özsoy (n 16) 61-62.

⁹⁷ Reisoğlu (n 35) 114-115; Aydın (n 42) 97-98.

⁹⁸ Reisoğlu (n 35) 114-115; Uzun Şenol (n 35) 951.

⁹⁹ Aydın (n 42) 97.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁰⁰ davalı muhatap banka, davacının kimlik bilgilerinin yer aldığı sahte kimlik belgesini kullanan üçüncü kişi adına çek karnesi vermiştir. Yargıtay basiretli davranma yükümlülüğünü yerine getirmeyen muhatap bankanın, çeklerin karşılıksız çıkması nedeniyle davacı hakkında açılan icra takipleri dahil davacının uğradığı diğer zararları da tazmin etmesi yönünde karar vermiştir. Buna karşılık Yargıtay bazı kararlarında¹⁰¹ muhatap bankayı oluşan zararın tamamından sorumlu tutmamıştır. Tazminatın hesabında zarar gören kişinin müterafik kusurunun da dikkate alınmıştır. Başka bir deyişle Yargıtay ÇekK m. 2/1'e aykırı davranan banka ile düzenleyenin durumunu araştırmadan çeki alan lehtar birlikte kusurlu görmektedir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın anılan uygulaması isabetlidir. Çünkü muhatabın özen yükümlülüğüne aykırı davranması haksız fiil niteliğindedir. Bu nedenle zararın meydana gelmesinde hamil kusurlu ise muhatabın sorumluluğu bu kusur oranında indirilmelidir (TBK m. 52¹⁰²).

B. Çek Bedelinin Ödenmesi Aşamasında

1. Karşılığı Bulunan ve Kanunen Ödenmesi Gereken Çekin Ödenmemesi Durumunda

a. Sorumluluğu Doğuran Durumlar

ÇekK m. 3/1'de karşılığı bulunan çekin, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa hamilin vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödeneceği düzenlenmiştir. Buna göre, muhatap banka, kendisine ibraz edilen çeki ödemediği önce düzenleyen ile aralarında çek anlaşması bulunup bulunmadığını ve çekin karşılığının mevcut olup olmadığını araştırır (TTK m. 783; ÇekK m. 3/1¹⁰³). Bunun yanı sıra, hamilin ödeme talep

¹⁰⁰ Yargıtay 11 HD, 4323/11350, 02.11.2015 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

¹⁰¹ Banka ve çek hamilinin eşit kusurlu bulunmasının yerinde olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 11 HD, E 2009/13582 K 2011/15381, 17.11.2011 bkz. Türcan (n 47) 83-84; bankanın %60 ve çek hamilinin %40 kusurlu bulunduğu bir karar için bkz. Yargıtay 11 HD, E 1990/3627 K 1991/5677, 28.10.1991. Karar metni için bkz. Reisoğlu (n 35) 115-116; çek hamilinin kusurunun %20'den daha fazla olduğu kabul edilerek müterafik kusurun belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 11 HD, E 2015/14730 K 2017/2367, 24.04.2017 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024; bankanın %75 çek hamilinin %25 kusurlu bulunduğu kararın yerinde olduğuna ilişkin bkz. Yargıtay 11 HD, E 2015/14512 K 2016/1995, 24.02.2016. Karar metni için bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 80.

¹⁰² Çabri (n 36) 176.

¹⁰³ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 318.

etme hakkı çekten kaynaklandığı için, muhatap banka, kendisine ibraz edilen senedin çek niteliğinde olup olmadığını incelemelidir. Bu bağlamda, muhatap banka senedin TTK'de öngörülen çekin şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını kontrol etmelidir. İlgili senet, TTK m. 780'de sayılan zorunlu unsurları taşımaktadır. Bunlardan birini veya birkaçını içermeyen senet, 781/2-3'te öngörülen haller dışında çek niteliğini haiz değildir (TTK m781/1). Bu durum, senet metninden anlaşılan def'i oluşturup senette borçlu olan herkesin ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Şayet muhatap banka, bu nitelikteki senedi öderse düzenleyeni zarara uğratmış olur.

Bunun yanı sıra muhatap banka, çekin kanuni ibraz süresine uygun bir şekilde ibraz edilip edilmediğini incelemelidir (TTK m. 796). Ek olarak muhatap banka, çekin üzerinde yer alan kayıtlara göre yetkili hamile ödeme yapmakla yükümlüdür (TTK m. 655, 658, 790, 801). Çekte hamil, çeke zilyet olan kişiyi ifade eder. Hamilin kim olduğu, çekin yazılma türüne göre belirlenir. Şayet çek emre yazılıysa, ciro zincirine; nama yazılı ise alacağın devri ile zilyetliğin geçirilmiş olmasına ve hamiline yazılıysa hak sahibi olduğu iddia eden kişinin çeke zilyet olmasına göre hamil tespit edilir (TTK m. 788¹⁰⁴). Ayrıca muhatap banka; çekin ödenmesine engel hesap üzerinde herhangi bir ihtiyati tedbir, rehin¹⁰⁵, haciz olup olmadığını¹⁰⁶, mahkemece verilmiş bir ödeme yasağı kararı (TTK m. 818/1-s; 757) bulunup bulunmadığını¹⁰⁷ kontrol etmelidir. Son olarak çekte düzenleyenin imzasının hesap sahibine veya yetkili temsilcisine aidiyeti¹⁰⁸ ve çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığı irdelenmelidir¹⁰⁹. Bu bağlamda, muhatap banka, anılan tüm bu hususları inceledikten sonra çekin ödenmesine engel bir husus bulunmuyor ise varsa hamilin vergi kimlik numarasını saptadıktan sonra çeki öder (ÇekK m. 3/1).

Karşılığı bulunan ve ödenmesi konusunda herhangi bir engel bulunmayan çeki ödeme yükümlülüğü, muhatap ile düzenleyen arasındaki çek anlaşmasına

¹⁰⁴ Raziye Aksu, 'Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi' (2023) 13 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 627, 632.

¹⁰⁵ Bankanın ödeme yapmakla yükümlü olmadığı rehnin banka dışında bir kişi lehine kurulmuş, bankaya bildirilmiş veya bankanın bir şekilde haberdar olduğu ve rehin alacaklının rıza vermediği rehin olduğu yönünde bkz. Özsoy (n 16) 89.

¹⁰⁶ Oğuz (n 5) 384.

¹⁰⁷ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 320.

¹⁰⁸ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 319; Kızılay (n 81) 166; Öztan (n 2) 285.

¹⁰⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 320; Kızılay (n 81) 166; Kınacıoğlu (n 11) 269.

dayanır¹¹⁰. Bununla birlikte, hamil, çek anlaşmasının tarafı değildir. Bu açıdan öğretide bir görüşe göre¹¹¹ karşılığı olan çeki ödemeyen muhatapın hamile karşı sorumluluğu yoktur. Zira hamil 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹¹² m. 695/3'e (TTK m. 783/3) dayanarak muhataba başvuramaz. Bu görüşe göre bu hüküm çekin karşılıksız olması halinde uygulanan ve ancak düzenleyeni sorumlu tutan nitelik taşır. Bunun yanı sıra hamilin muhatap banka aleyhine zenginleşmesi söz konusu değildir. Çünkü muhatap banka nezdindeki karşılık düzenleyene aittir. Diğer görüş haklı olarak karşılığı olan çeki ödemeyen muhatapın hamile karşı sorumlu olduğunu ifade etmektedir. Zira TTK ve ÇekK'de muhatapın ödeme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır¹¹³. Buna göre, ÇekK m. 3/1'de karşılığı bulunan çekin, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa hamilin vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödeneceği düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, ÇekK m. 3/7'de banka, çekin karşılığının hesapta bulunmasına rağmen ödemenin geciktirilmesi durumunda, hamile, her geçen gün için binde üç gecikme cezası ödemekle yükümlü tutulmuştur. Keza TTK'de çekin ödeneceği kesin bir dille düzenlenmiştir. Örneğin TTK m. 795 uyarınca çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükmündedir. Düzenlenme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek için ibraz olunan çek, ibraz günü ödenir. Benzer şekilde ciro su kabil bir çeki ödeyecek muhatap, cirolar arasında düzenli bir teselsülün var olup olmadığını incelemekle yükümlü ise de cirantaların imzalarının geçerliliğini araştırmak zorunda değildir (TTK m. 801). Bu düzenlemede de muhatap bankanın ödemekle yükümlü olduğu gösterilmektedir. Bu bağlamda, çek bedelini ödemeyen muhatap bankanın hamile karşı sorumluluğu kanundan kaynaklanan bir yükümlülüktür.

¹¹⁰ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 301; Özsoy (n 16) 83; Bozer ve Göle (n 9) 372; Nurkut İnan, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk* (Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü 1981) 75-76.

¹¹¹ İnan (n 110) 76.

¹¹² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1957/9353.

¹¹³ TTK m. 795/1 ve ÇekK m. 3'de yer alan "ödenir" ibaresinin TTK m. 783/2, 799/1 ve ÇekK m. 3/7, 5/1 ile 7/5 çerçevesinde değerlendirilmesine dayandıran bkz. Bozer ve Göle (n 9) 370; bu yükümlülüğü ÇekK m. 3/7 ve 7/5'e dayandıran bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 302-303; ÇekK m. 3/1 ile 3/7'ye dayandıran bkz. Öztan (n 2) 285; TTK m. 783/1-2 ve ÇekK m. 3/1, 3/7'ye dayandıran bkz. Ayli (n 10) 127-128; TTK m. 795/2, 783/2, ÇekK m. 3/1, 3/7 ve 7/5'e dayandıran Ahmet Tamer, 'Çek Hukuku Bakımından Muhatap Bankanın Kanuni (Asgari) Ödeme Yükümlülüğü' (2013) 24 (85) Bankacılar Dergisi 92, 93.

b. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Öğretide bankanın çeki hamile karşı ödeme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ortaya çıkacak sorumluluğun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹¹⁴ bu sorumluluğun hukuki niteliği haksız fiildir. Zira kanunun özel hukuk kişilerini zarardan korumak amacıyla bir davranış tarzına cezai yaptırım getirmesi, hükmün koruma kapsamına aldığı kişi açısından bu davranışın en azından haksız fiil olduğunu gösterir¹¹⁵. Ayrıca hamil ile muhatap banka arasında bir sözleşmesel ilişkinin olmaması, çek anlaşmasının üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak kabul edilememesi ve TTK m. 783/2'e aykırı olarak muhatabın karşılığı olan çek bedelini haksız olarak yetkili hamile ödememesi bu sorumluluğun haksız fiil olduğu görüşüne gerekçe olarak sunulmuştur¹¹⁶. Karşı yöndeki görüşe göre¹¹⁷ bu sorumluluk, kanundan doğan borcun ifa edilmemesi niteliğindedir. Zira bankanın çeki hamile karşı ödeme borcu dayanağını kanundan alır. Hamil ile muhatap banka arasında kanuni bir borç ilişkisi kurulur. Kanundan doğan bu borca aykırılık halinde haksız fiil hükümleri değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler (TBK m. 112 vd.) kıyasen uygulanır. Öğretide başka bir görüş¹¹⁸ muhatabın ödeme yükümlülüğünü kanundan doğan borç olarak görmekle birlikte, aykırılık halinde ödenmesini tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerinin (TBK m. 129/2) kıyasen uygulanacağını ileri sürmüştür. Zira kanundan doğan borç, kanunun özel olarak düzenlediği bazı tipik olgular dışında kalan diğer olgulardan doğan borçtur. Muhatabın karşılığı hazır bulunan çeki ödenmesi yükümlülüğü, kanunla (ÇekK m 3/1) verilmiş görev ve çek anlaşmasıyla verilmiş borç niteliğindedir. Hamil, ibraz ile ödeme talep edebilmektedir. Ayrıca temel ilişkiden soyutlanarak verilmiş olsa da yenileme iradesi yoksa çek ifa uğruna edimdir (TBK m. 133/2) ve ibraz süresinin geçmeden çekten cayılması mümkün değildir (TTK m. 799). Bu nedenle muhatabın hamile ödeme yapma yükümlülüğü, tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelenebilir. Muhatap çekin nihai borçlusu olarak kabul edilmelidir (ÇekK m. 3/1). Kanaatimizce muhatabın hamile karşı çeki ödeme yükümlülüğü kanuna dayandığı için sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin (TBK m. 112 vd.) kıyasen uygulanması isabetli olacaktır.

¹¹⁴ Aydın (n 42) 101; Bozer ve Göle (n 9) 372; Tekil (n 5) 40-41.

¹¹⁵ Tekil (n 5) 40-41.

¹¹⁶ Aydın (n 42) 101.

¹¹⁷ Ayli (n 10) 130; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 307-308; Öztan (n 10) 1203; Özsoy (n 16) 92; Tamer (n 113) 93.

¹¹⁸ Oğuz (n 5) 383.

2. Muhatap Bankanın Kanuni Ödeme Yükümlülüğüne Aykırı Davranması Durumunda

Kanuni ödeme yükümlülüğü; muhatap bankanın ibraz eden düzenleyen dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için karşılığının hiç bulunmaması veya kısmen bulunması halinde ödemekle yükümlü olduğu tutardır (ÇekK m. 3/3¹¹⁹). Bu yükümlülük, bankaların çek hesabı açarken ve çek defteri verirken daha özenli davranmasını sağlamasını¹²⁰ ve ayrıca piyasada çeke olan güvenin artmasını amaçlar¹²¹.

Kanuni ödeme yükümlülüğü, karşılığı hiç bulunmayan her çek yaprağı için çek bedeli 9.270 Türk lirası veya üzerinde ise 9.270 Türk lirası, eğer altında ise çek bedeli kadardır. Karşılığı kısmen bulunan¹²² her çek yaprağı için bu yükümlülük; çek bedelini aşmaması şartıyla çek bedeli 9.270 Türk lirası veya altında ise kısmi karşılığı 9.270 Türk lirasına tamamlayacak bir miktar, eğer üzerinde ise üzerinde kısmi karşılığa ilave olarak 9.270 Türk lirasıdır (ÇekK m. 3/3¹²³). Örneğin hesapta hiç karşılık bulunmuyor ve çek bedeli 10.000 TL ise bankanın 9.270 TL ödeyecek ve çekte yazan meblağın 1.730 TL'si karşılıksız kalacaktır. Hesapta hiç karşılık bulunmuyor ve çek bedeli 8.500 TL ise bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar 8.500 TL'dir. Çek bedeli 9.270 TL iken, hesap sahibinin hesabında 6.500 TL varsa, banka hesaptaki 6.500 TL'yi hamile ödediği gibi, geriye kalan kısım olan 2.770 TL'yi de hamile ödemek zorundadır. Çek bedeli 7000 TL iken, hesap sahibinin hesabında yalnızca 4.000 TL varsa, muhatap banka, hesaptaki 4.000 TL'yi hamile ödediği gibi, geriye kalan kısım olan 3.000 TL'yi de hamile ödemekle yükümlüdür. Bununla birlikte, bankanın kısmi karşılığı 9.270 TL'ye tamamlayacak olan miktarı ödeme borcu, hiçbir şekilde çek bedelini aşmayacaktır. Örneğin çek bedeli 8.000 TL iken, hesapta 6.000 TL bulunuyorsa, banka-

¹¹⁹ "Banka garanti tutarı", "banka kaynağı tutarı", "bankanın sorumlu olduğu tutar", "çek yaprak bedeli", "yasal garanti tutarı", "yasal sorumluluk tutarı", "karşılıksız bedeli", "çek yaprağı güvence bedeli", "kanuni garantili çek", "özen ikaz akçesi", "kanuni garantili çek" gibi kavramlar da bu tutarı ifade etmek için kullanılmaktadır. A. Oğuzhan Hacıömeroğlu ve Yavuz Topçu, 'Çek Defterinin Teslimi ile Kurulan Gayri Nakdi Kredi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği (2019) 5 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 192, 194.

¹²⁰ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313; Öztan (n 10) 1301; Poroy ve Tekinalp (n 11) 396; Tamer (n 113) 93.

¹²¹ Tamer (n 113) 94; Hacıömeroğlu ve Topçu (n 119) 217.

¹²² Çekle işleyen hesapta 1 TL dahi bulunması, çekin karşılığının kısmen var olduğu anlamına gelir. Tamer (113) 100.

¹²³ Bu miktarlar ÇekK m. 3/3 uyarınca Merkez Bankasının 2024/1 sayılı Tebliği'ni esas alınarak 2024 yılı için güncellenmiş rakamlardır.

nın kanuni ödeme borcu 3.270 TL ($9.270 - 6.000 = 3.270$ TL) değil, 2.000 TL ($8.000 - 6.000 = 2.000$ TL) olacaktır. Çek bedeli 20.000 TL iken, hesap sahibinin hesabında 4.000 TL varsa banka, hesaptaki tutarın tamamı ve 9.270 TL olmak üzere toplamda 13.270 TL ($4.000 + 9.270 = 13.270$ TL) ödemede bulunacaktır. Çek bedeli 20.000 TL iken, hesap sahibinin hesabında 15.000 TL varsa banka, hesaptaki tutarın tamamını ödedikten sonra, 9.270 TL daha değil, yalnızca çek bedeli ile kısmi karşılık arasındaki tutarı yani 5.000 TL'yi ($20.000 - 15.000 = 5.000$ TL) ödemekle sorumludur.

Kanuni ödeme yükümlülüğü, hamilin talebi şartına bağlı değildir¹²⁴. Bunun yanı sıra, muhatap banka ile düzenleyenin aralarında anlaşarak bu ödeme yükümlülüğünü artırması mümkün olup, azaltmalarıysa mümkün değildir¹²⁵. Kanuni ödeme yükümlülüğünün; hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmünde olduğu öngörülmüştür (ÇekK m. 3/3). Gayri nakdi kredi sözleşmesi her çek yaprağı için muhatapın karşılıksız işleminden sonra nakdi ödeme borcuna dönüşen lehtar belirsiz üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesidir (TBK m. 129/2¹²⁶). Bu yükümlülüğün gayri nakdi kredi sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin sebebi muhatapın nakdi ödemeyi sözleşmenin yapıldığı hesap sahibine çek defterinin verildiği zamanda değil, çekte karşılıksız işlemi yapıldığı zamanda yapmasıdır¹²⁷.

Kanuni ödeme yükümlülüğü, banka tarafından bastırılan çek yaprakları üzerine yazılan çeklerde söz konusudur. Zira bankanın bu yükümlülüğü; bankanın hesap sahibiyile çek defterinin teslimi sırasında yapmış olduğu gayri nakdi kredi sözleşmesi olarak nitelenmiş (ÇekK m. 3/3) ve sona ermesi çekin üzerindeki baskı tarihinden itibaren belli süre muhataba ibraz edilmemesine bağlanmıştır (ÇekK m. 3/9¹²⁸). Bunun yanı sıra, bu çekin; zorunlu şekli unsurlarının tam (TTK m. 780; 781), sahte ve tahrif edilmemiş olması da gerekir¹²⁹. Muhatapın kanuni ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkması için bu özelliklere sahip çekin, düzenleyen dışında yetkili bir hamil tarafından süresi içinde (TTK m. 796) ibraz edilmesi ve karşılı-

¹²⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 316-317; Tamer (n 113) 101.

¹²⁵ Tamer (n 113) 95.

¹²⁶ Oğuz (n 5) 376; gayri nakdi kredi sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Hacıömeroğlu ve Topçu (n 119) 195 vd.

¹²⁷ Özsoy (n 16) 105; Tamer (n 113) 94; Hacıömeroğlu ve Topçu (n 119) 195.

¹²⁸ Özsoy (n 16) 95-96; Tamer (n 113) 97.

¹²⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 311-312.

ğının tamamen veya kısmen bulunmadığına ilişkin karşılıksızdır işleminin yapılması gerekir (ÇekK m. 3/3). Bu çekin ibrazı, muhatabın çek çekilen şubesine yapılabileceği diğer şubelerine yapılabilir (ÇekK m. 3/1¹³⁰). Düzenleyenin herhangi bir şekilde hamil durumuna gelerek çekini inançlı bir işlemle tahsil için üçüncü bir kişiye devretmesi mümkündür. Bu şekilde düzenleyen, bankanın bu yükümlülüğünü kötüye kullanabilir¹³¹. Muhatap bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü, çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhatap bankaya ibraz edilmemesi halinde sona erer (ÇekK m. 3/9¹³²). Bu bağlamda, bu süre sınırlaması da kanuni ödeme yükümlülüğünün bir şartıdır¹³³. Çek yaprağında çekin basıldığı tarihinin yer almaması durumunda, eğer kanuni ödeme yükümlülüğünün diğer şartları mevcut ise süre sınırlaması olmaksızın yükümlülük var sayılmalıdır. Zira çek defterini bastırmak, bankanın görevidir (ÇekK m. 2/5¹³⁴).

ÇekK m. 3/2'de karşılıksızdır işleminin, bankanın anılan kanuni ödeme yükümlülüğü dışında ve çek bedelinin karşılanamayan kısmıyla sınırlı olarak yapılması öngörülmüştür. Buna göre, bankanın ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesiyle çek bedelinin tümü hamile ödenmiş oluyorsa karşılıksız çek söz konusu olmaz. Buna karşılık, bankanın kanuni ödeme yükümlülüğünü ödemesi sonucu çek bedelinin ödenmeyen bir kısmı kaldıysa çek, çek bedelinin ifa edilmeyen kısmıyla sınırlı olarak karşılıksız kalır¹³⁵. Örneğin D, tarafından L lehine 8.000 TL bedelli bir çek düzenlenmiştir. L, muhatap bankaya çeki ibraz etmiş ve muhatap banka, çekle işleyen hesapta karşılık bulunmadığını belirtmiştir. Bu durumda, çek bedeli olan 8.000 TL, muhatap bankanın kanunen ödemekle yükümlü olduğu 9.270 TL'den daha azdır. Dolayısıyla böyle bir çekte karşılıksızdır işlemi yapılmaz. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹³⁶, çek, 22.579,25 TL bedelli ve düzenlenme tarihi 30.11.2018'dir. Bu çek, muhatap

¹³⁰ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 310; Bozer ve Göle (n 9) 463; eÇekK m. 10'da çekin sadece üzerine çek çekilen şubeye ibraz edilmesi durumunda kanuni ödeme yükümlülüğünde öngörülen meblağın talep edilebileceği düzenlenmişti.

¹³¹ Bozer ve Göle (n 9) 462; Öztan (n 10) 1303.

¹³² Mehmet Helvacı ve Raziye Aksu, 'Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi' (2017) 23 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 223, 233-234.

¹³³ Bozer ve Göle (n 9) 461; Tamer (n 113) 97-98.

¹³⁴ Bozer ve Göle (n 9) 461-462.

¹³⁵ Bozer ve Göle (n 9) 457; Tamer (n 113) 101.

¹³⁶ Yargıtay 19 CD, 3171/12378, 07.19.2020; aynı yönde Yargıtay 19 CD, E 2019/29908 K 2021/792, 01.02.2021 <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/5941/mlinklist-m.htm>> Erişim Tarihi 14 Nisan 2024.

bankaya ibraz edilmiş ve banka tarafından çekin üzerine karşılıksızdır işlemi yapılmıştır. Yargıtay, muhatap bankanın hamile süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için o yıl için ödeme yapmakla yükümlü olduğu 1.600,00 TL'nin çek bedeli olan 22.579,25 Türk lirasından mahsup edildikten sonra, sanığın çekin karşılıksız kalan kısmı olan 20.979,25 TL adli para cezası ile cezalandırılması yerine, fazla ceza tayin edilerek karar verilmesinde isabet görülmediğine hükmetmiştir. Karşılıksızdır işlemi hamilin çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı ve soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi halinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır. Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir. Hamilin imzalamaktan kaçınması halinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz (ÇekK m. 3/4). Hamilin imzalamaktan kaçınması durumunda muhatap bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır¹³⁷. Karşılığı bulunmasına rağmen hesap üzerinde rehin veya haciz olması nedeniyle ödenemeyen çek, karşılıksız hükmündedir¹³⁸. Bu nedenle hesap üzerinde rehin veya haciz bulunması muhatapın kanuni ödeme yükümlülüğünü etkilemez¹³⁹. Benzer şekilde konkordato sebebiyle konulan ihtiyati tedbir [2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK¹⁴⁰) m. 287/1] de kanuni ödeme yükümlülüğünü etkilemez. Menfi tespit (İİK m. 72) veya çekin iptali (TTK m. 757) davalarında verilen ihtiyati tedbir kararları ise düzenleyenin ödeme gücüyle alakalı değildir. Bu nedenle bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü yoktur¹⁴¹. ÇekK m. 2/10'da çek hesabı kapatıldıktan sonra, üzerinde yazılı bulunan düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilen çekler karşılıksızdır işlemine tabi tutulacağı öngörülmüştür. Bu nedenle çek hesabının kapatılmış olması kanunen ödeme yükümlülüğünü etkilemez¹⁴². Bankanın tasfiye sürecine

¹³⁷ Bozer ve Göle (n 9) 462-463.

¹³⁸ Bozer ve Göle (n 9) 460.

¹³⁹ Bozer ve Göle (n 9) 460; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 312; İsmail Kırca, 'Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Nedeniyle Öden(e)mediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü müdür? - Yargıtay 11 HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' (2018) 34 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 23, 25 vd.

¹⁴⁰ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

¹⁴¹ Kırca (n 139) 29-30; herhangi bir ayırım yapmaksızın çekin ihtiyati tedbir nedeniyle ödenmemesi durumunda çekin karşılıksız çek hükmünde olmadığı ve bu nedenle bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü bulunmadığına ilişkin bkz. Bozer ve Göle (n 9) 460-461.

¹⁴² Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313.

girmiş olması da bu yükümlülüğü sona erdirmeyen bir neden olarak karşımıza çıkar¹⁴³.

Muhatap bankanın kanuni ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda hamile karşı hukuki sorumluluğunun niteliğinin ne olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴⁴ bu durumda banka hamile karşı sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumludur. Zira ÇekK m. 3/3'te hesap sahibi ile muhatap banka arasındaki ilişkinin gayri nakdi kredi sözleşmesi olduğu öngörülmüştür. Bu görüşe göre bankanın garanti taahhüdü değil, sadece bu taahhüde ilişkin sözleşme ilişkisi kanundan (ÇekK m. 3/3) doğmaktadır. Bu yükümlülük kanun koyucu tarafından konulan bir sözleşme ilişkisinden kaynaklandığı için aykırılık halinde sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümler (TBK m. 112 vd.) uygulanır¹⁴⁵. Öğretilerde başka bir görüşe göre¹⁴⁶ bu durumda bankanın hamile karşı sorumluluğu kanundan kaynaklanır. Bankanın hamile karşı kanunen sorumlu tutulurken bir yandan da hesap sahibiyile banka arasında gayri nakdi kredi sözleşmesi olduğunun düzenlenmesinin çelişki olduğu ifade edilmiştir¹⁴⁷. Bankanın hamile karşı olan sorumluluğunu, muhatap banka ile hesap sahibi arasında kanunen kurulan gayri nakdi kredi sözleşmesiyle açıklamanın mümkün olmadığı vurgulanmıştır. Zira bu sözleşme üçüncü kişi yararına olmayıp, üçüncü kişiye ödeme yapılması amacı gütmeyen¹⁴⁸. Muhatap bankanın hesap sahibine ve hamile karşı sorumluluğunun ayrı ayrı değerlendirilmesi sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda muhatabın hesap sahibine karşı gayri nakdi kredi sözleşmesine, hamile karşı kanundan doğan borç ilişkisine dayalı olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁴⁹. Son olarak öğretilerde bir görüş¹⁵⁰ bankanın kanuni ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda hamile karşı haksız fiil hükümlerine dayalı sorumlu olduğunu ileri sürmüştür.

Kanaatimizce muhatabın hamile ve düzenleyene karşı sorumluluklarının ayrı ayrı değerlendirilmesi görüşü yerindedir. Zira muhatabın hamile karşı sorumluluğunu gayri nakdi kredi sözleşmesine dayandırmak mümkün değildir.

¹⁴³ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313.

¹⁴⁴ Tamer (n 113) 102-103.

¹⁴⁵ Tamer (n 113) 94.

¹⁴⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313-314; Özsoy (n 16) 104-105.

¹⁴⁷ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313.

¹⁴⁸ Özsoy (n 16) 104-105.

¹⁴⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 313-314; Özsoy (n 16) 104-105.

¹⁵⁰ Bozer ve Göle (n 9) 458.

Muhatabın düzenleyene karşı sorumluluğu, kanunun açık hükmü gereği gayri nakdi kredi sözleşmesine dayanır. Muhatabın hamile karşı sorumluluğu da aynı hükme (ÇekK m. 3/3) dayanarak kanuni borç olarak nitelendirilmelidir.

3. Cayma İşlemi Gerçekleştirilmiş Çekin Ödenmesi Durumunda

a. Cayma Kavramı

Çekte düzenleyen, çeki kural olarak ifa amacıyla düzenler. Çekin içerisine yerleştirilen alacak hakkının ödenmesi hususunda da muhatap bankayı yetkili kılar. Nitekim çek, nitelikli bir havaledir¹⁵¹. Bu kapsamda hamil, kanuni ibraz sürelerine uygun olarak muhatap bankadan çek bedelinin ödenmesini talep edecektir. Muhatap banka da gerekli koşulları inceleyerek düzenleyenin banka hesabında bulunan parayı hamile öder. Bununla birlikte, düzenleyenin çekten cayması da mümkündür (TTK m. 799). Çekten cayma, çekte düzenleyenin muhataba verdiği ödeme yetkisini geri almasıdır¹⁵².

TTK m. 799/1 uyarınca çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Buna göre, çekten cayma beyanının geçerli olabilmesi için öncelikle ortada zorunlu koşulları bulunan bir çek olmalıdır (TTK m. 780; 781). Bunun yanı sıra, düzenleyen tarafından muhataba tek taraflı, varması gereken bir irade beyanı ile muhataba verilen ödeme emrinin kaldırıldığı bildirilmesi gerekir. Geçerli bir çekin olması ve cayma beyanında bulunulması, cayma işleminin kurucu unsurlarıdır. Bununla birlikte, TTK m. 799/1 uyarınca çekten cayma beyanının ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Buna göre, düzenleyen, her zaman cayma beyanında bulunabilir; ancak bu beyanın hüküm ifade edebilmesi için ibraz sürelerinin geçmiş olması gerekir. Kanaatimizce bu durum, çekten cayma işleminin etkinlik unsurudur. Buna göre, hukuki işlemin “kurucu, geçerlilik ve etkinlik” unsuru şeklinde üç unsur bulunmaktadır¹⁵³. Kurucu unsur, irade beyanı gibi, hukuki işlemin mey-

¹⁵¹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 45; Öztan (n 10) 1033.

¹⁵² Yeşim Aker, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı* (2. Bası, Beta 2008) 8; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 350; Kendigelen ve Kırca (n 16) 326; Abuzer Kendigelen, ‘Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı’ (1990) 64 (7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 587, 587; Poroy ve Tekinalp (n 11) 352; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 346; Öztan (n 10) 1328; Şafak Narbay, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı* (2. Bası, Beta 1999) 49; Tekil (n 5) 54.

¹⁵³ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2014) 120 vd.; bu durumun, hukuki işlemin hükümlerini doğruması için gerçekleşmesi gerekli diğer şartlar altında irdelenmesi için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Rona Serozan, Hüseyin Hatemi ve Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Cilt 1 (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014) 92.

dana gelmesi için gerekli unsurdur; etkinlik unsuru ise hukuki işlem kurulduktan sonra, hukuki işlemin sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli unsurdur. Bu kapsamda, muhataba cayma beyanının ulaşmasıyla cayma işlemi kurulmaktadır; ancak cayma beyanı hukuki sonuçlarını ve etkilerini ibraz süresinin geçmesiyle doğurmaktadır. Nitekim bu koşulun aranmasının sebebi, çekin ödeme aracı olması ve dolaşım güvenliği açısından oluşturacağı sakıncanın giderilmek istenmesidir¹⁵⁴. Çekte ibraz süreleri TTK m. 796'da açıkça düzenlenmiştir. Bu maddede yazılı süreler, çekte yazılı olan düzenlenme tarihinin ertesi günü başlar. Madde bağlamında çekte ibraz süreleri çek üzerinde yazan düzenleme tarihine göre hesaplanacaktır. Buna göre, çekten caymanın hüküm ifade etmesi için çekin ödeme ve düzenlenme yerine göre hesaplanan ibraz süresinin geçmesi gerekir. Örneğin düzenlenme ve ödeme yeri Antalya ve düzenlenme tarihi 15.04.2024 Pazartesi olan bir çekte, ibraz süresi 10 gündür. Bu çekin ödenmek üzere ibraz edilebileceği son gün, 25.04.2024'tür. Dolayısıyla bu çek açısından, çekten cayma ancak bu tarihten sonra hüküm ifade eder. Bu kapsamda, düzenleyen bu tarih itibarıyla çekten caydığını muhataba bildirebilir ve bu bildirim geçerli olur. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁵⁵, cayma tarihinde karşılığı bulunan çek bedelini ödemeyen muhatap bankanın sorumlu olduğu ileri sürülerek karar düzeltme isteminde bulunulmuştur. Yargıtay, eTTK m. 711 (TTK m. 799) uyarınca düzenleyenin ibraz süresinden önce çekten caymasının mümkün olmadığı ve düzenleyen ile lehtar arasındaki hukuki uyuşmazlık sonucu çekten cayılamayacağı gerekçesiyle karar düzeltme istemini reddetmiştir.

Öğretide düzenleyenin ibraz süresi içinde çekten caydığının muhataba bildirmesinin hukuki sonucu tartışmalıdır. Örneğin D tarafından L lehine düzenlenen çekte, düzenlenme tarihi 09.04.2024; ödeme ve düzenlenme yeri Antalya'dır. Buna göre, bu çekin ibraz süresi 10 gün olup söz konusu çek, 19.04.2024 tarihinin sonuna kadar muhatap bankaya ibraz edilmelidir (TTK m. 796). Düzenleyen tarafından 12.04.2024 tarihinde çekten cayılmıştır. İşte bu durumda, cayma beyanının hukuki sonucu ne olacaktır? Bir görüşe göre¹⁵⁶ ibraz süresi içinde düzenleyenin çekten cayma beyanında bulunması durumunda muhatap bankanın seçimlik hakkı vardır. Buna göre, muhatap banka çekten cayma tali-

¹⁵⁴ Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (n 19) 1155; Poroy ve Tekinalp (n 11) 352; Öztan (n 10) 1327; Öztan (n 2) 310.

¹⁵⁵ Yargıtay 11 HD, 487/904, 21.02.1986. Karar için bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 351.

¹⁵⁶ Poroy ve Tekinalp (n 11) 352-353.

matına uymayarak çeki ödemeyi tercih edebilir. Bu durumda, muhatap bankanın düzenleyene karşı ödediği meblağı tazmin yükümlülüğü bulunmaz. Keza muhatap bankanın, çekten cayma talimatına uyararak çeki ödememeyi tercih etmesi halinde de banka hamile karşı sorumlu tutulmaz. Aksini kabul, hamil ile muhatap banka arasında hukuki ilişki bulunmadığı ilkesi ve çekte kabul yasağıyla çelişir. Başka bir görüşe göre¹⁵⁷ muhatabın cayılmış çeki ibraz süresi içinde ödemesi halinde düzenleyene ve ödememesi halinde kimseye karşı sorumluluğu yoktur. Nitekim cayma işlemi, ibraz süresi içinde hükümsüzdür (TTK m. 799). Bu nedenle, ibraz süresi içinde çekten cayılmış ve çek ödenmemişse düzenleyenin hamile karşı karşılıksız çekten doğan sorumluluğu doğar. Diğer bir deyişle, ibraz süresi içinde caymanın hükümsüz sayılması muhatap değil düzenleyen düşünülerek düzenlenmiştir. Düzenleyen ibraz süresi içinde caymış ve muhatap banka çeki ödememiş ise bu çek karşılıksız çek kabul edilir. Buna karşılık, hâkim görüşe göre¹⁵⁸ ibraz süresi içinde yapılan cayma beyanı, ibraz süresi içinde muhatabı bağlamazken bu süre geçtikten sonra muhatabı bağlar. Çünkü çekten cayılabilmesi için ibraz süresi içinde çekin muhataba ibraz edilmemiş olması gerekir. Muhatap banka süresi içinde ibraz edilen ve karşılığı bulunan çeki ödemekle yükümlüdür. Aksi halde, muhatap bankanın sorumluluğu söz konusu olur.¹⁵⁹ Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁶⁰ düzenleyen, düzenleme tarihinden iki gün sonra çekten cayma beyanında bulunmuştur. Yargıtay, ibraz süresi içinde yapılan bu işlemin ödeme gününe kadar geçerliliğinden söz edilemeyeceğine, ibraz süresinin geçmesinden sonra hüküm ifade edeceğine karar vermiştir.

Kanaatimizce düzenleyen ibraz süresi içinde çekten caymışsa, bu cayma beyanı hukuken geçerlidir; ancak muhatabı ibraz süresi geçtikten sonra bağlar. Zira TTK m. 799/1'de açıkça çekten caymaya ilişkin iradenin ancak ibraz süresi

¹⁵⁷ İnan (n 110) 51.

¹⁵⁸ Bozer ve Göle (n 9) 377; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 354; Öztan (n 2) 311; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 346; Öztan (n 2) 311; Sıtkı Akyazan, 'Çekin Muhataba İbrası Zorunluluğu ve Çekte Cayma' (1972) 6 (4) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 687, 691; Okan Albayrak, 'Çekten Cayma ve Ödemeden Men' (2007) 81 (5) *İstanbul Barosu Dergisi* 1973, 1975-1976; Erem, Kalpsüz ve Çeliban (n 11) 136; Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (n 19) 1156; Aker (n 152) 84.

¹⁵⁹ Bozer ve Göle (n 9) 377; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 350-351; Öztan (n 2) 311; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 346; Akyazan (n 158) 691; Albayrak (n 157) 1975-1976; bu sorumluluğa ilişkin bkz. B. 1.

¹⁶⁰ Yargıtay 11 HD, 3852/3866, 23.09.1976 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

geçtikten sonra hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Buna göre, yukarıda da belirttiğimiz üzere cayma beyanının kurucu unsurları çekin geçerli olması ve cayma beyanında bulunulması; ibraz süresinin geçmesi cayma beyanının etkinlik unsurudur. Dolayısıyla ibraz süresi içinde yapılan cayma beyanı eğer çek süresi içinde usulüne uygun ibraz edilmez ise bu sürenin bitiminden itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Bu nedenle, ibraz süresi içinde yapılan cayma beyanının, ibraz süresi bitinceye kadar tarafların sorumlulukları üzerine herhangi bir etkisi yoktur. Bu bağlamda, ibraz süresi içinde cayılan çeki muhatap banka ibraz süresi bitene kadar ödemekle yükümlüdür.

Çekten cayılmamışsa muhatap ibraz süresinin geçmesinden sonra çeki ödeyebilir (TTK m. 799/2). Bu düzenlemede muhataba çek bedelini ödeyip ödememe hususunda seçim hakkı tanınmıştır¹⁶¹. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁶² aynı düzenlenme tarihli 5.000.000 TL, 20.000.000 TL ve rakamla 5.000.000 ancak yazıyla elli milyon TL bedelli olmak üzere üç adet çek bulunmaktadır. Bu çekler, düzenlenme tarihinden 1 ay 3 gün geçtikten sonra ibraz edilmiştir. Muhatap banka, düzenleyenden teyit almadan çek bedellerini ödemiştir. Tüm bu nedenlerle tedbirsiz ve dikkatsiz davrandığı ileri sürülen muhatap bankadan düzenleyenin zararını tazmin etmesi istenmektedir. Muhatap banka; çekin ibraz süresi geçtikten sonra ibraz edildiğini ancak düzenleyenin çekten caydığını veya çekin elinden rızası dışında çıktığını belirterek kendisini hiçbir zaman çeki ödemediğini ve düzenleyenin hesabında yeterli karşılığın bulunması nedeniyle çek bedelini ödediğini ileri sürmüştür. Yargıtay, eTTK m. 711/2 (TTK m. 799/2) uyarınca çekten cayma yoksa, ibraz müddeti geçse bile çekin ödeneceği gerekçesiyle muhatabın tazmin yükümlülüğü olmadığı yönünde karar vermiştir. Kanaatimizce de Yargıtay'ın kararı yerindedir. Çünkü TTK m. 799/2'de "ödeyebilir" kavramı kullanılarak çekin ödemesi hususu muhatap bankanın takdirine bırakılmıştır. Buna karşılık, TTK m. 799/2 emredici nitelikte değildir. Bu nedenle, düzenleyen ve muhatabın aralarında anlaşarak çekten cayılmamış olmasına dayalı ödeme yetkisini (TTK m. 799/2) kaldırması mümkündür¹⁶³.

¹⁶¹ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 355; Kendigelen ve Kırca (n 16) 328; Poroy ve Tekinalp (n 11) 354; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 346.

¹⁶² Yargıtay 11 HD, 6479/10597, 16.11.1992 <<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>> Erişim Tarihi 20 Ocak 2024.

¹⁶³ Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 353; Kendigelen ve Kırca (n 16) 327; Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 590; Tekil (n 5) 55; Gönen Eriş, *Açıklamalı - İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2004) 237.

b. Muhatap Bankanın Düzenleyene Karşı Sorumluluğu

i. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Çekten caymanın hüküm ve sonuç doğurması durumunda, muhatabın çek bedelini hamile ödememesi gerekir. Buna rağmen çek bedelini hamile ödeyen muhatap, düzenleyene karşı sorumlu olur¹⁶⁴. Bu sorumluluğun hukuki niteliği, çekten caymanın hukuki dayanağıyla ilişkilidir.

Öğretide çekten caymanın hukuki dayanağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁶⁵ çekten caymanın hukuki dayanağı muhatap banka ile düzenleyen arasındaki çek anlaşmasıdır. Bu durumda muhatabın anılan sorumluluğu, sözleşmeye aykırılık esasına dayanır¹⁶⁶. Buna karşılık, diğer görüşe göre¹⁶⁷ çekten caymanın hukuki dayanağı çek anlaşması değil, TTK m. 799/1-2'dir. Başka bir görüşe göre¹⁶⁸ çekten cayma kanuna dayanmakla birlikte çekten cayılmış olmasına rağmen ödeme yapan muhatabın sorumluluğu çek anlaşmasına dayanır. Dolayısıyla bu sorumluluk sözleşmeden doğan sorumluluktur. Bu nedenle düzenleyen çek anlaşmasına konulacak bir hükümle önceden çekten cayma yetkisinden feragat edebilir. Kanaatimizce de cayılan çekin ödenmesinden kaynaklanan muhatap bankanın düzenleyene karşı sorumluluğu, çek anlaşmasına dayanır. Çünkü çek anlaşmasında muhatap banka ile düzenleyen; muhatabın elinde düzenleyenin emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulunacağı ve düzenleyenin bu karşılık üzerinde çek düzenlemek suretiyle tasarruf hakkını haiz olacağı hususunda anlaşılır (TTK m. 783). Çek anlaşması gereği düzenleyen, çek üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Düzenleyen, nasıl çek düzenleyerek borç altına girebiliyorsa, TTK m. 799 bağlamında bu çekin ödenmemesi üzerine muhatap bankaya da talimat verebilir.

ii. Sorumluluğun Koşulları

Muhataap bankanın, cayma işlemi gerçekleştirilmiş bir çekten dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle geçerli bir çeke yönelik cayma beyanında

¹⁶⁴ Albayrak (n 158) 1973-1974; Bozer ve Göle (n 9) 377; Tekil (n 5) 56; Ülgen, Helvacı, Kaya ve Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (n 9) 346; Narbay (n 152) 80; İnan (n 110) 51.

¹⁶⁵ Öztan (n 10) 1328; Poroy ve Tekinalp (n 11) 352; Tekil (n 5) 56; Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 594.

¹⁶⁶ Tekil (n 5) 56; Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 594.

¹⁶⁷ Aker (n 152) 9; Albayrak (n 158) 1974; Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (n 19) 1156; Eriş, *Açıklamalı - İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku* (n 163) 237; Narbay (n 152) 49.

¹⁶⁸ İnan (n 110) 94.

bulunulmalıdır. Çekten cayma niteliği gereği sadece düzenleyen tarafından kullanılabilen bir haktır¹⁶⁹. Düzenleyen bu hakkı, muhataba yöneltilmesi gereken ve karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eden bir beyan ile kullanır¹⁷⁰. Cayma beyanı için herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemişse de yazılı yapılması ispat kolaylığı sağlar¹⁷¹. Cayma beyanın açık olması ve cayılan çekin ayırıcı vasıflarını göstermesi gerekir¹⁷². Düzenleyenin caymak istediği çekin unsurlarını yanlış bildirmesi sebebiyle düzenleyenin gerçekte caymak istediği çekin ödenmesinden muhatap sorumlu tutulamaz. Çünkü düzenleyen yanlış bilgi vermesinin sonuçlarına kendisi katlanmalıdır¹⁷³. Cayma beyanının bağlayıcı olması için herhangi bir gerekçeye dayanması gerekmez¹⁷⁴. Cayma bozucu yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlanmaz. Bu nedenle cayma beyanı, kayıtsız şartsız olmalıdır¹⁷⁵. Düzenleyenin buna uygun cayma beyanı, ibraz süresinin bitiminden itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Geçerli bir cayma beyanının var olmasına rağmen çekin ödenmesi muhatapın sorumluluğuna yol açar. Bu ödeme, nakdi veya kaydi olarak yapılmış olabilir¹⁷⁶. Şayet cayma beyanını dikkate alan muhatap banka ödeme yapmamışsa, sorumluluğu doğmaz.

c. Muhatap Bankanın Hamillere Karşı Sorumluluğu

Çekten cayma ibraz süresi geçtikten sonra hüküm doğurur (TTK m. 799/1). Bu nedenle süresinde ibraz edilen çeki, çekten cayıldığı gerekçesiyle ödemeyen muhatap bankanın, hamile karşı haksız fiil hükümlerine dayalı sorumluluğu doğar (TBK m. 49¹⁷⁷). Bu durumda, hamil ödenmeyen çek bedeli sebebiyle oluşan zararını muhatap bankadan talep edebilir.

¹⁶⁹ Bozer ve Göle (n 9) 375; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 353; Kendigelen ve Kırca (n 16) 327; Aker (n 152) 89.

¹⁷⁰ Aker (n 152) 88; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 353.

¹⁷¹ Bozer ve Göle (n 9) 374-375; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 354; Aker (n 152) 92; Tekil (n 5) 59.

¹⁷² Tekil (n 5) 59-60; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 353 Kendigelen ve Kırca (n 16) 327; Aker (n 152) 94.

¹⁷³ Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 597; Tekil (n 5) 60.

¹⁷⁴ Bozer ve Göle (n 9) 375; Kendigelen, *Çek Hukuku* (n 2) 353; Kendigelen ve Kırca (n 16) 327; Aker (n 152) 90.

¹⁷⁵ Tekil (n 5) 60.

¹⁷⁶ Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 597; Tekil (n 5) 60.

¹⁷⁷ Tekil (n 5) 61; Kendigelen, 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (n 152) 601.

Sonuç

Bu çalışmada çekte muhatap bankanın sorumluluğu incelenmiştir. Çekin unsurlarından biri ödeyecek kişinin, “muhatabın” ticaret unvanıdır (TTK m. 780/1-c). Türkiye’de ödenecek çeklerde muhatap ancak banka olabilir. Bankalar ancak anonim şirket şeklinde kurulabilir (BankK m. 7). Bu sebeple, bankalar tacir sıfatını haiz olup ticaret unvanı kullanmakla yükümlüdür (TTK m. 16; 39).

Muhatap banka, kendisine ibraz edilen çeki ödemediği önce, düzenleyen ile aralarında çek anlaşması bulunup bulunmadığını ve çekin karşılığının mevcut olup olmadığını araştırır (TTK m. 783; ÇekK m. 3/1). Bunun yanı sıra, hamilin ödeme talep etme hakkı çekten kaynaklandığı için, muhatap banka, kendisine ibraz edilen senedin çek niteliğini (TTK m. 780; 781); çekin kanuni ibraz süresine uygunluğunu (TTK m. 796) ve ibraz eden kişinin yetkili hamil sıfatını (TTK m. 655; 658; 790; 801) kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca çekte düzenleyenin imzasının hesap sahibine veya yetkili temsilcisine aidiyeti ve çekin sahte veya tahrif edilmiş olup olmadığı irdelenmelidir. Bu bağlamda, muhatap banka, anılan tüm bu hususları inceledikten sonra çekin ödenmesine engel bir husus bulunmuyor ise varsa hamilin vergi kimlik numarasını saptadıktan sonra çeki öder (ÇekK m. 3/1). Karşılığı bulunan ve ödenmesi konusunda herhangi bir engel bulunmayan çeki ödeme yükümlülüğü, muhatap ile düzenleyen arasındaki çek anlaşmasına dayanır. Bununla birlikte, çek bedelini ödemeyen muhatap bankanın hamile karşı sorumluluğu kanundan kaynaklanır (ÇekK m. 3).

Muhatap banka, ibraz eden düzenleyen dışındaki hamile, süresinde ibraz edilen her çek yaprağı için karşılığının hiç bulunmaması veya kısmen bulunması halinde öngörülen belli miktarda tutarı ödemekle yükümlü kılınmıştır (ÇekK m. 3/3). Kanuni ödeme yükümlülüğü, hamilin talebi şartına bağlı değildir. Kanuni ödeme yükümlülüğünün; hesap sahibi ile muhatap banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış olan dönülemeyecek bir gayri nakdi kredi sözleşmesi hükmünde olduğu öngörülmüştür (ÇekK m. 3/3). Kanuni ödeme yükümlülüğü, banka tarafından bastırılan çek yaprakları üzerine yazılan çeklerde söz konusudur. Bunun yanı sıra, bu çekin; zorunlu şekli unsurlarının tam (TTK m. 780; 781), sahte ve tahrif edilmemiş olması da gerekir. Muhatabın kanuni ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkması için bu özelliklere sahip çekin, düzenleyen dışında yetkili bir hamil tarafından süresi içinde (TTK m. 796) ibraz edilmesi ve karşılığının tamamen veya kısmen bulunmadığına ilişkin karşılıksızdır işleminin yapılması gerekir (ÇekK m. 3/3). Muhatap bankanın kanuni ödeme yükümlülüğü, çekin üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde muhatap ban-

kaya ibraz edilmemesi halinde sona erer (ÇekK m. 3/9). Muhatap bankanın kanuni ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda muhatabın hamile ve düzenleyene karşı sorumluluklarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Muhatabın düzenleyene karşı sorumluluğu, kanunun açık hükmü gereği gayri nakdi kredi sözleşmesine dayanır. Muhatabın hamile karşı sorumluluğu da aynı hükme (ÇekK m. 3/3) dayanarak kanuni borç olarak nitelendirilmelidir.

TTK m. 799/1 uyarınca çekten cayma ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade eder. Geçerli bir çekin olması ve cayma beyanında bulunulması, cayma işleminin kurucu unsurlarıdır. Bununla birlikte, TTK m. 799/1 uyarınca çekten cayma beyanının ancak ibraz süresi geçtikten sonra hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Buna göre, düzenleyen, her zaman cayma beyanında bulunabilir; ancak bu beyanın hüküm ifade edebilmesi için ibraz sürelerinin geçmiş olması gerekir. Kanaatimizce bu durum, çekten cayma işleminin etkinlik unsurudur. Etkinlik unsuru, hukuki işlem kurulduktan sonra, hukuki işlemin sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli unsurdur. Bu kapsamda, muhataba cayma beyanının ulaşmasıyla cayma işlemi kurulmaktadır; ancak cayma beyanı hukuki sonuçlarını ve etkilerini ibraz süresinin geçmesiyle doğurmaktadır. Kanaatimizce düzenleyen ibraz süresi içinde çekten caymışsa, bu cayma beyanı hukuken geçerlidir; ancak muhatabı ibraz süresi geçtikten sonra bağlar. Çekten cayılmamışsa muhatap ibraz süresinin geçmesinden sonra çeki ödeyebilir (TTK m. 799/2). Bu düzenlemede muhataba çek bedelini ödeyip ödememe hususunda seçim hakkı tanınmıştır. Çekten caymanın hüküm ve sonuç doğurması durumunda, muhatabın çek bedelini hamile ödememesi gerekir. Buna rağmen çek bedelini hamile ödeyen muhatap, düzenleyene karşı sorumlu olur.

Kaynakça

- Aker Y, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı* (2. Bası, Beta 2008)
- Aksu R, 'Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği' (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 861-891
- , 'Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi' (2023) 13 (1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 625-670
- Akyazan S, 'Çekin Muhataba İbrazi Zorunluluğu ve Çekte Cayma' (1972) 6 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 687-691
- Albayrak O, 'Çekten Cayma ve Ödemeden Men' (2007) 81 (5) İstanbul Barosu Dergisi 1973-1981
- Aydın H, 'Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi 2021)
- Aydos OS, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023)
- Ayli A, *Çek Hukukunda Muhatapın Yükümlülükleri* (Seçkin Yayıncılık 2019)
- Bozer A ve Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (10. Bası, Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü 2021)
- Çabri S, 'Muhatap Bankanın Çek Hesabı Açma ve Çek Karnesi Vermesi ile Bundan Doğan Sorumluluğu' (2006) (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 169-179
- Çakı Çiftçi G, 'Basiretli İş Adamı Gibi Davranma Gerekliğinin Kişi Bakımından Uygulanması' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 879-908
- Çilenti Konuralp A, 'Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme' (2020) (146) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 153-185
- Diallo A and Shy O, 'Use of Checks in Selected Countries' (2023) 23 (1) <<https://www.atlantafed.org/-/media/documents/banking/consumer-payments/research-data-reports/2023/07/14/use-of-checks-in-selected-countries.pdf>>
- Dirikkan H, 'Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun ile İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı Eleştirisi' (2002) 4 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-37
- Domaniç H, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi- IV* (Temel Yayınları 1990)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2014)
- , 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar', in Derya Ateş ve Alper Bulur (eds), *Turgut Akıntürk'e Armağan* (16. Baskı, Yetkin Yayınları 2008)
- Eriş G, *Açıklamalı- İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2004)
- , *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak* (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2016)

- Gümüş MA, '6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 18/ II 'de Yer Alan Basiretli İş Adamı (Tacir) Davranışı Ölçütünün İyiniyetin (TMK m.3) Varlığının Belirlenmesindeki İşlevi' (2016) 22 (3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1221-1240
- Hacıömeroğlu AO ve Topçu Y, 'Çek Defterinin Teslimi ile Kurulan Gayri Nakdi Kredi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği (2019) 5 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 192-221
- Helvacı M ve Aksu R, 'Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi' (2017) 23 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 223-248
- İnan N, *Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk* (Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü 1981)
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku III - Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)* (4. Baskı, 1970)
- , *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler* (1975)
- Kendigelen A, *Çek Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayınları 2021)
- , 'Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı' (1990) 64 (7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 587-621
- , ve Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (6. Bası, On İki Levha Yayınları 2022)
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku* (5. Baskı, Nobel 1999)
- Kırca İ, 'Çek Hesabında Bulunan Paranın Haciz, Rehin veya İhtiyati Tedbir Nedeniyle Öden(e)mediği Hallerde Banka Kanunen Sorumlu Olduğu Tutarı Ödemekle Yükümlü müdür? - Yargıtay 11 HD'nin 15.03.2017 Tarih ve E. 2016/1304, K. 2017/1532 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' (2018) 34 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 23-30
- Kızılçay A, 'Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (2014) 88 (4) İstanbul Barosu Dergisi 163-178
- Kızır M, 'Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İşadamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi' (2011) 19 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 245-282
- Kocayusufoğlu N, Serozan R, Hatemi H ve Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1* (6. Bası, Filiz Kitabevi 2014)
- Narbay Ş, *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı* (2. Bası, Beta 1999)
- Oğuz S, 'Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları' (2022) 10 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 371-393
- Oktay S, 'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması' (1996) 55 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 263-296
- Özdemir SS, 'Çek Kanunu Çerçevesinde Bankanın Hesap Açtırmak İsteyen Kişiye İlişkin Araştırma Yükümlülüğü' (2021) 70 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 761-799

- Özsoy A, 'Muhatapın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2020)
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (2. Bası, Turhan Kitabevi 1997)
- , *Kıymetli Evrak Hukuku* (26. Baskı, Yetkin Yayınları 2022)
- Poroy R ve Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)
- Reisoğlu S, *Çek Hukuku* (2011)
- Şahinalp K, 'Çekte Muhatap ve Muhatapın Hukuki Sorumluluğu' (2000) (39) Sayıştay Dergisi 78-113
- Tamer A, 'Çek Hukuku Bakımından Muhatap Bankanın Kanuni (Asgari) Ödeme Yükümlülüğü' (2013) 24 (85) Bankacılar Dergisi 92-111
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I (Vedat Kitapçılık 2008)
- Tekil M, *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu* (Beta 1997)
- Tenekeci C, 'Çek Kanunu 2. Madde Kapsamında Muhatapın Sorumluluğu' (2018) 13 (143) Terazi Hukuk Dergisi 157-167
- Türcan M, 'Yargıtay Kararları Işığında Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu' (Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi 2021)
- Uzun Şenol P, 'Çekte Muhatap Banka Sorumluluğunun Kapsamı' (2013) 8 (2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 945-967
- Ülgen H, Helvacı M, Kaya A ve Nomer Ertan NF, *Kıymetli Evrak Hukuku* (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2019)
- , *Ticari İşletme Hukuku* (8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Yasaman H ve Poroy R, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Yavuz N, 'Üçüncü Kişi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Bunun Kira Hukukundaki Bazı Yansıma Örnekleri' (2008) 3 (26) Terazi Hukuk Dergisi 27-35
- Yıldırım AH, 'Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler' (2017) 21 (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 91-119

İnternet Kaynakları

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

<<https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari>>

<<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay/>>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://treasury.gov.au/sites/default/files/2023-12/c2023-471331-cp.pdf>>

<<https://www.albaraka.com.tr/documents/hakkimizda/sozlesme-veformlar/sozlesmeler/BHS/2024/bhs-tuzel-musteri-tr-2024.pdf>>

<<https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2023/mas-announces-end-2025-timeline-to-eliminate-corporate-checks>>

<[https://www.nvi.gov.tr/mernis#:~:text=Merkezi%20Nüfus%20İdaresi%20Sistemi%20\(MERNİS\)](https://www.nvi.gov.tr/mernis#:~:text=Merkezi%20Nüfus%20İdaresi%20Sistemi%20(MERNİS))>

<https://www.riskmerkezi.org/Content/Upload/istatistikraporlar/ekler/4393/Bankalara_ibraz_Edilen_ve_Karsiliksiz_Islemi_Yapilan_Cek_Bilgileri_-_Temmuz_2024.pdf>

<<https://www.vakifkatilim.com.tr/tr/diger/sozlesmeler-ve-formlar>>

<[www.isbank.com.tr/contentmanagement/Documents/sozlesme-ve-formlar/2024/bhs-\(2024-01\).pdf](http://www.isbank.com.tr/contentmanagement/Documents/sozlesme-ve-formlar/2024/bhs-(2024-01).pdf)>

Riskin Erken Saptanması Komitesinin İşleyişine İlişkin Güncel Hukuki Sorunlar ve Öneriler^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Meltem KARATEPE KAYA^(**)

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 378 uyarınca, anonim şirketlerde şirketin varlığını, gelişimini ve sürekliliğini tehlikeye düşürebilecek sebeplerin erkenden teşhis edilmesi, bu amaçla gerekli önlemlerin alınması, çözüm yollarının belirlenip uygulanması ve olası risklerin yönetilmesi için yönetim kurulu bünyesinde bir komite kurulması düzenlenmiştir. Bu komitenin kurulması payları borsada işlem gören şirketler için zorunluyken, halka açık olmayan şirketlerde denetçinin gerekli görerek yazılı bir halde yönetim kuruluna bildirmesi şartına bağlanmıştır. Bu makalede öncelikle saptanması ve önlenmesi amaçlanan riskin ne olduğu ele alınmıştır. Devamında, payları borsada işlem gören ve işlem görmeyen şirketlere ilişkin düzenleme farklılıkları üzerinde durulmuştur. Payları borsada işlem gören şirketler için risk yönetimi komitesinin kurulması bir zorunlulukken, payları borsada işlem görmeyen şirketlerde bu durum belirsizliğe yol açmaktadır. Makalede, bu komitenin kurulması için gerekli koşullar ve denetçinin rolü ele alınmış, bağımsız denetimin zorunlu olup olmadığı tartışılmıştır. Ayrıca, komitenin kuruluşu, işleyişi ve yönetim kurulunun bu süreçteki sorumlulukları detaylı bir şekilde incelenmiştir. Çalışmada ayrıca, karşılaştırmalı hukukta risk yönetiminin nasıl ele alındığı incelenmiştir. Makale, risk yönetimi komitesinin işleyişine ilişkin mevcut düzenlemeleri ve uygulama pratiklerini değerlendirirken, risk yönetiminin kurumsal yönetim açısından taşıdığı önemi vurgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Riskin Erken Saptanması Komitesi, Yönetim Kurulu, Denetçiler, Risk Yönetimi, Bağımsız Denetim, Anonim Şirket.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 19.11.2024.

Atıf Şekli: Meltem Karatepe Kaya, 'Riskin Erken Saptanması Komitesinin İşleyişine İlişkin Güncel Hukuki Sorunlar ve Öneriler' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1663, 1713.

DOI: 10.52273/sduhfd..1561022.

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3428-0293>.

Current Legal Issues and Recommendations Regarding the Functioning of the Early Detection of Risk Committee

Abstract

Article 378 of the Turkish Commercial Code requires joint-stock companies to set up a committee through their board of directors. The purpose of this committee is to detect potential risks that may threaten the company's existence, growth, or sustainability at an early stage, and to propose and implement the necessary measures to manage these risks. While publicly traded companies are obligated to establish this committee, for non-public companies, it depends on the auditor's written recommendation to the board. This article first examines what kinds of risks the committee aims to identify and manage. It then discusses the regulatory differences between publicly traded and non-public companies, highlighting how the mandatory establishment of a risk management committee in publicly traded companies creates ambiguity for non-public ones. The article also considers the conditions under which the committee must be formed, the auditor's role in this process, and whether independent auditing is necessary. Additionally, it explores the formation, functioning, and responsibilities of the board of directors in overseeing the committee. Finally, the article reviews how risk management is approached in other legal systems, emphasizing the importance of risk management for corporate governance.

Keywords

Early Detection of Risk Committee, Board of Directors, Auditors, Risk Management, Independent Audit, Joint-Stock Company.

Extended Summary

Article 378 of the Turkish Commercial Code (TCC) mandates that the board of directors of joint-stock companies establish a “Committee for the Early Detection of Risk” to identify, at an early stage, factors that identify early the factors that jeopardize the company’s existence, growth, and sustainability, implement necessary measures, propose solutions, and oversee potential risks. This committee is also responsible for implementing necessary measures, proposing solutions, and overseeing potential risks. Regulated for the first time under TCC, the committee plays a pivotal role not only in improving corporate governance practices but also in enhancing corporate social responsibility, a topic that will be elaborated upon in this study.

Since the global financial crises of the early 2000s, risk management has emerged as a crucial component of corporate governance. Even before the enactment of the TCC No. 6102, companies began to focus on identifying and evaluating risks, while developing strategies to mitigate or manage financial threats. Article 378 specifically requires that publicly traded companies set up a specialized committee to address risks that may threaten the company’s sustainability. While the formation of this committee is obligatory for publicly traded companies, non-public companies are only required to do so if the auditor deems it necessary and provides a written recommendation to the board of directors.

The Capital Markets Board (CMB) further strengthened this regulatory framework with its Corporate Governance Communiqué (II-17.1), which was issued in 2014. Annex-1 of this Communiqué outlines the “Corporate Governance Principles” and mandates in Article 4.5.1 that publicly traded companies, excluding banks, must establish a “Committee for the Early Detection of Risk.” Additionally, Article 4.5.12 specifies that this committee is responsible for identifying risks that could endanger the company’s continuity, taking necessary precautions, and managing such risks. The committee is required to review the company’s risk management systems at least once a year, ensuring its ongoing effectiveness.

Both the TCC and the CMB regulations emphasize a parallel framework for publicly traded companies, where the primary focus is on ensuring the timely detection of risks that could threaten the company’s existence. Initially, the committee must identify potential risks relevant to the industry in which the company operates, assess their likely impact, and develop strategies to mitigate them. Establishing early warning systems supported by continuous monitoring and reporting processes is vital for early detection. The committee must also create action plans to address critical risks and implement these strategies promptly to minimize potential damages when risks materialize.

While detecting risks in advance is not always possible, the committee’s ability to respond swiftly and flexibly to unforeseen circumstances is essential in today’s volatile risk environment. After identifying risks, the committee should also communicate its findings with the company’s stakeholders and, if necessary, arrange external training to increase awareness. By performing these duties, the Committee for the Early Detection of Risk significantly contributes to the company’s sustainability, resilience,

and competitiveness, which are key themes explored in subsequent sections of this study.

Given the topics discussed, it is evident that the Committee for the Early Detection of Risk plays a crucial role in the company's overall risk management strategy, which is intrinsically linked to corporate governance practices and sustainable business operations. The effectiveness of this committee is not solely dependent on compliance with legal requirements but is also closely tied to the board of directors' commitment to ensuring that the committee operates effectively and proactively. A broader and more comprehensive interpretation of the risk concept could further enhance the committee's functionality and impact in corporate governance, in our view.

For publicly traded joint-stock companies, particularly those governed by the Capital Markets Board's regulations, detailed rules ensure the committee's independent and impartial functioning. These rules create the necessary framework for the committee to effectively monitor and manage risks. However, the absence of similar provisions for non-publicly traded joint-stock companies under the TCC creates ambiguities. This leads to practical challenges, such as defining the role of the auditor in the committee and clarifying the board's responsibilities in overseeing the committee's operations. The auditor's authority to deem the formation of the Committee for the Early Detection of Risk necessary could blur the lines between the auditor's traditional role and management functions, potentially affecting the independence of the audit process.

In conclusion, while the current regulations mandate the formation of the committee only for publicly traded companies, promoting its establishment in non-public companies would greatly benefit risk management practices. Strengthening the board's risk management mechanisms and establishing this committee, regardless of the auditor's recommendation, would enhance corporate governance standards and ensure sustainability. Although some scholars suggest that boards should ensure early risk detection even in the absence of such committees, we believe that detailed legal provisions supporting this view are necessary. This approach would ensure not only legal compliance but also bolster the company's overall performance and risk management capacity.

Giriş

Son yıllarda dünyada meydana gelen felaketlerin büyüklüğü ve etki gücü, ekonomik düzenin sac ocağı olan şirketlerin, bu felaketler öncesi ve sonrasında rolünün tartışmaya açılmasına sebebiyet vermiştir. 2020 yılının ilk aylarında başlayan koronavirüs pandemisi neredeyse dünyadaki herkesi etkilemiştir. Ülkemiz de bu pandemiden birçok açıdan büyük yara almıştır. Yine son yıllarda ülkemizde deprem, sel gibi felaketlerde büyük kayıplar yaşanmıştır.

Dünyanın ve ülkemizin tekrar büyük finansal krizler, pandemiler, depremler, afetler gibi riskler yaşaması olasıdır. Bilim ve insanlığın tecrübeleri bu risklerden kaçışın mümkün olmayacağını göstermektedir. Şu durumda, yapılması gereken bu süreçlere hazırlıklı olmaktır. Hazırlık ile kastedilen sadece önlemler değil riskin gerçekleşmeden önce tespit edilerek yapılacakların belirlenmesi ve ortaya çıkabilecek zararın boyutunun en aza indirilmesidir.

Şirketlerin, riskler karşısındaki etkinliğinin ve rolünün belirlenmesi önemlidir. Zira şirketler sadece ekonomik kaynaklara değil, aynı zamanda olası bir felaketten sonraki zararın tablosunun ortaya çıkmaya başladığı ilk günlerde fark yaratacak lojistik kapasiteye ve operasyonel uzmanlığa da sahiptir¹. Küresel bağlantılı ekonomi ve teknolojik gelişmelerin hızla ilerlediği bir ortamda, riskleri yönetmek öncelikli bir konu olmalıdır. Bu nedenle risk yönetimi, şirketlerin sürdürülebilirliğini ve değerini korumak için kritik bir rol oynar. Şirketler, riskleri etkin bir şekilde yöneterek hem finansal hem de operasyonel performanslarını artırabilirler. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK²) ve ilgili düzenlemeler, risk yönetimi süreçlerinin yapılandırılmasına ilişkin bazı yükümlülükler getirmiştir. Ancak, bu yükümlülüklerin kapsamı ve uygulanabilirliği, şirketlerin yapısına ve borsada paylarının işlem görüyor olup olmamasına göre değişiklik gösterebilir. Riskin erken saptanması ve yönetimi konusunda TTK m. 378 ve ilgili tebliğler, belirli şirket türleri için komite kurma zorunluluğu getirmektedir. Özellikle payları borsada işlem gören şirketlerde, risk yönetimi komitesinin kurulması zorunludur. Ancak bu düzenlemenin kapsamı ve uygulanabilirliği, diğer anonim şirket türleri için belirsizlikler içerebilmektedir. Bu makale, risk ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini, riskin erken saptanması komitesinin kurulması gereken şir-

¹ Susan S. Kuo ve Benjamin Means, 'Corporate Social Responsibility after Disaster Corporate Social Responsibility after Disaster' (2012) 89 (5) Washington University Law Review 973, 974.

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846, madde 378.

ket türlerini, bu komitenin kuruluşunu, işleyişini ve yönetim kurulunun bu süreçteki rolünü karşılaştırmalı hukuktan örneklerle ele alacaktır.

I. Riskin Erken Saptanması Komitesinin Rolü

TTK m. 378 uyarınca anonim şirketlerde, şirketin varlığını, büyümesini ve sürekliliğini tehlikeye atabilecek sebeplerin erkenden teşhis edilmesi, gerekli önlemlerin alınması ve çözüm yollarının belirlenerek olası risklerin yönetilmesi amacıyla yönetim kurulu bünyesinde bir komite kurulması hükme bağlanmıştır. Çarelerin ortaya konularak uygulanması ve ortaya çıkması muhtemel riskin yönetilmesi amacıyla yönetim kurulu tarafından bir komite kurulması hükme bağlanmıştır. Bu komite TTK ile ilk kez düzenleme altına alınmakta ve özellikle şirketlerin daha iyi kurumsal yönetim politikaları oluşturmaları³ için ve ileride açıklayacağımız üzere sosyal sorumluluğun artırılması için önem arz etmektedir.

Risk yönetimi kavramı, 2000'li yıllardaki küresel finansal krizlerden bu yana kurumsal yönetimde bağımsız bir işlevsel alan olarak giderek daha fazla önem kazanmıştır⁴. Çoğu şirket, risk unsurlarını tespit edip değerlendirme ve finansal riskleri azaltmak veya koruma sağlamak amacıyla stratejiler üretmeye TTK öncesi dönemde başlamıştır.

TTK m. 378 uyarınca, pay senetleri borsada işlem gören şirketlerin yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişimini ve devamlılığını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhis edilmesi, bu sebepler için gerekli önlemler ve çözümlerin uygulanması ile riskin yönetilmesi amacıyla uzman bir komite kurmak, bu sistemi işletmek ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketler içinse bu komite denetçinin gerekli görmesi ve buna istinaden yönetim kuruluna yazılı olarak bildirim yapması halinde derhal kurulacaktır. Görüldüğü üzere bu komitenin kurulması payları borsada işlem gören şirketler için zorunluysen, halka açık olmayan şirketlerde denetçinin gerekli görerek yazılı bir halde yönetim kuruluna bildirmesi şartına bağlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın 2014 tarihli Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT⁵) (II-17.1) ve EK-1'de bulunan "Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim

³ Kuo ve Means (n 1) 974.

⁴ Carolin Stier, *Risikomanagement und wertorientierte Unternehmensführung* (Springer 2017), 11.

⁵ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2014 tarihli Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1), RG 03.01.2014/28871.

İlkeleri” 4.5.1’de “Riskin Erken Saptanması Komitesi”nin halka açık şirketler için bankalar hariç olmak üzere oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir. Yine 4.5.12 numaralı maddede “Riskin Erken Saptanması Komitesi”, “*şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin alınması ve riskin yönetilmesi amacıyla çalışmalar yapmakla sorumlu olup, risk yönetim sistemlerini en az yılda bir kez gözden geçirir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Her iki düzenlemede de paralel ifadeler yer almakla birlikte ilerde tartışılacağı üzere öncelikle şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi için komitenin hangi adımları atması gerektiğinin tespiti gerekmektedir. Komite, ilk olarak şirketin faaliyet gösterdiği sektörün türüne göre potansiyel riskleri belirlemeli ve bu risklerin şirket üzerindeki olası etkilerini değerlendirmelidir. Risklerin zamanında ve kolayca belirlenebilmesi için erken uyarı sistemlerinin kurulması ve bu sistemlerin düzenli izleme ve raporlama süreçleriyle desteklenmeleri düşünülebilir. Belirlenen riskler arasında daha ciddi olanlara öncelik verilerek önlem planlarının hazırlanması ve bu önlemlerin ne zaman ve nasıl uygulanacağını belirlenmesi, risklerin gerçekleşmesi durumunda komitenin hasarı en aza indirme hedefine hizmet etmesi açısından önem taşımaktadır.

Riskin tespiti her zaman öncesinden mümkün olmayabilir. Bu durumda komitenin beklenmedik durumlar karşısında hızlı ve esnek fikirli bir şekilde hareket etmesi risklerin hızla değiştiği günümüzde şirketin dayanıklılığını artıracaktır. Bu riskleri belirledikten sonra bunların şirketin diğer paydaşları ile de paylaşılması ve gerekirse dış kaynaklardan destek alarak farkındalık oluşması adına eğitimler düzenlenmesi komitenin yükümlülükleri arasındadır. Bu adımların atılması ile birlikte riskin erken saptanması komitesi görevini yerine getirmiş ve şirketin sürdürülebilirliğine, dayanıklılığına ve rekabet gücüne katkı sağlamış olacaktır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu adımlar detaylı olarak ele alınacaktır.

II. Komite Hangi Risklerin Teşhisinden Sorumludur?

Komitenin görev ve yetkileri belirlenirken ele alınması gereken ilk husus riskin ne olduğudur. Zira kurumların faaliyet gösterdiği sektörüne göre riskin belirlenerek maruz kalacakları olası risklere karşı hazırlık yapmaları komitenin asli görevidir. Şirketler için risk hiçbir zaman tam olarak bitmeyecek olsa da en azından riskin minimize edilmesi ve sürecin iyi bir şekilde yönetilmesi komite-

nin kuruluş amacına uygun olacaktır. TTK m 378 gerekçesinde⁶ “*Bu komitenin denetim komitesinden farkı denetim komitesinin yönetimi gözetim altında tutmasına karşılık bu komitenin sadece risklere odaklanmasıdır.*” demek suretiyle maddede yer alan risk ifadesinin tanımının doğru yapılmasının ne kadar önemli olduğu bir kez daha ortaya çıkmıştır.

Risk, Türk Dil Kurumu tarafından “*zarara uğrama tehlikesi*” olarak tanımlanmıştır⁷. Risk yönetimi uzmanlarına göre riskin iki tanımı vardır ve aralarında net bir ayırım yoktur⁸. İlk tanım, riskin kötü bir şey olma ihtimaline dayanmaktadır. Buna göre risk kötü bir şeyin gerçekleşme olasılığıdır ve kaçınılması gereken bir şeydir. İkinci tanıma göre ise risk olası sonuçların çeşitli seçeneklere ayrılması, dağılmasıdır. İkinci risk tanımı, kötü bir şey olma tehlikesiyle sınırlı değildir. Daha ziyade, bu fikir riski gelecekteki olası olayların -kötü ya da iyi- dağılması olarak ifade eder⁹. Yaşar, eserinde korkulan olayın gerçekleşmesinden önceki aşamayı risk, o olayın gerçekleşmesinden sonraki aşamayı ise sinistre olarak ifade etmektedir¹⁰. Dolayısıyla riskin varlığı korkulan olayın gerçekleşmesi ile birlikte sona ermektedir.

İşletme yönetiminde risk kavramı, karar verme süreçlerinde kritik bir öneme sahiptir. Karar teorisinde risk, belirsizliklerin belirli bir türünü ifade eder. Belirsizlik ise şu anlamlara gelir: (a) Karar vericinin kontrolü dışında, dışsal faktörler sonucu etkileyebilir. (b) Bu dışsal faktörlerin çeşitli sonuçları, belirli bir olasılıkla ortaya çıkabilir. Bu sonuçlar veya etki faktörleri, çevresel koşullar olarak adlandırılır¹¹. Knight’a göre, belirsizlik durumları ve risk arasında bir ayırım yapılmalıdır. Dar anlamda belirsizlik durumunda karar verici olası durumların olasılıklarını belirleyemez¹².

Literatürde çok çeşitli risk tanımları yer alsa da gelecekte ortaya çıkma olasılığı olan tehdit edici durumları risk olarak adlandırmamız mümkündür. Bu doğrul-

⁶ Türk Ticaret Kanunu madde 378 gerekçesinde bu hususa ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

⁷ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük (n.d.) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024.

⁸ Geoffrey Miller, *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance* (2. Bası, Wolters Kluwer 2017) 961.

⁹ Miller (n 8) 483.

¹⁰ Tuğçe Nimet Yaşar, ‘Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi’ (2016) 2 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 69, 75.

¹¹ Stier (n 4) 13.

¹² Frank H. Knight, *Risk, Uncertainty, and Profit* (Boston and New York, Houghton Mifflin Company 1921) 20.

tuda riskin erken saptanması komitesinin görevini yerine getirirken hangi risklerden dolayı tedbir alması gerektiği de incelenmelidir. Şirketler faaliyetleri boyunca her türlü riske maruz kalabilme olasılığı taşısalar da bu çalışma TTK m 378 bağlamında riskleri çevresel, sosyal ve yasal olmak üzere üçe ayırarak inceleyecektir.

A. Çevresel Riskler

Son yıllarda, dünya genelindeki eğilimlere paralel olarak, şirketler varlıklarını sürdürülebilirlik yollarını aramakta ve bu amaçla faaliyetlerini kurumsal sürdürülebilirlik çerçevesinde yürütmektedir¹³. Kurumsal sürdürülebilirlik, şirketlerin faaliyetlerinde çevresel faktörlere önem verme gerekliliğini vurgularken, çevreye duyarlı bir yapının sürdürülebilirlik için bir ön koşul olduğunu göstermektedir¹⁴.

Bu kapsamda, çevresel sürdürülebilirlik, işletmelerin karşılaşabileceği çevresel yükümlülüklerin işletme performansı üzerindeki potansiyel etkilerini dikkate almasını ve çevresel riskleri etkin bir şekilde yönetme kapasitelerini kapsar¹⁵. Kurumsal sürdürülebilirliğin en önemli bileşenlerinden biri, çevresel risklerin stratejik olarak tanımlanması, değerlendirilmesi ve risk yönetiminin vakitlice planlanarak gerekli önlemlerin alınmasıdır. Bu noktada kanaatimce, Türk Ticaret Kanunu'nun m. 378'de düzenlenen "riskin erken saptanması komitesi" ile kurumsal sürdürülebilirlik politikaları kesişmektedir; zira şirketlerin sürdürülebilir bir yapıya ulaşması, ancak bu komitenin faaliyetleriyle mümkün olabilir.

Şu hâlde, çevresel risklerin ne olduğunu tespit edip bunlara karşı tedbir mekanizmalarının kurulması şirketin sürdürülebilirlik politikalarını destekleyecektir. Zira çevre duyarlılığına sahip şirketler paydaşlarının ilgisini çekerek kamuoyunda olumlu bir itibar edinmektedir. Bu olumlu itibar, işletmenin marka değeri ve rekabet gücüne doğrudan etki eder ve hatta sermaye piyasalarında sürdürülebilirlik endekslerinin oluşumunu destekler¹⁶. Çevresel riskler, kanaatimce, doğal afetler, iklim değişikliği ve çevre kirliliği şeklinde üç ayrı başlık altında incelenebilir.

¹³ Şerife Önder ve Ahmet Ağca, 'İşletmelerin Risk Gruplarına Göre Çevresel Sürdürülebilirlik Uygulamaları: BIST 100 Endeksinde Bir Uygulama' (2018) 7 (1) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 77, 80.

¹⁴ Hatice Kübra Kandemir, 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi' (2021) 20 (41) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 853, 857.

¹⁵ Kandemir (n 15) 857; Lambooy Tineke E., Argyrou Aikaterini ve Tideman Sander, 'Enabling Company Boards to Create Sustainable Companies: The Connection Between Sustainability, Company Leadership and Law' (2018) 13 (2) International and Comparative Law Journal 36.

¹⁶ Önder ve Ağca (n 13) 80.

1. Bir Çevresel Risk Türü Olarak Doğal Afetler

Doğal afetler, her ülkeyi etkileyebilen, yıkıcı, maliyetli ve öngörülemez olaylardır. Sel, toprak kayması, orman yangınları, depremler, kuraklık ve fırtınalar gibi afetler artan yoğunlukları nedeniyle küresel bir sorun haline gelmiştir. Bu afetler, sermaye ve emek gibi üretim faktörlerinde ani kayıplara yol açarak ekonomik sistemlerin dengesini sarsar¹⁷. Birçok akademik çalışmada¹⁸, doğal afetler şirketler için bir risk olarak belirtilmiştir. Özdemir de eserinde, “gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsizlik taşıyan ve gerçekleşmesi halinde de, şirketi olumsuz yönde etkileme potansiyeli taşıyan”¹⁹ doğal afetlerin risk kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmektedir²⁰. Doğal afetlerin sıklığı ve şiddeti, dünya genelinde kayda değer bir artış göstermiştir²¹. Doğal afetler, kasırgalar, seller ve depremler gibi aşırı doğal olayların insan yerleşimleri ve üretken varlıklar üzerindeki olumsuz ekonomik etkilerini yansıtmaktadır²². 2023 yılında, dünya genelinde doğal afetler nedeniyle oluşan ekonomik kayıplar yaklaşık 380 milyar ABD doları olarak gerçekleşmiştir²³.

Yerel risk transfer piyasalarının genellikle zayıf olduğu gelişmekte olan ülkelerde, doğal afetlerin yol açtığı ekonomik kayıplar katlanarak büyümektedir.

¹⁷ Gary Bowman, Roxane Foulser-Piggott and Paul W Beamish, ‘Natural Disasters and MNE Internalization: Reoptimizing Subsidiary Governance’ (2023) 58 (2) *Journal of World Business* 101387; Mehmet Marangoz ve Çağrı İzci, ‘Doğal Afetlerin Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Etkilerinin 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Merkezli Depremler Bağlamında Girişimciler Açısından Değerlendirilmesi’ (2023) 24 (52) *Journal of Social Sciences and Humanities Researches* 1, 3.

¹⁸ Huang Qiping, Li Yongjia, Lin Meimei ve McBrayer Garrett, ‘Natural Disasters, Risk Salience, and Corporate ESG Disclosure’ (2022) 72 *Journal of Corporate Finance*, 7; Semih Sırrı Özdemir, ‘COVID-19 Salgını Karşısında Riskin Erken Saptanması Komitesinin Görev ve Sorumluluklarının Yeniden Değerlendirilmesi’ (2020) 2 (2) *Yaşar Hukuk Dergisi* 61, 2; Mehmet Marangoz ve Çağrı İzci, ‘Doğal Afetlerin Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Etkilerinin 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Merkezli Depremler Bağlamında Girişimciler Açısından Değerlendirilmesi’ (2023) 24 (52) *Journal of Social Sciences and Humanities Researches* 1, 3.

¹⁹ Özdemir (n 18) 68.

²⁰ Özdemir, bu kapsamda, Covid 19 pandemisinin de doğal afet olarak değerlendirilerek TTK m 378’in gündemine dahil edilebileceğini savunmaktadır. Bknz Özdemir (n 18) 71.

²¹ WJ Wouter Botzen, Olivier Deschenes ve Mark Sanders, ‘The Economic Impacts of Natural Disasters: A Review of Models and Empirical Studies’ (2019) 13 (2) *Review of Environmental Economics and Policy* 167, 167.

²² Torben Juul Andersen, ‘Globalization and Natural Disasters: An Integrative Risk Management Perspective’ in Alcira Kreimer, Margaret Arnold, Anne Carlin (eds), *Building Safer Cities: The Future of Disaster Risk* (Disaster Risk Management Series World Bank 2003) 57.

²³ Statista, ‘Global Economic Losses due to Natural Disasters from 2000 to 2023’ (Statista, 2023) <<https://www.statista.com/statistics/510894/natural-disasters-globally-and-economic-losses/>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2024.

Bu durum, doğal afetlerin, daha az gelişmiş ekonomilerde yoğun nüfuslu bölgeleri vurduğunda, yıkıcı sosyoekonomik sonuçlar doğurmasına neden olmaktadır. Ayrıca, bu felaketlerin, etkilenen ülkelerin küresel rekabet edebilirlikleri üzerinde olumsuz etkiler yaratması kaçınılmazdır. Afetler, ekonomik faaliyetler üzerinde olumsuz bir etkiye sahiptir ve bu nedenle oluşan ekonomik belirsizlikler, uzun vadeli ticari ilişkilere yapılan yatırımları engellemektedir²⁴. Şöyle ki, gelişmekte olan ülkelerde, felaket sonrası ekonomik toparlanma genellikle çok taraflı yardım olanakları ve insani yardımların erişilebilirliğine bağlıdır. Bu durum, daha erken uyarı veren bir risk yönetimi stratejisi benimsemeye yönelik politik teşvikleri sınırlı hale getirir. Sonuç olarak, bu ülkeler doğal afetlerin en ağır ekonomik etkileriyle başa çıkabilmek için uluslararası toplumu “son çare borç vereni” olarak görme eğilimindedir. Ancak, bu tür bir kurtarma yaklaşımı, felaket önleme ve zarar hafifletme tedbirlerinin gelişimini engelleyecektir²⁵. Buna karşılık, sanayileşmiş ülkelerdeki ekonomik aktörler, felaket sonrası yeniden yapılanma süreçlerini kolaylaştırmak amacıyla finansal piyasalardan sigorta ve alternatif risk transfer mekanizmalarını kullanırlar. Bu risk yönetimi yaklaşımı, gelişmekte olan ülkeler için de oldukça faydalı olabilir. Etkin bir risk yönetimi stratejisi, bir ülkenin felaket risklerine karşı savunmasızlığını azaltabilir ve felaket sonrası yeniden yapılanma fonlarını güvence altına alarak ekonomik kayıpların ciddiyetini önemli ölçüde hafifletebilir²⁶.

Bununla birlikte, aktif bir risk yönetimi stratejisinin yokluğunda, doğal afetlere maruz kalan gelişmekte olan ülkeler, geçici felaket yardımları sağlamak için mevcut kalkınma programlarından fonları yeniden tahsis etmek zorunda kalabilirler. Bu durum, uzun vadeli ekonomik yatırımlara olan taahhütleri zayıflatabilir²⁷. Felaket sonrası yetersiz finansman düzenlemelerine sahip bir ülke, çok taraflı kredi imkanları ve diğer finansman kaynaklarından onay beklerken, ekonomik kayıplarını telafi etmede gecikmeler yaşayabilir. Ayrıca, ikili bağışlar şeklinde sağlanan felaket yardımları genellikle fonların kullanımına kısıtlamalar getiren koşullarla birlikte gelir. Dolayısıyla, etkin risk yönetiminin eksikliği, felaket sonrası ekonomik toparlanma beklentilerini olumsuz etkiler; özellikle mali kaynakların sınırlı olduğu ve kritik ekonomik altyapının zarar gördüğü durumlarda bu etki daha belirgin hale gelir. Doğal afetlere karşı savunmasız ekonomi-

²⁴ Botzen, Deschenes ve Sanders (n 21) 167.

²⁵ Andersen (n 22) 58.

²⁶ Andersen (n 22) 59.

²⁷ Andersen (n 22) 59.

lerde faaliyet gösteren ekonomik aktörler, güvenilir ve uzun vadeli ticari ilişkiler kurmakta zorlanabilirler. Bu hayati paydaş ilişkileri, aşırı felaket riski nedeniyle tehlikeye girdiğinde, bir ülke, daha sürdürülebilir rekabet avantajları yaratma potansiyeline sahip ekonomik faaliyetleri desteklemekte zorluklarla karşılaşabilir. Bu nedenle, felaket riskinin etkin bir şekilde yönetilmesi, yetkinliğe dayalı ekonomik faaliyetleri desteklemeli ve böylece uluslararası ticaretten elde edilebilecek potansiyel ekonomik faydaları artırmalıdır²⁸.

Doğal afetlere karşı risk yönetimi, yalnızca devletlerin değil, aynı zamanda ülkelerdeki en önemli ekonomik paydaşlar olan şirketlerin de alması gereken önemli tedbirleri gündeme getirmektedir. Ülkemizde, 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen ve merkez üssü Kahramanmaraş'ın Pazarcık ve Elbistan ilçeleri olan Mw 7.7 ve Mw 7.6 büyüklüklerindeki iki büyük deprem, büyük bir yıkıma sebep olmuştur²⁹. Depremler, 11 şehri doğrudan etkileyerek ülkenin farklı bölgelerinde hem maddi hem de manevi zararlara yol açmıştır.

Doğal afetler dünya çapında büyük can ve mal kayıplarına neden olmuştur. 1900 ile 2022 yılları arasında 13.386 doğal afet rapor edilmiştir; bu afetlerde 3.6 milyon insan hayatını kaybetmiş ve 3.3 trilyon dolarlık ekonomik zarar meydana gelmiştir³⁰. Bu zararlar, yalnızca insan ölümleri ve mülk kayıplarıyla sınırlı kalmamış, aynı zamanda sağlık, eğitim ve gelir sağlayan faaliyetlerin kesintiye uğramasına da yol açmıştır³¹. Tarihsel örnekler de afetlerin büyük etkilerini göstermektedir. 1923'te Japonya'da meydana gelen 7.9 büyüklüğündeki Büyük Kant Depremi, 100.000'den fazla kişinin ölümüne ve 460.000'den fazla binanın yıkılmasına neden olmuştur. Depremin ardından çıkan yangınlar, hasarın daha da büyümesine yol açmıştır³². Daha yakın tarihlerde, 2011'de Japon-

²⁸ Andersen (n 22) 60.

²⁹ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), 'Türkiye Saati ile 04:17 ve 13:24'te İki Deprem Meydana Geldi,' <<https://deprem.afad.gov.tr/content/137>> Erişim Tarihi 21 Ağustos 2024.

³⁰ Mehmet Marangoz ve Çağrı İzci, 'Doğal Afetlerin Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Etkilerinin 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Merkezli Depremler Bağlamında Girişimciler Açısından Değerlendirilmesi' (2023) 24 (52) Journal of Social Sciences and Humanities Researches 1, 3; Muhammad Tariq Iqbal Khan, Sofia Anwar, Muhammad Rizwan Yaseen ve Abdul Majeed Nadeem, 'The Impact of Natural Disasters and Climate Change on Agriculture: An Empirical Analysis' (2022) 4 (1) Journal of Economic Impact 28, 30.

³¹ Khan ve diğerleri (n 30) 30; Marangoz ve İzci (n 30) 3.

³² Encyclopaedia Britannica, 'Tokyo-Yokohama Earthquake of 1923' (Encyclopaedia Britannica, 9 Kasım 2024) <<https://www.britannica.com/event/Tokyo-Yokohama-earthquake-of-1923>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024.

ya’da gerçekleşen 9,1 büyüklüğündeki Tohoku depremi, 360 milyar dolarlık ekonomik kayıpla tarihe geçmiştir³³. Bu, ekonomik kaybın en yüksek olduğu deprem olarak kayıtlara geçmiştir. Ayrıca, 2024 yılında İspanya’da yaşanan yoğun yağışlar ve sel felaketi, ülkenin birçok bölgesini etkileyerek ciddi ekonomik, sosyal ve çevresel zararlara yol açmıştır. Binlerce kişi evlerinden tahliye edilmiş, altyapı büyük ölçüde zarar görmüş ve tarım arazileri selden etkilenmiştir³⁴. Bu örnekler, doğal afetlerin geniş kapsamlı ekonomik, sosyal ve çevresel etkilerini ve afet önleme ile müdahale politikalarının önemini açıkça göstermektedir. Depremler, seller, heyelanlar ve diğer doğal afetler kaçınılmazken, şirketlerin bu olaylara hazırlıklı olması, ülkemizi gelişmiş bir statüye yaklaştıracak ve zararları sınırlayacaktır. Bu bağlamda, doğal afetlerin TTK m. 378 kapsamında risk olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Afetlerin ekonomik ve toplumsal zararı somut verilerle desteklenmeli, bu zararların minimize edilmesi için uygun adımlar atılmalıdır³⁵.

2. Bir Çevresel Risk Türü Olarak İklim Değişikliği

Çevresel risk türlerinden bir diğeri de iklim değişikliğidir. Zira iklim değişikliği, deniz seviyesinin yükselmesi, küresel yağış desenlerinde değişiklikler, kuraklıklar, seller, kitlesel hareketler ve aşırı meteorolojik olaylar gibi doğal ekosistem değişikliklerinden kaynaklanan fiziksel riskler yaratabilir³⁶. Bu çalışmayı ilgilendiren nokta, iklim değişikliğinin şirketler için ciddi risk oluşturma potansiyelinin bulunması³⁷ ve bu durumda şirketlerin m. 378 kapsamında riskin erken saptanması komitesinin faaliyeti çerçevesinde riski erken teşhis edip uygun önlemleri almasının önemidir. Fiziksel risklerin varlığı şirket varlıklarının zarar

³³ Anadolu Ajansı, ‘Dünyadaki En Büyük Depremlerin Ekonomik Hasarı Trilyon Doları Buluyor’ (Anadolu Ajansı, 9 Kasım 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/dunyadaki-en-buyuk-depremlerin-ekonomik-hasari-trilyon-dolari-buluyor/2838055>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024.

³⁴ Anadolu Ajansı, ‘Şiddetli Yağışlar İspanya’ya Zarar Vermeye Devam Ediyor’ (Anadolu Ajansı, 16 Kasım 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/siddetli-yagislar-ismpanyaya-zarar-vermeye-devam-ediyor/3391857>> Erişim Tarihi: 16 Kasım 2024.

³⁵ Aynı yönde bkz Özdemir (n 18) 7.

³⁶ Alice Sakhel, ‘Corporate Climate Risk Management: Are European Companies Prepared?’ (2017) 165 *Journal of Cleaner Production* 103, 104; A Hampel, R Hetzel ve G Maniatis, ‘Response of Faults to Climate-Driven Changes in Ice and Water Volumes on Earth’s Surface’ (2010) 368 *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 2501, 2504.

³⁷ Ans Kolk, David Levy ve Jonatan Pinkse, ‘Corporate Responses in an Emerging Climate Regime: The Institutionalization and Commensuration of Carbon Disclosure’ (2008) 17 *European Accounting Review* 719, 720.

görmesi, operasyonlarda ve süreçlerde aksaklıklar ya da kaynak tedarikinde zorluklar gibi finansal kayıplara neden olabilecektir³⁸.

İklim değişikliğinin bir parçası olarak düzenleyici riskler de önemlidir. Düzenleyici riskler, iklim değişikliğine yanıt olarak uygulanan potansiyel düzenleyici değişikliklerden kaynaklanan risklerdir³⁹. İklim değişikliği konusunda toplumsal ve politika yapıcılar arasında artan farkındalık, şirketlerin iklim üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmaya yönelik uluslararası iklim düzenlemelerinin sayısında ve sıklığında bir artışa neden olmuştur⁴⁰. 2015 yılında kabul edilen Paris Anlaşması⁴¹ ve IPCC'nin raporları⁴², iklim değişikliğinin ekonomik boyutlarını daha görünür hale getirmiştir. Bu gelişmeler, şirketlerin iklim üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmaya yönelik düzenlemelerin artmasına neden olmuştur. Dünya Ekonomik Forumu'nun Küresel Risk Raporu (Global Risks Report⁴³) gibi raporları, iklim değişikliğiyle ilgili düzenleyici risklerin değerlendirilmesinde önemli kaynaklar sunmaktadır. Bu raporlar, iklim değişikliğine karşı alınan politikaların daha sıkı hale gelmesini sağlamaktadır.

Bu düzenleyici değişiklikler, şirketler açısından finansal riskler oluşturabilir çünkü daha fazla veya daha sıkı azaltım politikaları, işletme ve yatırım maliyetlerini artırabilme potansiyeli barındırmaktadır⁴⁴. Belirtmeliyiz ki, şirketler dü-

³⁸ Sakhel (n 32) 104; Martina Linnenluecke ve Andrew Griffiths, 'Beyond Adaptation: Resilience for Business in Light of Climate Change and Weather Extremes' (2010) 49 (3) Business & Society 477; R Mendelsohn, 'Efficient Adaptation to Climate Change' (2000) 45 Climatic Change 583, 584.

³⁹ Sakhel (n 36) 105.

⁴⁰ Joeri Rogelj ve diğerleri, 'Paris Agreement Climate Proposals Need a Boost to Keep Warming Well Below 2°C' (2016) 534 Nature 631, 634.

⁴¹ UNFCCC, Paris Anlaşması (2015) <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁴² Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (IPCC), her 5-7 yılda bir, Dünya'nın iklim durumu hakkında kapsamlı değerlendirme raporları yayımlar. İlk rapor 1990 yılında yayınlanırken, ardından sırasıyla 1995, 2001, 2007 ve 2013-2014 yıllarında yeni raporlar sunulmuştur. IPCC, kararlarını almak ve işlerini planlamak için yılda iki kez toplantılar düzenler. Türkiye de bu toplantılara düzenli olarak katılmakta ve katkı sağlamak amacıyla çalışmalarını dikkatlice takip etmektedir. Bknz Intergovernmental Panel on Climate Change, 'IPCC Reports' <<https://report.ipcc.ch/index.html>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁴³ Dünya Ekonomik Forumu, 'Global Risks Report 2024' <https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/> [Erişim Tarihi: 17 Kasım 2024].

⁴⁴ Özellikle karbon dioksit gibi sera gazlarının emisyonlarına fiyat koyan politikalar bu durumu daha belirgin hale getirebilir. Ayrıntılı bilgi için bknz Christian Engau, Volker H. Hoffmann, ve Timo Busch, 'Airlines' Flexibility in Facing Regulatory Uncertainty: To Anticipate or Adapt?' (2011) 54 (1) California Management Review 107, 110; Sakhel (n 36) 105.

zenleyici risklerle mücadele konusunda bazen farklı davranışlara bürünebilmektedir. 2011 yılında yapılan bir çalışma⁴⁵, şirketlerin yalnızca politika yapım sürecindeki belirsizlikleri yönetmekle kalmayıp, aynı zamanda kendi finansal performansını riske atabilecek düzenlemelerin sertliğini ve içeriğini doğrudan şekillendirmeye çalıştığını da göstermektedir⁴⁶. Bu gibi örnekler riskle mücadele kapsamına girmemekte ve dahası risk faktörünün ileri vadede daha fazla mevcudiyet kazanmasına sebebiyet vermektedir.

Son olarak, çevreye duyarlı/sürdürülebilir olmayan üretim riski de iklim değişikliğinden kaynaklı risklerin bir parçasıdır⁴⁷. Pazar etkileri, boykot çağrıları gibi sebeplerle⁴⁸ müşteri tutumlarındaki değişiklikler veya yatırımcıların duyarlılık adına fosil yakıt ve karbon yoğun şirketlerden geri çekilmeleri gibi faktörleri içerebilir⁴⁹. Karbon yoğunluğuna sahip Avustralyalı şirketlerdeki üst düzey yöneticilerin anket verilerine dayanarak yapılan bir çalışma⁵⁰ pazar risklerinin kurumsal risk yönetimine entegrasyonunun şirketlerin özelliklerine ve kullanılan araçlara bağlı olduğunu göstermiştir. Bu faktörler arasında resmi bir karbon stratejisinin varlığı, üst yönetim desteği, iç denetim kontrolü, kaynak erişimi ve sektörel etkenler yer almaktadır. Genel olarak, pazar baskılarının karbon stratejilerini etkilediği bulunmuş olmakla birlikte, iklimle ilgili pazar riskleri ve bu risklere yönelik kurumsal yanıtlar üzerine yapılan çalışmalar hala sınırlıdır. Ayrı-

⁴⁵ Christian Engau ve Volker H Hoffmann, 'Corporate Response Strategies to Regulatory Uncertainty: Evidence from Uncertainty About Post-Kyoto Regulation' (2011) 44 (1) Policy Sciences 53, 53; Sakhel (n 36) 106.

⁴⁶ Aynı yönde bkz Ans Kolk ve Jonatan Pinkse, 'Multinationals' Political Activities on Climate Change' (2007) 46 (2) Business & Society 201, 201; Teknolojinin şirketlerde kullanımının uyum sorunlarının çözümüne ve şirketlerin denetlenebilirliğine katkı sağlayacağına ilişkin bkz Meltem Karatepe Kaya, 'Impacts of Emerging Technologies on Multinational Enterprises: Legal Challenges and Opportunities' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1458.

⁴⁷ Chukwumerije Okereke ve Duncan Russel, 'Regulatory Pressure and Competitive Dynamics: Carbon Management Strategies of UK Energy-Intensive Companies' (2010) 52 (4) California Management Review 100, 100-124; Sakhel (n 36) 105.

⁴⁸ Wittneben, B., Okereke, C., Banerjee, S.B., Levy, D.L., 'Climate Change and the Emergence of New Organizational Landscapes' (2012) 33 (1) Organization Studies 1431, 1431-1450.

⁴⁹ Giovanni Baiocchi, Jan Minx ve Klaus Hubacek, 'The Impact of Social Factors and Consumer Behavior on Carbon Dioxide Emissions in the United Kingdom' (2010) 14 (1) Journal of Industrial Ecology 50, 69; Linnenluecke ve Griffiths (n 38) 477.

⁵⁰ Subramaniam N, Wahyuni D, Cooper BJ, Leung P, Wines G, 'Integration of Carbon Risks and Opportunities in Enterprise Risk Management Systems: Evidence from Australian Firms' (2015) 96 Journal of Cleaner Production 407.

ca, daha köklü iklim önlemlerinin genellikle hükümet düzenlemeleri karşısında daha belirgin bir şekilde ortaya çıktığı söylenebilir⁵¹.

Son olarak, çevreye duyarlı veya sürdürülebilir olmayan üretim riski, iklim değişikliğinden kaynaklanan önemli riskler arasındadır. Pazar etkileri, boycot çağrıları gibi faktörlerle müşteri tutumlarındaki değişiklikler veya yatırımcıların karbon yoğun şirketlerden geri çekilmesi gibi durumlar, bu riski artırabilir. Avustralyalı karbon yoğunluğuna sahip şirketlerde yapılan bir araştırma, pazar risklerinin kurumsal risk yönetimine entegrasyonunun şirket özelliklerine göre değiştiğini göstermektedir. Ayrıca, 2022’de ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC), “İklim Risklerinin Yatırımcılar İçin Raporlanması” başlıklı bir düzenleme yayımlamıştır⁵². Bu düzenleme, şirketlerin iklim değişikliğiyle ilgili riskleri daha şeffaf bir şekilde raporlamalarını zorunlu hale getirmiştir. SEC’in bu düzenlemesi, şirketlerin iklim risklerini nasıl ölçmeleri ve raporlamaları gerektiğine dair detaylı bir çerçeve sunmaktadır. Bu düzenleme, çevresel etkilere duyarlı yatırımcıların daha bilinçli kararlar almasını sağlamayı hedeflemektedir.

Mevcut literatür, şirket stratejilerinin düzenleyici uyum ve pazar baskılarından etkilendiğini göstermektedir⁵³. Türkiye’de işletmelerin risk yönetimi ve sürdürülebilirlik stratejilerinde daha kapsamlı ve uzun vadeli yaklaşımlar benimsemeleri gereklidir. Bu bağlamda, Kamu Gözetimi Kurumu (KGK) tarafından yayımlanan UFRS S2 - İklimle İlgili Risklerin Açıklanması Standardı⁵⁴, şirketlerin iklim risklerini tanımlaması, değerlendirmesi ve şeffaf bir şekilde raporlamasını zorunlu kılarak bu ihtiyacı karşılamaktadır. Söz konusu standart, sürdürülebilirlik bilgilerinin finansal raporlamalar kadar kaliteli ve uluslararası düzeyde karşılaştırılabilir olmasını sağlamayı hedeflemektedir⁵⁵.

⁵¹ Okereke ve Russel (n 47) 100.

⁵² Morrison & Foerster LLP, ‘SEC Adopts Climate Change Disclosure Rules’ (Morrison & Foerster, 2022) <<https://www.mofo.com/resources/insights/240314-sec-adopts-climate-change-disclosure-rules>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024.

⁵³ Christian Engau, Volker H. Hoffmann ve Timo Busch, ‘Airlines’ Flexibility in Facing Regulatory Uncertainty: To Anticipate or Adapt?’ (2011) 54 (1) California Management Review 107, 110; Sakhel (n 36) 105.

⁵⁴ Kamu Gözetimi Kurumu, UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar Taslak Metin (31 Mart 2023) <<https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4875/UFRS-S2-iklimle-İlgili-Açıklamalar-Taslak-Metin>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁵⁵ Bircan, N. Gözde, ve İrem Özcan, ‘Sürdürülebilirlik Raporlaması Açısından UFRS S1 ve S2 Taslak Standartlarına Uyum Sürecinin Değerlendirilmesi: BIST Sürdürülebilirlik 25 Endeksi İşletmeleri Üzerine Bir Araştırma’ (2023) 69 Muhasebe Enstitüsü Dergisi 21, 24.

UFRS S2, işletmelerin yatırımcı taleplerine ve düzenleyici gerekliliklere yanıt verirken çevresel sorumluluklarını yerine getirmelerine katkıda bulunmaktadır. Ayrıca, yalnızca mevcut uyumluluk ihtiyaçlarını karşılamakla kalmayıp, gelecekteki riskleri öngörerek uzun vadeli stratejiler geliştirilmesini teşvik etmektedir⁵⁶. Bu çerçevede, Türk Ticaret Kanunu (TTK) ve Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT) gibi düzenlemelerle birlikte, Riskin Erken Saptanması Komitesinin (TCK m. 378) rolü, şirketlerin iklimle ilgili riskleri belirlemeleri ve bu risklere karşı stratejiler geliştirmeleri noktasında kritik bir öneme sahiptir. Komite, şirketlerin bu riskleri erken aşamada fark etmelerini sağlayarak sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmalarını destekler. ISSB tarafından yayımlanan UFRS S2 Taslak Standardı, çevresel, sosyal ve yönetim (ÇSY) ilkeleri doğrultusunda uluslararası şeffaflık standartlarıyla uyumlu olması, Türkiye'deki işletmelerin sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Bu yaklaşım, sürdürülebilirlik bilgilerinin işletme değerinin belirlenmesindeki önemini artırırken, ulusal ve uluslararası düzenleyici çerçevelerin entegre bir şekilde ele alınmasını da teşvik etmektedir. İşletmeler tarafından ihtiyaca uygun, karşılaştırılabilir, doğrulanabilir, anlaşılabilir ve zamanında sunulmuş nitelikteki sürdürülebilir finansal bilgilerin finansal bilgi kullanıcılarına raporlanması, uluslararası sürdürülebilirlik raporlama standartlarıyla sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁷. Bu amaçla, 31 Mart 2022 tarihinde ISSB tarafından UFRS S1 Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler (Taslak) Standardı ve UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar (Taslak) Standardı yayınlanmış ve Türkçe versiyonları da KGK tarafından ilgili kullanıcıların erişimine açılmıştır⁵⁸. Bu düzenlemeler, işletmelerin sürdürülebilirlik raporlaması uygulamalarını bir zorunluluk haline getirmiştir.

3. Bir Çevresel Risk Türü Olarak Çevre Kirliliği

Çevre kirliliğine sebebiyet vermekten doğan cezai sorumluluk, çevreyi kirleten gerçek ve tüzel kişilere aittir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56/1. maddesi⁵⁹, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını güvence altına almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası, çevrenin geliştirilmesi, çevre

⁵⁶ Kamu Gözetimi Kurumu, UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar Taslak Metin (31 Mart 2023) <<https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4875/UFRS-S2-iklimle-İlgili-Açıklamalar-Taslak-Metin>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁵⁷ Gözde ve Özcan (n 55) 24.

⁵⁸ Kamu Gözetimi Kurumu, UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar Taslak Metin (31 Mart 2023) <<https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4875/UFRS-S2-iklimle-İlgili-Açıklamalar-Taslak-Metin>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁵⁹ Bknz Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, RG 09.11.1982/17863.

sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi sorumluluğunu hem Devlete hem de vatandaşlara bir ödev olarak yüklemektedir. Anayasa’da yer alan bu ilkeler, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 3/a maddesinde⁶⁰ de benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi hususunda gerçek ve tüzel kişiler alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdür.

Bu bağlamda, “kamu sağlığını ve çevreyi koruma” ilkesi, TCK (Türk Ceza Kanunu)’nun birinci maddesinde Kanun’un amaçlarından biri olarak belirtilmiş; “sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” ise başta TCK 181 ilâ 184. maddeleri olmak üzere, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve diğer mevzuat hükümleriyle korunma altına alınmıştır⁶¹, Çevreyi kirlileme fiilleri, farklı suç ve kabahat türleri çerçevesinde yaptırıma bağlanmış, böylece çevre koruması hukuki düzenlemelerle desteklenmiştir. Örneğin, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 8, 9, 11, 12, 15 ve 20. maddelerine dayanarak, ülkenin yeraltı ve yerüstü su kaynaklarının korunması ve en iyi şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Yönetmelik, su kirliliğinin önlenmesini ve bu sürecin sürdürülebilir kalkınma hedefleriyle uyumlu bir şekilde gerçekleştirilmesini teminen gerekli hukuki ve teknik esasları belirlemeyi amaçlamaktadır⁶².

Çevre Kanunu madde 8⁶³ uyarınca, her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaklanmıştır. Aynı kanununun 2. maddesine göre, kirlileten, faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine neden olan kişilerdir⁶⁴. Buna göre, şir-

⁶⁰ Bknz Çevre Kanunu, Kabul Tarihi: 09.08.1983, RG 11.08.1983/ 18132.

⁶¹ TCK 181. maddesinin birinci fıkrası, atık veya artıkların kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak, alıcı ortamlar olan toprak, su veya havaya kasıtlı olarak verilmesi fiilini çevrenin kasten kirliletilmesi suçu olarak düzenlemektedir. Bu suçun oluşumu, atık veya artıkların bir defa dahi olsa teknik usullere aykırı şekilde alıcı ortama bırakılmasıyla gerçekleşir. TCK’nın 182. maddesi ise çevrenin taksirle kirliletilmesini suç olarak tanımlar. Bu bağlamda, atık veya artıkların çevreye zarar verecek şekilde, alıcı ortama taksirle verilmesi fiili bu madde kapsamında suç teşkil eder. Bknz Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

⁶² Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği, RG 31.12.2004/ 25687.

⁶³ 2872 sayılı Çevre Kanunu, madde 8

⁶⁴ 2872 sayılı Çevre Kanunu’nun 2. maddesine göre kirlileten “Faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmaktadır.

ketler tüzel kişi olarak sorumlu tutulabilecekken, şirketin yöneticileri veya işletmeyi işleten kişiler de gerçek kişi olarak çevre kirliliği ve zarardan sorumlu tutulabilir. TCK tüzel kişiler hakkında doğrudan cezai sorumluluk düzenlenmemektedir. Ancak TCK madde 60 gereği tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbirleri, örneğin iznin iptali ve müsadere uygulanabilir. Çevreyi kirleten fiillerin tüzel kişi yararına işlenmesi durumunda ise tüzel kişiye 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca verilecek idari para cezalarına ilişkin tebliğ uyarınca her sene belirlenen maddi oranlar üzerinden idari para cezası uygulanabilir⁶⁵.

Sorumluluğun belirlenmesi için somut olayda şirket çalışanlarının faaliyet ve görevlerinin incelenmesi, çevreyi kirletici hareketin kim tarafından gerçekleştirildiği ve talimatın kimden geldiği gibi hususların araştırılması gereklidir. Yargıtay, genellikle şirket çalışanlarını, ortaklarını ve işçilerini fail olarak kabul etmez; ancak bu durum kesinlik içermez, iş bölümü ve çalışma koşullarına göre mahkeme karar verir⁶⁶. Şirketin tüm çalışanlarının çevreyi kirletme suçundan sorumlu tutulması, subjektif sorumluluk ilkesine aykırıdır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2014/666 E., 2015/910 K. sayılı kararı⁶⁷, çevreyi kirletme suçunda sorumluluğun tayini konusunda önemli bir içtihat niteliği taşımaktadır. Kararda, Yargıtay, şirketin idari işler müdürünün sanık olarak çevre kirliliği fiilinden tek başına sorumlu tutulmasını uygun görmemiş ve çevre kirliliği fiilinden sorumlu olabilecek diğer kilit pozisyonlarda bulunan kişilerin -yönetim kurulu başkanı, genel müdür ve üretim-planlama yöneticisi gibi- de olabileceğine işaret etmiştir. Bu karar, çevreyi kirletme suçunda yalnızca belirli bir yönetici ya da çalışanı sorumlu tutmanın yeterli olmadığını, olayın tüm sorumlularının kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yargıtay, ayrıca, olayla ilgili diğer sorumlular hakkında suç duyurusunda bulunulup bulunulmadığının araştırılmasını ve eğer dava açılmışsa, bu davaların hukuki ve fiili irtibat nedeniyle birleştirilmesini önemsemiştir. Bu durum, yargılamanın bütünsel bir perspektifle ele alınması ve tüm sorumluların eylemleriyle orantılı bir şekilde yargılanması gerektiğini vurgulamaktadır. Benzer bir kararda⁶⁸, Yargıtay 4. Ceza Dairesi "suç tarihinde işletmenin sorumlu müdürünün kim olduğu tespit edilip" onun aleyhine yargılama tesis edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna göre,

⁶⁵ 2024 yılı için 2872 Sayılı Çevre Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ, RG 28.12.2023/32413.

⁶⁶ Bknz Yargıtay 4 CD, 10694/19124, 30.05.2023.

⁶⁷ Yargıtay 4 CD, 10694/19124, 30.05.2023.

⁶⁸ Yargıtay 4 CD, 35223/34646, 1.12.2014.

Yargıtay, çevre suçlarına ilişkin cezai sorumluluğun tespitinde şirket çalışanlarının yalnızca ilgili şirkette görev yapmalarının cezai sorumluluğun doğması için yeterli olmadığı görüşündedir. Yargıtay, çevre kirliliği gibi kompleks suçlarda sorumluluğun, yalnızca belirli bir kişinin görev tanımına bakılarak değil, aynı zamanda şirket içindeki hiyerarşik yapı, görev dağılımı ve fiili sorumluluklar ışığında ele alınması gerektiği görüşündedir⁶⁹.

Bu hususta UFRS S1 üzerinde de durulmalıdır. UFRS S1, Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu (International Sustainability Standards Board- ISSB) tarafından hazırlanmıştır⁷⁰. ISSB, 3 Kasım 2021'de, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (International Financial Reporting Standards - IFRS) Vakfı bünyesinde kurulmuş ve bu standart 31 Mart 2022 tarihinde taslak olarak yayımlanmıştır. Türkiye'de ise taslak standartların Türkçe versiyonu, Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK) tarafından 8 Aralık 2022 tarihinde erişime açılmıştır⁷¹. UFRS S1, sürdürülebilirlikle ilgili finansal bilgilerin açıklanmasına odaklanan bir standart olarak, işletmelerin sürdürülebilirlik verilerini finansal raporlama standartlarıyla uyumlu, şeffaf ve doğrulanabilir bir şekilde sunmasını amaçlamaktadır. Bu standart, finansal bilgilerin ihtiyaca uygun, gerçeğe uygun, karşılaştırılabilir, doğrulanabilir, anlaşılabilir ve zamanında sunulması gerekliliğini vurgular⁷².

02.06.2022 tarihinde, kanun koyucu TTK 88. maddesine ek bir düzenleme getirerek, Türkiye Sürdürülebilirlik Raporlama Standartları'nı belirleme yetkisini

⁶⁹ Yargıtay'ın bu fikri destekleyen bir başka kararı için bkz Yargıtay 4 CD, 34050/4713, 24.10.2014.

⁷⁰ Uluslararası Sürdürülebilirlik Standartları Kurulu, UFRS S1: Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler (2022) <<https://www.ifrs.org/issued-standards/ifrs-sustainability-standards-navigator/ifrs-s1-general-requirements>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁷¹ Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu (KGK), UFRS S1: Sürdürülebilirlikle İlgili Finansal Bilgilerin Açıklanmasına İlişkin Genel Hükümler (2022) <<https://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Sustainability/S1-Site.pdf>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024.

⁷² Ayrıca, UFRS S1, işletmelerin sürdürülebilirlik stratejilerini, çevresel, sosyal ve yönetsel risk ve fırsatlarını bütüncül bir yaklaşımla ele almasını hedefler. Sürdürülebilirlik bilgilerini iş modellerine ve finansal performanslarına olan etkileriyle birlikte değerlendirerek, kısa, orta ve uzun vadeli stratejilerinin daha şeffaf bir şekilde anlaşılmasına katkıda bulunur. Bu sayede, sürdürülebilirlik raporlamasını genel amaçlı finansal raporlamanın bir parçası haline getirerek, yatırımcılar ve diğer paydaşlar için daha erişilebilir ve anlamlı bilgi sunmayı sağlar. Böylece, işletmelerin sürdürülebilirlik performansına dair bilgi sunma kapasitesini güçlendirmekle birlikte, bu bilgilerin karar alıcılar için taşıdığı değeri artırmayı amaçlar. Detaylı bilgi için bkz Gözde ve Özcan (n 55) 21.

Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na (KGK) verdi⁷³. Bu düzenleme, TTK kapsamında sürdürülebilirlik alanında yapılan ilk düzenleme olma özelliğini taşımaktadır. SPK Kurumsal Yönetim Tebliği ve Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi, sürdürülebilirlikle ilgili öncelikli konuların, risklerin ve fırsatların belirlenmesi, uygun politikaların oluşturulması, raporların hazırlanması ve kamuya açıklanması sorumluluğunu şirket yönetim kurullarına yüklemektedir. Ancak, bu görevlerin yönetim kurulları tarafından nasıl yerine getirileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır⁷⁴.

Sürdürülebilirlik açıklamalarının kurumsal yönetim raporlarına entegre edilmesi bir çözüm olarak görülse de sürdürülebilirlik alanındaki çevresel ve sosyal sorunların uzmanlık gerektirdiği göz önüne alındığında, ayrı bir sürdürülebilirlik komitesinin oluşturulması gerektiği savunulmaktadır⁷⁵. Ancak, bu komitenin kurulması zorunlu olmadığı için, şirketlerin bu konuda harekete geçmesini teşvik edecek daha net ve bağlayıcı düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır⁷⁶.

Bu noktada, TTK madde 378 kapsamında oluşturulan Riskin Erken Saptanması Komitesi'nin çevre kirliliği gibi ciddi çevresel risklerin önlenmesinde etkin bir şekilde kullanılabilmesi gündeme gelebilir. Bu komite, şirketlerin finansal ve operasyonel risklerin yanı sıra çevresel riskleri de ele alabilecek bir yapıya sahiptir. Çevre kirliliği gibi sorunların önlenmesinde hem teorik olarak rol üstlenebilecek hem de pratikte önemli bir işlev görebilecek potansiyele sahiptir. Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi doğrultusunda çevresel risklerin bu komite kapsamında değerlendirilmesi, şirketlerin sürdürülebilirlik ilkelerini daha etkin bir şekilde benimsemelerine katkı sağlayabilir. Böylelikle, sürdürülebilirlik politikalarının kurumsal yapıya entegre edilmesi için mevcut mekanizmalar daha etkili bir şekilde kullanılabilir.

Komite, öncelikle şirketin uyum (compliance) sürecinin⁷⁷ bir parçası olarak uyum komitesi ile birlikte şirketin ulusal ve uluslararası çevre mevzuatına ve

⁷³ İrem Töre, 'Corporate Governance for Sustainability: The Necessary Reform of Turkish Commercial Law' (2022) 19 (2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 991, 1004.

⁷⁴ Töre (n 73) 1010.

⁷⁵ Bölüm A2, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Sürdürülebilirlik İlkeleri Uyum Çerçevesi (2022) <<https://spk.gov.tr/data/63a17b1a8f95db0fa40e3309/surdurulebilirlik%20ilkeleri%20uyum%20cercevesi.pdf>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024; Töre (n 73) 1004.

⁷⁶ Töre (n 73) 1004.

⁷⁷ Uyum (compliance) süreçleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz Hasan Pulaşlı, 'Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu' (2019) 35 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27, 32; Tuğçe Nimet Yaşar, *Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance)* (On İki

sürdürülebilirlik amaçlarıyla⁷⁸ T.C. Ticaret Bakanlığı tarafından 2021 yılında hazırlanan Yeşil Mutabakat Eylem Planına⁷⁹ tam uyum sağlaması için çalışmalar yapılmalıdır. Komite, ayrıca, şirketin faaliyetlerinin çevre üzerindeki etkilerini düzenli olarak değerlendirmelidir⁸⁰ ve böylece bu riskleri tanımlayarak olasılık ve potansiyellerine göre kategorize edebilir⁸¹. Bu süreçte, sürdürülebilirlik standartları ve iklim raporlama standartlarının kurumsal yönetim açısından tamamlayıcı bir unsur haline geldiği unutulmamalıdır. Risklerin erken teşhisi komitesi riski teşhis edecek, raporlayacak, bu doğrultuda gerekli tedbirler alınarak yapılan ya da yapılamayan işlemlerle birlikte bu tedbirler de raporlanacak. Çevresel raporlama yapan BİST şirketlerinin verileri de bu noktada kullanılabilir⁸². Nitekim bu raporlar, şirketleri sürdürülebilirlik uygulamalarını geliştirmeye teşvik ederken, yatırımcılara sorumlu yatırım fırsatları sunarak Türkiye’de sürdürülebilirlik anlayışının gelişimine katkıda bulunmaktadır. Bu değerlendir-

Levha Yayıncılık 2020); Miller (n 8) 1; Ali Paslı, “Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi’ (2013) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 317, 318; Sean Griffith, ‘Corporate Governance in an Era of Compliance’ (2016) 57 (6) William & Mary Law Review 2075, 2075.

⁷⁸ Hasan Pulaşlı, ‘Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi’ (2020) 36 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 5, 12 Kandemir (n 15) 856.

⁷⁹ Ticaret Bakanlığı, ‘Yeşil Mutabakat Eylem Planı’ (n.d.) <<https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/yesil-mutabakat>> Erişim Tarih 5 Ekim 2024.

⁸⁰ Sarah E. Light, ‘The Law of the Corporation as Environmental Law’ (2019) 71 (1) Stanford Law Review 137, 139.

⁸¹ Yıllardır hayatımızda hep var olan ancak çözüm üretilemeyen ve bazen telafisi mümkün olmayan zararlara sebebiyet veren şirketlerden kaynaklı çevre kirlilikleri böylece önlenebilir. Örneğin, şirketin işlettiği fabrikanın atıklarının su kaynaklarına sızması, otellerin artık sularını denize yönlendirmesi veya üretimden kaynaklanan kirlilik risk olarak ele alınır ve şirketin genel planlamasına dahil edilebilir.

⁸² Türkiye’de sürdürülebilirlik bilincinin artırılması amacıyla BIST Sürdürülebilirlik Endeksi (2014) ve BIST Sürdürülebilirlik 25 Endeksi (2022) oluşturulmuştur. Bu endeksler, çevresel, sosyal ve kurumsal yönetim performansı yüksek şirketlerin paylarını bir araya getirerek, yatırımcılara sürdürülebilirlik odaklı bir yatırım platformu sunmaktadır. BIST Sürdürülebilirlik Endeksinde yer almak için genel sürdürülebilirlik notunun 50 veya üzerinde, her bir ana başlık notunun 40 veya üzerinde olması ve kategori notlarından en az 8’inin 26 veya üzerinde olması gerekmektedir. BIST Sürdürülebilirlik 25 Endeksi ise daha yüksek kriterler belirlemiştir; genel sürdürülebilirlik notunun 70 veya üzerinde, her bir ana başlık notunun 60 veya üzerinde ve kategori notlarından en az 8’inin 50 veya üzerinde olması gerekmektedir. Ayrıca, işlem hacmi ve piyasa değeri en yüksek 25 şirket seçilmektedir. Detaylar için bkz Borsa İstanbul, BIST Sürdürülebilirlik Endeksleri (2024) <<https://www.borsaistanbul.com/tr/sayfa/165/bist-surdurulebilirlik-endeksleri>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2024; Harun Öğünç, BİST 100 Endeksindeki Şirketlerin Sürdürülebilirlik Raporlarının Sektörler Açısından İncelenmesi (2021) 24 (2) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 340, 343.

me hem şirket içi operasyonlar hem de tedarik zinciri boyunca çevresel etkilerin belirlenmesini kapsayabilir. Çevresel değerlendirme süreçleri, yalnızca mevcut riskleri belirlemekle kalmaz, aynı zamanda potansiyel çevre kirliliği kaynaklarının tespit edilmesini sağlar. Tespit edilen riskler daha sonra önleyici stratejilerle ortadan kaldırılabilir. Bu stratejiler, daha verimli üretim tekniklerinin benimsenmesi, atık yönetimi süreçlerinin iyileştirilmesi veya çevreye zarar verebilecek faaliyetlerin yeniden düzenlenmesini içerebilir. Ayrıca, günümüzde sıkça zikredilen çevre dostu teknolojilerin ve yenilikçi uygulamaların şirkete entegre edilmesi teşvik edilebilir. Bu süreçte en büyük sorumluluk yönetim kuruluna düşmektedir. Risklerin tespiti ve gerçekleşmesinin önlenmesi adına alınacak tedbirlerin belirlenmesi için komiteye her zaman destek olmalıdır⁸³.

B. Sosyal Riskler

Sosyal riskler de TTK m 378 kapsamında değerlendirilebilecek risk kalemlerinden biridir. Sosyal riskler, paydaşların şirketlerin iş uygulamalarına yönelik toplumsal sonuçlar üzerindeki zorluklarıdır⁸⁴. Şirketler için sosyal risk denildiğinde akla şirketlerin iş uygulamalarının insan refahıyla ilgili geniş bir yelpazede gerçek veya algılanan etkilerine karşı paydaşlar tarafından karşılaşılan zorluklar gelmektedir⁸⁵. Bu riskler, şirketlerin işçi haklarına saygı göstermemesi, adil ücret politikaları izlememesi, kötü çalışma koşulları sunması veya işçi sendikalarını engellemesi, iş güvenliği riskleri ve tedarik zinciri ile alakalı riskler olarak örneklendirilebilir. Tedarik zincirinde insan hakları ihlalleri, çocuk işçiliği veya zorla çalıştırma gibi durumlar, şirketler için ciddi sosyal riskler oluşturur. Ayrıca cinsiyet, ırk, etnik köken, din gibi konularda ayrımcılık yapmak veya çeşitlilik ve kapsayıcılık politikalarına yeterince önem vermemek de şirketlerin sosyal risklerle karşılaşmasına neden olabilir. Bu riskler eğer erkenden tespit edilip önlenmezse bunun sonucunda şirketin marka ve itibar kaybı, artan düzenleyici baskılar, yasal işlemler, tüketici boykotları ve operasyonel duraksamalarla karşılaşması muhtemeldir⁸⁶.

⁸³ Yargıtay içtihatlarına bakıldığında bu durumun yönetim kurulu üyelerinin ve şirket üst yöneticilerinin de menfaatine olacağı açıktır.

⁸⁴ Suat Soydemir, 'Küreselleşme Ekseninde Sosyal Risklerin Kurumsallaşması' (2014) 6 (2) Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi 44, 45.

⁸⁵ Konrad Zimmer, Magnus Fröhling, Patrick Breun, Frank Schultmann, 'Assessing Social Risks of Global Supply Chains: A Quantitative Analytical Approach and Its Application to Supplier Selection in the German Automotive Industry' (2017) 149 (1) Journal of Cleaner Production 96, 103.

⁸⁶ Pedro B Bueno, 'Social Risks in Aquaculture' in Melba G Bondad-Reantaso, James R Arthur ve Rohana P Subasinghe (eds), *Understanding and Applying Risk Analysis in Aquaculture* (FAO 2008, Rome) 209, 220.

Sosyal risklerin diğer risklerden farklı bir yönü, stratejik riskler olmalarıdır. Stratejik risklerde, geleneksel uyum veya tehlike risklerinin aksine, risk ve fırsat bir madalyonun iki yüzü gibidir. Bu durum, stratejik risk yönetimi için bütünlük bir yaklaşım benimsemeyi gerekli ve arzu edilir kılar. Erken tahmin edilen ve iyi yönetilen stratejik riskler, yeni bir pazar fırsatına, rekabet avantajına, iyilik stokuna veya stratejik bir iş birliğine dönüşebilir.

Bu noktada, entegre raporlama, şirketlerin sosyal ve finansal risklere eşit derecede önem verdiğini yatırımcılara göstermek amacıyla tasarlanmış önemli bir araçtır. Şirketler, entegre raporlama sayesinde yalnızca finansal performanslarını değil, aynı zamanda sosyal sorumluluklarını ve risk yönetimi kapasitelerini de şeffaf bir şekilde ortaya koyarak hem iç hem de dış paydaşlarına güven vermeyi hedeflemektedir. Bu kapsamda, risk komiteleri, şirket yönetimini olası risklere karşı sürekli teyakkuzda tutarak, entegre raporlama yaklaşımını destekleyen kritik bir mekanizma olarak işlev görmektedir⁸⁷.

Stratejik risklerin ve entegre raporlamanın birbirini tamamlayan bu yapısı, biri iç (şirket yönetimi) diğeri dış (yatırımcılar ve paydaşlar) ilişkilere odaklanarak şirketin genel kurumsal yönetim kalitesini artırır. Kurumsal yönetim açısından risk komitesinin etkin çalışması, şirketin diğer faaliyetlerini de destekleyerek sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşmasına katkı sağlayabilir. Bu, şirketin hem stratejik avantaj elde etmesini hem de uzun vadeli değer yaratmasını mümkün kılar⁸⁸.

Öneri olarak, TTK'ya uygun olarak, tüm potansiyel sosyal risklerin ve tehlikelerin doğasına, nedenlerine, sonuçlarına, etkilerine, etki şiddetine, oluşma olasılığına ve diğer karakteristiklerine göre sınıflandırıldığı bir risk veri bankası oluşturulması düşünülebilir. Bu veri bankası, risk analizi için yararlı bir araç olabilir ve dahası sigortacılar ile hükümetler için referans sağlayabilir. Sosyal olarak sorumlu davranışa dayalı bir sosyal riskten arınmış ortamın, sürdürülebilir büyüme ve gelişimi teşvik edeceği muhakkaktır. Ancak şirketlerin kendilerine özgü yapıları ve ekonomik hayatın değişkenliği göz önünde bulundurulduğunda bu veri bankasının hem oluşumunun hem de etkinliğini ve güncelliğini korumasının zor olacağını söylemek gerekir.

⁸⁷ İrem Töre, "Corporations and Human Rights: Addressing Human Rights Impacts in Integrated Report" Ömer Korkut ve diğerleri (ed), Prof. Dr. Hasan Pulaşlı'ya Armağan (Adalet Yayınevi 2023) cilt 2, 1509.

⁸⁸ Özge Yücel Dericiler, *Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları* (On İki Levha Yayıncılık 2023).

C. Finansal Riskler

Şirketler için en önemli risk kalemlerinden biri finansal risklerdir. Öyle ki, yukarıda anılan risk faktörlerinden hepsi nihai olarak ekonomik riske dönüşme potansiyeline sahiptir. Şirketlerde risk yönetimi, yalnızca belirlenen risklerin sigortalanmasıyla sınırlı bir uygulama olmaktan çıkarak, karmaşık ekonometrik ve finansal belirsizlik modellerine dayanan geniş kapsamlı bir disipline dönüşmüştür⁸⁹. Basel Komitesi tarafından tanımlanan finansal risk yönetimi süreci riskin erken saptanması komitesinin görev ve yetki alanını belirlemeye de yardımcı olabilecek şekilde dört temel aşamayı içeren bir finansal risk yönetim planı yayınlamıştır⁹⁰. Bu plan piyasa, kredi, operasyonel ve diğer risklerin tespiti; bu risklerin veri ve risk modelleri aracılığıyla değerlendirilmesi; değerlendirme sonuçlarının düzenli olarak izlenmesi ve raporlanması ve bu risklerin üst yönetim tarafından denetlenmesi süreçlerini içermektedir⁹¹. Bu çerçevede, Riskin Erken Saptanması Komitesi, bu dinamikleri izleyerek potansiyel krizlerin önceden tespit edilmesi ve etkilerinin azaltılması hususunda hayati bir rol oynamaktadır. Komite, bu görevini yerine getirirken, finansal risk yönetiminin değişken bileşenlerini etkin bir şekilde kullanarak, krizlerin önlenmesine ve şirketlerin sürdürülebilirliğine önemli katkılar sağlamaktadır. Özellikle teknolojik yeniliklerin pozitif etkisi hem risk değerlendirmelerinin doğruluğunu hem de risklerin raporlanma sıklığını artırmaya hizmet etmektedir⁹².

Finansal riskler piyasa riski, kredi ve likidite riski, operasyonel riskler yasal riskler olarak sıralanabilir. Piyasa riskleri özellikle değişken piyasalardaki kur, faiz değişikliği gibi riskleri içermektedir. Özellikle bankalar gibi büyük ölçekli finansal kaynakların ekonomik zorluklarını şirketlere yansıtmaları piyasa riskinin örneklerindedir⁹³. Şirketlerin bilgi sistemlerinde yaşanabilecek bir arıza

⁸⁹ Torben G Andersen, Tim Bollerslev, Peter F Christoffersen ve Francis X Diebold, 'Financial Risk Measurement for Financial Risk Management' in George M Constantinides, Milton Harris ve Rene M Stulz (eds), *Handbook of the Economics of Finance* (Elsevier 2013) 1127; Francis X Diebold, 'An Historical Perspective on Financial Risk Measurement and Management' in FX Diebold (ed), *Financial Risk Measurement and Management* (International Library of Critical Writings in Economics Series, Edward Elgar 2012) 34.

⁹⁰ Basel Bankacılık Denetim Komitesi, 'Operasyonel Riskin Yönetimi ve Denetimi İçin Sağlam Uygulamalar' (Aralık 2001, Temmuz 2002'de gözden geçirilmiş) <<http://www.bis.org>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024.

⁹¹ Carol Alexander, 'The Present and Future of Financial Risk Management' (2005) 3 (1) *Journal of Financial Econometrics* 3, 8.

⁹² Alexander (n 91) 18.

⁹³ Kaan Ramazan Çakalı, 'İç Kontrol Başarısızlıkları: Barings Örneği' (2021) 6 (3) *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 433, 439.

veya önemli bir tedarikçinin iflası operasyonel riske örnek olarak gösterilebilir. Esasen tespiti en zor olan operasyonel risklerdir. Hatta bir noktada tanımlı bütün risklerin dışından kalan finansal riskler operasyonel risk olarak adlandırılmıştır⁹⁴. Operasyonel risklerin etkin bir şekilde yönetilmesi ve zamanında tespit edilmesi komitenin kritik bir rol üstlenmesini gerektirmektedir. Bu riskler, çeşitli kaynaklardan türemekte olup, sayısallaştırılmaları ve izlenmeleri genellikle karmaşık bir süreçtir. Operasyonel risk değerlendirmesine ilişkin araştırmalar henüz erken bir aşamada⁹⁵. Bu da risklerin saptanmasını zorlaştırmaktadır⁹⁶. Personel kaynaklı riskler, bilgi sistemlerindeki aksaklıklar, süreçlerdeki yetersizlikler ve dış olaylardan kaynaklanan riskler, kurumların karşılaşılabileceği başlıca operasyonel risk kategorilerini oluşturmaktadır. Komite, bu riskleri sistematik analizler yoluyla tespit ederek, olası zararları minimize etmeyi ve kurumsal sürdürülebilirliği desteklemeyi amaçlamaktadır. Özellikle, personel kaynaklı suiistimaller, bilgi sistemlerinde meydana gelebilecek aksaklıklar ve dış olayların yaratabileceği potansiyel zararların önceden belirlenmesi, komitenin başarısını belirleyen temel unsurlardır. Bu bağlamda, komite, etkili risk yönetim stratejileri geliştirerek risklerin etkilerini en aza indirmeyi hedefler⁹⁷.

Son olarak, siber riskleri de önemli risk faktörlerinin arasına dahil etmeliyiz. Siber riskler, sürekli gelişen tehditlerdir ve şirketlerin risk yönetim uygulamalarını bu bağlamda sürekli olarak güncellemeleri gerekmektedir⁹⁸. Yakın zamanda 19 Temmuz 2024 tarihinde gerçekleşen küresel iletişim kesintisi siber yollarla verilebilecek zararı çok net göstermiştir. 19 Temmuz 2024'te, Microsoft Azure kullanıcılarını dünya genelinde etkileyen büyük bir sorun meydana geldi. Bu problem, CrowdStrike güncellemesiyle ilgiliydi ve birçok şirketin bulut hizmetlerine erişimini aksattı. Bireysel kullanıcılar üzerinde doğrudan bir etkisi olmamış gibi görünse de uygulama ve hizmetlerdeki aksaklıklar ciddi mağduriyetlere neden oldu. En büyük sorun ise büyük ölçekli kurumsal firmalar için yaşandı⁹⁹.

⁹⁴ İzzet Gökhan Özbilgin, 'Risk ve Risk Çeşitleri' (2012) 6 (3) Aylık Bilişim Kültürü Dergisi 86, 93.

⁹⁵ Alexander (n 91) 19.

⁹⁶ Özbilgin (n 94) 93.

⁹⁷ Özbilgin (n 94) 93.

⁹⁸ Melissa Parsons, 'A Guide to Managing Cybersecurity Risk for the Future' (2024) C-Risk <<https://www.c-risk.com/blog/cybersecurity>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024.

⁹⁹ Devrim Danyal, 'CrowdStrike ve Microsoft Güncellemesi Nasıl Global Sistem Krizine Dönüştü?' (2024) Anadolu Ajansı. <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/crowdstrike-ve-microsoft-guncellemesi-nasil-global-sistem-krizine-donustu/3280058>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, şirketler için bütün riskler finansal riske dönüşme potansiyeline sahiptir. Hatta belki finansal kayba sebebiyet verdiği ölçüde riskle mücadele için kaynak aktarımına değer niteliktedir. Şirketlerin özellikle piyasaları küresel ve yerel bazda iyi analiz etmesi gerekmektedir. Risk değerlendirmelerini erken yapan ve buna uygun tedbirleri hayata geçirecek mekanizmalar kuran şirketler ileri vadede krizin kaynağı ne olursa olsun kurumsal olarak kazançlı duruma gelebilirler.

III. Riskin Erken Saptanması Komitesinin Yapısı ve Oluşumu

TTK m 378, anonim şirketlerin yönetim kurullarına, riskin erken saptanması ve etkin bir şekilde yönetilmesi amacıyla "Riskin Erken Saptanması Komitesi" oluşturma kuralı getirmiştir. Bu komite, TTK'nın 366/2. maddesinde öngörülen isteğe bağlı ve sadece yönetim kuruluna destek veren komitelerden farklı olarak, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler için zorunlu bir yapıdır. Şirket yönetiminin, yönetim kurulunun ve genel kurulun sürekli tetikte ve hazırlıklı olmasını sağlayan bu komite, gerektiğinde yetkili organlar tarafından gerekli önlemlerin alınmasını temin eden ve sorumluluk sisteminin merkezinde yer alan kritik bir birimdir¹⁰⁰. Komitenin niteliği gereği, iç denetim sisteminin bir parçası olarak kabul edilir, ancak dışa karşı şirketi temsil etme yetkisine sahip değildir¹⁰¹. Komite üyeleri, yönetim kurulunun talimatlarına uymak zorundadır; ancak, bu üyeler yönetim kurulu üyeleri olmak zorunda değildir¹⁰². Komite üyeleri arasında yönetim kurulu üyeleri bulunabilir ya da komite tamamen üçüncü kişilerden oluşabilir¹⁰³. Madde gerekçesinde, riskin erken saptanması komitesinin ayrıca bir iç denetim komitesinin görevlerini de üstleneceği belirtilmiştir. Bu nedenle halka açık şirketlerde bu komitenin bir tarafsız yönetim kurulu üyesinin başkanlığında çalışmasının daha doğru olacağı ifade edilmiştir¹⁰⁴. Yönetim kurulu, yalnızca komitenin kurulmasından değil, aynı zamanda etkin bir şekilde çalışması ve sürekli olarak geliştirilmesinden de sorumludur¹⁰⁵.

¹⁰⁰ TTK m 378 Gerekçesi; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 490.

¹⁰¹ TTK m 378 Gerekçesi; Pulaşlı (n 100) 490.

¹⁰² Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022) 451.

¹⁰³ TTK m 378 Gerekçesi.

¹⁰⁴ TTK m 378 Gerekçesi.

¹⁰⁵ Şener (n 102) 451.

2011 yılında yayımlanan “Kurumsal Yönetim Uygulamasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2011/1)” ile borsa işletmelerinde (bankalar hariç¹⁰⁶) alacak düzenlemeleri yapılmış ve yönetim kurulu bünyesinde “Riskin Erken Saptanması Komitesi” kurulması zorunlu hale getirilmiştir¹⁰⁷. Bu düzenleme, şirketlerin uzun vadeli çıkarlarını korumayı ve şirketten menfaat sağlayan kişilerin haklarını tehdit edebilecek risklere karşı önlem almayı amaçlamaktadır. Sermaye şirketlerinde risk oranlarının yüksek olması, bu tür komitelerin kurulmasını teşvik eden en önemli faktörlerden biridir. Etkin bir komite, şirketin potansiyel risklere karşı daha hızlı ve etkili önlemler almasını sağlar¹⁰⁸.

Riskin Erken Saptanması Komitesi, yönetim kurulunun stratejik bir alt birimi olarak önemli bir rol üstlenir. Komite, yönetim kuruluna risk yönetimi konusunda gerekli kaynakları sağlarken, aynı zamanda şirketin performansını artırmayı ve riskli projelerden kaçınıp kârlı yatırımlara yönelmeyi teşvik eder. Bu şekilde, operasyonel risklerin azaltılması ve kazanç manipülasyonu gibi olumsuz eğilimlerin önüne geçilmesi hedeflenir¹⁰⁹. Komitenin etkin bir şekilde çalışması, finansal risklerin (örneğin, finansal suçların önlenmesi gibi) azaltılmasına da katkı sağlar.

Komitenin kurulması payları borsada işlem görmeyen şirketler için denetçinin talebi üzerine zorunlu olduğu için, bu komite genellikle muhasebe denetimi ile sorumlu olan denetçinin şirketin iç işleyişine müdahale edebileceği sınırlı bir alan olarak belirlenmektedir¹¹⁰. Denetçiler, riskin erken saptanması

¹⁰⁶ Bankalar tıpkı finansal kiralama, sigorta, faktoring ve finansman şirketleri gibi göstermiş oldukları faaliyetler nedeniyle sürekli “risk” kavramıyla karşı karşıya olduklarından kendi özel kanunlarındaki risk yönetimine ilişkin kurallara tabidir. Detaylı bilgi için bkz Kayıhan, Şaban, *Bankacılık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023).

¹⁰⁷ Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2011/1), T.C. Sermaye Piyasası Kurulu, Kabul Tarihi: 01.01.2011, RG: 30.12.2011/28158, madde 4.5.1.

¹⁰⁸ Kardelen Çağla Çağlar Doğan, ‘Türkiye’de Riskin Erken Saptanması Komitesinin Etkinliği: BIST Kurumsal Yönetim Şirketleri Üzerine Nitel Bir Araştırma’ (Yüksek Lisans Tezi, Avrasya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı 2021) 2.

¹⁰⁹ Bensaïd, A., Ishak, S. bin ve Mustapa, I. R., ‘Risk Management Committee Attributes: A Review of the Literature and Future Directions’ (2021) 9 (3) *Universal Journal of Accounting and Finance* 388, 395.

¹¹⁰ Mehmet Ali Aksoy, ‘Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu’ (2013) 17 (1) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 45, 67; Mehmet Ali Aksoy ve Emine Ebru Aksoy, ‘Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim’ (2017) 8 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - İnÜHFD* - 21, 41.

komitesinin kurulup kurulmadığını ve mevcutsa komitenin yapısı ve uygulamaları hakkında bilgi veren ayrı bir rapor hazırlayarak, bu raporu denetim raporuyla birlikte yönetim kuruluna sunarlar; bu durum TTK m 398/4 uyarınca düzenlenmiştir. Ayrıca, TTK m 402/6 uyarınca denetçi risk yönetimi çerçevesinde bir değerlendirme yaparsa, bu değerlendirme sonuçlarının ayrı bir raporda belirtilmesi gerekmektedir¹¹¹. Riskin erken saptanması komitesi, kurulumu takiben ilk ayın sonunda ilk raporunu sunar, bu düzenleme TTK 378. maddesi uyarınca yapılmaktadır. Komite, her iki ayda bir yönetim kuruluna sunduğu raporlarla durumu değerlendirip, varsa tehlikelere dikkat çekerek çözüm önerileri sunacaktır. Bu rapor, yönetim kurulu tarafından denetçiye de iletilecektir¹¹².

IV. Değerlendirmeler

A. Komitenin Oluşturulmasının Şirketin Yapısına Göre Zorunlu Olup Olmaması Durumu

Riskin erken saptanması komitesine ilişkin TTK düzenlemesinin üzerinden yıllar geçmiş olsa da hala birtakım belirsizlikleri korumaktadır ve düzenlemeye ilişkin bazı hususlar eleştiriye oldukça açıktır. Bu hususlardan biri komitenin bazı şirket yapıları için zorunlu bazıları içinse istenirse oluşturulabilir olması ve ancak denetçinin talebiyle kurulmasının zorunlu hale gelmesidir.

Hem TTK m 378 hem de Tebliğ No: 2011/1¹¹³ komitenin “payları borsada işlem gören şirketler¹¹⁴” için zorunlu olduğunu belirtmektedir¹¹⁵. Peki, Komite hangi şirketler için zorunludur? Başka bir ifadeyle pay senetleri borsada işlem gören şirketler hangileridir? Pay senetleri borsada işlem gören şirketler, halka açık anonim ortaklıklardır. Bunlar sermaye piyasalarında halka açık olarak işlem

¹¹¹ Aksoy (n 110) 41.

¹¹² Rauf Karasu, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler’ (2013) 4 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 41, 41.

¹¹³ Bu zorunluluk, Tebliğ’in 4. maddesi (Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum) kapsamında düzenlenmiştir. Tebliğ’in ilgili bölümünde, şirketlerin yönetim kurulu bünyesinde belirli komitelerin kurulması gerektiği belirtilmiş olup, risklerin erken saptanması ve yönetimi amacıyla Riskin Erken Saptanması Komitesi’nin oluşturulması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bknz Kurumsal Yönetim Uygulamasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2011/1), madde 4.

¹¹⁴ TTK m. 378 bu durumu doğrudan ifade ederken; Tebliğ’in amaç ve kapsamını düzenleyen ilk maddesine göre, Tebliğ sermaye piyasasında payları borsada işlem gören şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlamasını düzenlemek amacıyla çıkarılmıştır.

¹¹⁵ Adem Şahin, ‘Riskin Erken Teşhis Komitesi (TTK m. 378 ve 625/1-e’nin Değerlendirilmesi)’ (2016) 7 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 287.

gören ve paylarının borsada alınıp satılabildiği şirketlerdir¹¹⁶. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹¹⁷ ile SPK'nın Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1¹¹⁸) uyarınca, bu şirketler sermayelerini halka arz ederek Borsa İstanbul'da (BIST) işlem görmeye başlarlar. Bu kapsamda, söz konusu şirketler Sermaye Piyasası Kurulu'nun düzenlemelerine tabi olup, pay senetlerinin alım satımına konu olabilmesi için gerekli koşulları yerine getirmek zorundadır. 6362 sayılı SerPK m 16'ya göre, halka açık anonim ortaklıklar, payları borsada işlem gören şirketlerdir ve en az 500 hissedarı bulunan şirketler de SPK'nın düzenlemelerine tabidir. Bu şirketlerin paylarının borsada işlem görmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'na kayıtlı olması ve gerekli şartları yerine getirmesi gerekir¹¹⁹.

Burada belirtmeliyiz ki, halka açık anonim şirketin pay senetleri borsada işlem görmektedir" şeklinde bir durum yoktur¹²⁰. Halka açık anonim şirketler, SPK düzenlemelerine tabi olup, halka arz edildikten sonra anonim şirket statüsünde kabul edilirler. Ancak, pay senetlerinin borsada işlem görebilmesi için şirketin Borsa İstanbul'da (BIST) kote edilmesi ve borsada işlem gören statüsüne kavuşması gerekir. Halka açık olup da pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketler de mevcuttur. Bu şirketlerin payları halka arz edilmiş olabilir, ancak borsada işlem görebilmesi için ayrıca gerekli şartları sağlamaları ve Borsa İstanbul'a başvurarak kote edilmeleri gerekmektedir¹²¹. Kısacası, halka açık anonim şirketler ve borsada işlem gören şirketler farklı statülerde olabilirler; her halka açık şirketin pay senetleri borsada işlem görmeyebilir¹²².

Dahası, 6362 sayılı SerPK 16. maddesi, "*payları borsada işlem gören ortaklıklar ile kitle fonlaması suretiyle halktan para toplayan ortaklıklar hariç olmak*

¹¹⁶ Payları borsada işlem gören şirketlere ilişkin hükümler, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, SPK'nın ikincil düzenlemeleri ve Borsa İstanbul yönetmelikleri ile düzenlenmektedir.

¹¹⁷ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16. maddesi, halka açık anonim ortaklıkların paylarının borsada işlem görmesini düzenler. Buna göre, halka açık şirketler sermaye piyasasında işlem görmekte olup, paylarının halka arz edilmesi suretiyle borsada alınıp satılabilmektedir.

¹¹⁸ Kurumsal Yönetim Tebliği, Tebliğ No: II-17.1, Kabul Tarihi: 2014, RG: 03.01.2014/28871

¹¹⁹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG: 30.12.2012/28513, madde 16.

¹²⁰ Şahin (n 115) 297.

¹²¹ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG: 30.12.2012, Sayı: 28513.

¹²² İrem Töre, 'Kurumsal Yönetim Açısından Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi Komitesi, Eksiklikleri ve Çözüm Önerileri' (2021) 8 (1) Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi 145, 147.

üzere pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar.” demek suretiyle sadece payları borsada işlem görenleri değil aynı zamanda “pay sahibi sayısı beş yüzü aşan” ortaklıkları da halka açık anonim şirket kabul etmektedir. Ancak TTK m 378(ve benzer şekilde Tebliğ No: 2011/1), bu konuda net bir şekilde, “pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde” komitenin kurulmasını yönetim kuruluna yükümlülük olarak getirmiştir. Dolayısıyla pay senetleri borsada işlem görmeyen şirketler halka açık şirket olsalar dahi riskin erken saptanması komitesi kurma zorunluluğu altında değildirler¹²³. SerPK m 16/2’ye göre payları borsada işlem görmeyen anonim ortaklıklar, halka açık ortaklık statüsünü kazandıktan sonra en geç iki yıl içinde paylarının işlem görmesi için borsaya başvurmak zorundadır. Şu durumda, borsaya başvuru yapılmadan geçen bu iki yıllık sürede de riskin erken saptanması komitesinin kurulması için kanuni bir zorunluluk yoktur¹²⁴. Pay senetleri borsada işlem görmeyen diğer şirketler gibi bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhâl kurulacaktır¹²⁵.

Özetle, yukarıdaki verilere göre ulaştığımız noktada, iki şirket normalde aynı yapısal özelliklere sahip olmasına rağmen farklı hukuki düzenlemelere tabi olabilecektir. Olması gereken, tüm anonim şirketler için Komite’nin kurulmasının zorunlu hale gelmesidir¹²⁶. İlginçtir ki, TTK m 625/1/e’de limited şirket müdürlerinin devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında küçük limited şirketler hariç¹²⁷, risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesinin kurulması da sa-

¹²³ Töre (n 122) 145-164; Şahin (n 115).

¹²⁴ Halka açılmayı hedefleyen şirketler, borsaya başvuru yapmadan geçen sürede halka açık şirketler için gerekli olan Komiteyi önceden kurarak, halka arz sonrası uyum süreçlerini hızlandırabilir ve işletmeye duyulan güveni artırabilirler. Zira böyle bir komitenin varlığının yatırımcı güvenini arttıracığı var sayılır. Ayrıntı için bkz Ayşe Gül Köksal, ‘6102 sayılı TTK kapsamında Risklerin Tespiti ve Yönetilmesine İlişkin Bağımsız Denetçinin Sorumluluğu’ (2013) 14 (2) Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Dergisi 307, 319.

¹²⁵ Eklemeliyim ki, TTK m 398’a göre, “Denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için 378 inci maddede öngörülen sistemi ve yetkili komiteyi kurup kurmadığını, böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunar. Bu raporun esasları Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca belirlenir.” Ayrıntılı bilgi için bkz Yaşar (n 10) 75.

¹²⁶ Aynı yönde görüş için bkz. Cafer Eminoğlu, *Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)* (On İki Levha 2014) 331; Töre (n 122) 150-151; Yaşar (n 10) 89.

¹²⁷ Orta ve büyük ölçekli şirketin belirlenmesi, TTK m 1522’den yapılan göndermeye istinaden Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Ku-

yılmıştır¹²⁸. Orta ve büyük ölçekli şirketin belirlenmesi, TTK m 1523'ten, m 1522'ye yapılan göndermeye istinaden Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun görüşleri alınarak, hazırlanan 2023 tarihli Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği'ne göre yapılacaktır¹²⁹, Bu durumda, küçük ölçekli olmayan limited şirketlerde dahi zorunlu olarak kurulması gereken bir komitenin, hangi ölçekte olursa olsun payları borsada işlem görmeyen bir anonim şirkette, kanunen zorunlu olmadığı için kurulmayabileceği sonucu çıkacaktır.

Literatürde, TTK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamasına rağmen, payları borsada işlem görmeyen şirketlerde de riskin erken saptanması komitesinin kurulmasının gerekli olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır¹³⁰. Bu görüşe göre, komitenin yapacağı işler esasında yönetim kurulunun asli görevleri arasındadır¹³¹. Zira TTK m. 365 ve m. 369 hükümlerine göre, şirketin yönetimi doğrudan yönetim kuruluna verilmiş olup, yönetim kurulu üyeleri görevlerini “tedbirli bir yöneticinin özeniyle” ifa etmekle yükümlüdür¹³². Ayrıca anonim şirketlerde kurumsal yönetim ve sorumluluk ilkelerini güvence altına alma hedefine yönelik düzenleme altına alınan TTK m. 375, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini düzenler. Bu maddeye göre, yönetim kurulu, bazı önemli karar ve işlemleri devredemez. Bu görevler arasında şirketin üst düzey yönetimiyle ilgili kararlar, iç denetim sistemi, muhasebe ve finansal planlama gibi temel yönetim fonksiyonları yer alır. Ayrıca, şirketin işleyişi ve hukuka uygunluğunu sağlamak için gerekli gözetim ve kontrol mekanizmalarını kurmak ve denetlemek de yönetim kurulunun sorumluluğundadır. TTK m. 375'te komite kurulması gibi bir görevden söz edilmese de¹³³ komitenin amacı göz önünde

rumunun görüşleri alınarak, Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği'ne göre yapılacaktır. Yönetmelik için bkz Türkiye Cumhuriyeti, Cumhurbaşkanlığı, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 24.05.2023, RG: 24.05.2023/32201.

¹²⁸ Şahin (n 115) 299.

¹²⁹ Türkiye Cumhuriyeti, Cumhurbaşkanlığı, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 24.05.2023, RG: 24.05.2023/32201.

¹³⁰ Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu - Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016) 184; Yaşar (n 10) 88; Zühtü Aytaç, 'Borsa Şirketleri ve Riskin Erken Saptanması Komitesi' in *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015) 38.

¹³¹ Moroğlu (n 130) 184; Yaşar (n 10) 88; Aytaç (n 130) 38.

¹³² Yaşar (n 10) 88.

¹³³ Yaşar (n 10) 78.

bulundurulduğunda komitenin kurulmasının kurulun görevlerinden biri olduğu söylenebilir. Zira şirketin finansal durumu, operasyonel süreçleri ve varlıkları üzerinde ortaya çıkabilecek riskleri önceden tespit etmesi, bu riskleri yönetmesi ve şirketin devamlılığını sağlaması yönetim kurulunun temel sorumlulukları arasındadır¹³⁴. Bu kapsamda, TTK m. 378'de düzenlenen Riskin Erken Saptanması Komitesi, yönetim kurulunun bu risk yönetimi görevini yerine getirmesine yardımcı olacak bir mekanizmadır.

Şirket faaliyetleri, fırsatların değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak risklerin kabul edilmesini içerir. Dolayısıyla, risklerin tanımlanması, izlenmesi ve yönetilmesi, yönetim kurulunun asli görevlerinden biri olarak kabul edilmelidir. Risk yönetimi sürecinin göz ardı edilmesi, yönetim kurulunun "tedbirli yönetici" sorumluluğunu yerine getirmediği anlamına gelebilir ve bu da ciddi hukuki sonuçlar doğurabilir¹³⁵.

Sonuç olarak, her ne kadar TTK m 378 yalnızca payları borsada işlem gören şirketler için riskin erken saptanması komitesinin kurulmasını zorunlu kılmakta olsa da diğer anonim şirketler açısından da böyle bir komite kurulmasına yasal bir engel bulunmamaktadır¹³⁶. Dolayısıyla, denetçinin talebi olmaksızın, komite, genel kurul kararıyla esas sözleşmeye madde eklenerek kurulabilir. Bu durumda yönetim kurulunun, şirketin yapısına ve risklerine uygun bir risk tespit sistemi kurması, yönetim sorumluluğunun bir gereği olarak değerlendirilmelidir. Yukarıda açıkladığımız nedenlerle, risklerin saptanarak gerekli tedbirlerin alınması, kanaatimce, m. 378 hiç var olmasa dahi TTK m. 375 kapsamında yönetim kurulunun sorumluluğunda olduğundan, yönetim kurulu komite kurulmasının yanı sıra riskin saptanması için başka faaliyetler de ifa edebilir. Bu bağlamda, risk yönetimi sadece yasal zorunluluk değil, aynı zamanda daha iyi bir kurumsal yönetim¹³⁷ ve şirketin sürdürülebilirliği açısından da kritik bir unsurdur.

B. Pay Senetleri Borsada İşlem Görmeyen Şirketlerde Komitenin Kurulması İçin Denetçinin Yazılı Bildiriminin Şart Koşulması

Payları borsada işlem görmeyen şirketlerde komitenin kurulması için denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesinin şart

¹³⁴ Yaşar (n 10) 88; Şahin (n 115) 303.

¹³⁵ Moroğlu (n 130) 184; Yaşar (n 10) 88.

¹³⁶ Töre (n 122) 151; Yaşar (n 10) 88.

¹³⁷ Eminoğlu (n 126) 330; Karasu (n 112) 41.

koşulmuş olması çeşitli yönleriyle sorunlar içermektedir. Şöyle ki, TTK m 378, anonim şirketlerde risklerin erken saptanması ve yönetimi için bir komitenin kurulmasını öngörür. Ancak, bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerde bu komiteyi kurma yükümlülüğü ve süreci, farklı bir yapı ve sorumluluk çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda, *denetçi* terimi, TTK m 378’de belirtilen risk yönetimi komitesinin kurulması gerekliliğini belirlemekten sorumlu kişi olarak tanımlanır. Bu denetçi, genellikle bağımsız denetçi olarak işlev gören ve şirketin finansal tablolarını inceleyen profesyoneldir. Denetçinin belirlenmesine yönelik Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu’nun, Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esasları Belirleyen kararı¹³⁸ 13 Mart 2014 tarihinde yayımlandı.

1. Şirketin Bağımsız Denetime Tabi Olup Olmadığı Sorunu

Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslara Yönelik İlke Kararı, halka açık anonim şirketlerin risk yönetim ve iç kontrol sistemlerine ilişkin denetim standartlarını belirleyen bir düzenlemedir. Bu ilke kararı, bağımsız denetçilerin risk yönetimi komitesinin ve iç denetim sistemlerinin etkinliğini değerlendirme sorumluluğunu, raporlama yükümlülüklerini yerine getirme gerekliliğini ve tarafsızlık ilkesine uyma zorunluluğunu vurgular. Şirketlerin, bu sistemlerin etkinliğini artırarak düzenleyici gerekliliklerle uyum sağlamaları hedeflenmektedir¹³⁹.

Bu noktada, özellikle vurgulamalıyız ki, 6335 sayılı Kanun ve 26.6.2012 tarihli Türk Ticaret Kanunu’nda yapılan değişiklikler ile birçok şirket yapısında bağımsız denetim kaldırılmış ve bağımsız denetim uygulamaları belirli şirketlerle sınırlandırmıştır¹⁴⁰. Bu değişiklikler sonucunda, TTK m 378’de yer alan “denetçi” ifadesinin kapsamı konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Bağımsız denetim zorunluluğuna tabi olmayan şirketlerde *denetçi* teriminin kimleri kapsadığının net olmaması, risklerin erken teşhisi ve yönetimi konusunda bazı karı-

¹³⁸ Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu’nun, Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esasları Belirleyen kararı, Karar No: 75935942-050.01.04-[04/19], Resmi Gazete 18.03.2014/28945.

¹³⁹ Türkiye, “Riskin Erken Saptanmasına Yönelik İlke Kararı” (2021) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu <https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20Olinkleri/standartlar%20ve%20ilke%20kararları/İLKE%20KARARLARI/Riskin_Erken_Saptanmasina_Yonelik_Ilke_Karari.pdf> Erişim Tarihi 6 Eylül 2024.

¹⁴⁰ Korkut Özkorkut, *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 35.

şikliklere neden olmuştur. Ancak, bu hükmün payları borsada işlem görmeyen şirketler içerisinde yalnızca bağımsız denetime tabi şirketlere yönelik olduğunu¹⁴¹ ve risklerin erken teşhis sisteminin yalnızca bu şirketler için denetçinin talebiyle kurulabileceğini ifade etmek yanıltıcıdır.

Kanaatimce, yukarıda bahsettiğimiz sebeplerle bağımsız denetim zorunluluğu bulunmayan şirketlerde risklerin erken saptanması ve yönetimi amacıyla bir komite kurulması talebini yönetim kurulu yapabilecektir. TTK m. 378, yönetim kurulunun risk yönetimi stratejilerini aktif bir şekilde uygulamak ve riskleri etkin bir biçimde yönetmek için komite kurmasını öngörür. Yönetim kurulu, bu komitenin görev ve yetkilerini belirler, uygun üyeleri seçer ve komitenin etkinliğini sağlamak için gerekli adımları atar. Bu süreç, şirketin iç denetim mekanizmalarını güçlendirmek ve risk yönetimini iyileştirmek açısından önemli bir uygulamadır. Bu nedenle, kanaatimce, riskin erken teşhisi ve yönetimi konusunda bağımsız denetimin zorunlu olup olmadığına ve denetçi talebi bulunup bulunmamasına bakılmaksızın, yönetim kurulunun bu tür komiteleri kurma yükümlülüğü ve yetkisi bulunmaktadır¹⁴². *Yaşar*, bu konuda bir aşama daha ileriye giderek, eğer bir şirkette sebep ne olursa olsun riskin erken saptanması komitesi kurulmamışsa bu durumda yönetim kurulunun, TTK m. 555 kapsamında, sorumluluğunun ortaya çıkacağını savunmaktadır¹⁴³. O halde, yönetim kurulunun komiteyi usulüne uygun olarak kurması ve işletmesi halinde riskler erken dönemde saptanacak ve zamanında müdahale imkânı doğacaktır. Bu durumda, şirket ve dolayısıyla alacaklılar ve pay sahipleri de zarara uğramaktan kurtulmuş olacaktır. Sonuç olarak, amacına uygun olarak vaktinde kurulmuş ve gözetim altında tutulmuş bir komite yönetim kurulunu TTK maddeleri 553 ve 555 kapsamında sorumluluk davalarından kurtarabilir¹⁴⁴.

2. Denetime Tabi Şirketlerde Denetçilere Bu Görevin Verilmiş Olmasına Yönelik Genel Eleştiriler

Yukarıdaki bölümde anılan tartışmalardan bağımsız, denetime tabi şirketlerde dahi sorunlar olduğunu söyleyebiliriz. İlk olarak, ifade etmeliyiz ki, denetçilerin riskin erken saptanması komitesinin kurulmasını “gerekli görme” yetkisi, denetçinin geleneksel rolünden sapabilir. Denetçiler, genellikle finansal rapor-

¹⁴¹ Aksoy ve Aksoy (n 110) 26.

¹⁴² Aynı yönde bkz *Yaşar* (n 10) 88.

¹⁴³ *Yaşar* (n 10) 89.

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz *Şahin* (n 115) 297.

lamaların ve denetim süreçlerinin doğruluğunu kontrol ederler. Risk yönetimi ve erken saptama komitesinin kurulup kurulmayacağına karar verme yetkisi, daha çok yönetim kurulunun ve risk yönetimi uzmanlarının sorumluluğundadır. Bu düzenleme, denetçinin rolünü genişletip, yönetimle olan etkileşimini artırabilir, bu da denetim sürecinin bağımsızlığını ve objektifliğini etkileyebilir. Dahası, denetçiler, riskleri genellikle finansal perspektiften değerlendirirler ve bu durum, riskin yönetimi açısından yeterli olmayabilir. Yukarıda anlattığımız risk türlerinin hepsi şirkete zarar verebilecek niteliktedir. Bu halde, sadece finansal risklerin tespiti ve bundan kaynaklı komite kurulmasının gerekli görülmesi, diğer risklerin göz ardı edilmeleri şirkete zarar verebilir.

En önemli ve en çok eleştirilen husus, denetimin genellikle geçmişe yönelik bir inceleme olmasıdır; finansal tabloların doğruluğunu ve uyumluluğunu değerlendiren denetim, geleceğe yönelik risklerin öngörülmesini ve bu risklere karşı önceden önlem alınmasını sağlamaz¹⁴⁵. Oysa, riskin erken saptanması geleceğe yönelik bir bakış açısını gerektirir ve bu süreç, sürekli bir izleme, değerlendirme ve adaptasyona dayanır. Denetim ise belirli dönemlerde yapılan incelemelerle sınırlıdır ve bu sınırlılık, zamanlama açısından ciddi bir dezavantaj yaratabilir.

Riskin erken saptanmasında zamanlama kritik bir öneme sahiptir. Denetçiler, komitenin kurulmasını önerdiğinde, riskler zaten ortaya çıkmış olabilir ve bu durumda alınacak önlemler için geç kalınmış olabilir¹⁴⁶. Ayrıca, bağımsız denetimin şirket dışından bir denetçi tarafından yürütülmesi gerektiği ve bunun doğası gereği periyodik olarak yapıldığı göz önüne alındığında, sürekli izleme ve uyuma dayalı bir yaklaşım benimsenmesi, risklerin yönetimi açısından hayati bir önem taşır. Bu nedenle, risk yönetimi geçmiş performansların değerlendirilmesiyle sınırlı kalmamalı, geleceğe yönelik tehditlere karşı aktif bir şekilde izleme ve önlem alma süreçlerine odaklanmalıdır¹⁴⁷.

¹⁴⁵ TTK m 378 gerekçesinde, “Bu komitenin denetim komitesinden farkı denetim komitesinin yönetimi gözetim altında tutmasına karşılık bu komitenin sadece risklere odaklanmasıdır. Ayrıca denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir. Denetimin yönetilmesi söz konusu olmadığı halde, risk yönetilebilir ve yönetilmelidir. Amaç, yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz) altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır.” denilmek suretiyle de bu açıklamalar kanun koyucu tarafından da doğrulanmıştır.

¹⁴⁶ Aynı yönde görüş için bkz Töre (n 122) 150-151.

¹⁴⁷ Töre (n 122) 150-151.

C. Komitenin İşleyişi ve Yönetim Kurulunun Süreçteki Rolü

Payları borsada işlem gören anonim şirketler için, Sermaye Piyasası Kurulu'nun II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği¹⁴⁸, Riskin Erken Saptanması Komitesinin oluşumu ve çalışma esaslarıyla ilgili belirli düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelere göre, komite en az iki üyeden oluşmalıdır. Eğer komite sadece iki üyeden oluşuyorsa, her iki üyenin de icra yetkisine sahip olmayan kişilerden seçilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Üye sayısının ikiden fazla olduğu komitelerde ise çoğunluğun icra yetkisi olmayan kişilerden seçilmesi zorunludur. Ayrıca, komitelerde icra başkanı veya genel müdür görev alamaz. Komitenin başkanı, bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmek zorundadır¹⁵⁰. Bu düzenlemeler, komitenin bağımsız ve tarafsız bir şekilde işleyişini sağlamayı hedeflemektedir.

Risk komitesi üyelerinin bağımsız olması, yönetimden gelebilecek baskılara direnebilmelerini ve şirketin risklerini izlemek için gerekli bilgilere ulaşmalarını sağlar¹⁵¹. Bu durum, risklerin daha iyi izlenmesine ve kontrol edilmesine, dolayısıyla şirket performansının artmasına katkıda bulunur. Araştırmalar, risk komitesinde daha fazla bağımsız üyeye sahip finans şirketlerinin, daha az bağımsız üyeye sahip olanlara kıyasla finansal kriz dönemlerinde daha iyi performans gösterdiğini ortaya koymuştur¹⁵². Ayrıca, bağımsız üyelerin içeridekilerin risk alma faaliyetlerini azalttığı ve bu durumun özellikle kriz dönemlerinde kayıpların önlenmesine yardımcı olduğu tespit edilmiştir¹⁵³.

Riskin Erken Saptanması Komitesi, yılda en az altı kez, her iki ayda bir toplanmakla yükümlüdür. Toplantılara en az iki üye katılmalı ve alınan kararlar oy birliğiyle onaylanmalıdır. Toplantı sonuçları yazılı olarak belgelenir, komite üye-

¹⁴⁸ Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2014 tarihli Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1).

¹⁴⁹ SPK'nın II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 4.5.3. maddesi

¹⁵⁰ Töre (n 122) 153.

¹⁵¹ Yin-Hua Yeh, Hui-Min Chung, Chih Liang Liu, 'Committee Independence and Financial Institution Performance during the 2007-08 Credit Crunch: Evidence from a Multi-country Study' (2011) 19 (5) Corporate Governance: An International Review 437, 458; Basiru Salisu Kallamu, 'Risk Management Committee Attributes and Firm Performance' (2015) 2 (2) International Finance and Banking 1, 7; Aynı yönde bkz. Şahin (n 115) 305.

¹⁵² Yeh, Chung ve Liu (n 151) 458.

¹⁵³ Kallamu (n 128) 7; Bernadette A. Minton, Jerome Taillard ve Rohan Williamson, 'Do Independence and Financial Expertise of Board Matter for Risk Taking and Performance' Fisher College Working Paper, No 2010-03-014 <<http://ssrn.com/abstract=1661855>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2024; Yeh, Chung ve Liu (n 151) 458.

leri tarafından imzalanır ve Yönetim Kurulu'na sunulur. Risk yönetim sistemleri ise yılda bir kez kapsamlı bir şekilde gözden geçirilir¹⁵⁴. Komite, yetki ve sorumluluk alanına giren konular hakkında Yönetim Kurulu'nu düzenli olarak bilgilendirir¹⁵⁵.

Payları borsada işlem görmeyen diğer anonim şirketler içinse, TTK'ya baktığımızda TTK m. 378'in riskin erken saptanması komitesinin oluşumu ve çalışma esasları hakkında detaylı düzenlemeler yapmadığını görüyoruz. Komitenin kurulması ve çalışma usulleri, yönetim kurulunun yetkisine bırakılmıştır¹⁵⁶. TTK m. 375/1'de yönetim kurulunun devredilemez yetkileri düzenlenmiştir; ancak riskin erken saptanması komitesinin kurulması bu maddede yer almamaktadır. Buna karşın, kanun koyucunun, limited şirket müdürlerine benzer bir yükümlülük getirmesi ve TTK m. 375/1-b'de yer alan "şirket yönetim teşkilatını belirleme" yetkisinin devredilemez olması, bu komiteyi kurma ve yönetme görevini de yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasına sokmaktadır. Riskin erken saptanması komitesi üyeleri yönetim kurulunun direktiflerine uymak zorundadır, ancak yönetim kurulu üyesi olmaları gerekmez¹⁵⁷; yönetim kurulu üyelerinden ya da yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü şahıslardan oluşabilir¹⁵⁸. Komite kurulduktan sonra, yönetim kurulunun bu konudaki yetkileri komiteye devredilemez; ancak komitenin kararları yönetim kurulu ile iş birliği içinde alınmalıdır¹⁵⁹.

TTK m. 398 kapsamında, anonim şirketlerde denetimin kapsamı, şirketin ve bağlı topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimini içerir. Denetim, envanter, muhasebe işlemleri ve Türkiye Muhasebe Standartlarına uygunluk ile sınırlı kalmayıp, TTK m. 378 uyarınca hazırlanan riskin erken saptanması raporlarını da kapsar. Buna göre, denetçi ayrıca yönetim kurulunun, şirketi tehdit eden riskleri zamanında teşhis edebilmesi ve risk yönetimini gerçekleştirebilmesi için gerekli olan sistemi ve Riskin Erken Saptanması Komitesi'ni kurup kurmadığını da denetler. Eğer böyle bir sistem mevcutsa, denetçi bu sistemin yapısı ve komitenin uygulamaları hakkın-

¹⁵⁴ SPK'nın II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği madde 4.5.12.

¹⁵⁵ Tekin Memiş ve Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 92.

¹⁵⁶ Töre (n 122) 153.

¹⁵⁷ Şener (n 102) 451.

¹⁵⁸ Karasu (n 112) 41; TTK m 378 Gerekçesi.

¹⁵⁹ Töre (n 122) 153.

da ayrı bir rapor düzenler. Bu rapor, denetim raporuyla birlikte yönetim kuruluna sunulur. Bu raporun esasları ise Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından belirlenir. Bu süreç, yalnızca mevcut finansal tabloların doğruluğunu denetlemekle kalmayıp, aynı zamanda şirketin gelecekte karşılaşılabileceği her türlü riski yönetme kapasitesini de değerlendirmeye alır.

Komite, raporlarında tespit ettiği riskleri ayrıntılı bir şekilde ele alarak olası tehlikelere işaret eder. Bu tehlikeler, yukarıda anılan bütün riskleri içerebilir. Komite, riskin erken saptanması için gerekli önlemleri almak ve uygulamak zorundadır. Bazı yazarlar¹⁶⁰, komitenin alması gereken tedbirlerin şirketin karşılaşılabileceği tüm risklere karşı değil, sadece şirket varlığını tehlikeye düşürecek risklere karşı olması gerektiğini ifade etseler de TTK m 378, “*yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebepler*” demek suretiyle, sadece şirketin varlığını tehlikeye düşüren risk faktörlerini değil aynı zamanda gelişmesini ve devamını da tehlikeye atacak riskleri de kapsamaktadır¹⁶¹. Kanaatimce, bu sebeple komitenin risk faktörlerini geniş yorumlaması gerekir¹⁶². Örneğin, şirketin merkezi ya da operasyon bölgesi deprem bölgesindeyse deprem riski göz önünde bulundurulmalıdır. Komite, mevcut risklere işaret etmekle kalmaz, aynı zamanda bu risklerin yönetimi için çözüm önerileri sunar. Dolayısıyla deprem öncesi ve sonrası atılacak adımlar detaylandırılarak risklerin ortadan kaldırılması, transfer edilmesi, dengelenmesi veya azaltılması gibi stratejileri içeren bir tedbir paketi belirlenmelidir. Komite raporlarını zamanında ve net bir şekilde yazılı olarak hazırlamalıdır¹⁶³. Komitenin hazırladığı yazılı raporlar, yönetim kuruluna sunulduktan sonra nihai değerlendirmeyi yönetim kurulu yapar ve bu risklerin şirketin varlığı, gelişimi ve sürekliliği üzerindeki etkilerini analiz edecektir. Yönetim kurulu, komitenin önerdiği çözüm yollarını değerlendirerek, şirketin ileri vadeli politikalarını belirleyecektir. Yönetim kurulu, bu politikaları belirlerken, şirketin yapısı, büyüklüğü, riskin potansiyel tehlikesi gibi hususları göz önünde bulundurmalıdır.

¹⁶⁰ Töre (n 122) 153.

¹⁶¹ Şahin (n 115) 31.

¹⁶² Aynı görüş için bkz *Çağlar Manavgat, Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016) 130; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıklar Hukuku* (Adalet Yayıncılık 2013) 416.

¹⁶³ Şahin (n 115) 310.

V. Karşılaştırmalı Hukukta Risk Yönetimine Yönelik Düzenlemeler

Risk yönetimi, şirketlerin ana hedeflerine ulaşmalarını sağlamak amacıyla mevcut riskleri tespit etmek, kontrol altına almak ve izlemek için kullanılan strateji ve yöntemlerin bütünüdür¹⁶⁴. Risk yönetiminin etkinliği ile kurumsal yönetim arasında güçlü bir ilişki kurmak, şirketlerin değerini artırmada önemli bir rol oynamaktadır¹⁶⁵. Yönetim kurulu, kurumsal yönetimin asli organlarından biri olup, üst düzey yönetimi izlemek ve yönlendirmek gibi görevlerle donatılmıştır. Yönetim kurulunun üyelerinin nitelikleri, şirket yönetiminin etkinliğini ve kurumsal yapının sağlamlığını doğrudan etkiler. Ancak, denetim, ücretlendirme ve aday gösterme gibi özel uzmanlık gerektiren konularda yetkilerin, alt komiteler aracılığıyla devredilmesi, yönetim kurulu işleyişinin daha etkin hale gelmesine olanak tanır¹⁶⁶. Bu bağlamda, risk yönetimi komitesi, birçok ülkede farklı isimler ve düzenlemeler altında kurulmakta olup, kurumsal yönetim yapısını güçlendirmek ve şirketlerin karşı karşıya kalabileceği riskleri daha etkin bir şekilde yönetmek amacıyla oluşturulmaktadır. Aşağıda farklı ülkelerdeki uygulama ve düzenleme örneklerini görebilirsiniz.

A. Almanya

Almanya'da, şirketlerin risk yönetimine yönelik Türkiye'ye paralel bir düzenleme mevcuttur. Aktiengesetz (AktG) madde 91 (2) uyarınca, bir anonim şirketin yönetim kurulu, şirketin sürekliliğini tehdit edebilecek riskleri erken aşamada fark edebilmek amacıyla bir izleme sistemi kurmak zorundadır¹⁶⁷. Türkiye ile en büyük farklılıklardan biri, anonim şirketin işletme konusu ve iş hacmi ne olursa olsun, payları borsada işlem görse de görmese de komitenin kurulmasının zorunlu olmasıdır¹⁶⁸. Alman Kurumsal İstikrar ve Yeniden Yapılandırma

¹⁶⁴ Azlan Amran, Abdul Manaf Rosli Bin ve Mohd Hassan Bin Che Haat, 'Risk Reporting: An Exploratory Study on Risk Management Disclosure in Malaysian Annual Reports' (2008) 24(1) Managerial Auditing Journal 39, 40.

¹⁶⁵ Paul J Sobel ve Kurt F Reding, 'Aligning Corporate Governance with Enterprise Risk Management' (2004) 5 (2) Management Accounting Quarterly 29, 32.

¹⁶⁶ David A Carter ve diğerleri, 'The Gender and Ethnic Diversity of US Boards and Board Committees and Firm Financial Performance' (2010) 18 (5) Corporate Governance: An International Review 396, 401; Masturah Malik, Rohami Shafie, ve Ku Nor Izah Ku Ismail, 'Do Risk Management Committee Characteristics Influence the Market Value of Firms?' (2021) 23 (1) Risk Management 172, 174.

¹⁶⁷ Philipp Jakobus, *Die Vorstandspflicht zum Risikomanagement* (Nomos 2014) 56.

¹⁶⁸ Yaşar (n 10) 84.

Yasası (StaRUG¹⁶⁹), benzer şekilde tüm sınırlı sorumluluğa sahip şirketler için risk yönetim sistemi kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu düzenleme, şirketlerin varlıklarını tehdit edebilecek gelişmeleri izlemelerini ve böyle durumlarda yeniden yapılandırma planları geliştirmelerini gerektirir¹⁷⁰. Şirket yöneticileri, bu riskleri fark ettiklerinde, denetim organlarını zaman kaybetmeden bilgilendirmekle yükümlüdür¹⁷¹.

Finansal Piyasa Bütünlüğünü Güçlendirme Yasası (FISG¹⁷²) da 1 Temmuz 2021 itibarıyla yürürlüğe girerek AktG'nin 91. maddesine ek hükümler getirmiştir. Buna göre, borsada işlem gören şirketlerin yönetim kurulları, uygun bir iç kontrol ve risk yönetim sistemi kurmakla yükümlüdür. Bu sistem, sadece risklerin tespiti ve yönetimiyle sınırlı kalmayıp aynı zamanda girişimcilik kararlarına rehberlik edecek bir risk analizini de kapsar. Ayrıca, denetim süreci hem dış denetim hem de iç denetim departmanı tarafından yürütülmekte ve bu süreçlerin kapsamı sürekli genişlemektedir.

AktG madde 107 (3) uyarınca, denetim kurulu iç kontrol sisteminin, risk yönetim sisteminin ve iç denetim süreçlerinin etkinliğini denetlemekle yükümlüdür. FISG'nin getirdiği düzenlemeler, bu denetim sürecini detaylandırmış ve denetim kurulu'nun yapısına ilişkin belirli gereklilikler getirmiştir. Örneğin, denetim komitesi başkanının doğrudan iç kontrol ve risk yönetim sistemlerinden bilgi alma hakkı ilk kez yasalarla tanımlanmıştır¹⁷³. Ancak, tüm bu düzenlemelere rağmen, kurumsal izleme sistemlerinin doğası ve şirket organları arasındaki etkileşimler konusunda belirsizlikler Alman şirketlerinde de devam etmektedir. Bu durum, kurumsal sorumluluk ve kişisel yükümlülüklerle ilgili sorunlara yol açabilecek niteliktedir¹⁷⁴.

¹⁶⁹ Unternehmensstabilisierung- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) bknz. Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 'Frühwarnsysteme' (23 Mayıs 2024) <https://www.bmj.de/DE/themen/wirtschaft_finanzen/schulden_insolvenz/fruehwarnsysteme/fruehwarnsysteme.html> Erişim tarihi 10 Eylül 2024.

¹⁷⁰ Michael Kort, 'Risikomanagement nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz' (2010) Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 440, 448.

¹⁷¹ Deutsches Institut für Interne Revision e.V. (DIIR) and Risk Management Association (RMA), Positionspapier: Interne Revision und Risikomanagement - Empfehlungen zum Zusammenwirken (2024).

¹⁷² Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) bknz. Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) (Bundesgesetzblatt I 2021, 2675) <<https://www.gesetze-im-internet.de/fisg/BJNR267500021.html>> Erişim tarihi 10 Eylül 2024.

¹⁷³ Kort (n 170) 448.

¹⁷⁴ Deutsches Institut für Interne Revision e.V. (DIIR) and Risk Management Association (RMA), Positionspapier: Interne Revision und Risikomanagement - Empfehlungen zum Zusammenwirken (2024).

B. İngiltere

İngiltere’de, borsaya kayıtlı firmaların risk yönetimi konusunda bütüncül bir yaklaşım benimsemelerini teşvik eden Walker Raporu (2009¹⁷⁵) ve Finansal Raporlama Konseyi (Financial Reporting Council-FRC) tarafından yayımlanan kılavuz ilkeleri (Kılavuz 2011¹⁷⁶, Kılavuz 2014a¹⁷⁷, Kılavuz 2014b¹⁷⁸) bulunmaktadır. Bu kılavuzlar, firmaların risk tanımlama ve değerlendirmede çok yönlü bir yaklaşım benimsemelerini ve karşılaştıkları temel riskleri dikkate almalarını önerir. Üst düzey bir risk yönetim yapısı, özellikle Birlikte Yönetim Risk Komiteleri¹⁷⁹ tarafından desteklenen etkili bir risk yönetim altyapısı, firmanın tüm seviyelerinde güçlü bir risk kültürü oluşturmaya yardımcı olur ve kurumsal risk stratejilerini onaylar. Finansal Raporlama Konseyi’nin 2014b tarihli raporu¹⁸⁰, borsa firmalarının büyük risklere karşı korunmak için sağlam bir risk yönetim sistemi benimsemelerini önermektedir.

Öte yandan, İngiltere’de TTK m. 378’deki gibi spesifik bir komite bulunmamakla birlikte, şirketlerde benzer işlevleri görebilecek bazı yapılar mevcuttur. Özellikle büyük şirketlerde kurulan risk yönetim komiteleri, risklerin değerlendirilmesi ve yönetilmesi konusunda önemli rol oynar, ancak bu komitelerin

¹⁷⁵ Walker Report: A Review of Corporate Governance in UK Banks and Other Financial Industry Entities (HM Treasury, November 2009) <<https://www.gov.uk/government/publications/walker-review-final-report-a-review-of-corporate-governance-in-uk-banks-and-other-financial-industry-entities>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁷⁶ UK Corporate Governance Code (Financial Reporting Council, June 2011) <<https://www.frc.org.uk/getattachment/6f09c4e3-59d7-4c42-835c-5b17d0c05742/UK-Corporate-Governance-Code-June-2011.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁷⁷ UK Corporate Governance Code (Financial Reporting Council, Eylül 2014) <<https://www.frc.org.uk/getattachment/3da64b63-d4a7-4b92-9d3b-6a299b2b2c37/UK-Corporate-Governance-Code-September-2014.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁷⁸ UK Corporate Governance Code (Financial Reporting Council, Aralık 2014) <<https://www.frc.org.uk/getattachment/ea682cf2-0877-407b-b8d0-24f96f931e5b/UK-Corporate-Governance-Code-December-2014.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁷⁹ Board-level risk committee (BLRC) olarak adlandırılan komiteler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nava Subramaniam, Lisa McManus, Jiani Zhang, ‘Corporate Governance, Firm Characteristics and Risk Management Committee Formation in Australian Companies’ (2009) 24 (4) Management Audit Journal 316, 320; Christopher S. Hines, Adi Masli, Elaine G. Mauldin, Gary F. Peters, ‘Board Risk Committees and Audit Pricing’ (2015) 34 (4) Auditing: A Journal of Practice & Theory 59, 72.

¹⁸⁰ Financial Reporting Council, Guidance on Risk Management, Internal Control and Related Financial and Business Reporting (FRC, 2014b) <<https://www.frc.org.uk/getattachment/82d047dd-3e5f-43c7-b5b4-fd5856e9d8a1/Guidance-on-Risk-Management-Internal-Control-and-Related-Financial-and-Business-Reporting.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

kurulması zorunlu değildir¹⁸¹. Denetim komiteleri, İngiltere'deki halka açık şirketlerde bağımsız bir şekilde finansal raporlama ve iç kontrol sistemlerini denetlemekle yükümlüdür ve risk yönetimi işlevlerini de kapsar. Ayrıca, Kurumsal Yönetim Kodu (UK Corporate Governance Code¹⁸²), risk yönetimi ve iç kontrol süreçlerini iyileştirmeyi teşvik eder, fakat belirli bir "erken risk saptama komitesi" oluşturulmasını zorunlu kılmaz. Bazı şirketler, risklerin ve uyum konularının yönetimi için özel komiteler kurarak risklerin erken aşamada tanımlanmasına yardımcı olurlar. Bu yapılar, risklerin etkili bir şekilde yönetilmesini teşvik eder, ancak belirli bir yasal zorunluluk olarak bulunmamaktadır¹⁸³.

C. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika'da, şirketler için, TTK'daki düzenlemeye paralel bir riskin erken saptanması komitesi kurulması zorunluluğu bulunmamakla birlikte, çeşitli düzenlemeler ve uygulamalar risk yönetimini teşvik etmektedir. Sarbanes-Oxley Act (SOX¹⁸⁴) kapsamında halka açık şirketler bağımsız bir denetim komitesi bulundurmamaktadır. Ancak bu komiteler finansal raporlamayı ve risk yönetimini denetlese de doğrudan bir "erken risk saptama komitesi" olarak tanımlanmaz. Dodd-Frank Yasası¹⁸⁵ (2010) da ABD'de borsada işlem gören firmalar için benzer gereklilikleri zorunlu kılmış, ancak risk komitesinin rolü, sorumlulukları ve süreçlerine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme sunamamıştır¹⁸⁶. Belirtmeliyiz ki, kurumsal risk yönetimi¹⁸⁷, kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde şirketler

¹⁸¹ Muhammad Farhan Malik, Mahbub Zaman ve Sherrena Buckby, 'Enterprise Risk Management and Firm Performance: Role of the Risk Committee' (2020) 16 (1) Journal of Contemporary Accounting and Economics 3, 4.

¹⁸² UK Corporate Governance Code (Financial Reporting Council, July 2018) <<https://www.frc.org.uk/getattachment/7c1b0b18-2147-4b6c-8c28-8350ff8b726f/UK-Corporate-Governance-Code-July-2018.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁸³ Malik, Zaman ve Buckby (n 181) 3.

¹⁸⁴ Sarbanes-Oxley Act of 2002 (Pub L No 107-204, 116 Stat 745) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf>> Erişim tarihi 11 Eylül 2024.

¹⁸⁵ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 (Pub L No 111-203, 124 Stat 1376) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024; Dodd-Frank Act, 2010. Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection. Act. Bölüm 165.

¹⁸⁶ Malik, Zaman ve Buckby (n 181) 2.

¹⁸⁷ Enterprise Risk Management (ERM) olarak adlandırılmaktadır. Detaylar için bkz Ryan Baxter, Jean C. Bedard, Rani Hoitash ve Ari Yezegel, 'Enterprise Risk Management Program Quality: Determinants, Value Relevance, and the Financial Crisis' (2013) 30 (4) Contemporary Accounting Research 1264, 1269; Lawrence Gordon, Martin Loeb ve Chih-Yang Tseng, 'En-

tarafından yaygın olarak kullanılsa da zorunlu değildir. Ayrıca Securities and Exchange Commission (SEC), halka açık şirketlerden risk yönetimi uygulamaları hakkında rapor sunmalarını istemektedir, bu da risk yönetimini dolaylı olarak teşvik eder.

Sonuç

Çalışmada açıklandığı üzere riskin erken saptanması komitesi, şirketin sürdürülebilirliğini ve yatırımcı güvenini korumada kritik bir rol oynar. Bu komite, finansal, çevresel ve sosyal riskleri erken tespit ederek, şirketin uzun vadeli değer yaratma kapasitesini artırır ve yatırımcıların bilinçli kararlar almasına katkı sağlar. Ayrıca, stratejik risklerin öngörülmesi ve fırsata dönüştürülmesiyle, şirketin piyasa koşullarına hızlı uyum sağlamasına ve operasyonel istikrarını korumasına destek olur. Böylece, komite hem şirketin devamlılığını güvence altına alır hem de yatırımcılar için güvenilir bir ortam yaratır.

TTK, SPK ve sair mevzuat çerçevesinde, riskin erken saptanması komitesinin kurulması ve işleyişi hakkında farklı şirket yapıları için çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Payları borsada işlem gören anonim şirketler için TTK m 378 ve ilgili Tebliğ hükümleri, bu komitenin kurulmasını zorunlu kılmakta ve belirli gereklilikler getirmektedir. Ancak, borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde durum daha karmaşıktır; bu tür şirketlerde komitenin kurulması denetçinin talebine bağlıdır.

Çalışmada ele alınan konular göz önünde bulundurulduğunda, riskin erken saptanması komitesinin şirketin risk yönetiminde kritik bir rol oynadığı ve bu rolün kurumsal yönetimle sıkı bir şekilde bağlı olduğu söylenebilir. Komitenin etkinliği, yalnızca yasal düzenlemelerin yerine getirilmesiyle değil, aynı zamanda yönetim kurulunun bu mekanizmanın kurulmasını ve etkin bir şekilde işlemesini sağlamak için sarf ettiği çabayla da doğrudan ilişkilidir. Kanaatimce, bu noktada risk kavramının geniş yorumlanması da komitenin kurumsal yönetimde etkin kullanımını arttıracaktır.

terprise Risk Management and Firm Performance: A Contingency Perspective' (2009) 28 (4) Journal of Accounting and Public Policy 301-327; Philipp Lechner ve Nadine Gatzert, 'Determinants and Value of Enterprise Risk Management: Empirical Evidence from Germany' (2018) 24 (10) European Journal of Finance 867, 868; Cristina Florio ve Giulia Leoni, 'Enterprise Risk Management and Firm Performance: The Italian Case' (2017) 49 (1) British Accounting Review 56, 62.

Payları borsada işlem gören anonim şirketler için özellikle SPK düzenlemeleri ve ilgili mevzuat, komitenin bağımsız ve tarafsız bir şekilde işleyişini temin etmeye yönelik detaylı kurallar koymuştur. Bu kurallar, komitenin riskleri etkili bir şekilde izleyebilmesi ve yönetebilmesi için gerekli şartları oluşturur. Ancak, payları borsada işlem görmeyen kapalı anonim şirketler için TTK'da ayrıntılı bir düzenleme bulunmaması, bazı belirsizlikler yaratmakta ve denetçinin komitedeki rolünün belirlenmesi ile yönetim kurulunun komitenin işleyişindeki yükümlülüklerinin netleştirilmesi gibi konularda uygulamada sorunlara yol açabilmektedir. Zira, denetçilerin riskin erken saptanması komitesinin kurulmasını "gerekli görme" yetkisi, denetçilerin geleneksel rolünden saparak yönetimle olan etkileşimini artırabilir ve denetim sürecinin bağımsızlığını etkileyebilir.

Sonuç olarak, her ne kadar mevcut düzenlemeler yalnızca payları borsada işlem gören şirketler için Riskin Erken Saptanması Komitesi'nin kurulmasını zorunlu kılmakta olsa da payları borsada işlem görmeyen şirketlerde de bu tür bir komitenin kurulması teşvik edilmelidir. Risk yönetimi, denetçinin talebine bağlı olmaksızın, yönetim kurulu tarafından ele alınmalı ve bu tür mekanizmalar, risklerin zamanında ve etkin bir şekilde yönetilmesini sağlamak amacıyla güçlendirilmelidir. Yönetim kurulunun bu konuda alacağı inisiyatif, şirketlerin kurumsal yönetim standartlarını yükseltecek ve sürdürülebilirliklerini artıracaktır.

Her ne kadar literatürde, bu tür düzenlemelere gerek olmaksızın yönetim kurullarının riskin erken saptanmasını sağlaması gerektiği ifade edilse de ülkemizin yasa temelli yapısı ve şirket kültürünün mevcut durumu göz önünde bulundurulduğunda, bu sürecin yasal düzenlemelerle detaylı bir şekilde desteklenmesi gereklidir. Şirket kültürümüz ve mülkiyet yapımız, kurumsal yönetim ilkelerini henüz tam anlamıyla içselleştirememiştir. Bu durum, paydaşların çıkarlarının yeterince korunamaması ve şirket içi mekanizmaların zayıf kalması gibi sorunlara yol açmaktadır. Bu nedenle, düzenlemelerin zorunlu tutulması, şirketlerin bu mekanizmaları benimsemeleri açısından kritik bir öneme sahiptir. Bu yaklaşım, yalnızca yasal uyumluluğun sağlanması açısından değil, aynı zamanda şirketin genel performansını ve risk yönetim kapasitesini güçlendirmek için de büyük bir fırsat sunmaktadır. Hem şirketlerin sürdürülebilirliklerini artırmaları hem de yatırımcı güvenini güçlendirmeleri için bu tür mekanizmalar, kurumsal yapılarında yer almalıdır.

Kaynakça

- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD), 'Türkiye Saati ile 04:17 ve 13:24'te İki Deprem Meydana Geldi' <<https://deprem.afad.gov.tr/content/137>> Erişim tarihi 21 Ağustos 2024
- Aksoy MA, 'Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu' (2013) 17 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-76
- Aksoy MA ve Aksoy EE, 'Ticaret Kanunu Kapsamında Sermaye Şirketlerinde Bağımsız Denetim' (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-52
- Alexander C, 'The Present and Future of Financial Risk Management' (2005) 3 (1) Journal of Financial Econometrics 3-25
- Anadolu Ajansı, 'Dünyadaki En Büyük Depremlerin Ekonomik Hasarı Trilyon Doları Buluyor' (Anadolu Ajansı, 9 Kasım 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/dunyadaki-en-buyuk-depremlerin-ekonomik-hasari-trilyon-dolari-buluyor/2838055>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024
- Anadolu Ajansı, 'Şiddetli Yağışlar İspanya'ya Zarar Vermeye Devam Ediyor' (Anadolu Ajansı, 16 Kasım 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/siddetli-yagislar-ispanyaya-zarar-vermeye-devam-ediyor/3391857>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024
- Andersen T, Bollerslev T, Christoffersen P ve Diebold F, 'Financial Risk Measurement for Financial Risk Management' in George M Constantinides, Milton Harris ve Rene M Stulz (eds), *Handbook of the Economics of Finance* (Elsevier 2013)
- Andersen TJ, 'Globalization and Natural Disasters: An Integrative Risk Management Perspective' in Alcira Kreimer, Margaret Arnold, Anne Carlin (eds), *Building Safer Cities: The Future of Disaster Risk* (Disaster Risk Management Series, World Bank 2003)
- Aytaç Z, 'Borsa Şirketleri ve Riskin Erken Saptanması Komitesi' in Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 60. Yıl Armağanı (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2015) 38
- Baiocchi G, Minx J ve Hubacek K, 'The Impact of Social Factors and Consumer Behavior on Carbon Dioxide Emissions in the United Kingdom' (2010) 14 (1) Journal of Industrial Ecology 50-72
- Basel Bankacılık Denetim Komitesi, *Operasyonel Riskin Yönetimi ve Denetimi İçin Sağlam Uygulamalar* (Aralık 2001, Temmuz 2002'de gözden geçirilmiş) <<http://www.bis.org>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024
- Baxter R, Bedard J, Hoitash R ve Yezegel A, 'Enterprise Risk Management Program Quality: Determinants, Value Relevance, and the Financial Crisis' (2013) 30 (4) *Contemporary Accounting Research* 1264-1295
- Bensaid A, Ishak S ve Mustapa IR, 'Risk Management Committee Attributes: A Review of the Literature and Future Directions' (2021) 9 (3) *Universal Journal of Accounting and Finance* 388-395

- Borsa İstanbul, BIST Sürdürülebilirlik Endeksleri (2024) <<https://www.borsaistanbul.com/ztr/sayfa/165/bist-surdurulebilirlik-endeksleri>> Erişim Tarihi 17 Ekim 2024
- Botzen WJ, Deschenes O ve Sanders M, 'The Economic Impacts of Natural Disasters: A Review of Models and Empirical Studies' (2019) 13 (2) *Review of Environmental Economics and Policy* 167-188
- Bowman G, Foulser-Piggott R ve Beamish PW, 'Natural Disasters and MNE Internalization: Reoptimizing Subsidiary Governance' (2023) 58 (2) *Journal of World Business* 101387
- Bueno PB, 'Social Risks in Aquaculture' in Melba G Bondad-Reantaso, James R Arthur and Rohana P Subasinghe (eds), *Understanding and Applying Risk Analysis in Aquaculture* (FAO 2008, Rome) 209
- Çakalı KR, 'İç Kontrol Başarısızlıkları: Barings Örneği' (2021) 6 (3) *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 433-442
- Danyal D, 'CrowdStrike ve Microsoft Güncellemesi Nasıl Global Sistem Krizine Dönüştü?' (2024) Anadolu Ajansı. <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/crowdstrike-ve-microsoft-guncellemesi-nasil-global-sistem-krizine-donustu/3280058>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024
- Diebold FX, An Historical Perspective on Financial Risk Measurement and Management in FX Diebold (ed), *Financial Risk Measurement and Management* (International Library of Critical Writings in Economics Series, Edward Elgar 2012)
- Dünya Ekonomik Forumu, 'Global Risks Report 2024' <<https://www.weforum.org/publications/global-risks-report-2024/>> Erişim Tarihi: 17 Kasım 2024
- Eminoğlu C, *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)* (On İki Levha, 2014)
- Encyclopaedia Britannica, 'Tokyo-Yokohama Earthquake of 1923' (Encyclopaedia Britannica, 9 Kasım 2024) <<https://www.britannica.com/event/Tokyo-Yokohama-earthquake-of-1923>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024
- Engau C ve Hoffmann V, 'Corporate Response Strategies to Regulatory Uncertainty: Evidence from Uncertainty About Post-Kyoto Regulation' (2011) 44 (1) *Policy Sciences* 53-80
- Engau C, Hoffmann V ve Busch T, 'Airlines' Flexibility in Facing Regulatory Uncertainty: To Anticipate or Adapt?' (2011) 54 (1) *California Management Review* 107-125
- Florio C ve Leoni G, 'Enterprise Risk Management and Firm Performance: The Italian Case' (2017) 49 (1) *British Accounting Review* 56-74
- Hampel A, Hetzel R ve Maniatis G, 'Response of Faults to Climate-Driven Changes in Ice and Water Volumes on Earth's Surface' (2010) 368 *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 2501-2517
- Huang Q, Li Y, Lin M ve McBrayer G, 'Natural Disasters, Risk Saliency, and Corporate ESG Disclosure' (2022) 72 *Journal of Corporate Finance* 102152-102167

- Intergovernmental Panel on Climate Change, 'IPCC Reports' <<https://report.ipcc.ch/index.html>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024
- Gordon L, Loeb M ve Tseng C, 'Enterprise Risk Management and Firm Performance: A Contingency Perspective' (2009) 28 (4) Journal of Accounting and Public Policy 301-327
- Gözde BN, ve Özcan İ, 'Sürdürülebilirlik Raporlaması Açısından UFRS S1 ve S2 Taslak Standartlarına Uyum Sürecinin Değerlendirilmesi: BIST Sürdürülebilirlik 25 Endeksi İşletmeleri Üzerine Bir Araştırma' (2023) 69 Muhasebe Enstitüsü Dergisi 21-43
- Jakobus P, Die Vorstandspflicht zum Risikomanagement (Nomos 2014, Augsburg)
- Kamu Gözetimi Kurumu, UFRS S2 İklimle İlgili Açıklamalar Taslak Metin (31 Mart 2023) <<https://www.kgk.gov.tr/ContentAssignmentDetail/4875/UFRS-S2-iklimle-ilgili-Aciklamalar-Taslak-Metin>> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024
- Kandemir HK, 'Sürdürülebilir Şirketler ve Hukuki Çerçevesi' (2021) 20 (41) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 853-876
- Karasu R, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler' (2013) 4 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 33-60
- Karatepe Kaya M, 'Impacts of Emerging Technologies on Multinational Enterprises: Legal Challenges and Opportunities' (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1458-1501
- Kayıhan Ş, *Bankacılık Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2023)
- Kolk A ve Pinkse J, 'Multinationals' Political Activities on Climate Change' (2007) 46(2) *Business & Society* 201-228
- Kort M, 'Risikomangement nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz' (2010) *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)* 440-471
- Köksal AG, "6102 sayılı TTK kapsamında Risklerin Tespiti ve Yönetilmesine İlişkin Bağımsız Denetçinin Sorumluluğu" (2013) 14 (2) Cumhuriyet Üniversitesi İİBF Dergisi 307-325
- Knight FH, *Risk, Uncertainty, and Profit* (Houghton Mifflin Company 1921)
- Kuo, Susan S. ve Means, Benjamin, 'Corporate Social Responsibility after Disaster' (2012) 89 (5) *Washington University Law Review* 973-1016
- Lambooy TE, Argyrou A ve Tideman S, 'Enabling Company Boards to Create Sustainable Companies: The Connection Between Sustainability, Company Leadership and Law' (2018) 13 (2) *International and Comparative Law Journal* 21-56
- Lechner P ve Gatzert N, 'Determinants and Value of Enterprise Risk Management: Empirical Evidence from Germany' (2018) 24 (10) *European Journal of Finance* 867-887

- Light, S, 'The Law of the Corporation as Environmental Law' (2019) 71 (1) Stanford Law Review 137-213
- Linnenluecke MK ve Griffiths A, 'Beyond Adaptation: Resilience for Business in Light of Climate Change and Weather Extremes' (2010) 49 (3) Business & Society 477-511
- Manavgat Ç, *Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2016)
- Marangoz M ve İzci Ç, 'Doğal Afetlerin Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Etkilerinin 6 Şubat 2023 Kahramanmaraş Merkezli Depremler Bağlamında Girişimciler Açısından Değerlendirilmesi' (2023) 24 (52) Journal of Social Sciences and Humanities Researches 1-30
- Memiş T ve Turan G, *Sermaye Piyasası Hukuku* (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Mendelsohn R, 'Efficient Adaptation to Climate Change' (2000) 45 Climatic Change 583-600
- Miller G, *The Law Of Governance, Risk Management, And Compliance* (2. Bası, Wolters Kluwer 2017)
- Morrison & Foerster LLP, 'SEC Adopts Climate Change Disclosure Rules' (Morrison & Foerster, 2022) <<https://www.mofo.com/resources/insights/240314-sec-adopts-climate-change-disclosure-rules>> Erişim Tarihi 16 Kasım 2024
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu - Değerlendirme ve Öneriler* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2016)
- Öğünç H, BİST 100 Endeksindeki Şirketlerin Sürdürülebilirlik Raporlarının Sektörler Açısından İncelenmesi (2021) 24 (2) Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi 340-351
- Okereke C ve Russel D, 'Regulatory Pressure and Competitive Dynamics: Carbon Management Strategies of UK Energy-Intensive Companies' (2010) 52 (4) California Management Review 100-125
- Önder Ş ve Ağca A, 'İşletmelerin Risk Gruplarına Göre Çevresel Sürdürülebilirlik Uygulamaları: BİST 100 Endeksinde Bir Uygulama' (2018) 7 (1) İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi 77-89
- Özbilgin İG, 'Risk ve Risk Çeşitleri' (2012) 6 (3) Aylık Bilişim Kültürü Dergisi 86-93
- Parsons M, 'A Guide to Managing Cybersecurity Risk for the Future' C-Risk <<https://www.c-risk.com/blog/cybersecurity>> Erişim tarihi 2 Eylül 2024
- Paslı A, "Compliance" Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi' (2013) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 317-334
- Pulaşlı H, 'Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu' (2019) 35 (2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27-59

- , 'Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi' (2020) 36 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 5-37
- , *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (6. Bası, Adalet Yayınevi 2020)
- Rogelj J ve diğerleri, 'Paris Agreement Climate Proposals Need a Boost to Keep Warming Well Below 2°C' (2016) 534 *Nature* 631-639
- Sakhel A, 'Corporate Climate Risk Management: Are European Companies Prepared?' (2017) 165 *Journal of Cleaner Production* 103-118
- Sermaye Piyasası Kurulu, 'Mevzuat' <<https://mevzuat.spk.gov.tr>> Erişim tarihi 5 Eylül 2024
- Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2014 tarihli Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1), RG 03.01.2014/ 28871
- Soydemir S, 'Küreselleşme Ekseninde Sosyal Risklerin Kurumsallaşması' (2014) 6 (2) *Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi* 44-63
- Statista, 'Global Economic Losses due to Natural Disasters from 2000 to 2023' (Statista, 2023) <<https://www.statista.com/statistics/510894/natural-disasters-globally-and-economic-losses/>> Erişim tarihi 21 Ağustos 2024
- Stier C, *Risikomanagement und wertorientierte Unternehmensführung* (Springer 2017)
- Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği, RG 31.12.2004/ 25687
- Subramaniam N, Wahyuni D, Cooper B J, Leung P ve Wines G, 'Integration of Carbon Risks and Opportunities in Enterprise Risk Management Systems: Evidence from Australian Firms' (2015) 96 *Journal of Cleaner Production* 407-417
- Şahin A, "Riskin Erken Teşhis Komitesi (TTK m. 378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi)" (2016) 7 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-314
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2022)
- Töre İ, 'Kurumsal Yönetim Açısından Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi Komitesi, Eksiklikleri ve Çözüm Önerileri' (2021) 8 (1) *Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi* 145-164
- , 'Corporate Governance for Sustainability: The Necessary Reform of Turkish Commercial Law' (2022) 19 (2) *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 991, 1022
- , "Corporations and Human Rights: Addressing Human Rights Impacts in Integrated Report" Ömer Korkut ve diğerleri (ed), *Prof. Dr. Hasan Pulaşlı'ya Armağan* (Adalet Yayınevi 2023)
- Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük* (n.d.) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 11 Eylül 2024
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, RG 09.11.1982/ 17863

- Türkiye Cumhuriyeti, Cumhurbaşkanlığı, Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler Yönetmeliği, Kabul Tarihi: 24.05.2023, RG: 24.05.2023/ 32201
- Yargıtay 4 CD, 10694/19124, 30.05.2023
- Yargıtay 4 CD, 34050/4713, 24.10.2014
- Yargıtay 4 CD, 35223/34646, 1.12.2014
- Yaşar TN, 'Anonim Şirketlerde Riskin Erken Saptanması ve Yönetimi' (2016) 2 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 69-91
- , *Anonim Şirketler Hukukunda Uyum (Compliance)* (On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Yeh YH, Chung H, Liu CL, 'Committee Independence and Financial Institution Performance during the 2007-08 Credit Crunch: Evidence from a Multi-country Study' (2011) 19 (5) Corporate Governance: An International Review 437-458
- Yücel Dericiler Ö, *Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka: Şirketler ve İnsan Hakları* (On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Ticaret Bakanlığı, 'Yeşil Mutabakat Eylem Planı' (n.d.) <<https://ticaret.gov.tr/disiliskiler/yesil-mutabakat>> Erişim Tarihi 5 Ekim 2024
- UNFCCC, Paris Anlaşması (2015) <https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf> Erişim Tarihi 17 Kasım 2024
- Wittneben B, Okereke C, Banerjee SB, Levy DL, 'Climate Change and the Emergence of New Organizational Landscapes' (2012) 33 (1) Organization Studies 1431-1450
- 2872 sayılı Çevre Kanunu, Kabul Tarihi: 09.08.1983, RG 11.08.1983/18132

Toplu Yapı Yönetim Planının Değiştirilmesi^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR^(**)

Öz

Kat Mülkiyeti Kanununa tabi ana veya toplu yapıların yönetiminde en önemli belge yönetim planıdır. Kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken tapu müdürlüğüne ibraz edilen bu plan, kat maliklerinin oybirliği ile hazırlanır ve külli/cüzi halefler için de bağlayıcıdır. Zaman içinde değişen ihtiyaçlar doğrultusunda yönetim planında değişiklik yapılmak istenebilir. Yönetim planında yapılacak değişiklikler, Kanunda klasik kat mülkiyeti ve toplu yapılar bakımından ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Özellikle birden fazla parsel üzerine kurulmuş toplu yapılarda yönetim planı değişikliğinin nasıl yapılacağına dair literatürde yeterli kaynak bulunmamaktadır. Çalışmanın amacı, genel hatlarıyla toplu yapılara ilişkin bu soruna dikkat çekmek ve toplu yapı yönetim planlarına ilişkin değişikliklerde yetkili organın belirlenmesi ile oyların hesaplanmasında dikkat edilmesi gereken birtakım konuların tartışılmasını sağlamaktır.

Anahtar Kelimeler

Kat Mülkiyeti Kanunu, Toplu Yapılar, Yönetim Planı, Konut.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.09.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 11.11.2024.

Atıf Şekli: Mehmet Doğar, 'Toplu Yapı Yönetim Planının Değiştirilmesi' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1715, 1752.

DOI: 10.52273/sduhfd..1558763.

^(**) Harran Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Ana-bilim Dalı, Şanlıurfa, Türkiye.

E-posta: mdogar@harran.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0730-7366>.

Change of Management Plan in Mass Buildings

Abstract

The most important document in the management of buildings subject to the Condominium Law is the management plan. This document is submitted to the land registry office when establishing condominium ownership or condominium easement. The management plan is prepared by the unanimous vote of the condominium owners and is binding for everyone. The management plan may be amended in line with the changing needs over time. This issue is regulated under separate articles in the Condominium Law in terms of classical condominium and collective buildings. There are not enough sources in the literature on how to amend the management plan, especially in collective buildings built on more than one parcel. The aim of the study is to draw attention to the problems related to collective buildings in general terms and to discuss some of the issues that should be considered in determining the authorized boards and calculating the votes in the amendments to the collective building management plans.

Keywords

Condominium Law, Mass Buildings, Management Plan, Residence.

Extended Summary

The Condominium Law regulates classical condominium ownership and collective structures. Collective buildings are of two types: single and neighboring parcels. In practice, problems are mostly experienced in neighboring parcel collective buildings. Because the basic principles of property law and the legal rules of neighboring parcel collective buildings are different. In collective buildings spread over more than one parcel, common places are distributed among different parcels. Pursuant to the principle of certainty in property law, the right of ownership is limited to the parcel. In order to ensure that the use of common areas in different parcels is in compliance with the principles of property law, management plans were used before the amendment of the Condominium Law in 2007. A common management and use of common places was regulated by referring identical provisions to the management plan of each parcel. Since this document is binding for everyone, it has been a rational solution in practice.

The Condominium Law was amended in 2007 to regulate collective buildings. However, these amendments have made the already complex collective buildings even more complicated. One of the regulations introduced is the preparation of a single management plan for all parcels. This provision is not understood to mean that identical provisions are included in the management plans, as was the case before the amendment, and it is accepted that only one management plan should be prepared for collective buildings spread over more than one parcel. Judicial and land registry practice has also developed in this direction. As a result, places that do not have a single management plan for more than one parcel are not accepted as collective buildings. In order to prepare a single management plan for such places, adaptation of management plans is required. To live well in collective buildings, they should be managed well. The basic regulation regarding management is the management plan. In practice, this document is even referred to as the constitution of collective buildings.

The management plan document submitted to the land registry office during the establishment of condominium ownership is binding for those living in collective buildings. There may be a need to amend the management plan over time. For example, new common areas may be established, the method of collecting general expenses may be changed. In such cases, the management plan may be amended. However, it is not easy to do so. Because this cannot be done without the majority required by the law. In classical condominium ownership, it is regulated that the management plan can be amended with the affirmative vote of four-fifths of the condominium owners. In collective buildings, on the other hand, only the amendment made by the collective building board of representatives is regulated and the amendment made by the condominium owners is not regulated. In this regard, it is accepted that the provision on classical condominium ownership should be applied by analogy and the affirmative vote of four-fifths of the condominium owners should be sought.

In the amendment of the management plan, there is a hesitation as to whether the number of condominium owners or the number of independent sections will be taken into consideration when calculating the majority of the decision. In the circular of the

Land Registry Office, it is regulated that the number of independent sections will be taken into consideration and voting restriction will be applied. According to the Law, each residence owner has one vote regardless of the land share ratio. Those who have more than one independent section are entitled to one vote for each independent section. However, it is regulated that no more than one third of all votes cannot be cast regardless of the number of independent sections owned. The reason for this is to prevent the condominium owners with a high number of independent sections from exerting pressure on the minority owners. Taking the number of independent sections as a basis and applying the voting restriction may result in failure to take a decision. For this reason, either the number of condominium owners should be taken as a basis or if the number of independent sections is to be taken into consideration, it should be accepted that the voting restriction will not be applied.

One of the controversial points is whether it is necessary for the condominium owners to convene in the form of a board in order to decide on the amendments to the management plan. At this point, the distinction between the association of condominium owners and the board of condominium owners should be noted. All condominium owners constitute the association of condominium owners. The board, on the other hand, convenes upon the fulfillment of certain procedures regulated in the Law. While some authors state that the amendment of the management plan must be discussed in the board, some other authors argue that if all the condominium owners come together, a decision on the amendment of the management plan can be taken without fulfilling the procedures for the meeting of the board of condominium owners. The legal regulations on the calculation of votes are also quite complex. For example, a condominium owner may appoint a proxy to vote on his/her behalf since he/she cannot attend the board for any reason. However, it is regulated that the appointed proxy cannot cast more than five percent of all votes. In this case, a condominium owner with many independent sections may need to appoint more than one proxy. For example, if there are one hundred independent sections, a proxy can only cast five votes. If the condominium owner who appoints this proxy has twenty independent sections, it will be necessary to appoint four different proxies to cast these twenty votes.

Another restriction in the provision is that in buildings subject to condominium ownership with forty or fewer units, one person may act as proxy for at most two persons. Accordingly, in a building with forty independent units, a proxy appointed by a condominium owner with ten independent units may be appointed as proxy for at most one more condominium owner other than this condominium owner. According to the five percent limitation, the number of votes that this proxy can cast for the condominium owner with ten independent units is two, and one if he/she will cast votes for another condominium owner. The owner with ten independent units will need to appoint five more proxies for the remaining nine votes. As can be seen, the Law's regulation on the calculation of votes is extremely complex. It is almost impossible to make a calculation in accordance with the law in a board where thousands of condominium owners participate.

An issue that is not regulated in the Law is related to the independent sections subject to co-ownership. According to the five percent limitation, the number of votes that this proxy can cast for the condominium owner with ten independent units is two, and one if he/she will cast a vote for another condominium owner. The owner with ten independent units will need to appoint five more proxies for the remaining nine votes. As can be seen, the Law's regulation on the calculation of votes is extremely complex. It is almost impossible to make a calculation in accordance with the law in a board attended by thousands of condominium owners. Another point that is not regulated in the law is related to independent sections subject to co-ownership. If an independent section is subject to joint ownership or shared ownership, each co-owner does not have the right to vote. There is only one voting right for an independent section. In other words, the right to vote belongs to the unanimous or shared ownership association.

Members of the Union vote by authorizing one of their members to represent them. However, if these owners cannot agree on how to vote among themselves, there is no regulation in the Law on how to determine the vote. Since such possibilities are very common in practice, this issue should be foreseen, and a basic criterion should be set when preparing the management plans. For example, it may be regulated that these persons will not be able to vote if an agreement cannot be reached. As can be seen, the provisions of the Law on how to amend the management plan and how to calculate the votes in collective buildings consisting of thousands of independent sections are quite complex. It does not seem possible to implement these provisions as they should be. Therefore, a new Condominium Law on collective buildings should be prepared and all these controversial points should be regulated.

Giriş

Şehirlerde insan sayısının artması ile birlikte konut ihtiyacı da artmış ancak arsa üretimi aynı hızda devam etmemiştir. Konut ihtiyacının karşılanması adına yatay yapılaşma yerine dikey yapılar inşa edilse de konut talebi halen karşılanamamaktadır. Uygulamada apartman veya site gibi terimler kullanılan bu tür çok katlı yapılara ilişkin temel düzenleme Kat Mülkiyeti Kanunudur (KMK¹). Kanunda, apartmanlar anayapı; siteler toplu yapı olarak ifade edilmektedir (KMK m. 2, m. 66). Dikey yapılaşma sonucunda birçok kişinin bir arada yaşadığı bu yapılarda anlaşmazlıkların çıkması her zaman olasıdır. Kat Mülkiyeti Kanununun düzenlenme amaçlarından biri de ortaya çıkabilecek sorunları önlemek ve olabildiğince kat malikleri arasında çözüm sağlamaktır². Ancak Kanunun her anlaşmazlığa çözüm sunması mümkün olmadığı gibi kanun yapma tekniği açısından her soruna çare üretmesi de beklenilmez. Zira her ana veya toplu yapı diğerinden farklıdır ve kendine özgü kurallara göre yönetilmesi gerekir.

Bir yapının ne şekilde yönetileceğine dair kuralların yer aldığı belge yönetim planıdır. Toplu yapıların yaygınlaşmasından önceki dönemlerde, yönetim planının önemi yeterli düzeyde fark edilmemiş ve kat mülkiyeti kurulurken formalitenin yerine getirilmesi için tapu müdürlüğüne ibraz edilmesi gereken bir belge olarak algılanmıştır³. Hatta bu dönem, birbirinden farklı özelliklere sahip yapılar için aynı yönetim planları tapu müdürlüklerine ibraz edilmiştir. Bunun en klasik örneği asansör ve havuzlar için söz konusudur. Zira asansörü ve/veya havuzu olmayan yapıların yönetim planlarında bunlara ilişkin hükümlere yere verildiğine ya da tam tersi, asansör ve/veya havuzu bulunan yapıların yönetim planında bu yönde herhangi bir düzenleme yapılmadığına rastlanmaktadır.

Kat maliklerinin bilinçlenmesi ve zaman içerisinde yaşanan bir kısım sorunlar, yönetim planının ne kadar önemli olduğunun anlaşılmasına vesile olmuştur. Bunun sonucunda uzman görüşleri alınarak yönetim planları hazırlanmaya başlanılsa da günümüzde hala ana ve veya toplu yapının kendi özelliklerine göre hazırlanmamış eski yönetim planları mevcuttur ve bu yerlerde kat malikleri arasında çıkan uyuşmazlıklarda ciddi problemler yaşanmaktadır. Kat malikleri

¹ Kanun Numarası: 634, Kabul Tarihi: 23.06.1965, RG 02.07.1965/12038. Çalışmada “Kanun” şeklinde anılacaktır.

² Ali Arcak, *Açıklamalı- İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (Seçkin 1988) 782.

³ Abdülkadir Arpacı, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Bedir 1984) 54 dn. 22.

arasında sorun yaratan hususlarda herhangi bir çözüm getirmeyen ve değişen koşullara ve ihtiyaçlara cevap veremeyen bir yönetim planının değiştirilmesi gerekir.

Toplu yapılar, 5711 sayılı Kanun⁴ ile yasal düzenlemeye kavuşmuştur. İlgili düzenlemenin kabul edildiği 2007 yılı öncesinde toplu yapı niteliğinde olan fakat yönetim planlarında buna ilişkin hüküm bulunmayan yerlerde bir defaya mahsus olmak üzere kolaylaştırılmış çoğunlukla yönetim planı değiştirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Uyarlama adı altında düzenlenen bu yönetim planı değişikliğinin konusu, toplu yapıya ilişkin hükümlere yer vermektir. Bununla birlikte, uyarlamaya ihtiyacı olmayan veya 2007 yılı sonrası inşa edilen toplu yapılar bakımından da değişen ihtiyaçlar doğrultusunda yönetim planında değişiklik yapılmak istenebilir. Bunun için Kanunun aradığı yeter sayıda kat malikinin olumlu oyu gerekmele beraber uygulamada bu sayıya ulaşmak kolay değildir.

Kat Mülkiyeti Kanunu'nda yönetim planı değişiklikleri iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, klasik kat mülkiyetine ilişkin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 28/f. III; diğeri ise toplu yapılara ilişkin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 70 hükmüdür. Yönetim planında değişiklik yapma yetkisi kat maliklerine ait olmasına rağmen toplu yapılarda bu husus düzenleme dışı bırakılmış ve sadece toplu yapı temsilciler kurulu tarafından yapılan değişiklik düzenlenmiştir. Bununla birlikte, birden fazla parsel üzerine kurulmuş toplu yapılarda bu değişikliğin her bir parsel için ayrı ayrı mı yoksa tüm parselleri kapsar biçimde mi yapılacağı tartışmalıdır. Yargıtayın bu tür yerlerde toplu yapı şerhi belirtmesi olup olmasına göre uygulanacak hükümlerin değişeceğine dair verdiği kararlar uygulamada önemli mağduriyetler yaratmaktadır⁵.

Çalışmada öncelikle, yönetim planı kavramı izah edilecek ve Yargıtay uygulamasına ilişkin genel bilgiler verilecektir. Klasik kat mülkiyeti ve toplu yapılar bakımından yönetim planının değiştirilmesi konusunda yüksek mahkeme kararlarına da yer verilerek açıklama yapılacak ve yönetim planının, kat malikleri ve toplu yapı temsilciler kurulu tarafından değiştirilmesi ayrı ayrı ele alınacaktır. Yönetim planının kat malikleri tarafından değiştirilmesi ihtimalinde, uygulamada sorun yaşanan,

⁴ Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5711, Kabul Tarihi: 14.11.2007, RG 28.11.2007/26714.

⁵ Yargıtay 3 HD, 3516/11209, 20.11.2023; Yargıtay 20 HD, 11050/11370, 28.11.2016; Yargıtay 5 HD, 11716/217, 10.01.2024; Yargıtay 20 HD, 9817/10031, 3.11.2016 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 07 Kasım 2024.

oyların hesaplanması ve oyların hesaplanmasında özellik arz eden durumlara bil-hassa değinilecektir. Toplu yapı temsilciler kurulu tarafından yönetim planının değiştirilmesi ihtimaline ilişkin olarak genel açıklamalar yapılarak, yönetim planı değişikliği sürecinde yaşanan karar sayısının hesaplanması tartışmalarına yönelik çözüm önerileri sunulacaktır. Mevzuatta açık düzenleme bulunmayan komşu parsel toplu yapılarda yönetim planı değişikliği hakkında, öğretilerdeki görüşler de nazara alınarak, bir kısım sorunlara dair düşünceler paylaşılacaktır.

I. Genel Olarak Kat Mülkiyetine Konu Yapılaşma ve Türleri

Kat mülkiyeti sisteminin ortaya çıkış nedenlerinden biri konut talebine olan artıştır. Sanayileşme sonrası ortaya çıkan yoğun göç nedeniyle kalabalıklaşan büyük şehirlerde artan konut ihtiyacının müstakil konutlarla giderilmesinin mümkün olmadığı anlaşıldığından barınma ihtiyacının karşılanması adına dikey yapılaşma şeklinde anayapılar (apartmanlar) inşa edilmeye başlanmıştır. Nitekim, konut talebini karşılayacak yeterli arsa ve altyapı bulunmadığı gibi çoğu kişinin konut maliyetlerini karşılayacak imkânı da bulunmamaktaydı. Her katın farklı kişi ya da aileler tarafından kullanıldığı bu yapıların mülkiyeti ve edinimi konusunda Kat Mülkiyeti Kanununun kabul edildiği 1965 yılı öncesine kadar yasal bir düzenleme mevcut değildi⁶.

Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmeden önce inşa edilen katlara mülkiyet hakkı tanınması için farklı sistemler denenmiştir. Bu sistemlerden biri paylı mülkiyet-irtifak sistemidir. Bu sistemde paylı mülkiyete konu arsa üzerine inşa edilen yapının katlarında irtifak hakkı tesis edilmektedir. Katlarda mülkiyet değil, irtifak hakkı tanıyan bu uygulamanın sakıncaları zamanla anlaşılmıştır. Zira paylı mülkiyet esas alınarak kurulan bu sistemde paydaşlar her zaman ortaklığın giderilmesini talep edebilmekte ve herhangi bir paydaş payını devrettiğinde diğerinin önahlım hakkı doğmaktadır. Ortaklığın giderilmesi en fazla on yıl için ertelenebildiğinden, bir paydaş payını devretse bile sınırlı bir aynı hak olan irtifak hakkını dev-

⁶ Eşya hukukunun temel ilkelerinden “üst arza tabidir” kuralı gereğince arsaya malik olan üstündeki yapıya da malik olur. Eşya hukukunun diğer temel prensiplerinden belirlilik ilkesine göre, topraktaki mülkiyet hakkının sınırları, kadastro sonucu belirli hale gelmektedir. Buna karşılık, toprak üstündeki yapı katlarının mülkiyet sınırları belirli olmayıp, arsa maliklerinin mülkiyet hakkı tüm yapıya yaygındır. Bkz. Safa Reisoğlu “Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler” (1963) 18 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 265 vd.; Etem Saba Özmen ve Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Kat İrtifakı* (3. Baskı On İki Levha 2017) 8 vd.; Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi* (On İki Levha 2011) 37.

retmeyebilir⁷. Tüm bu sakıncaların sebep olduğu mağduriyetler, halkın paylı mülkiyete güven duymamasına neden olmuş ve uygulamada yaşanan sorunların devam etmesi üzerine Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmiştir⁸. Kanunun 1'inci maddesine göre tamamlanmış bir yapının kat, daire, iş bürosu, depo gibi bölümlerinden ayrı ayrı ve başlı başına kullanılmaya elverişli olanları üzerinde bağımsız mülkiyet hakları kurulabilir (KMK m. 1). Kanun hazırlanırken herhangi bir önyargıya mahal vermemek adına paylı mülkiyet yerine ortak mülkiyet; paylı mülkiyet payı yerine arsa payı kavramlarının kullanılması tercih edilmiştir⁹. Kanun gerekçesi incelendiğinde, kat maliklerinin müstakil tapu almasının onları psikolojik açıdan tatmin edeceği ve onlara güven vereceği ifade edilmektedir¹⁰.

Kat Mülkiyeti Kanunu tek parselde tek yapı kurulması esasına göre hazırlanmıştır. Bir parselde birden fazla yapı inşa edilmesine ilişkin düzenleme getirilmemekle birlikte bu tür yapılaşmalar bakımından kat mülkiyeti kurulabileceği, Kanun kabul edildikten fakat yürürlüğe girmeden önce, Tapu ve Kadastro Müdürlüğü'nün 08.12.1965 tarihli ve 1392 sayılı Genelgesi ile kabul edilmiştir¹¹. Genelge m. 1/d'ye göre, anayapının mutlaka tek bir bina olması şartı aranmamış, bir parsel içinde birden fazla yapı üzerinde de kat mülkiyetinin tesis edilmesine imkân tanınmıştır. Ancak Kat Mülkiyeti Kanunu'nda düzenlemeyen sorunlar, uygulama ve Yargıtay içtihatları ile çözümlenmiştir¹². Aynı parseldeki birden fazla yapının kat mülkiyetine konu olabileceğine ilişkin yasal düzenleme 2814 sayılı Kanunla¹³ Kat Mülkiyeti Kanunu eklenen "*Birden Çok Yapılarda Uy-*

⁷ Paylı mülkiyet irtifak sisteminin sakıncaları hakkında bkz. Reisoğlu (n 6) 267-268.

⁸ Sözü edilen bölümler üzerinde kat maliklerine bağımsız mülkiyet hakkı tanıyan bu sistemde; dış duvarlar, çatı, zemin, bahçe, giriş kapısı gibi ortak yerler üzerinde tanınan hak ise paylı mülkiyettir. Kanunda ortak mülkiyet şeklinde ifade edilen kavram esasen paylı mülkiyet; arsa payı ile kastedilen ise paylı mülkiyet paylarıdır. Kat Mülkiyeti Kanunu kabul edilmeden önceki sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu, (n 6) 8 vd.; Reisoğlu (n 6) 265 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 6) 63; Şengül, (n 6) 37; İsmet Sungurbey, *Medeni Hukuk Eleştirileri* (Sermet 1970) 116.

¹⁰ <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d01/c036/mm__01036062ss0524.pdf> Erişim Tarihi 25 Mayıs 2024.

¹¹ Kat Mülkiyeti Kanunu 23.06.1965 tarihinde kabul edilmiş, 02.01.1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir (KMK m.75). Genelge için bkz. <<https://mevzuat.tkgm.gov.tr/tkgmms.aspx>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2024.

¹² Örnek karar için bkz. Yargıtay 5 HD, 37445/4153, 26.04.1982 [Arcak (n 2) 1322].

¹³ 23 Haziran 1965 Tarihli ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun Bazı Maddelerini Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 2814, Kabul Tarihi: 13.04.1983, RG 14.04.1983/18018.

gulanacak Özel Hükümler” başlıklı Ek m. 3 ile yapılmıştır. Bu tür yapılaşmayı bazı yazarlar yatay kat mülkiyeti şeklinde tanımlanırken, tek parsel tek anayayı esasına göre kurulan kat mülkiyeti için dikey kat mülkiyeti kavramı kullanılmıştır¹⁴.

Zaman içerisinde konutlar, bireylerin sadece barınma için değil, eğitim, spor, alışveriş, dinlenme vb. ihtiyaçların karşılanmasına yönelik inşa edilmeye başlamıştır. Bunun neticesinde yeşil alanlara sahip, havuz, spor, ticari alan, eğitim vb. tesislerin bulunduğu toplu yapılar ortaya çıkmıştır. Bu tür yapılar genellikle tek parselde inşa edilemediğinden birden fazla parselde yayılmakta ve sosyal tesis, bahçe gibi alanlar tüm parsellerdeki kat maliklerinin ortak kullanımına yönelik projelendirilmektedir. Ancak önceki paragrafta bahsedilen belirlilik ilkesi gereği, bir parselin kat malikleri sadece kendi mülkiyet sınırları içinde kalan alanların kullanım hakkına sahiptir. Bu nedenle, kat maliklerinin başka bir parselde yer alan havuz, sosyal tesis vb. yerlerde mülkiyet hakları olmadığından, buraların yasal kullanımı için gerekli tedbirler alınmadığı takdirde problemler ortaya çıkar. Zira Kat Mülkiyeti Kanunu yalnızca bir parsel üzerindeki yapılaşmayı düzenlemekte ve birden fazla parsel üzerine inşa edilen yapılara ilişkin hüküm getirilmediği için yasal düzenlemesi olmayan bu tip sorunlara yine uygulamada çözüm bulunmuştur. Buna göre, parsellerin birlikte yönetileceği ve bir parseldeki havuz, spor salonu gibi ortak alanlardan diğer parsel kat maliklerinin yararlanacağı; buna karşılık masrafların tüm parsel kat maliklerinin katılacağı yönünde yönetim planlarına hükümler konulmuş ve böylece kanunun düzenlemediği hususta uygulama çözüm getirmiştir¹⁵.

Toplu yapılara ilişkin ilk yasal düzenleme 2007 yılında 5711 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Ancak yapılan düzenlemenin yetersiz kalması üzerine 2009 yılında 5912 sayılı Kanunla ikinci bir düzenleme daha yapılmıştır¹⁶. Bu değişikliklerle, bir ya da birden fazla parselde yayılmış ve birbiriyle bağlantısı olan yapılara “*toplu yapı*” adı verilmiştir¹⁷. Aynı düzenlemede yatay kat mülkiyeti tanımı da toplu

¹⁴ Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 6) 245; Şengül (n 6) 10. Yatay kat mülkiyeti yerine yaygın kat mülkiyeti kavramı da kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Hikmet Gökner, *Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu* (3. Baskı 1996) 39.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Saba Özmen ve Hafize Kır, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)* (Barış 2010) 123-124.

¹⁶ Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, Kanun Numarası: 5912, Kabul Tarihi: 23.06.2009, RG 07.07.2009/27281.

¹⁷ Halk arasında “site” ve “rezidans” gibi terimler yaygın olarak kullanılmasına rağmen bu terimler Kanunda (KMK) yer almamaktadır.

yapı kavramına dahil edildiğinden yatay ve dikey kat mülkiyeti ayrımı anlamını yitirmiştir. Yapılmış olan değişiklikle birlikte bu terimler yerine, “klasik kat mülkiyeti” ve “toplu yapı” kavramları kullanılmaya başlanmıştır¹⁸.

II. Genel Hatlarıyla Yönetim Planı

Gerek klasik kat mülkiyetinde gerek toplu yapılarda en önemli konu bu yapıların yönetimidir. Çok sayıda kişinin bir arada yaşadığı yerlerde kat malikleri arasında sorunlar yaşanması kaçınılmazdır. Örneğin, uygulamada aidat olarak bilinen, genel gider veya avansın ödenmemesi, yönetimin toplanan avanslarda fahiş artış yapması, havuzun temizlenmemesi, asansör bakımının yapılmaması, evcil hayvanlar dolayısıyla duyulan rahatsızlık, ortak alanlarda temizliğin yetersiz olması, ortak alanlarda tamirat ve tadilat ihtiyacı, yetersiz park alanından kimin yararlanacağı gibi örneklerin tümü yönetimle ilgili sorunlardır. Kat Mülkiyeti Kanunu bu tür sorunlara ilişkin olarak sadece yönetime dair genel kurallar getirmektedir¹⁹. Bunlarla birlikte, her ana veya toplu yapının kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan birtakım konular için farklı düzenlemeler yapılması gerekebilir. Merkezi ısıtma sisteminin kullanımına dair sorunlar, açık-kapalı otopark kullanımı, ticari alanların genel giderlere katılımı, güvenlik vb. hususlar için özel kurallar getirilmesi gerekebilir ki bu kuralların yer aldığı belge yine yönetim planıdır. Özetle, yönetim planı bir yapı için o kadar önemlidir ki ana veya toplu yapının anayasası olarak nitelendirilmektedir²⁰.

¹⁸ Kat Mülkiyeti Kanunu m. 66: “*Toplu yapı, bir veya birden çok imar parseli üzerinde, belli bir onaylı yerleşim plânına göre yapılmış veya yapılacak, alt yapı tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetler ile bunların yönetimi bakımından birbirleriyle bağlantılı birden çok yapıyı ifade eder*”. Bir parsel üzerine kurulanlar tek parsel toplu yapı, birden fazla parsel üzerine kurulanlar ise komşu parsel toplu yapı olarak tanımlanmaktadır. Parseller üzerindeki yapılar blok veya villa gibi münferit bağımsız bölümler şeklinde olabilir. Her iki tip yapılaşma aynı parselde birlikte de bulunabilir. Hatta bazı toplu yapılarda alışveriş merkezi, otel, okul gibi yapılarda da olabilir. Bunlar genellikle tek bir bağımsız bölüm niteliğindedir. Bkz. Özmen ve Kır (n 15) 130; Şengül (n 6) 46 vd.

¹⁹ Bu kurallara örnek vermek gerekirse, kat maliklerinin birbirlerini rahatsız etmemeleri, yönetim planı hükümlerine uymaları, ortak alanları kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmaları (KMK m. 18/f. I); anagayrimenkulün bakımı, mimari durumu ile güzelliğini ve sağlamlığını korumaları (KMK m. 19/f. I); genel giderlere katılma (KMK m. 20) gibi konular Kanunda düzenlenmiştir.

²⁰ Haluk Saruhan, *5711 Sayılı Yasa ve Sonrasında Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler* (Adalet 2018) 57; Pınar Alkım Bekar, *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Toplu Yapılar* (Yetkin 2022) 88 vd.; Batuhan Özkan, *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi* (Seçkin 2022) 63.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 28’de yönetim planı düzenlenmiştir. Buna göre, ortak alanların kullanımı, yönetimi, yönetim organlarına ilişkin hususlar, kat malikleri kurulu toplantı zamanları, karar alma usulleri vb. konular yönetim planında yer almalıdır. Bu belge, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulurken tapu müdürlüğüne ibraz edilir ve tapu kütüğünün beyanlar sütununda yönetim planı ve tarihi yazılır (KMK m. 12, m. 14). Yönetim planının kendisi ise kat mülkiyetinin kuruluş belgeleri arasında saklanır (KMK m. 28/f. V). Dolayısıyla hiç kimse yönetim planının varlığından haberdar olmadığını ileri süremez. Yönetim planında daha sonra yapılan değişikliklerin tarihi de beyanlar sütununda gösterilir ve beyanlar sütunundaki yazı açıklayıcıdır (KMK m. 28/V²¹).

Yönetim planı ve yönetim planında yapılan değişiklikler tüm kat malikleri, onların külli ve cüzi halefleri için bağlayıcıdır ve bu bağlayıcılık öğretide kanundan doğan eşyaya bağlı borç şeklinde nitelendirilmektedir (KMK m. 28/IV²²). Bağımsız bölüm satın alınmadan önce ana veya toplu yapı yönetim planının incelenmesi bu açıdan oldukça önemlidir. Zira müstakbel kat malikleri, yönetim planındaki hükümlerden haberdar olmadıklarını veya yönetim planında imzalarının bulunmadığından bahisle planın kendileri için bağlayıcı olmadığı yönünde itirazda bulunamazlar.

Kat Mülkiyeti Kanunu m. 70, “*Toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerler için tamamını kapsayan bir tek yönetim plânı düzenlenir*” şeklindedir. Buna göre, komşu parsel toplu yapılarda bütün parselleri kapsayan tek bir yönetim planı hazırlanmalıdır ancak bu düzenleme eşya hukukunun temel prensiplerinden “belirlilik” ilkesine aykırıdır. Zira kat mülkiyeti parsel bazında kurulmakta ve yönetim planının da içinde bulunduğu kuruluş belgeleri de parsel bazında hazır-

²¹ Seda Öktem Çevik, *Toplu Yapılarda Yönetim* (On İki Levha 2010) 77 dn. 126; Arzu Genç Arıdemir, *Kat Mülkiyeti I* (On İki Levha 2021) 491; Şeref Ertaş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Bilge 2015) 454; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku* (22. Baskı, Filiz 2020) 768. Günümüzde çoğu alanda yaşanan dijitalleşme tapu kayıtlarına da yansımaktadır. Tapu ve Kadastro Müdürlüğü’nün 1766 sayılı Genelgesine göre beyanlar sütununa yapılan kayıtlar sadece elektronik ortamda tutulmaktadır. Dolayısıyla yönetim planının yevmiye numarası ve tarihine ulaşmak için sadece tapu kütüğünün kontrol edilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda tapu kaydının elektronik ortamdaki verilerinin de kontrol edilmesi gerekir. 1766 sayılı Genelge için bkz. <<https://www.tkgm.gov.tr/en/node/2175>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2024.

²² Arpacı, *Yönetim* (n 3) 74; Gönül Çeliker, “Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı” (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 2012) 45; Öktem Çevik (n 21) 78; Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 6) 147; Şengül (n 6) 275; Ertaş (n 21) 454; Bekar (n 20) 89-90; Özkan (n 20) 68 vd.; Nurgül Kutlu Doğar, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı* (Aristo 2022) 53.

lanmaktadır. Nitekim Kanunda toplu yapı kapsamındaki her imar parselinin kat irtifakı/mülkiyeti kurulurken ayrı ayrı dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır (KMK m. 66/f. II, c. 3). Bir görüşe göre, bu madde düzeltici yorumla, her bir parsel için özdeş hükümler içeren tek bir yönetim planının hazırlanması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır²³. Bu nedenle, her parsel için ayrı ayrı yönetim planları hazırlanmakla birlikte bunların toplu yapıya ilişkin hükümleri özdeştir. Ancak uygulamada durum farklıdır ve birden fazla parsel üzerine kurulu toplu yapılar için tek bir yönetim planının tapu müdürlüğüne ibrazı talep edilmektedir²⁴.

A. Yönetim Planına İlişkin Uygulama

5711 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önce Yargıtay, her parselin yönetim planında yer alan özdeş hükümlerle birlikte yönetim düzenlense dahi hazırlanan yönetim planlarının borçlar hukuku alanına giren bir sözleşme niteliğinde olduğunu; Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında yönetim planı niteliğinde sayılamayacağı ve birden fazla parsel ile ilişkin uyumsuzluklarda genel hükümlerin uygulanacağına dair kararlar vermiştir²⁵. Günümüzde, birden çok parsel üzerine inşa edilen toplu yapılara Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanması için “toplu yapı şerhi” kavramının bulunması koşulu aranmaktadır²⁶.

²³ Özmen ve Kır (n 15) 203-204; Çeliker (n 22) 108-109; Şengül (n 6) 150; Kutlu Doğar (n 22) 48, Genç Arıdemir (n 21) 478.

²⁴ Tahsin Murat Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu* (9. Baskı, Adalet 2019) 700; Öktem Çevik (n 21) 75.

²⁵ “...Kat Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre tek bir parsel üzerinde bulunan ana gayrimenkullerde tesis edilebilir. Birden çok parsel üzerinde mevcut anayapılardaki bağımsız bölümler malikleri arasında, ortak bir yönetim mümkün ise de bu sözleşme Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinde öngörülen yönetim planı niteliğinde olmadığı gibi bu sözleşmeden ve bu sözleşme ile öngörülen ortak yönetimden doğacak uyumsuzluklar Kat Mülkiyeti Kanununa göre değil genel hükümler dairesinde çözümlenir”. Yargıtay 18 HD, 4627/5170, 25.04.1995. Aynı yönde Yargıtay 18 HD, 430/804, 08.02.2001; Yargıtay 3 HD, 5953/6349, 03.06.2002 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 28 Mayıs 2024.

²⁶ Bu konuda yaşanan sorunların temel nedeni, toplu yapılarda plan ve projelerin birden fazla parseli kapsar şekilde hazırlanmasıdır. Örneğin, toplu yapı içinden geçen yollar bir parselden başlayıp diğerinde devam edebilir veya yeşil alanlar parsel sınırı olmaksızın düzenlenebilir. Her birinde birer blok bulunan ve dört parselden oluşan bir toplu yapıda, bloklar zemininde bu dört parselin sınırları aşarak kapalı otopark oluşturulabilir. Bu gibi örneklerde parsel sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği genellikle anlaşılabilir. Toplu Yapı Yönetmeliğinde (Toplu Yapılarda Kat Mülkiyeti ve Kat İrtifakı Tesisine Dair Yönetmelik, RG 16.08.2008/26969) sınırdaş veya komşu olmayan parseller arasında toplu yapı ilişkisi kurulamayacağına düzenlenmiş olması bu nedendir. (m. 5/4). Ancak katıldığımız görüşe göre, sınırdaş veya komşu olmayan parseller arasında da toplu yapı ilişkisi kurulmasına ilişkin hukuken bir engel yoktur. Bkz. Özmen ve Kır (n 15) 205. Kat mülkiyeti interdisipliner bir hukuk alanı olduğundan toplu yapılara ilişkin sorunlar hem

Tapu ve Kadastro Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Genelgesine göre toplu yapılarda kat mülkiyeti/irtifakı kurulurken: “*toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerlerin tamamı için hazırlanmış bir tek yönetim planının*” tapu müdürlüğüne verilmesi gerekir²⁷. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Yargıtay içtihatlarına göre birden fazla parsel üzerinde kurulu toplu yapılar için tek bir yönetim planı hazırlanmalıdır²⁸. Aksi takdirde bu tür yapılar toplu yapı niteliğinde kabul edilmemektedir. Yargıtayın bu konudaki yerleşik kararlarında genel olarak şu ifadeler yer almaktadır:

“davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ... 634 sayılı Kanunda 66’ncı ve devamı maddelerinde düzenlenen Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşıldığından, uyumsuzlukta 634 sayılı Kanun hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre görev hususu da genel hükümler uyarınca belirlenmelidir²⁹”.

Yargıtay kararlarında belirtilen “*toplu yapı yönetimine geçiş*” ile kastedilen parseller arasındaki bağlantının tapu sicilinden anlaşılmasıdır. Şöyle ki; yüksek mahkeme tarafından birden fazla parselin toplu yapı olup olmadığının belirlenmesinde bu parseller arasındaki bağlantının irtibatlandırılıp irtibatlandırılmadığı tapu müdürlüklerinden sorulmaktadır³⁰. Mahkemeler tarafından istenen

hukukçuları hem mimarları yakından ilgilendirir. Konunun uzmanı hukukçu ve mimarlardan görüş alınmadan yapılan kanun değişikliklerinin başarılı olması mümkün değildir. Eşya hukukunun belirlilik ilkesi ve parsel sınırı olmaksızın hazırlanan mimari plan ve projelerin ortak bir zeminde nasıl düzenlenebileceği ise ayrı bir tartışma konusudur.

²⁷ Genelge için bkz. <<https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

²⁸ YHGK E. 2013/18-362 K. 2013/1538, 06.11.2013 <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

²⁹ Yargıtay 5 HD, 2778/8805, 11.10.2023 <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 29 Mayıs 2024.

³⁰ “... Sözü edilen sitenin üzerinde kurulduğu parsel ya da parsellerde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulup kurulmadığı, birden fazla parselde kurulu ise 5711 sayılı Yasa ile değişik 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası hükümlerine göre toplu yapı yönetimine geçilip geçilmediği, geçilmiş ise tarihi, 5711 sayılı Yasa ile değişik Kat Mülkiyeti Yasası’nın 66 ve 67. maddeleri gereğince toplu yapıyı oluşturan imar parselleri ve ortak yerlerin tapuda birbirleriyle bağlantıları sağlanmak suretiyle irtibatlandırılıp irtibatlandırılmadığı sorularak buna ilişkin tapudan alınacak yazı ile toplu yapı yönetim planı örneğinin, toplu yapı kurulmamış ise ilgili ada ve parsellere ait yönetim planı örneklerinin tapu müdürlüğünden...getirilerek alınacak cevap yazılarının dosyaya konulmasından sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere iadesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine ... karar verildi”, Yargıtay 18 HD, 12608/1188, 02.02.2015. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2024. Aynı yönde, Yargıtay 20 HD, 7116/10014, 03.11.2016; Yargıtay 3 HD, 7727/3326, 23.11.2023 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 1 Haziran 2024.

bu bilgilerin verilmesi sonucunda tapu müdürlüklerince “*toplu yapı şerhi*” adı altında bir uygulama geliştirilmiştir. Tapu ve Kadastro Müdürlüğünün 2009/14 (1685) sayılı Genelgesine göre:

“Birden fazla imar parseli üzerinde kat mülkiyeti/kat irtifakı tesisi sırasında imar planı hükümlerine ve parselasyon planlarına uygun olarak hazırlanmış toplu yapı ilişkisinin varlığını gösterir vaziyet planı ve toplu yapı kapsamındaki yapı ve yerlerin tamamı için hazırlanmış bir tek yönetim planının ibraz edilmesi halinde res’en; öncesinde toplu yapı olarak kurulmuş veya ... sonradan toplu yapıya geçilerek tapu siciline tes-cil edilmiş toplu yapılarda talep edilmesi ve ...belirtilen belgelerin ibrazı halinde talep üzerine; toplu yapıya tabi parsellerin ‘... parseller ile birlikte toplu yapı kapsamındadır. ...tarih ... yev.’ şeklinde irtibatlandırılarak tapu kütüğünün beyanlar hanesine elektronik ortamda belirtme yapılması gerekmektedir³¹”.

Kat Mülkiyeti Kanununda toplu yapı şerhi adı altında bir düzenleme olmadığı halde, mahkemelerce tapu müdürlüklerinden birden fazla parsel arasında tapu siciline yansıtılan bir bağlantının olup olmadığının sorulması üzerine geliştirilen bu uygulama öğretide ciddi biçimde eleştirilmektedir³². Zira bir yerin toplu yapı olup olmadığını değerlendirmek mahkemelerin görevidir. Kanunlarda yer almayan ve bu uygulamadan haberdar olmayan birden fazla parsel üzerine kurulmuş toplu yapılarda çıkan uyuşmazlıklar sırf bu nedenle yıllarca yargıyı meşgul etmektedir³³. Yargıtay kararlarına göre birden fazla parselde yayılmış toplu yapılar, eğer toplu yapı yönetimine geçmemişse, diğer bir anlatımla tapu sicilinde toplu yapı belirtmesi yoksa, hukuken toplu yapı niteliğinde sayılmaktadır. Bunun sonucunda, o uyuşmazlığa Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri uygulanmadan, genel hükümlere göre çözüm bulma yoluna gidilmektedir. Öte yandan kat mülkiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemeleri görevli olmasına rağmen, toplu yapı şerhi olmayan yerler için asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğuna dair kararlar verilmektedir (KMK m. Ek. 1).

³¹ Genelge için bkz. <<https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2024.

³² Genç Arıdemir (n 21) 390 vd.; Kutlu Doğan (n 22) 103.

³³ 2022 yılı itibarıyla Türkiye genelinde toplu yapı belirtmesi olan taşınmaz sayısı sadece 530’dur. Bkz. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Laboratuvarı& İstanbul Barosu Kat Mülkiyeti Hukuku Komisyonu Laboratuvar Çalışmaları, Kat Mülkiyeti Hukukunda Toplu Yapı Kavramı <https://www.youtube.com/watch?v=5nb-VGMoW_M> dk. 31. Erişim Tarihi 10 Haziran 2024.

Mahkemeye başvuru esnasında taraflar, uyuşmazlığın toplu yapılara ilişkin olduğunu varsayarak, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine göre sulh hukuk mahkemesinde dava açmaktadır. Ancak bu şekilde açılan davalar için mahkemelerin görevsizlik kararı verdiği görülmektedir³⁴. Kat Mülkiyeti Kanunu Ek madde 1’de açıkça, ilgili kanunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların sulh hukuk mahkemelerinde çözümleneceği kabul edilmiştir. Toplu yapılara ilişkin özel hükümler uyarınca, toplu yapı yönetimine geçilmediği durumlarda, uyuşmazlığın çözümü için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekir. Buna göre görev konusu da genel hükümler uyarınca tayin edilmelidir. Hukuki uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemelerinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemesinin görevi ise istisnadır. Bu nedenle, özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen bütün dava ve işler asliye hukuk mahkemesinde görülür³⁵. Ancak kanaatimizce, toplu yapılara ilişkin uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemesinde görülmesine dair yasa değişikliği yapılması gerekmektedir.

B. Uygulamada Yaşanan Bir Kısım Sorunlara Dair Çözüm Önerileri

Birden fazla parsel üzerinde kurulmuş olmasına rağmen tek bir yönetim planı olmadığı için toplu yapı niteliğinde sayılmayan yerlere ilişkin uyuşmazlıkların vekaletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşme, paylı mülkiyet gibi genel hükümlere ve aynı zamanda taraflar arasında yapılmış bir sözleşme gibi değerlendirilen yönetim planı hükümlerine göre çözüleceği Yargıtay uygulamaları gereği kabul edilmektedir³⁶. Bu noktada akla şu soru gelebilir. Yargıtay kararlarında

³⁴ Yargıtay 5 HD, 2778/8805, 11.10.2023; Yargıtay 5 HD, 2189/8408, 04.10.2023; Yargıtay 5 HD, 14900/7772, 25.09.2023; Yargıtay 5 HD, 13573/1424, 07.02.2022 <<http://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 2 Haziran 2024.

³⁵ Yargıtay 20 HD, 1528/3499, 15.05.2019; Yargıtay 20 HD, 931/3370, 13.05.2019; Yargıtay 20 HD, 662/ 3276, 08.05.2019; Yargıtay 20 HD, 6647/3278, 08.05.2019. Kararlar için bkz. Bekar (n 20) 103-108. Ayrıca bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2.

³⁶ “...Uyuşmazlık, birden çok parsel üzerinde kurulu bulunan ve bu nedenle de Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmayan sitede ortak giderlerin tahsiline ilişkindir. Sitede Kat Mülkiyeti kanunu uygulanmadığından ötürü genel hükümler çerçevesinde uyuşmazlığın çözümü gerekmektedir. ...uyuşmazlık sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümleri dairesinde çözümlenecek mahiyettedir” Yargıtay 3 HD, 365/4073, 14.04.2005; “Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler uyarınca sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği, ...Buna göre, uyuşmazlıkta Kat Mülkiyeti Yasası hükümleri değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir...Davacının koşulların varlığı halinde yaptığı bu iyileştirme giderlerinden payına düşen kısmını sebepsiz zenginleşme kurallarına göre davalıdan isteyebileceği kuşkusuzdur” Yargıtay 18 HD, 6316/8137, 13.05.2013; “...Her iki parseli kapsayan bir yönetim planı bulunmadığı gibi

her ne kadar toplu yapı yönetimine geçilmediği için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı karar verilmekte ise de yönetim planı taraflar arasında sözleşme niteliğinde sayılarak uygulandığında bunun ne gibi sakıncaları olabilir?

Kat Mülkiyeti Kanununda, kat mülkiyeti birlikteliğinin sorunsuz devam etmesi için birtakım tedbirler düzenlenmiştir. Örneğin, genel gider borcunu ödemeyen kat malikinin bağımsız bölümü üzerine kanuni ipotek tescil edilmesi (KMK m. 22/f. II, c.1); kat maliklerinin bu borçtan doğan alacaklarının diğer alacaklardan öncelikli olması (KMK m. 22/f. III); kendisine düşen borçları ve yükümleri yerine getirmeyen kat malikinin bağımsız bölümüne ait mülkiyet hakkının diğer kat maliklerine devrinin talep edilebilmesi (KMK m. 25); genel gider ve avansın zamanında ödenmemesi halinde aylık %5 gecikme tazminatı ödenmesi (KMK m. 20/f. II, c.2) gibi borçlar için yönetici veya kat maliklerinden

Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamında toplu yapı yönetim planı da her iki parsel için kat malikleri kurulunca kabul edilerek tapu kütüğüne tescil edilmemiştir. Bu durumda davacı tarafın kendi kat malikleri kurulunda aldığı ortak gider kararlarının 7 parsel sayılı taşınmazda bulunan kat maliklerini etkilemeyeceği gözetilerek, sunulan hizmetten yararlanan kişiler fiilen yararlandığı hizmetin karşılığını, sebepsiz zenginleşme veya vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde ödemekle yükümlüdür” Yargıtay 5 HD, 2712/6385, 05.04.2022; “Site yönetim planı taraflar arasında bir sözleşme hükmünde olup, tarafları bağlayacağı hususunda bir duraksama olmamalıdır...Sosyal Konut Sitesi'nin birden fazla parsel üzerinde inşa edildiği anlaşıldığından, somut olayda yönetim planında gönderme yapılan düzenlemeler dışında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın uygulama olanağı yoktur. Uyuşmazlığın çözümünde, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme niteliğindeki yönetim planındaki hükümlerin dikkate alınması, yönetim planıyla düzenleme getirilmeyen hususlarda ise, genel hükümler çerçevesinde uyuşmazlıkların çözülmesi zorunludur” Yargıtay 13 HD, 9943/14614, 07.11.2006; “Sitede kat Mülkiyeti Kanunu uygulanmadığından ötürü genel hükümler ve taraflar arasında mevcut olduğu anlaşılan site yönetimi ile ilgili sözleşme (yönetim planı) çerçevesinde uyuşmazlığın çözümü gerekmektedir” Yargıtay 3 HD, 5413/6327, 09.06.2005; “...Davaya konu sitenin birden fazla parsel üzerinde kurulu olduğu ve ...sitede henüz toplu yapı yönetimine geçilmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple uyuşmazlıkta kat mülkiyeti hükümlerinin değil, genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Ancak Kat Mülkiyeti Kanununun 28. maddesinde yönetim planının bütün kat maliklerini bağlayan bir sözleşme hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Yönetim planının 48 ve 49. maddesinde ödemede geciktiği günler için aylık %5 gecikme tazminatının ödenmesi gerektiği düzenlenerek ortak gider borcunu ödemeyen kat maliklerinin gecikme tazminatından sorumlu olduğu belirtilmiştir. Uyuşmazlığın çözümü için genel hükümlerin uygulanacak olması davalının sadece yasal faizden sorumlu tutulmasını gerektirmemektedir. Mahkemece anataşınmaza ait yönetim planının davalının maliki olduğu bağımsız bölümü kapsayıp kapsamadığı, ilgili yönetim planının davalı yahut bağımsız bölümün önceki malikleri tarafından bağlayıcılığı bulunup bulunmadığına dair araştırma yapılarak yönetim planının davalı açısından uygulanabilir bulunması halinde öncelikle yönetim planı hükümlerine göre bir sonuca varılması gerekirken ek-sik araştırma ve inceleme sonucu yazılı olduğu şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir” Yargıtay 20 HD, 3039/5941, 25.09.2018. Kararlar için bkz. <<http://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2024.

biri dava açabilir ya da icra takibinde bulunabilir (KMK m. 20/f. II, c.2). Bu hükümlerin parsel bazında uygulanmasında sorun yoktur; fakat tapu kayıtlarında “*toplu yapı*” belirtmesi olmayan birden fazla parsel hakkında bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Örneğin, toplu yapı yönetiminin, genel gider borcu için yargı yoluna başvurusu halinde aylık %5 gecikme tazminatının mı yoksa yasal faizin mi talep edileceği net değildir³⁷.

Uygulamada kanuni ipotek talep hakkı (KMK m. 22/f. II, c.1) ve kat mülkiyetinin devri hususlarında da belirsizlikler vardır. Nitekim Yargıtay kararlarına göre, toplu yapı yönetimine geçmemiş ve birden fazla parselde yayılmış yerler hukuken toplu yapı niteliği taşımadığından, genel gider borcunu ödemeyen kat maliki aleyhine diğer parsellerdeki kat malikleri talepte bulunamaz. Buna karşılık, tapu kayıtlarında “*toplu yapı*” belirtmesi bulunan ve tek yönetim planının olduğu ihtimalde, farklı parsellerdeki kat malikleri arasında kanuni ipotek ve kat mülkiyetinin devrinin talep edilebilmesi mümkündür. Ancak ipotek gibi sınırlı bir ayni hak kurulması veya mülkiyet hakkının devri gibi tasarruf işlemlerinin sadece parsel bazında uygulanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim mülkiyet hakkı; kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini kapsarken, kullanma ve yararlanma yetkisi ise yönetime ilişkindir. Bir tanıma göre paylı mülkiyette yönetim, tasarruf işleri ve esaslı iktisadi değişiklikler dışında kalan bütün işlerdir³⁸. Paylı mülkiyet ile yakından ilişkili kat mülkiyeti için de bu tanım kabul edilebilir³⁹. Toplu yapı yönetiminin konusu tüm parseller için ortak yerlerin kullanılması, bunlardan yararlanılması ve masraflara katlanması ile sınırlandırılmalı, tasarruf yetkisine ilişkin işlemler bu çerçevenin dışında bırakılmalıdır.

Yönetim planlarının bağlayıcılığı hususu uygulamada sakınca yaratan diğer bir konudur. Yönetim planının alelade bir sözleşme olarak düşünülmesi, planın

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18-1119/92 K sayılı ve 08.02.2022 tarihli kararının karşı oyunda geçen ifadelerden, toplu yapı yönetimine geçilmediğinden yasal faizin uygulanmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 3039/5941 sayılı 25.09.2018 tarihli kararında toplu yapı yönetimine geçilmediğinden genel hükümlerin uygulanacak olması yönetim planındaki %5 gecikme tazminatının uygulanamayacağı anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere, Yargıtay kararlarında tam bir açıklık yoktur. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 5 Haziran 2024.

³⁸ Abdülkadir Arpacı, *Türk Medeni Hukuku Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim*, İstanbul (Kazancı 1990) 104.

³⁹ Bir görüşe göre kat mülkiyetinde yönetim anagayrimenkul üzerindeki tasarruf işlerini kapsamaz. Bkz. Arpacı, *Müşterek Mülkiyet* (n 38) 105-106. Diğer görüşe göre, anagayrimenkule yönelik tasarruf işlemleri de yönetim kavramına dahildir. Bkz. Özmen ve Vardar Hamamcıoğlu (n 6) 363.

sadece onu imzalayanlar için bağlayıcı olacağı gibi bir ihtimali ortaya çıkarabilir. Bu takdirde bağımsız bölümü kullanan kiracılar veya oturma hakkı sahipleri, imzaları olmadığı için yönetim planının kendileri için bağlayıcı olmadığı itirazında bulunabilirler. Sözü edilen sorun Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22/f. I, c.1 ile çözümlenmelidir. Buna göre, uygulamada aidat adı altında toplanan genel gider ve avans borcundan sadece kat malikleri değil, o bağımsız bölümü kullanan kiracı veya oturma hakkı sahibi gibi nisbi/ayni hak sahipleri de müteselsilen sorumludur. Bununla birlikte, birden fazla parselin ortak yönetimine ilişkin uyuşmazlıklarda genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilecekse Kat Mülkiyeti Kanunu ile yönetim planı kurallarına gerek bulunmamakta, farklı bir ifadeyle, Kat Mülkiyeti Kanunu ile yönetim planı kuralları anlamsız kalmaktadır⁴⁰.

2007 ve 2009 yıllarında yapılan Kanun değişikliklerinden önce kurulmuş toplu yapıların durumu ile uygulanacak hükümler, günlük hayatta önemli sorunlar yaratan diğer bir konudur. Sözü edilen tarihlerden önce kurulan toplu yapı yönetim planlarının yeni Kanuna göre uyarlanması gerektiği Kat Mülkiyeti Kanunu Geçici m. 2'de düzenlenmektedir⁴¹. Uyarlama, özel bir yeter sayı ile yapılabilen ve konusu belirlenmiş bir yönetim planı değişikliği olup uyarlamanın yapılmaması halinde bu tür yapılar hukuken toplu yapı olarak nitelendirilmez.

⁴⁰ Nitekim eski Yargıtay kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir. "Ayrı ayrı parseller üzerinde kurulan binaların bağımsız bölüm malikleri ortak yerlerin yönetimi için sözleşme ile ortak bir yönetim tarzı kabul edebilir iseler de böyle bir kabul genel hükümlere tabii bir sözleşme niteliğinde olup yalnız tarafları bağlar. Davalı, kiracı olup bu sözleşmeye (yönetim planı) taraf olmadığına göre sözleşme hükümleri ile bağlı değildir", Yargıtay 18 HD, E 1993/8739, K 1993/10759, 12.10.1993; "Üzerlerinde ayrı ayrı kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulan parsellerin bağımsız bölüm malikleri ortak tesislerinin kullanım ve yönetimi için kendi aralarında genel hükümler dairesinde bir sözleşme yapmalarına hukuki bir engel yoktur. Böyle bir sözleşme, Kat Mülkiyeti Kanununun yönetim planının onu imzalayanlar yanında külli ve cüzi hâleflerini bağlayacağına dair KMK'nun 28'nci maddesi 3. fıkrasının aksine, sadece onu şahsen imzalayan bağımsız bölüm maliklerini bağlar", Yargıtay, 18 HD, E 1993/7958, K 1993/10638, 11.10.1993; "Ayrı ayrı parsellerin üzerinde kurulu kat irtifaklı bağımsız bölüm maliklerinin site adı altında bir araya gelerek müşterek bir yönetim kurmaları halinde, böyle bir mülkiyet ve yönetim Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine uygun değilse de site sakinlerinin aralarında yaptıkları bir sözleşme ile (yönetim planı) sitelerini yönetmelerine yasal engel olmadığı gibi, paydaşlar, kendi aralarında oybirliğiyle anlaşarak yararlanma, kullanma ve yönetime dair konularda düzenleme yapabilirler", Yargıtay 18. HD, 2014/882, 2014/3181, 24.02.2014. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 8 Haziran 2024.

⁴¹ 2007 yılında 5711 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerde uyarlama için altı aylık süre öngörülmüştür (KMK Geçici m. 3). Bu süre yeterli olmayınca 2009 yılında 5912 sayılı Kanun ile süre koşulu kaldırılmıştır; fakat 5711 sayılı Kanun ile getirilen Geçici m. 3 hükmü yürürlükte kaldırılmamıştır. 2009 yılında aynı konuyu düzenleyen yeni bir madde ihdas edildiğinden 5711 sayılı Kanunu ile getirilen Geçici m. 3'ün zımnen ilga edildiği sonucuna varılmalıdır.

Kanuna göre uyarılama, mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu ile yapılır (KMK Geçici m. 3⁴²). İlgili hükümde kat malikleri kurulundan söz edilmiş ise de öğretide bunun kat malikleri birliği şeklinde anlaşılması ve salt çoğunluğun her parsel için sağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴³.

Uyarılamanın nihai amacı, 2009 yılı öncesi kurulan toplu yapılarda, birden fazla parselin yönetimine ilişkin hükümlere yer verilmemesinin düzeltilmesidir. Sonraki başlıklarda belirtileceği üzere, yönetim planını değiştirmek için beşte dört çoğunlukla karar alınması gerekirken, bu konuda istisna tanınarak yönetim planlarını toplu yapıya uygun hale getirmek için salt çoğunluk aranmaktadır. Bunun sebebi, toplu yapı yönetimine geçişi kolaylaştırmaktır⁴⁴. Yargıtaya göre, birden çok imar parseli üzerinde kurulan toplu yapılarda, daha önce ayrı ayrı yönetim planları yapılmış ise bir tek yönetim planının düzenlenebilmesi için mevcut kat maliklerinin salt çoğunluğu ile karar almaları yeterlidir⁴⁵. Diğer bir anlatımla, yüksek mahkeme uyarlamayı, komşu parsel toplu yapılarda tek bir yönetim planı olması için yapılabileceğini kabul etmektedir. Öte yandan yüksek mahkemenin, tek parsel toplu yapılar bakımından, toplu yapı yönetimine geçmesine gerek bulunmadığı yönünde kararları da vardır⁴⁶.

Kanımızca, bütün parselleri kapsayan tek bir yönetim planı bulunsa dahi, her parselin kendine ait bir yönetim planı olmasında sakınca yoktur. Mülkiyet hakkı, parsel sınırı ile belirlidir ve sadece o parseli ilgilendiren konulara ilişkin yönetim planı olmalıdır. Toplu yapı yönetim planında ise sadece tüm parsellerin ortak yerlerine dair yönetsel konular düzenlenmelidir. Bu kuralların külli

⁴² Kat Mülkiyeti Kanunu Geçici m. 3: Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulan toplu yapılara ait yönetim plânları, yürürlük tarihinden itibaren en geç altı ay içinde bu Kanun hükümlerine uyarlanır. Yönetim plânında bu yönde değişiklik yapılması için mevcut kat malikleri kurulunun salt çoğunluğu yeterlidir. Mevcut toplu yapı yönetimleri, yönetim plânı değişip buna göre yönetici seçilene kadar geçici yönetim olarak görevini sürdürür. Toplu yapı yöneticisi seçimi, en geç yönetim plânının değişimini takip eden üç ay içinde yapılır.

⁴³ Uyarılama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir (n 21) 344 vd.; Kutlu Doğar (n 22) 291 vd.; Özmen ve Kır (n 15) 259 vd.; Şengül (n 6) 553 dn. 233; Ömer Lütfi Coşar, "Toplu Yapılarda/Sitelerde Mevcut Yönetim Planlarının 634 Sy. Kat Mülkiyeti Kanununu Değiştiren 5711 Sy. Kanuna Uyarlanmaması Nedeniyle Yaşanan Sorunlar" (2019) 93 (6) İstanbul Barosu Dergisi 194 vd.

⁴⁴ Öktem Çevik (n 21) 76.

⁴⁵ Yargıtay 18 HD, 8986/15084, 11.11.2010 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

⁴⁶ Yargıtay 18 HD, 29/2554, 12.3.2012; Yargıtay 18 HD, 8986/15084, 11.11.2010 <<https://kazanci.com.tr>>Erişim Tarihi 5 Haziran 2024.

ve cüzi halefler bakımından bağlayıcı olması için Kat Mülkiyeti Kanununda, yönetim planına ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde düzenleme getirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır⁴⁷.

III. Yönetim Planının Değiştirilmesi

A. Genel Olarak

Klasik kat mülkiyeti veya toplu yapılarda zamanla değişen ihtiyaçlar yönetim planının değiştirilmesini gerektirebilir⁴⁸. Klasik kat mülkiyetinde yönetim planını değiştirme çoğunluğu kat maliklerinin beşte dördüdür ve bu hüküm emredicidir (KMK m. 28/f. III, c. 1). Yönetim planında bu sayının altında ya da üstünde bir çoğunluk kararlaştırılmaz⁴⁹. Beşte dört çoğunluk nisabı 2814 sayılı Kanunla düzenlenmeden önce yönetim planı ancak oybirliği ile değiştirilebilmekteydi. Uygulamada, 2814 sayılı Kanun öncesi hazırlanan eski yönetim planlarında plan değişikliğinin ancak oybirliği ile yapılacağına ilişkin hükümler yer alsa da bu hükümler kesin hükümsüzdür ve beşte dört çoğunluk nisabı uygulanmalıdır⁵⁰.

⁴⁷ Diğer yandan parsel bazında alınacak bir karar ile toplu yapıdan ayrılma kararı alınıp alınmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Eğer parseller arasında altyapı bağlantısı varsa artık ayrılma mümkün olmamalıdır. Örneğin, üç parselin ortasından geçen ve kesintisiz devam eden bir yolun bulunmasında durum böyledir. Buna karşın ayrılma kararı alan parselde sadece tek blok varsa ve diğer parsellerin de kullanacağı ortak alan yoksa, bu parselin ayrılma kararı alması diğerlerinin toplu yapı niteliğine etki etmez.

⁴⁸ Arpacı, *Yönetim* (n 3) 71; Çeliker (n 22) 69 vd.; Öktem Çevik (n 21) 152; Genç Arıdemir (n 21) 474; Şengül (n 6) 550; Özmen ve Kır (n 15) 206; Özkan (n 20) 70.

⁴⁹ Genç Arıdemir (n 21) 475; Öktem Çevik (n 21) 74; Bekar (n 20) 192 vd.; Kadir Daylık, *Kat Mülkiyeti Hukukunda Yönetim Planı* (Legal 2007) 161; Çeliker (n 22) 71. "Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 28. maddesi hükmüne göre, yönetim planının değiştirilmesi için bütün kat maliklerinin 4/5 oyu gerekli ve yeterlidir. Bu hüküm, amir niteliği itibarıyla kamu düzeniyle ilgili olup, yönetim planında bunun aksine (daha az ya da çok çoğunluk veya oybirliği) bir hüküm geçerli değildir", Yargıtay 18 HD, 13108/2103, 05.03.1998 "Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan değişikliklerle yasanın emredici şekilde oybirliği aradığı haller dışında, kat maliklerinin yarısının bulunması durumunda sözleşme niteliği taşıyan yönetim planının, kurulun 4/5 nispetteki oyu ile değiştirilebilmesi imkânı getirilmiştir. Yönetim planına eklenen, yönetim planının değiştirilmesi için oybirliğini şart olmasını öngören hüküm, yasanın açık hükmüne aykırı olduğundan geçersizdir", Yargıtay 18 HD, 2877/4707, 25.04.2002. Aynı yönde Yargıtay 18 HD, 5684/6601, 10.06.2002. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

⁵⁰ Kanunun oybirliği ile karar alınması gerektiğini düzenleyen konularda beşte dört çoğunlukla yapılan yönetim planı değişikliği ile karar alınamaz. Bkz. Öktem Çevik (n 21) 76; Daylık (n 49) 161; Genç Arıdemir (n 21) 476; Çeliker (n 22) 72. Örneğin tapu kütüğünde mesken niteliğinde gösterilen bir bağımsız bölümde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans

Toplu yapılarda yönetim planının, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin⁵¹ temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu ile değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır (KMK m. 70/f. I, c. 3). Çok sayıda bağımsız bölümden oluşan toplu yapılarda kat maliklerinin bir araya gelip karar alması güç olduğundan, Kanunda temsile dayalı bir karar organı oluşturulmuştur⁵². Kat malikleri kurulu yerine getirilen bu organ toplu yapı temsilciler kuruludur ve katıldığımız görüşe göre zorunlu bir organ değildir⁵³. Önemle belirtmek gerekir ki toplu yapı temsilciler kuruluna dayalı bir yönetim sistemi oluşturulmak isteniyorsa bunun yönetim planında düzenlenmesi gerekir. Yönetim planında bu yönde bir düzenleme yoksa toplu yapı yönetiminde toplu yapı kat malikleri kurulunun yetkili olduğu kabul edilmelidir. Kanunda sadece toplu yapı temsilciler kurulu tarafından yapılan değişikliğin düzenlenip, bu kurulun oluşturulmadığı olasılık hakkında düzenleme bulunmaması öğretilerde eleştirilmektedir⁵⁴. Yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulundan söz edilmemiş ise toplu yapı yönetim planı bütün kat maliklerinin beşte dördünün olumlu oyu ile değiştirilebilir (KMK m. 28/f. III, c.1 kıyasen⁵⁵). Zira toplu yapılara ilişkin hükümler arasında düzenleme olmadığı takdirde, niteliğinde uygun düştüğü ölçüde klasik kat mülkiyetine ilişkin hükümlerin aynen veya kıyasen uygulanması gerekir (KMK m. 74).

salonu, fırın, lokanta, pastane, süthane, imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler açmak (KMK m. 24); veya bu yerlerin sonradan yapılması, kat ilavesi, mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması (KMK m. 44); genel giderlere katılım payının değiştirilmesi ancak oybirliği ile mümkündür (KMK m. 20). Yargıtay kararlarında, mimari projede değişiklik yapabilmek için de oybirliği ile karar alınması gerektiğine işaret edilmektedir. "634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasının 19. maddesine göre, tüm kat malikleri anataşınmazın mimari durumunu projesine uygun olarak titizlikle korumak zorunda olup, kat irtifakı kurulmasında esas alınan ana mimari projede değişiklik yapan tadilat projesinin ise geçerli olabilmesi için sadece belediyece onaylanması yetmeyip tadilat projesinin onaylandığı tarihteki bütün kat maliklerinin muvafakatının alınması zorunludur", Yargıtay 18 HD, 3076/13592, 05.10.2015. Aynı yönde YHGK, 18- 687/907, 12.11.1997; Yargıtay 18 HD, 1397/2783, 19.3.2002; Yargıtay 18 HD, 9972/7042, 02.05.2016. Kararlar için bkz. <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2024.

⁵¹ Toplu yapı temsilciler kurulunun kaç kişiden oluşacağı ve nasıl seçileceği yönetim planında düzenlenebilir. Bu yönde bir düzenleme bulunmadığı takdirde toplu yapı temsilciler kurulu blok yöneticileri ve münferit bağımsız bölümlerin temsilcilerinden oluşur (KMK m. 69/f. III, c. 3). Toplu yapı temsilciler kurulunun oluşumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şengül (n 6) 448-463; Kutlu Doğar (n 22) 204-210; Öktem Çevik (n 21) 114-115 vd.; Özkan (n 20) 87-88.

⁵² Özmen ve Kır (n 15) 195; Şengül (n 6) 448; Öktem Çevik (n 21) 113; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 21) 833.

⁵³ Özmen ve Kır (n 15) 206; Şengül (n 6) 551; Kutlu Doğar (n 22) 205. Aksi yönde, Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 21) 832.

⁵⁴ Özmen ve Kır (n 15) 206; Şengül (n 6) 551.

⁵⁵ Şengül (n 6) 552.

Yargıtay'a göre tek parsel toplu yapıların, toplu yapı yönetimine geçmesine gerek yoktur⁵⁶ ve bu tür yerlerin yönetim planı, kat maliklerinin beşte dördünün olumlu oyuyla değiştirilebilir (KMK m. 28⁵⁷). Yargıtay'ın bu yöndeki kararları öğretide eleştirilmekte ve tek parsel toplu yapılarda da temsilciler kurulu tarafından yönetim planının değiştirilmesine ilişkin Kat Mülkiyeti Kanunu m. 70 hükmünün uygulanması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁵⁸.

1. Kat Malikleri Tarafından Yönetim Planının Değiştirilmesi

a. Kat Malikleri Kurulu Toplantısının Gerekliliği

Kat mülkiyetine konu yerlerde, kat malikleri kurulu Kanundaki usullere göre toplanır ve karar alır (KMK m. 29 vd.). Kanuna göre, klasik kat mülkiyetinde her yıl, toplu yapılarda ise en geç iki yılda bir, yönetim planında aksine düzenleme yoksa Ocak ayı içerisinde kat malikleri kurulu toplanır. Kat malikleri kurulu, kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından yarısından fazlasıyla toplanır ve oy çokluğuyla karar verir (KMK m. 30/f. I).

Toplantı yeter sayısı sağlanamadığı takdirde yedi ile on beş gün arasında ikinci toplantı yapılır (KMK m. 29/f. III, c. 2 ve m. 30/f. II, c.1⁵⁹). Bu toplantıda, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınır (KMK m. 30/f. II, c.2). Kanunda ikinci toplantı için toplantı yeter sayısı düzenlenmemiştir fakat öğretide en az üç kişinin toplantıya katılması gerektiği yönünde görüşler vardır⁶⁰. Buna göre, özel karar yeter sayısı aranmayan konular için ve en az üç kat malikinin katıldığı toplantıda iki olumlu oy ile geçerli kararlar alınabileceği ifade edilmiştir⁶¹.

Kanaatimize göre, beşte dört çoğunluk, bütün kat maliklerinin sayısına göre hesaplanmalıdır. Nitelikli çoğunluğa göre karar alınması gereken durumlarda, üç kişinin katılımı ile yapılan ikinci olağan kat malikleri kurulunun karar al-

⁵⁶ Yargıtay 18 HD, 8986/15084, 11.11.2010 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

⁵⁷ Yargıtay 18 HD, 6557/10419, 20.10.2011; Yargıtay 18 HD, 729/2554, 12.03.2012, <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

⁵⁸ Genç Arıdemir (n 21) 481.

⁵⁹ İki aşamalı toplantının günümüz koşullarına uygun olmadığı ve toplantıların tek kademeli yapılması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. Özmen ve Kır (n 15) 79; Kutlu Doğan (n 22) 236.

⁶⁰ Göknaar (n 14) 180; Arpacı, *Yönetim* (n 3) 143; Şengül (n 6) 526.

⁶¹ Arpacı, *Yönetim* (n 3) 143; Şengül (n 6) 526.

ması düşünülemez. Zira Kat Mülkiyeti Kanunu m. 30/f. III'de "Kanunda yeter sayı için ayrıca konulmuş hükümlerin saklı olduğu" belirtilmektedir. Farklı bir anlatımla, yönetim planı değişikliği kat malikleri kurulunda görüşülse dahi, aranan çoğunluk, kurula katılanların değil, bütün kat maliklerinin beşte dördü şeklinde anlaşılmalıdır⁶². Kanunun nitelikli çoğunlukla karar alınmasını düzenlediği konularda kat malikleri kuruluna katılanların sayısına göre çoğunluk hesabı yapılmamalı, bütün kat maliklerinin sayısı nazara alınmalıdır. Öyleyse ya tüm kat maliklerinin beşte dördü kurula katılmalı ve oybirliği ile karar alınmalı ya da tüm kat malikleri kurula katılmalı ve bunların beşte dördünün olumlu oyu ile karar alınmalıdır⁶³.

Yönetim planı değişikliğine ilişkin kararlar hakkında kurul olarak toplanmanın gerekli olup olmadığı tartışmalı olan diğer bir konudur. Bir görüşe göre, yönetim planı değişikliklerinin mutlaka kurulda görüşülmesi gerekir⁶⁴. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir⁶⁵. Farklı bir görüşe göre ise kurul olarak topla-

⁶² Pulak (n 24) 427; Ertaş (n 21) 454; Kutlu Doğar (n 22) 272.

⁶³ Bir görüşe göre yönetim planı değişikliklerinin görüşüleceği toplantı yeter sayısı beşte dördtür ve katılanların oybirliği ile karar alınması gerekir. Bkz. Arpacı, *Yönetim* (n 3) 145 ve 154.

⁶⁴ Arpacı, *Yönetim* (n 3) 68 vd.; Şengül (n 6) 550 dn. 230; Genç Arıdemir (n 21) 475; Daylık (n 49) 163; Çeliker (n 22) 69.

⁶⁵ "Yönetim planı değişikliğinin bir kat malikleri kurulunda görüşülmesi ve karara bağlanması her ne kadar Yasada yer almamış ise de mevcut planın değiştirilmesi söz konusu olduğundan bunun kat malikleri kurulunda incelenip, tartışılması gerekli olduğu dikkate alınarak bu toplantı yapılmadan imzalatılmış bulunan belgenin değişiklik olarak tescili de mümkün değildir", Yargıtay 18 HD, 9052/8946, 20.09.1995; "Yönetim planına ilişkin değişiklikler yapma görevi, kat malikleri kuruluna aittir", Yargıtay 18 HD, 9229/12777, 01.12.2008; "Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden mevcut yönetim planı değişikliğinin kat malikleri kurulunda görüşülmeksizin elden imza toplanması ve yönetim planında değiştirilecek maddelerin toplantıda görüşülmeksizin yöneticiye yetki verilmek sureti ile yapıldığı anlaşılmıştır. Kat malikleri kurulunda yönetim planında yapılacak değişikliklerin tartışılmadan yeni yönetim planı olarak tapuya tescili hatalı olup mahkemece yazılı olduğu gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi bu nedenle yerindedir", Yargıtay 5 HD, 13565/3499, 05.04.2023. Kat malikleri kurulunda karara bağlanan yönetim planı değişikliğini kabul etmeyen kat malikleri bu kararın iptali için dava açabilirler. Bu dava kat malikleri kurulu kararının iptali davasıdır ve Yargıtay uygulamasına göre husumetin tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekmektedir (KMK m. 38). Bu yönde bkz. Yargıtay 20 HD, 2300/7510, 26.11.2018; Yargıtay 20 HD, 3370/4005, 28.05.2018, <<http://www.kazanci.com>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024. Hâkim kat maliklerinin iradesi yerine geçip karar veremez. Onun yapacağı tek şey yönetim planının ilgili hükmünü iptal etmektir. Bkz. Çeliker (n 22) 76, 79. Kat malikleri yönetim planında değişiklik yapmak istediklerinde fakat kat malikleri kurulunda bu yönde karar alınamadığı takdirde hâkimin müdahalesini talep edebilirler (KMK m. 28/f. IV, m. 33). Yargı içtihatlarında kat malikleri kurulu toplantısı yapılmadan doğrudan dava açılarak yönetim planının değiştirilmesi talep edilemeyeceği ifade edilmektedir. Daylık (n 49) 170, 172; Çeliker (n 22) 74; Arpacı, *Yönetim* (n 3) 73. Konunun ön-

nılması gerekmez; elden dolaştırılacak bir yazı ile dahi yönetim planının değiştirilebilmesi mümkündür⁶⁶. Birinci görüş, değişikliğin görüşülmesi, tartışılması ve yeni fikirler sunulması açısından yerinde olmakla birlikte, diğer görüşün daha pratik bir çözüm sunduğu açıktır. Ancak bu görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin bize göre tüm kat maliklerinin kurula veya görüşmeye katılması şarttır.

Bir kat malikinin kendisi için ortak yerlerde yapmak istediği değişiklikler hakkında kat maliklerinin kurul olarak toplanmasının gerekli olmadığı yönünde çok sayıda Yargıtay kararı vardır (KMK m. 19/f. II, c.1⁶⁷). Bunun sebebi, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 19'da *"bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rıza-*

ce kurulda görüşülmesi gerekmektedir. Kurulda karar alınamadığı takdirde hâkimin müdahalesi talep edilebilir. Bu hüküm toplu yapılarda da uygulanır (KMK m. 74). Yönetim planında değişiklik yapılmasına ilişkin bu davada hâkim, kat maliklerinin iradesi yerine geçip karar veremez. Bkz. Genç Aridemir (n 21) 485; Çeliker (n 22) 76. Bu yönde bkz. Yargıtay 18 HD, 13108/2103, 05.03.1998. Fakat yönetim planı emredici hükümlere, hakkaniyete veya dürüstlük kuralına aykırı ise hâkimin müdahalesi talepli açılan davada hâkim kendi hükmünü yaratabilir (KMK m. 28/f. III). Bkz. Özmen ve Kır (n 15) 206-208; Şengül (n 6) 560; Öktem Çevik (n 21) 76; Arpacı, *Yönetim* (n 3) 70 vd.; Çeliker (n 22) 75 vd.; Genç Aridemir (n 21) 484-485. "Yönetim planında, Kat Mülkiyeti Kanunu amir hükümleri ile bağdaşmayan ya da mülkiyet hakkının kullanılmasını kısıtlayan, bu hakkı düzenleyen temel kurallara aykırı hükümler var ise, her bir kat maliki bunun iptali için Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri çerçevesinde mahkemeye başvurabilir. Yargıtay'da yerleşmiş uygulamalara göre hakim, resen düzenleme yetkisine haiz olmadığı konularda, kat maliklerinin iradesi yerine kaim olup, onların yerine ve muvafakat etmiş sayılmalarına karar veremez", Yargıtay 18 HD, 13108/2103, 05.03.1998; "Yönetim planının mevcut hükümlerine karşı iptal istemiyle mahkemeye başvurma hakkı mevcut ise de, bu tür başvuruların kabul edilebilmesi için davaya konu edilen yönetim planı hükmünün yasaya aykırılık teşkil etmesi veya yasa hükümlerine aykırı olarak tesis edilmiş olması gerekir. Böyle bir aykırılığın söz konusu olmadığı durumlarda hâkimin, kat maliklerinin iradesinin yerine geçip onlar adına karar vermeye ve özellikle sözleşme niteliğinde olan yönetim planının mevcut bir hükmünün değiştirilmesi veya yeni bir hüküm eklenmesi suretiyle inşai tarzda bir müdahalede bulunmaya yetkisi yoktur", Yargıtay 18 HD, 3450/3790, 08.04.2002; Yargıtay 18 HD, 5235/7657, 19.07.2005. Bu davanın tüm kat maliklerine yöneltilmesi gerekir. Yargıtay 18 HD, 10673/115, 19.01.2009 Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

⁶⁶ Özmen ve Kır (n 15) 85; Kutlu Doğan (n 22) 272.

⁶⁷ "Kanunun 19. maddesindeki yazılı rıza, herhangi bir şekilde bağlı olmayıp kat malikleri kurulu kararı biçiminde olması gerekmeyip tek bir kağıda yazılmak ve bağımsız bölüm malikleri tarafından imzalanmak suretiyle de verilebilir", Yargıtay 5 HD, 4265/7478, 25.4.2022. "...Yasanın 19. maddesindeki yazılı rıza, herhangi bir şekilde bağlı olmayıp kat malikleri kurulu kararı biçiminde olması gerekmeyip tek bir kağıda yazılmak ve bağımsız bölüm malikleri tarafından imzalanmak suretiyle de verilebilir", Yargıtay 18 HD, 2561/9748, 29.06.2010; "Kanunun 19. maddesindeki düzenleme 31. maddesindeki düzenlemeden farklı olup 19. maddesindeki yazılı rıza, herhangi bir şekilde bağlı olmayıp kat malikleri kurulu kararı biçiminde olması gerekmez", Yargıtay 20 HD, 6419/2528, 07.07.2020. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 6 Haziran 2024.

si”ndan söz edilmiş olmasıdır. Rıza ve oy terimleri farklı kavramlardır. Öğretide “oy” ifadesi, kat malikleri kurulunda oylama yapılması şeklinde anlaşılmaktadır⁶⁸. Yönetim planı değişikliğine ilişkin hükümde ise “kurul” ve “oy” ifadelerinden bahsedilmemektedir (KMK m. 28/f. III, c.1). Bu nedenle, yönetim planı değişikliği kararı, kurul toplantısı yapılmaksızın da alınabilmelidir.

Günümüzde toplu yapıların binlerce bağımsız bölümden oluştuğu dikkate alındığında kurul şeklinde olsun veya olmasın kat maliklerini bir araya getirmek istisnalar haricinde mümkün olmamaktadır. Kanunda olağan kat malikleri kurulu toplantısı için özel bir çağrı usulü düzenlenmemekle birlikte bazı önemli konularda acil karar alınması gerekebilir. Böyle bir durum ortaya çıktığında kat malikleri kurulunun olağan toplantısını beklemek yerine olağanüstü toplantı yapılabilir. Önemli bir sebebin varlığı halinde yönetici, denetçi veya kat maliklerinin üçte birinin talebi üzerine, toplantı için istenilen tarihten en az on beş gün önce bütün kat maliklerince imzalanacak çağrı veya taahhütlü mektupla (toplantı nedeni bildirilmek kaydıyla) kat malikleri kurulunun toplanması mümkündür (KMK m. 29/f. II). Görüldüğü üzere, olağanüstü toplantılar için özel bir çağrı usulü öngörülmeğe de yüzlerce bağımsız bölümden oluşan toplu yapılarda her kat malikine ulaşım imza almak neredeyse mümkün değildir. Bununla beraber, tüm kat maliklerine taahhütlü mektup göndermenin ciddi oranda maliyet yaratacağı açıktır⁶⁹.

Kat maliklerini kurula davet etmek ve Kanundaki çağrı usullerine uymak hem masraflı hem de uzun zaman alan bir süreçtir. Nitekim bazı kat malikleri farklı bir ikamette bulunabilir ya da maliki olduğu bağımsız bölümü kiraya vererek başka şehirde yaşıyor olabilir. Toplu yapıdaki bağımsız bölümlerin sayısı arttıkça bu tür olasılıkların sayısı da artar. Bunun yerine, belli bir sayının üzerinde bağımsız bölümlere sahip toplu yapıların internet sitesi olması ve duyuruların buradan yapılması zorunlu hale getirilmelidir. Buna ek olarak, yönetim tarafından bağımsız bölüm maliklerinin tümünün yer aldığı bir yönetim bilişim sistemi kurulmalı ve önemli konularda karar alınması gerektiğinde her kat maliki kendi şifresi ile sisteme girerek oyunu kullanmalıdır. Kullanılan oy sayısı ise sistem üzerinden hesaplanabilir. Önermiş olduğumuz çözüm paralelinde yapılacak bir yasal düzenleme kanımızca kurul toplantıları ve karar alma süreçlerini önemli ölçüde kolaylaştıracaktır.

⁶⁸ Arpacı, *Yönetim* (n 3) 70; Genç Arıdemir (n 21) 475; Şengül (n 6) 50 dn. 230; Çeliker (n 22) 70.

⁶⁹ Güncel taahhütlü mektup fiyatı 28,50 TL’dir. Bin tane kat malikine gönderim yapılacağı düşüldüğünde sadece bu çağrı için 28.500 TL ödenmesi gerekir. Güncel taahhütlü mektup fiyatları için bkz. <https://www.ptt.gov.tr/pdfs/16.01.2023_Tarife_PDF.pdf> Erişim Tarihi 11 Haziran 2024.

b. Oyların Hesaplanması

Uygulamada tereddüt yaratan diğer bir husus, yönetim planı değişikliğine ilişkin beşte dört çoğunluğun bağımsız bölüm sayısına göre mi kat maliki sayısına göre mi hesap edileceğidir. Kat Mülkiyeti Kanununa göre her kat maliki, arsa payına bakılmaksızın, bir oy hakkına sahiptir (KMK m. 31). Bu hüküm toplu yapılar için de geçerlidir (KMK m. 74). Bağımsız bölüm sayısı kadar kat maliki varsa oyların hesaplanması kolaydır. Ancak bazen bir kat malikinin birden fazla bağımsız bölümü olabilir. Bu ihtimale göre bağımsız bölüm sayısı ve kat maliki sayısı farklı olacaktır. Kanunda, birden fazla bağımsız bölümü olan kat malikinin her bağımsız bölüm için bir oy hakkına sahip olduğu ve kaç bağımsız bölümü olursa olsun tüm oyların üçte birinden fazla oy hakkına sahip olamayacağına yer verilmiştir (KMK m. 31/f. II⁷⁰). Örneğin, otuz adet bağımsız bölümün yarısı, yani onbeş bağımsız bölüm bir kişiye aitse onun sahip olacağı oy sayısı onbeş değil on'dur. Bunun sebebi, oy sayısı fazla olan kat malikinin diğerlerine karşı baskı kurmasını engellemektir⁷¹. O halde, yönetim planı değişikliği kararlarında birden fazla bağımsız bölüme sahip malikin oy hakkının hangi kritere göre (kat maliki sayısı veya bağımsız bölüm sayısı) hesaplanacağı belirlenmelidir⁷².

Yargıtay'ın yönetim planı değişikliğinde kat maliklerinin sayısına göre hesap yapılmasına dair kararları nadirdir. Sadece eski tarihli bir kısım kararlarda dolaylı olarak buna değinildiği ve yönetim planı değişikliği kararının kat maliklerinin sayısına göre hesaplandığı görülmektedir⁷³. Buna karşılık bir kat malikinin

⁷⁰ Bu düzenleme öğretilerde oy kısıtlaması veya oy kısıtlanması şeklinde anılmaktadır. Bkz. Özmen ve Kır (n 15) 84-86; Şengül (n 6) 484; Özkan (n 20) 106 vd.

⁷¹ Özmen ve Kır (n 15) 84; Şengül (n 6) 483; Arcak (n 2) 716; Gökner (n 14) 180; Kutlu Doğan (n 22) 276; Pulak (n 24) 453.

⁷² Tapu ve Kadastro Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Genelgesinde bağımsız bölüm sayısına göre oyların hesaplanacağı ve oy kısıtlamasının (KMK m. 31/f. II) uygulanacağı, yönetim planı değiştirildikten sonra yenisinin tapu müdürlüğüne sunulurken çoğunluğun sağlanıp sağlanmadığının tapu müdürlüğüne inceleneceği düzenlenmektedir.

⁷³ Kat maliklerinin beşte dördünün katıldığı bir kurul toplantısında oybirliği ile yönetim planı değişikliği kararı alınmıştır. Kararda; "...Kat malikleri 4/5 çoğunlukla toplanarak ve katılanların tamamının oybirliği ile ...yönetim planının değiştirilmesine ...karar verdikleri" ifade edilmiştir, Yargıtay 18 HD, 9229/12777, 01.12.2008). "634 Sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen 4/5 oranındaki paydaş çoğunluğunun dışında başka bir çoğunluğun (pay çoğunluğunun) aranmasına da gerek yoktur", Yargıtay 18. HD, 3471/4660, 02.06.2003. Aynı şekilde, Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, dokuz bağımsız bölümlü anayapıda bulunan yedi kat malikinden altı kat malikinin oyu ile yönetim planının değiştirilebileceği kararı vermiştir. "7 kat maliki bulunan ana gayrimenkulde 6 kişinin oyu ile yapılan değişiklik geçerlidir. 9 bağımsız bölümü bulunan ana gayrimenkulde 3 bağımsız bölümü bulunan ..in ayrıca ...adına vekaletnameye da-

ortak yerlerde kendi lehine değişiklik yapabilmesi için sağlanması gereken beşte dört çoğunluğun kat maliki sayısına göre hesaplanacağına yönelik birçok karar vardır (KMK m. 19/f. II, c.1⁷⁴).

Yönetim planı değişikliği kararlarının bağımsız bölüm sayısına göre hesaplanacağı kabul edildiği takdirde, oy kısıtlamasının uygulanması, karar alınmasına neden olabilir. Örneğin, 100 bağımsız bölümlü bir toplu yapıda, yönetim planı değişikliği için (bağımsız bölüm sayısına göre) 80 oy gerekir. Bu bağımsız bölümlerden 60 tanesi bir kişiye ait ise oy kısıtlaması uygulandığında bu kişinin kullanabileceği oy sayısı en fazla 33'tür⁷⁵. Diğer bağımsız bölümlerden her birinin farklı malikleri varsa ve tüm oylar olumlu verilmiş olsa bile 73 oy ile yönetim planının değiştirilemeyeceği gibi kabul edilemeyecek bir sonuç ortaya çıkmaktadır⁷⁶. Bu örneğe göre çözüme ulaşabilmek için ya yönetim planının oybirliği ile değiştirildiği sonucuna varılmalı ya da oy kısıtlamasının uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Öğretide haklı olarak eleştirilen bu durum için yönetim planı değişikliği gibi kat malikleri birliği kararlarında da oy kısıtlamasının uygulanamayacağı belirtilmektedir⁷⁷. Verilen örnek bakımından kat maliki sayısı esas alındığında toplam 41 kat malikinden 32'sinin olumlu oyu ile yönetim planı değiştirilebilir. Buna karşılık bağımsız bölüm sayısı esas alınıp oy kısıtlaması uygulanmadığında birden fazla bağımsız bölümü olan kat malikinın sahip oldu-

yanarak oy kullanmasında sakınca yoktur". Yargıtay 18 HD, 7346/8936, 09.10.1997. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2024.

⁷⁴ "...19. maddedeki rızanın mevcut olup olmadığının saptanması bakımından her bir malikin birden ziyade bağımsız bölümü bulursa dahi tek bir oya sahip ... kabul edilmektedir", Yargıtay 18 HD, 2561/9748, 29.06.2010; "...anataşınmazda 15 adet bağımsız bölüm olup malik sayısının 10 olduğu, buna göre; anataşınmazın ortak yerlerinde değişiklik yapılabilmesi için 8 bağımsız bölüm malikinın muvafakatinin gerektiği, muvafakat veren malik sayısının ise beş olduğu (C. G. 6 adet bağımsız bölüm maliki ise de; hesaplamada tek kişi kabul edilir). Yargıtay 18 HD, 1771/6635, 10.04.2014. "19. maddedeki rızanın mevcut olup olmadığının saptanması bakımından her bir malikin birden ziyade bağımsız bölümü bulursa dahi tek bir oya sahip olacağı... kabul edilmektedir", Yargıtay 20 HD, 6419/2528, 07.07.2020; "Mezkûr 19. maddedeki rızanın mevcut olup olmadığının saptanması bakımından her bir malikin birden ziyade bağımsız bölümü bulursa dahi tek bir oya sahip olacağı ... kabul edilmektedir", Yargıtay 5 HD, 4265/7478, 25.04.2022. Kararlar için bkz. <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 12 Haziran 2024.

⁷⁵ Oylar hesaplanırken kesirler dikkate alınmaz (KMK m. 31/f. II). Örneğin, 11 kat maliki varsa beşte dört çoğunluk 8'dir ($11/5 \cdot 4 = 8,8$ eder). Kesirler üste yuvarlanarak 9 kabul edilemez.

⁷⁶ Benzer örnekler için bkz. Şengül (n 6) 558 dn. 239; Pulak (n 24) 702.

⁷⁷ Özmen ve Kır (n 15) 84; Şengül (n 6) 558 dn. 239. Yazarlara göre, oy kısıtlaması basit veya sayı ve arsa payı çoğunluğu gerektiren konularda uygulanır; kat maliklerinin tümünün veya beşte dört çoğunlukla oylama yapılırken uygulanamaz.

ğü bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkı olduğu kabul edilmelidir. Yukarıdaki örnekte 60 bağımsız bölümü olan kat malikinin ve onun dışında 20 kat malikinin daha olumlu oyu ile yönetim planı değiştirilebilir.

Tapu ve Kadastro Müdürlüğünün 2021/4 sayılı Genelgesinde yönetim planı değişikliği kararlarının bağımsız bölüm sayısına göre hesaplanacağı ve oy kısıtlamasının uygulanacağına ilişkin düzenlemesi Kanuna aykırıdır. Normlar hiyerarşisi ilkesi gereği, kanuna aykırı düzenlemelerin uygulanmaması gerekir. Öte yandan bu tür düzenlemeler şeklen de ortadan kaldırılmalıdır. Zira yönetim planı değişikliğinin tapu kütüğüne işletilmesine ilişkin taleplerin, kat maliki sayısına göre karar alındığı veya bağımsız bölüm sayısına göre karar alınmış olsa bile oy kısıtlaması uygulanmadığı gibi gerekçelerle reddedilme tehlikesi vardır. Her ne kadar bu ret işleminin iptali için dava açılması mümkün ise de zaman ve masraf kaybının söz konusu olması kat malikleri açısından olumsuz bir durumdur.

c. Oyların Hesaplanmasında Özellik Arz Eden Durumlar

Bir bağımsız bölüm elbirliği veya paylı mülkiyete konu ise o bağımsız bölüme birlikte malik olanların tek bir oy hakkı vardır (KMK m. 31/III). Bu oy, aralarından temsilci seçtikleri malik veya vekilleri tarafından kullanılabilir⁷⁸. Ancak uygulamada maliklerin kendi aralarında anlaşmazlığa düştükleri görülmektedir. Örneğin, bağımsız bölümün üç paydaşından biri karara katılmak istemediğinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hakkında Kanunda düzenleme yoktur⁷⁹. Bu tür olasılıklar için yönetim planında düzenleme yapılmalıdır. Örneğin yönetim planında, birlikte maliklerin anlaşmazlık yaşamaları halinde oylamaya katılamayacakları yönünde bir hüküm koyulabilir.

Kat maliklerinden biri, oyunu yetkili vekil eliyle kullanabilir; fakat bir kişi, oy sayısının yüzde beşinden fazlasını kullanmak üzere vekil tayin edilemez. (KMK m. 31/f. IV). Buna göre, yüz bağımsız bölüm varsa, aynı kişi bu oyların en fazla beşi için vekil tayin edebilir. Bahsedilen düzenlemenin mantıksızlığı aynı örnek

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, *Yönetim* (n 3) 102; Özkan (n 20) 107.

⁷⁹ İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch- ZGB) m. 712/o incelendiğinde, birden çok kişinin ortak olduğu bir bağımsız bölüm için kat malikleri kurulunda tek oy hakkının bulunduğu ve bu hakkın temsilci vasıtasıyla kullanılabileceği düzenlenmektedir. Madde metninin devamında, kat maliki ve intifa hakkı sahibinin hangi yönde oy kullanılmasına dair anlaşmaya varamamaları ihtimali düzenlenmektedir; paylı mülkiyete dair bir hükme yer verilmemektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Yargıtay 20 HD, 6419/2528, 07.07.2020 <<https://kazanci.com.tr>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2024.

üzerinden açıklanırsa, yüz bağımsız bölümden yirmisi tek bir kat malikine ait ise sahip olduğu oy hakkı yirmidir. Bu kişi herhangi bir sebeple oylamaya katılamaz ve/veya vekil tayin etmek isterse her beş oy için farklı bir vekil tayin etmesi, yani 4 farklı vekil bulması gerekecektir. Buna karşın oylamaya kendisinin katılması halinde sahip olduğu oyların tamamını kullanabilme imkanına sahiptir. Sözü edilen nedenle, bu düzenlemenin mantığını açıklayabilmek mümkün değildir⁸⁰. Bir görüşe göre, bu hüküm yanlış ifade edilmiştir ve burada anlatılmak istenen aynı temsilciyi birden fazla kat maliki atadığı takdirde bu temsilcinin bütün oyların yüzde beşinden fazlasını kullanamayacağıdır⁸¹. Hükümdeki diğer bir kısıtlama ise kırk ve daha az sayıdaki kat mülkiyetine tâbi taşınmazlarda bir kişinin en fazla iki kişiye vekâlet edebileceğidir (KMK m. 31/f. V, c. 3). Buna göre, kırk bağımsız bölümlü bir yapıda on bağımsız bölümü olan kat malikinin atadığı bir vekil, bu kat malikinden başka en fazla bir kat maliki için daha vekil tayin edilebilir. Bu vekilin on bağımsız bölümlü kat maliki için kullanabileceği oy sayısı yüzde beş sınırlanmasına göre iki, başka bir kat maliki de bu kişiyi vekil tayin etmiş ise en fazla birdir. On bağımsız bölümlü kat malikinin kalan dokuz oy için beş farklı vekil ataması gerekir. Görüldüğü üzere, oyların hesaplanmasına ilişkin Kanun düzenlemesi son derece karmaşıktır. Yüzlerce kat malikinin katıldığı bir kurul toplantısı örneğinde, kanuna uygun bir hesaplama yapılmasına neredeyse imkânsız olduğu izahatın varestedir.

2. Toplu Yapı Temsilciler Kurulu Tarafından Yönetim Planının Değiştirilmesi

Toplu yapıyı yönetmek kural olarak kat maliklerine aittir. Ancak onlarca bağımsız bölümden oluşan toplu yapılarda kat maliklerinin bir araya gelmesi zordur. Bu nedenle, Kanunda vekalet ve temsil yetkisine dayalı bir kurul oluşturulabileceği düzenlenmiştir⁸². Toplu yapı temsilciler kurulu adı altında hükme bağlanan bu düzenlemeye göre, toplu yapının bağımsız bölüm maliklerinden oluşan kat malikleri kurulunca yönetileceği; fakat bu yetkinin yönetim planında toplu yapı temsilciler kuruluna bırakılabileceği belirtilmektedir (KMK m. 69/f. III, c. 2).

Bu kurul eğer oluşturulmuş ise kat maliklerinin toplanarak yönetime ilişkin konularda karar alması mümkün değildir⁸³. Zira onların yerine karar alma yetkisi

⁸⁰ Düzenlemeye yönelik eleştiriler için bkz. Özmen ve Kır (n 15) 83; Şengül (n 6) 488.

⁸¹ Özmen ve Kır (n 15) 83.

⁸² Öktem Çevik (n 21) 116; Özmen ve Kır (n 15) 194-195; Şengül (n 6) 449; Kutlu Doğar (n 22) 204.

⁸³ Şengül (n 6) 451; Öktem Çevik (n 21) 117.

toplu yapı temsilciler kuruluna aittir. Kurul üyeleri, kat maliklerinin vekili ve temsilcisi niteliğindedir. Bu nedenle, kat malikleri ile ilişkilerinde Türk Borçlar Kanununun⁸⁴ vekalet sözleşmesi ve temsil yetkisine ilişkin hükümler uygulanır (TBK m. 40 vd., m. 502 vd.⁸⁵). Yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulu oluşturulmuş olsa bile, kat malikleri temsilcilerin görevine son verebilir ve olağanüstü gündemle her zaman toplanabilirler⁸⁶.

Kanunda, (yönetim planında aksine hüküm yoksa) toplu yapı temsilciler kurulunun blok yöneticilerinden ve blok niteliğinde olmayan yapıların maliklerinden seçilen temsilcilerden oluşacağı belirtilmektedir (KMK m. 69/f. III, c. 3). Bu madde, yedek hukuk kuralı niteliğinde olup⁸⁷ toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin seçimi ve sayısı yönetim planında ayrıca düzenlenebilir (KMK m. 69/f. III, c. 4⁸⁸).

Toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin, temsil ettikleri bağımsız bölüm tamsayısının beşte dördünün oyu ile yönetim planını değiştirebilecekleri hükme bağlanmıştır (KMK m. 70/f. I, c. 3). Bu bağlamda, kat maliklerinin yerine karar verebilen toplu yapı temsilciler kurulunun yönetim planını değiştirme yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bazı yazarlara göre bu yetki münhasıran kat maliklerine aittir⁸⁹. Bu görüşe göre, yönetim planında toplu yapıyı yönetme yetkisi toplu yapı temsilciler kuruluna bırakılsa dahi bu yetki yönetim planını değiştirmeyi kapsamaz. Yönetim planı değişiklikleri önce alt yönetim birimlerinde (blok veya münferit bağımsız bölümlerde) görüşülüp karara bağlanmalıdır. Temsilcinin görevi, toplu yapı temsilciler kurulunda bu kararı açıklamaktan ibarettir⁹⁰. Katıldığımız diğer görüşe göre, yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulu oluşturulmuş ise onların yönetim planını değiştirme yetkisi kanundan

⁸⁴ Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁸⁵ Kutlu Doğar (n 22) 206; Özmen ve Kır (n 15) 194; Şengül (n 6) 453; Öktem Çevik (n 21) 116.

⁸⁶ Özmen ve Kır (n 15) 194; Şengül (n 6) 474; Kutlu Doğar (n 22) 205.

⁸⁷ Şengül (n 6) 454; Kutlu Doğar (n 22) 207; Özmen ve Kır (n 15) 200.

⁸⁸ Örneğin, yirmişer bağımsız bölüm sayısına sahip beş bloktan oluşan tek parsel toplu yapıda her blok için bir temsilcinin atanacağı, temsilcilerin blok kat maliklerinin salt çoğunluğu ile seçileceği yönetim planında düzenlenebilir veya her parsel için en az bir olmak üzere her on bağımsız bölüm için bir temsilci atanması yapılacağı yönünde yönetim planına konan hükümler geçerlidir. Örneğin bir parseldeki 100 bağımsız bölüm için 10, 18 bağımsız bölüm için 1, 22 bağımsız bölüm için 2 temsilci atanabilir ve bu temsilcilerin birer oy hakkına sahip olacağı yönünde hüküm konulabilir.

⁸⁹ Şengül (n 6) 471.

⁹⁰ Pulak (n 24) 702; Şengül (n 6) 558.

kaynaklanmaktadır ancak bu yetki onlara verilmek istenmiyorsa yönetim planında, planı değiştirme yetkisinin toplu yapı kat malikleri kuruluna ait olduğuna dair hükme yer verilmelidir⁹¹.

Kanunda, toplu yapı temsilciler kurulundaki yönetici ve temsilcilerin yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısı kadar oy hakkına sahip oldukları belirtilmektedir (KMK m. 69/f. III, c. son). Bir görüşe göre, bu hüküm emredicidir ve yönetim planında buna aykırı düzenleme yapılamaz⁹². Aksi görüşe göre ise bu hüküm emredici değildir ve yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulunun salt çoğunluk veya başka bir çoğunlukla karar alabilmeleri düzenlenebilir⁹³. Örneğin, üç bloktan oluşan tek parsel toplu yapı yönetim planında her bloğa üç temsilci atanacağı ve dokuz kişiden oluşan toplu yapı temsilciler kurulunun karar yeter sayısının beşte dört veya salt çoğunluk olduğu yönünde hüküm konulabilir. Aynı bloğu temsil eden blok temsilcilerinin aynı yönde oy kullanmaları da zorunlu değildir⁹⁴. Kanaatimizce, nitelikli çoğunlukla alınması gerekenler dışında, temsilcilerin hangi çoğunlukla karar alabileceklerine dair yönetim planına hüküm eklenebilir. Buna karşılık, yönetim planı değişikliğini düzenleyen “*Yönetim planının değiştirilebilmesi için, toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin temsil ettikleri bağımsız bölümlerin tamsayısının beşte dördünün oyu şarttır*” şeklindeki ifade emredicidir (KMK m. 70/f. I, c. 3).

Öğretide, yönetim planı değişikliği karar sayısı hesaplanırken sadece temsil edilen bağımsız bölüm sayısının hesaplamaya dahil edilerek karar alınmasının sakıncalı olduğu ileri sürülmektedir⁹⁵. Zira toplu bir yapıda çok sayıda bağımsız bölüm içeren bir blok karşısında tek bir bağımsız bölüm niteliğindeki otel veya alışveriş merkezi bulunuyorsa sadece blok temsilcisinin oyu ile karar alınması kabul edilemeyeceği gibi hakkaniyete de aykırıdır. Aynı görüşe göre, hükmün gerekçesinde “*toplular yapı temsilciler kurulunun beşte dördünün onayı olmadıkça yönetim planının değiştirilemeyeceği*” ifade edildiğinden toplu yapı temsilciler kurulu üyelerinin iradesi dikkate alınmalıdır⁹⁶. Bu nedenle, önce temsilciler salt çoğunlukla karar almalı ve sonrasında temsil edilen bağımsız bölümler hesaba

⁹¹ Kutlu Doğar (n 22) 281.

⁹² Şengül (n 6) 491.

⁹³ Özmen ve Kır (n 15) 200.

⁹⁴ Özmen ve Kır (n 15) 200-201.

⁹⁵ Şengül (n 6) 555; Özmen ve Kır (n 15) 200-201; Kutlu Doğar (n 22) 281.

⁹⁶ 5711 sayılı Kanun gerekçesi için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0332.pdf>> Erişim Tarihi 11 Haziran 2024.

katılmalıdır⁹⁷. Farklı bir görüşe göre, “*temsil edilen bağımsız bölüm sayısı*” “*kat maliklerinin sayısı*” şeklinde anlaşılmalıdır⁹⁸.

Bu noktada cevaplanması gereken soru beşte dört çoğunluğun kat maliklerinin sayısına göre mi yoksa bağımsız bölüm sayısına göre mi hesaplanacağıdır. Kanunda her kat malikinin sahip olduğu bağımsız bölüm sayısınca oy hakkı olduğu belirtilmektedir (KMK m. 31/f. II). Toplu yapı temsilciler kurulu tarafından yapılan yönetim planı değişikliğinde de bağımsız bölüm sayısının dikkate alınacağı ifade edilmiştir (KMK m. 70/f. I, c.3). Her iki hükmün lafzi yorumuna göre bağımsız bölüm sayısının dikkate alınması gerekir. Bir önceki başlıkta değinilen gerekçeler dikkate alınarak, yönetim planı değişikliğinde bağımsız bölüm sayısına göre beşte dört çoğunluk hesaplanırken oy kısıtlaması uygulanmamalıdır.

Sonuç olarak yönetim planları her toplu yapının kendi özelliğine göre hazırlanmalıdır. Bu hazırlık yapılırken gerek temsilci sayısı gerek karar alma çoğunluğu belirlenirken kanımızca bağımsız bölüm sayısı esas alınmalıdır. Zira toplu yapılarda bağımsız bölüm sayısı sabit, kat maliki sayısı değişkendir. Toplam elli bağımsız bölümden kırk tanesi bir kat malikine ait iken kat maliki sayısı on biridir. Bu bağımsız bölümlerin yarısı satıldığında ise kat maliki sayısı otuz bir olur. Sürekli değişebilen bir sayı esas alınarak yönetim planında karar çoğunluğu düzenlenemez. Diğer taraftan sadece bağımsız bölüm sayısının esas alınmasının yaratacağı sakıncalar nedeniyle yönetim planında farklı yönde yapılan düzenlemeler emredici hükme aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmamalıdır. Örneğin, temsilciler kurulu üyelerinin beşte dördünün oyuyla değiştirilebileceğine ilişkin yönetim planı düzenlemesi geçerli olmalıdır.

B. Komşu Parsel Toplu Yapılarda Yönetim Planı Değişikliği

Komşu parsel toplu yapılarda yönetim planının nasıl değiştirileceğine dair Kanunda açık hüküm yoktur⁹⁹. Öncelikle plan değişikliğinin, tek tek parsel bazlı

⁹⁷ Özmen ve Kır (n 15) 210. Yazarlara göre nitelikli çoğunlukla karar alınması gereken durumlarda, nitelikli çoğunluğun temsil edilen bağımsız bölüm sayısında sağlanması yeterlidir. Temsilcilerin de nitelikli çoğunluğu sağlaması gerekli değildir. Onların salt çoğunluğu yeterli sayılmaktadır. Aynı yönde, Şengül (n 6) 492; Kutlu Doğar (n 22) 281.

⁹⁸ Pulak (n 24) 702; Şengül (n 6) 558 dn. 239.

⁹⁹ KMK m. 66/2, toplu yapı kapsamındaki imar parsellerinin birbirine bitişik veya komşu olmalarının şart olduğunu belirtmektedir. Sözü edilen madde metnindeki “bitişik” kelimesi yan yana olan parselleri; diğer bir anlatımla, aralarına başka bir parsel ya da kamuya ayrılmış bir alan girmeyen parselleri ifade etmektedir. Komşu parseller ise en az üç parselden oluşan bir toplu yapının birbirine bitişik olmayan ancak ortak altyapı, ortak yer ve ortak tesislerden yararlan-

mı yoksa tüm parseller hesaba katılarak mı yapılacağı tespit edilmelidir. Bir görüşe göre, yönetim planlarının toplu yapıya ilişkin özdeş hükümleri parsel kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilemez. Buna karşılık yönetim planlarının o parsel ile ilişkin hükümleri parsel kat maliklerinin beşte dördünün oyu ile değiştirilebilir¹⁰⁰. Diğer bir görüşe göre, komşu parsel toplu yapılarda yönetim planı değişikliği parsel bazında yapılmalıdır¹⁰¹.

Her toplu yapı birbirinden farklı özelliklere sahip olduğundan birçok olasılık ortaya çıkmaktadır. Kanun'un her olasılığı düzenlemesi mümkün olmadığına göre, adil bir oylama için temel kıstaslar yargı makamlarınca belirlenmelidir. Mahkemeler önlerine gelen uyuşmazlıklarda her parselin, bloğun veya münferit bağımsız bölümün iradesinin oylamaya yansıtılıp yansıtılmadığını değerlendirmeli, oylamaya ilişkin temel ilkeler oluşturarak hakkaniyete uygun çözüm getirmelidir. Ancak yargı kararlarında, birden fazla parsel üzerine kurulmuş toplu yapılar bakımından bütün parselleri kapsayan tek bir yönetim planının bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bu uygulamanın değiştirilmesi adına (parsel ayrımı yapılmaksızın) tüm parsellerdeki toplam bağımsız bölüm sayısının beşte dördünün olumlu oyunun aranması gerekmektedir. Bu nedenle, bir parselde sadece bir bağımsız bölüm varsa o parselin oyu hiçbir şekilde sonuca etkili olamayacaktır. Söz konusu parseldeki bağımsız bölüm malikinin diğer parsellerin kararlarına zorunlu bir şekilde uyması gerekecektir ki bu durum adaletli değildir. Bununla birlikte, her parsel için ayrı ayrı beşte dört çoğunluğun aranması gerektiği kabul edilirse, bazı parsellerde çoğunluk sağlanıp bazılarında sağlanmadığında yönetim planı değişikliğinin yapılıp yapılamayacağı tartışma yaratacaktır. Bu bağlamda somut uyuşmazlık bakımından yönetim planı değişikliği konusunun tüm parselleri ilgilendirip ilgilendirmediği araştırılmalıdır. Bu nedenle, bir parsel aleyhine olumsuz durum yaratacak değişiklikler hakkında, o parsel kat maliklerinin veya temsilcilerinin iradesinin yansıtılmadığı oylamalar geçerli olmamalıdır¹⁰².

nan parseller olarak tanımlanabilir. Örnek olarak birbiri ile bitişik olan üç parselde kurulan bir toplu yapının bir ve ikinci parseli ile ikinci ve üçüncü parselleri bitişik; birinci ve üçüncü parselleri ise komşu parsel olarak nitelendirilir. Bu konuda bkz. Kutlu Doğar (n 22) 73-76; Özmen ve Kır (n 15) 125, 129; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 21) 823; Bekar (n 20) 70-71.

¹⁰⁰ Şengül (n 6) 559 dn. 240.

¹⁰¹ Kutlu Doğar (n 22) 273.

¹⁰² Birden fazla parselde yayılmış toplu yapılarda her parselin ayrı yönetim planında varsa toplu yapılara ilişkin ortak hükümlerde proje bütünlüğünün bozulmaması her bir parselin parsel bazında alacakları kat malikleri ve temsilciler kurulu kararı ile toplu yapıdan ayrılamayacakları, bazı bağımsız bölümler özgülenen tahsisli alanların veya eklentileri değiştiremeyecekleri şeklinde maddeler eklenmelidir.

Sonuç

Yürürlükte olan Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri bir veya birden fazla parsel üzerine kurulmuş toplu yapılar bakımından günümüz ihtiyaçlarını karşılamada yetersizdir. Özellikle komşu parsel toplu yapılar özelinde uygulamada önemli sorunlar yaşanmaktadır. Bu sorunlardan biri, 2009 yılı öncesi kurulan toplu yapıların tapu sicil kaydında “toplu yapı şerhi” bulunmamasıdır ki fiilen toplu yapı niteliğinde olan bir yapının hukuken toplu yapı olarak kabul edilmesine neden olmaktadır. Bununla birlikte, birden fazla parselin tek bir yönetim planı ile yönetilmeye zorlanması, eşya hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu gibi öğretide ciddi eleştiri almaktadır. Bu konudaki sorunların artık yasa değişiklikleri ile dahi çözülemeyeceği açıktır.

Bütün parselleri kapsayan tek bir yönetim planı bulunsa bile her parselin kendine ait bir yönetim planı olmasında sakınca yoktur. Zira mülkiyet hakkı, parsel sınırları ile belirlidir ve sadece o parseli ilgilendiren konulara ilişkin yönetim planı olmalıdır. Toplu yapı yönetim planında sadece tüm parsellerin ortak yerlerini ilgilendiren yönetime dair konular düzenlenmelidir. Bu kuralların külli ve cüzi halefleri bağlayıcılığı hakkında Kanuna ek hüküm getirilmesi faydalı olacaktır.

Toplu yapılarda yönetim planının değiştirilmesi söz konusu olduğunda, temsilciler kurulu tarafından yapılan değişiklik Kanunda düzenlenmişken, kat malikleri tarafından yapılan değişiklik hakkında hüküm bulunmamaktadır. Katıldığımız görüşe göre, toplu yapı temsilciler kurulu istisnai, kat malikleri kurulu ise tek zorunlu organdır. Kanun koyucu, bu konuda kural belirlemeden istisnasını düzenleyerek kanun yapma tekniğine aykırı davranmıştır. Bununla beraber, toplu yapı temsilciler kurulu tarafından sadece komşu parsel toplu yapı yönetim planı değişikliklerinin yapılabileceği, buna karşılık tek parsel toplu yapılarda Kat Mülkiyeti Kanunu m. 70 hükmünün uygulanmayacağına yönelik yargı uygulamasının hukuki dayanağı olmadığına dikkat çekmek gerekir.

Kanaatimizce, belirli bir sayının üzerinde bağımsız bölüme sahip toplu yapılarda internet sitesi kurulması ve duyuruların internet sayfasından yapılması zorunlu hale getirilmelidir. İnternet sitesi altyapısı altında, bağımsız bölüm maliklerinin tümünün yer aldığı bir yönetim-bilişim sistemi kurulmalı ve önemli konularda karar alınması gerektiğinde her kat maliki kendi şifresi ile sisteme girerek oy kullanabilmelidir. Günümüzde inşa edilen toplu yapıların büyüklüğü dikkate alındığında, internet altyapısının kullanılmasına dair yasal bir düzenleme yapılması, kurul toplantıları ve karar alma süreçlerini oldukça kolay hale getirecektir.

Komşu parsel toplu yapılarda yönetim planı değişikliği için beşte dört çoğunluğun parsel bazında mı yoksa bütün parseller dikkate alınarak mı hesaplanacağı konusunda hangi görüş kabul edilirse edilsin, bütün parsellerdeki kat maliklerinin iradesi alınan kararlara yansıtılmış olmalıdır. Oyların hesap edilmesinde bağımsız bölüm sayısı veya kat maliki sayısının esas alınması noktasında, bağımsız bölüm sayısı kriterinin uygulanması halinde (oy kısıtlaması uygulanması sebebiyle) karar alınamama tehlikesi söz konusudur. Bu konudaki genel hükümün acil olarak düzeltilmesi gerekmektedir. Temsilciler kurulu tarafından yapılacak yönetim planı değişikliğinde sadece temsil edilen bağımsız bölüm sayısının hesaplanarak temsilci iradelerinin nazara alınmaması, özellikle az sayıda bağımsız bölüm içeren parsellerdeki iradenin yok sayılması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, temsilciler kurulu tarafından yapılacak değişiklikte bağımsız bölüm sayısı esas alınacaksa oy kısıtlaması uygulanmamalıdır.

Yönetim planı değiştirme çoğunluğu belirlenirken bağımsız bölüm sayısının esas alınması zaruridir. Zira toplu yapılarda bağımsız bölüm sayısı sabit, kat maliki sayısı değişkendir. Sürekli değişen bir sayının ölçüt alınarak yönetim planında karar çoğunluğunun düzenlenmesi uygulamada sorunun devam etmesine neden olur. Öte yandan, sadece bağımsız bölüm sayısının dikkate alınması da birtakım sakıncalar doğuracağı için yönetim planında farklı yönde yapılan düzenlemeler, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmamalıdır.

Her toplu yapı birbirinden farklı özellikler taşıdığından yönetim planı değişikliği için farklı nisap oranları ortaya çıkabilir. Kanun her olasılığı düzenleyemeyeceğine göre, adil bir oylama için temel kıstaslar yargı makamlarınca belirlenmelidir. Mahkemeler, önlerine gelen uyuşmazlıklarda her parselin, bloğun veya münferit bağımsız bölüm iradesinin oylamaya yansıtılıp yansıtılmadığını değerlendirmeli; bu iradelerin tespitinde blok kat malikleri kurulu, (mevcutsa) ada kat malikleri kurulu ve toplu yapı kat malikleri kurulu kararları dikkate alınmak suretiyle temel ilkeler oluşturularak hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmelidir. Mahkemelerin parsel ayrımı yapmadan tüm parsellerdeki toplam bağımsız bölüm sayısının beşte dördünün olumlu oy oranını araması gerekir. Mahkeme somut uyuşmazlıkta, yönetim planı değişikliği konusunun tüm parselleri ilgilendirip ilgilendirmedini incelemeli; bir parsel aleyhine olumsuz durum yaratacak değişiklikler hakkında, o parsel kat malikleri veya temsilcilerinin iradesinin yansıtılmadığı oylamaları geçersiz saymalıdır. Uygulamada sıkça rastlanan bir sorun olan, birlikte mülkiyete konu bağımsız bölüm maliklerinin hangi yönde oy kullanacakları konusunda anlaşma sağlayamamaları halinde nasıl bir yol izleneceğine dair Kanunda hüküm bulunmadığından acil düzenleme yapılması gerekmektedir.

1965 yılının koşulları ve apartman költürüne dayalı olarak hazırlanan Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin, günümüzde inşa edilen toplu yapılara uygulanması artık mümkün değildir. Mevcut Kat Mülkiyeti Kanunu hükümleri zaman içerisinde kısmen değişikliğe uğrasa da günümüz ihtiyaçlarını karşılamakta hala yetersizdir. Çalışmanın kaleme alındığı tarihten yaklaşık altmış yıl öncesi hazırlanmış bir Kanunun, günümüzde içinden kamusal yollar geçen, eğitim kurumları, alışveriş merkezi, otel ve hatta kamu alanları dahi bulunan, bir kısmı mahalle büyüklüğüne ulaşmış toplu yapıların sorunlarını çözeceğini düşünmek mantık dışıdır. Kat Mülkiyeti Kanununda yapılan yama misali değişikliklerle mevcut hükümlerin toplu yapılara monte edilmeye çalışılmasından vazgeçilmelidir. Bu nedenle, uygulamada yaşanan problemlerin giderilmesi adına, alanında uzman hukukçu, mimar ve uygulayıcılardan görüşler alınmak suretiyle toplu yapılar hakkında yeni ve müstakil bir yasa çıkarılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Arcak A, *Açıklamalı- İctihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu* (Seçkin 1988)
- Arpacı A, *Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim* (Bedir 1984)
- , *Türk Medeni Hukuku Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul* (Kazancı 1990)
- Bekar PA, *634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu Kapsamında Toplu Yapılar* (Yetkin 2022)
- Coşar ÖL, "Toplu Yapılarda/Sitelerde Mevcut Yönetim Planlarının 634 Sy. Kat Mülkiyeti Kanununu Değiştiren 5711 Sy. Kanuna Uyarlanmaması Nedeniyle Yaşanan Sorunlar" (2019) 93 (6) İstanbul Barosu Dergisi 193-211
- Çeliker G, "Kat Mülkiyetinde Yönetim Planı" (Yüksek Lisans Tezi İstanbul Üniversitesi 2012)
- Daylık K, *Kat Mülkiyeti Hukukunda Yönetim Planı* (Legal 2007)
- Ertaş Ş, *Kat Mülkiyeti Kanunu Şerhi* (2. Baskı, Bilge 2015)
- Genç Arıdemir A, *Kat Mülkiyeti I* (On İki Levha 2021)
- Göknar H, *Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu* (3. Baskı, 1996)
- Kutlu Doğar N, *Toplu Yapılarda Yönetim Planı* (Aristo 2022)
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (Filiz 2020)
- Öktem Çevik S, *Toplu Yapılarda Yönetim* (On İki Levha 2010)
- Özkan B, *Toplu Yapı Yönetim Organları ve Yöneticilik Görevinin Profesyonel Olarak Üstlenilmesi* (Seçkin 2022)
- Özmen ES ve Kır H, *Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi (5711/5912 Sayılı Kanunlar)* (Barış 2010)
- Özmen ES ve Vardar Hamamcıoğlu G, *Kat İrtifakı* (3. Baskı, On İki Levha 2017)
- Pulak M, *Kat Mülkiyeti Kanunu* (9. Baskı, Adalet 2019)
- Reisoğlu S, "Kat Mülkiyeti Konusunda Yeni Gelişmeler" (1963) 18 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 265-299
- Saruhan H, *5711 Sayılı Yasa ve Sonrasında Kat Mülkiyetine Getirilen Yenilikler* (Adalet 2018)
- Sungurbey İ, *Medeni Hukuk Eleştirileri* (Sermet 1970)
- Şengül M, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi* (On İki Levha 2011)

İnternet Kaynakları

- <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>
- <<https://www.kazanci.com.tr>>
- <<https://www.tbmm.gov.tr>>
- <<https://tkgm.gov.tr>>
- <<https://www.ptt.gov.tr>>
- <<https://www.youtube.com>>

Anonim Ortaklığın Çağrı Usulüne Uyulmadan Yapılan Genel Kurul Toplantısı İçin Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmesi Talebi^(*)

Arş. Gör. İsmail AKBAŞ^(**)

Öz

Anonim ortaklığın temel organlarından biri genel kuruldur. Genel kurul esasen pay sahiplerinin toplanması ile meydana gelir. Genel kurulda alınan kararlar anonim ortaklığın iradesini oluşturur. Bu önemi dolayısıyla genel kurul çeşitli prosedürlere göre çağrılır, toplanır ve karar alır. Bu prosedürler bir yandan ortaklığın, diğer yandan pay sahiplerinin menfaatine hizmet eder.

Bazı genel kurul toplantılarında Ticaret Bakanlığı temsilcisinin bulunması kanun koyucu tarafından şart tutulmuştur. Bu temsilcinin atanmasına dair ayrıntılı hükümler yönetmelik ile düzenlenmiştir. Ancak yönetmelik uygulamada sorun çıkarabilecek hükümler içermektedir.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2024.

Atıf Şekli: İsmail Akbaş, 'Anonim Ortaklığın Çağrı Usulüne Uyulmadan Yapılan Genel Kurul Toplantısı İçin Bakanlık Temsilcisinin Görevlendirilmesi Talebi' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1753, 1782.

DOI: 10.52273/sduhfd..1567971.

Bu çalışma; Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (RG 12.08.2024/32630) madde 29 (4) hükmü uyarınca, Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği (RG 05.10.2017/30201) madde 27 (2) hükmü gereğince yapılmıştır.

Ayrıca bu çalışma, Bingöl Üniversitesi tarafından düzenlenen "II. Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Kongresi: Küresel Siyaset ve Ekonomide Yeni Tehditler ve Fırsatlar, 19-20 Ocak 2023" başlıklı kongrede sözlü sunumu yapılmış ve sadece bildiri özeti yayınlanmış çalışmanın tam metnini ihtiva etmektedir.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye; Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul, Türkiye.

E-posta: ismailakbas@sdu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0800-0964>.

İşbu çalışmada genel kurulun çağrı usulüne uyulmaksızın toplanması durumunda Bakanlık temsilcisinin atanmasına yönelik özel durumlar yönetmelik hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Anonim Ortaklık, Genel Kurul, Çağrı, Bakanlık Temsilcisi.

Request for the Appointment of a Ministry Representative for the General Assembly Meeting of a Joint Stock Company Held without Complying with the Call Procedure

Abstract

One of the primary organs of a joint-stock company is the general assembly. The general assembly is essentially constituted by the gathering of shareholders. The decisions taken in the general assembly collectively represent the will of the joint-stock company. Due to this importance, the general assembly is convened and resolved according to various procedures. These procedures serve the interests of the corporation on the one hand and the shareholders on the other.

In certain instances, the legislative body mandates the attendance of a representative from the Ministry of Trade at general assembly meetings. The appointment of this representative is governed by detailed provisions outlined in the relevant regulation. However, the regulation includes stipulations that may present challenges in practice.

The present study will examine the specific circumstances pertaining to the appointment of the Ministry representative in instances where the General Assembly convenes without adhering to the prescribed call procedure. This examination will be conducted in accordance with the stipulations set forth in the pertinent regulatory provisions.

Keywords

Joint Stock Company, General Assembly, Convocation, Ministry Representative.

Extended Summary

In accordance with Article 407/3 of the Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, the presence of a Ministry of Trade representative is mandatory at the general assembly meetings of joint-stock companies in certain circumstances. The specific meetings in which the Ministry representative is obliged to be present are defined by the “Regulation on the Procedures and Principles of General Assembly Meetings of Joint-Stock Companies and the Ministry Representatives to be Present at These Meetings” (BTY).

In accordance with Article 32 of the BTY, the Ministry representative is obliged to attend all general assembly meetings of companies that are subject to the Ministry’s approval for establishment and amendments to the articles of association. Furthermore, the Ministry representative is required to attend meetings where the agenda includes matters such as capital increases or decreases, transitions to or from the registered capital system, increases in the registered capital ceiling, changes in the scope of business, mergers, divisions, or changes in company type. Furthermore, the Ministry representative is obliged to attend general assembly meetings of companies utilising electronic participation systems, all general assembly meetings conducted abroad, and special meetings convened for preferred shareholders abroad.

In the event of the Ministry of Trade representative’s absence from a meeting where their presence is mandatory, any resolutions reached during that meeting shall be deemed invalid.

The representative of the Ministry of Trade essentially oversees whether the general assembly meeting is held in accordance with the Law, articles of association and other legislation. He ensures that the minutes of the general assembly meeting are kept in accordance with the legislation. The representative of the Ministry of Trade shall record the unlawfulness and irregularities he/she sees regarding the adoption of the resolutions of the general assembly meeting in the minutes of the meeting and sign the minutes of the general assembly meeting.

The procedure for the appointment of the representative of the Ministry of Trade is regulated by the BTY. However, the regulations in the BTY are based on the called general assembly meetings. In general assembly meetings to be held without complying with the call procedure (Art. 416 of the TCC), no adequate legal rule is stipulated for the appointment of the representative of the Ministry of Trade. Furthermore, the individuals authorised to request the appointment of a Ministry representative are explicitly delineated, and a stipulation is established that individuals outside this designated group are precluded from requesting the appointment of a Ministry representative (Article 32/3, paragraph 1 of the BTY).

Pursuant to the existing regulations, it was unclear who would appoint the representative of the Ministry of Trade for the meetings to be held without complying with the call procedure. For example, in joint stock companies whose incorporation and amendments to the articles of association are subject to the authorisation of the Ministry of Trade, a representative of the Ministry must be present at each general

assembly meeting. In the event that the members of the board of directors of these companies are not shareholders, the general assembly may convene even without the presence of these board members, without complying with the call procedure. However, pursuant to the BTY, it was not possible to appoint a representative of the Ministry of Trade for this meeting unless the members of the board of directors applied. Therefore, it was not possible for all shareholders to come together to convene a general assembly meeting without complying with the call procedure.

Recognising this problem, the legislator introduced Art. 35/1, Sentence 3 of the BTY and determined who shall request the representative of the Ministry in the meetings to be held without complying with the call procedure. Pursuant to this provision, in the event that the board of directors is not present or it is not possible to constitute a quorum for the meeting of the board of directors, the appointment of a representative of the Ministry may be requested by the petition of the shareholders or all of their representatives, whose signatures are notarised, in the event that a meeting is desired to be held without complying with the call procedure for the sole purpose of electing the members of the board of directors.

However, there is no difference in terms of the agenda items to be discussed between the meetings to be held with and without a call procedure. It is unacceptable that the agenda restriction, which is not foreseen in the TCC, is indirectly foreseen pursuant to the BTY. In this case, the BTY regulation should be interpreted together with the TCC.

Pursuant to the main conclusions reached in this study, if the presence of the representative of the Ministry of Trade is mandatory in the general assembly meetings to be held without complying with the call procedure, all shareholders may come together and make an application. In fact, each shareholder should be given the opportunity to apply for the appointment of a representative of the Ministry of Trade. However, the regulation must be amended for this purpose. Providing this application opportunity to each shareholder may burden the company with unnecessary costs. In this case, if each shareholder is given the opportunity to apply, the applicant should bear the expenses of the representative of the Ministry of Trade appointed upon this application. If the meeting is held, the applicant may claim these expenses from the company.

According to the Regulation, in order to request a representative of the Ministry, an application must be made at least ten days prior to the meeting. However, meetings to be held without complying with the call procedure are preferred by the shareholders since they can be held faster than the meetings with a call. Therefore, the 10-day period in the regulation should not be applied for meetings to be held without complying with the call procedure. Applications made 2 to 5 days before the meeting should be accepted.

Giriş

Anonim ortaklık genel kurul ve yönetim kurulundan oluşan iki zorunlu organa sahiptir¹. Genel kurul anonim ortaklığın iradesinin birçok temel hususta meydana geldiği organdır.

Genel kurul esasen pay sahiplerinin bir araya gelmesi ile teşekkül eder. Pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını -istisnalar saklı kalmak kaydıyla- genel kurulda kullanır. Genel kurul bir kurul organ olarak toplanıp karar alır.

Genel kurulun toplantı yapabilmesi için TTK² m. 410 vd. hükümlerine göre ya usulüne göre bir çağrı yapılmalı ya da TTK m. 416 uyarınca belirli şartlarda çağrı usulüne uyulmadan bir toplantı yapılmalıdır. TTK'nın öngördüğü çağrı usulünün amacı, bütün pay sahiplerine genel kurul toplantısını ve gündemini zamanında haberdar ederek, onların haklarını kullanabilme, menfaatlerini koruyabilme fırsatını sağlayabilmektir. TTK m. 416 uyarınca çağrı usulüne uyulmadan yapılan genel kurulda istisnasız bütün pay sahipleri veya temsilcileri hazır bulunduğundan çağrı ile ulaşılmak istenen sonuç burada zaten mündemiçtir.

Kanun koyucu genel kurulun toplanmasının bu denli sıkı koşullara bağlanması ile yetinmeyip, belirli durumlarda genel kurul toplantısında Ticaret Bakanlığı temsilcisinin (Bakanlık temsilcisi) katılımını da şart koşmuştur.

Bakanlık temsilcisi genel kurul toplantısının Kanuna, esas sözleşmeye ve diğer mevzuata uygun olarak yapılıp yapılmadığını gözetir. Genel kurul toplantı tutanağının mevzuata uygun tutulmasını sağlar. Genel kurul kararlarının alınmasıyla ilgili gördüğü hukuka aykırılık ve usulsüzlükleri toplantı tutanağına geçirir ve genel kurul toplantı tutanağını imzalar (BTY³ m. 34/1).

Bu veçheden bakıldığında Bakanlık temsilcisi uygulaması ile genel kurul toplantıları üzerinde bir dış (kamusal) denetim sağlanmaktadır⁴. Bunun sonucu

¹ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2024) 127.

² Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

³ Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, RG 28.11.2012/28481.

⁴ Mehmet Helvacı, *Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması* (Beta Yayınevi 1997) 1; Necla Akdağ Güney, 'Çağrısız Genel Kurul Toplantısı ve Toplantıda Bakanlık Temsilcisi Bulundurma

olarak Bakanlık temsilcisinin -gerektiği hâlde- toplantıda yer almaması ise genel kurulda alınan kararların sakatlanmasına yol açmaktadır.

Mevzuatımız genel kurul toplantılarına Bakanlık temsilcisinin katılma talebini tercih edilen toplantı çağrı usulüne endeksleyerek alternatifli olarak belirlemiştir. Bu çalışmada çağrı usulüne uyulmadan yapılacak genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi talebine ilişkin mevzuatta yer verilen hükümlere eleştirel bir bakış açısı sunulmaktadır⁵.

I. Genel Kurul Toplantılarında Bakanlık Temsilcisinin Bulunması

TTK m. 407/3 hükmünde anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması gereken hâllere ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Genel kurulun çağrı üzerine veya TTK m. 416 uyarınca çağrı usulüne uyulmadan toplanması, Bakanlık temsilcisinin bulunmasının gerekliliği açısından bir fark oluşturmamaktadır⁶. Bir diğer söylemle her iki çeşit toplantıda da Bakanlık temsilcisinin bulunma koşulları TTK m. 407/3 ve BTY m. 32 hükümlerine göre belirlenir.

Kanun koyucu Bakanlık temsilcisinin bazı genel kurul toplantılarında bulunmasını zorunlu tutmuşken, bunun dışındaki toplantılarda belirli şartların sağlanması hâlinde ihtiyari olarak bulunabileceğini düzenlemiştir. Gerek zorun-

Zorunluluğuna Dair Düşünceler', in Korkut Özkorkut, Gökhan Aydoğan, Pınar Başak Coşkun, Ece Özden, Gülce Korkmaz, Zeynep Özkan (eds), *Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağanı* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 445, 460.

⁵ Bu çalışmada ele alınan sorun ve çözüm önerileri salt pay sahiplerinden müteşekkil genel kurula ait olup, imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin değerlendirmeler çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır.

⁶ Akdağ Güney (n 4) 460. TTK m. 407/3 hükmü TBMM'nin 23. Dönem 5. Yasama Yılı 51. Birleşiminde verilen bir önerge ile son hâlini almıştır. Bu önergenin gerekçesinde dikkate değer şu açıklamalara yer verilmiştir: "Bilindiği üzere, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gereğince anonim şirketlerin genel kurullarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunluluğu vardı. Tasarıda da aynı zorunluluk öngörülmektedir. Özellikle aile şirketi şeklindeki anonim şirketler ile bir kişi ile kurulacak anonim şirketlerde Bakanlık temsilcisinin zorunlu olarak bulundurulmasında kamu yararı görülmediği gibi tasarıda yapılacak bu düzenleme ile bu tür şirketler için kolaylık getirilmekte ve ortaya çıkacak maliyetler ile zaman kayıplarının önüne geçilmesi sağlanmış olacaktır." Bu gerekçeye rağmen BTY' de neredeyse tamamen küçük aile şirketlerinde rastlanan çağrı usulüne uyulmaksızın yapılan genel kurul toplantıları için dahi Bakanlık temsilcisi atanmasının öngörülmesi, hükmü düzenleyen kanun koyucunun gerekçesi ile örtüşmemektedir. (Bkz. <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-7>> Erişim Tarihi 10.11.2024). Eleştiriler için bkz. Akdağ Güney (n 4) 465-466.

lu gerek ihtiyari olarak görevlendirildiği toplantılarda Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararlar geçersizdir⁷. Öğretideki ağırlıklı görüş uyarınca bu geçersizliğin hukuki niteliği, genel kurulda alınan kararların yoklukla malul olmasıdır⁸. Yargıtay'ın müstakar kararlarının da bu yönde olduğunun altı çizilmelidir⁹. Öğretide azınlıkta kalan görüş ise Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların batıl olduğunu savunmaktadır¹⁰. Yaptırımın niteliği konusunda ihtilaf olsa da Bakanlık temsilcisinin bulunması gerektiği hâlde hazır olmadığı toplantılarda alınan genel kurul kararları en baştan itibaren geçersizdir¹¹.

⁷ Bu sonuç Yönetmelikte de açıkça belirtilmiştir. BTY m. 27/1, a uyarınca BTY m. 32'de sayılan genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunmaması hâlinde genel kurul toplantısı yapılamaz. BTY m. 32/4 hükmü gereğince BTY m. 32/1., 2., 3. fıkraları uyarınca Bakanlık temsilcisinin görevlendirildiği toplantılarda Bakanlık temsilcisinin yokluğunda alınan kararların geçerli olmadığı ifade edilmiştir.

⁸ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020) 126; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (9. Bası, Adalet Yayınevi 2024) 352; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (n 1) 168; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin Yayınları 2022) 508; Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II* (Vedat Kitapçılık 2010) 776; Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa Yayınları 1989) 80, 146. Kırcı da aynı görüşü savunur. Yazar bu sonucun, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunluluğu olmadan genel kurulu toplantıya çağırınların (BTY m. 32/2) veya azlığın (BTY m. 32/3) talebi üzerine Bakanlık temsilcisinin görevlendirildiği genel kurul toplantılarında alınan kararlar için de geçerli olacağını ifade eder. Bkz. İsmail Kırcı, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 8. Bahtiyar, Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılıp, toplantı tutanağını imzalamadığı ya da toplantıyı terk ettiği durumlarda alınan kararların yokluk yaptırımına tabi tutulmaması gerektiğini, burada alınan kararların butlanından bahsedilmesinin menfaatler dengesine daha uygun düşeceğini de ifade etmektedir. Bkz. Mehmet Bahtiyar, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri', in Mustafa Topaloğlu, Işık Özer (eds), *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017* (Seçkin Yayınları 2019) 35, 63.

⁹ Yargıtay HGK, 50/20, 06.02.1957, Yargıtay 11 HD, 1512/1491, 05.04.1982 tarihli kararları için bkz. Moroğlu (n 8) 126 dn. 208; Yargıtay 11 HD, E 2020/277 K 2021/4960, 10.06.2021 tarihli kararı için bkz. <<https://kazanci.com.tr/>> Erişim Tarihi 06.11.2024.

¹⁰ Çamoğlu'nun bu yöndeki görüşü için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021) 544.

¹¹ Hukuki işlemlerin yokluğu ve butlanı arasında sonuçları itibariyle büyük farklılıkların bulunmadığının da altını çizmeliyiz. Aradaki kayda değer bir fark olarak, butlanın uzun bir süre sonra ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı denetimine tabi tutulabildiğine, ancak yokluğun tespitinden sonra bu denetimin yapılmadığına işaret etmekle yetiniyoruz. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1 Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme* (4. Basıdan 7. Tıpkı Basım, Filiz Kitabevi 2017) 581 vd.; Moroğlu (n 8) 35 vd.

A. Bakanlık Temsilcisinin Bulunmasının Zorunlu Olduğu Genel Kurul Toplantıları

eTTK¹² döneminde, eTTK m. 297 ve m. 378/2 uyarınca anonim ortaklıkların bütün genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunda idi [BKY (1996¹³) m. 8, BKY (1975¹⁴) m. 3]¹⁵.

TTK m. 407/3 hükmüne göre TTK m. 333 uyarınca kuruluşu veya esas sözleşme değişiklikleri Bakanlık iznine tabi anonim ortaklıkların bütün genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulunur¹⁶.

Bunun yanı sıra TTK m. 407/3 hükmünün verdiği yetkiye¹⁷ dayanarak düzenlenen BTY'de, m. 32/1, a bendi uyarınca gündeminde; sermaye artırımı, sermaye azaltılması, kayıtlı sermaye sistemine geçilmesi, kayıtlı sermaye sisteminden çıkılması, kayıtlı sermaye tavanının artırılması, faaliyet konusunun değiştirilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşme, bölünme ve tür değişikliği konuları bulunan genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi bulunma-

¹² (Mülga) Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

¹³ Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik, RG 07.08.1996/22720.

¹⁴ Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantılarında Görevlendirilecek Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik, RG 02.03.1975/15165.

¹⁵ Birçoğu yerine bkz. Domaniç (n 8) 776.

¹⁶ TTK m. 333 hükmüne göre Ticaret Bakanlığı (eski adı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı) tarafından yayınlanan tebliğle faaliyet alanları belirlenip ilan edilen bazı anonim ortaklıkların Bakanlığının izni ile kurulur. Bu ortaklıkların esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. 15.11.2012 tarihli 28468 sayılı Resmî Gazete yayınlanan "Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ" m. 5 hükmü uyarınca bu ortaklıklar şu şekilde belirlenmiştir: "Bankalar, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri, tüketici finansmanı ve kart hizmetleri şirketleri, varlık yönetim şirketleri, sigorta şirketleri, anonim şirket şeklinde kurulan holdingler, döviz büfesi işleten şirketler, umumi mağazacılıkla uğraşan şirketler, tarım ürünleri lisanslı depoculuk şirketleri, ürün ihtisas borsası şirketleri, bağımsız denetim şirketleri, gözetim şirketleri, teknoloji geliştirme bölgesi yönetici şirketleri, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi şirketler ile serbest bölge kurucusu ve işleticisi şirketlerin kuruluşları ve esas sözleşme değişiklikleri Bakanlığın iznine tabidir. Ancak, kayıtlı sermaye sistemine kabul edilen Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık anonim şirketlerin kayıtlı sermaye tavanı içinde yapacakları sermaye artışlarında Bakanlık izni aranmaz."

¹⁷ TTK m. 407/3 hükmü uyarınca idareye hangi durumlarda ve hangi gündem maddelerinin görüşülmesi esnasında Bakanlık temsilcisinin bulundurulacağı yetkisinin tanınmasının kanun yapma tekniğine uygun olmadığı Akdağ Güney tarafından dile getirilmektedir. Bkz. Akdağ Güney (n 4) 464 dn. 55.

sı zorunludur. Ayrıca genel kurula elektronik ortamda katılım sistemini uygulayan ortaklıkların genel kurul toplantılarında (BTY m. 32/1, b bendi), yurt dışında yapılacak bütün genel kurul toplantılarında (BTY m. 32/1, c bendi), yurt dışında yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantılarında da (BTY m. 32/1, ç bendi) Bakanlık temsilcisinin bulunması gerekir.

B. Bakanlık Temsilcisinin İhtiyari Olarak Talep Edilebileceği Genel Kurul Toplantıları

BTY m. 32/1 hükmünde sayılanlar dışındaki genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu değildir. TTK m. 333 uyarınca belirlenen anonim ortaklıkların genel kurul toplantıları hariç olmak üzere tek pay sahipli anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarında veya imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantılarında da Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunlu değildir.

Bakanlık temsilcisinin katılımının zorunlu olmadığı toplantılarda BTY m. 32/2 hükmünün ikinci cümlesi uyarınca genel kurulu toplantıya çağırılanlar talep etmesi ve bu talebin görevlendirme makamınca uygun görülmesi hâlinde genel kurul toplantısına katılmak üzere Bakanlık temsilcisi görevlendirilebilir.

BTY m. 32/3 uyarınca sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahipleri tarafından, gerekçeleri belirtilmek suretiyle toplantıya Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesine ilişkin talep ortaklığa¹⁸ yapılır¹⁹. Toplantıya çağırılanlar bu talebi görevlendirme makamına iletmek zorundadırlar²⁰.

Bakanlık temsilcisinin bulunmasının zorunlu olmadığı toplantılar için, çağrı yapanlar dışındakilerin Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi için görevlendirme makamına doğrudan yapacakları başvurular dikkate alınmaz (BTY m. 32/3).

¹⁸ Ortaklığa yapılacak bu talebin yönetim kuruluna yöneltilmesi gerektiği hakkında Çamoğlu'nun görüşü için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 557.

¹⁹ Yönetmelik hükmü ile azlık hakkı tanınması da eleştirilmektedir. Bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (n 1) 162.

²⁰ Bu hükme aykırılığın yaptırımını ise belirsizdir. Toplantıya çağırılanların bu yükümlülüğe aykırı davranması hâlinde temsilci bulunmaması ile ihlal arasında bağlantı kurulabileceği ölçüde iptal davasına gerekçe oluşturabilecektir. Bkz. Mehmet Bahtiyar ve Esra Hamamcioğlu, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları* (Beta Yayınevi 2014) 78. Bilgili/ Demirkapı talebin ortaklığa yapılacağıının belirtilmesinin ardından, talebin toplantıya çağırılanlar tarafından yerine getirileceğini haklı olarak ilginç bulmaktadırlar. Yazarlar burada doğrudan çağrıyı gerçekleştirenlerden talepte bulunulmasının veya azlığın doğrudan Bakanlığa başvurusuna izin verilmesinin, hakkın kullanımı açısından daha etkili olacağı kanaatini serdetmektedirler. Bkz. Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Bası, Dora 2013) 302.

İhtiyari olarak Bakanlık temsilcisi taleplerini Bakanlığın kabul etmesi ise zorunlu değildir²¹.

II. Bakanlık Temsilcisinin Talep Edilmesi

Anonim ortaklık genel kurul toplantısına katılması için Bakanlık temsilcisi BTY'de belirlenen yetkililer ve öngörülen usul uyarınca görevlendirme makamından talep edilir (BTY m. 37).

A. Talep Yetkilisi

Bakanlık temsilcisinin atanması için başvuru yetkilileri BTY m. 35 hükmünde düzenlenmiştir. BTY m. 35/1 hükmünde 09.10.2020 tarihinden önce salt çağrı yetkilileri esas alınarak düzenleme yapılmıştı. 09.10.2020 tarihinde anılan fıkraya eklenen üçüncü cümle ile çağrı usulüne uyulmadan yapılacak toplantılar için de Bakanlık temsilcisinin atanmasına ilişkin bir hüküm ihdas edilmiştir²².

1. Çağrı Usulüne Uygun Yapılan Genel Kurul Toplantıları İçin

BTY m. 35/1 uyarınca toplantı çağrısı yönetim kurulu tarafından yapılan genel kurul toplantılarda Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi için, yönetim kurulu üyelerinden herhangi biri tarafından veya ortaklığı temsile yetkili kılınan kişilerce²³ toplantının yeri, gün ve saati bildirilmek kaydıyla toplantı tarihinden en az on gün önceden BTY EK-1'deki örneğe uygun dilekçe ile fiziki ortamda veya MERSİS üzerinden elektronik ortamda müracaat edilmelidir.

Genel kurulun toplantı çağrısının yönetim kurulu dışında yetkili olanlar tarafından yapılması hâlinde bu kişilerin imzaladığı dilekçe²⁴ ile Bakanlık temsilcisi talep edilmelidir.

²¹ Bilgili ve Demirkapı (n 20) 301; Bahtiyar ve Hamamcıoğlu (n 20) 78.

²² Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 09.10.2020/31269, m. 13.

²³ BKY (1996) m. 16 uyarınca şirketi temsil ve ilzama yetkili kişiler başvuru yapabilmekteydi. Genel kurul denetçiler veya tasfiye memurları tarafından toplantıya çağrılmışsa bunlar da başvuru yapabilmekteydi.

²⁴ Dilekçenin özellikle belirtilmesi burada ıslak imzalı belge kullanımına işaret etmektedir. Gelişen teknolojik imkânlar çerçevesinde elektronik ortamda başvuru imkânı diğer talep sahipleri için de getirilmelidir.

2. Çağrı Usulüne Uyulmaksızın Yapılan Genel Kurul Toplantıları İçin

Yönetim kurulunun mevcut olmaması veya yönetim kurulu toplantı nisabı oluşmasına imkân bulunmaması²⁵ ve BTY m. 12 uyarınca münhasıran yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi amacıyla çağrı usulüne uyulmadan toplantı yapmak istenmesi hâlinde pay sahiplerinin veya temsilcilerinin tamamının imzaları noterce onaylanmış dilekçesiyle de Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi istenebilir (BTY m. 35/1, c. 3).

BTY m. 35/1, c. 3 ile getirilen düzenlemenin TTK m. 416 hükmündeki kural ile bağdaşmadığı, iki hükmün birbiriyle uyum içerisinde olmadığı kanaatini taşımaktadır²⁶.

a. Çağrı Usulüne Uyulmaksızın Yapılan Toplantıların Öngörülme Amacı

TTK m. 416 uyarınca genel kurul bütün payların sahipleri veya temsilcileri ile aralarından herhangi biri itirazda bulunmadığı takdirde, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın²⁷ da toplanabilir^{28,29}. Ancak genel kurul toplantılarının yapılmasına

²⁵ TTK m. 410/2'de tek pay sahibinin genel kurulun toplantıya çağrılması için mahkemeye müraعات edebileceği üç hâl sayılmıştır: Yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması, yönetim kurulunun mevcut olmaması. TTK m. 410/2 hükmü, yönetim kurulunun genel kurul toplantısına çağrı işlevini yerine getiremediği işbu durumlarda tek pay sahibine yetki vermektedir. BTY m. 35/1, c.3'te yer alan sayımda da yönetim kurulunun Bakanlık temsilcisini talep etme işlevini yerine getiremediği durumlara TTK m. 410/2'de olduğu gibi yönetim kurulunun devamlı olarak toplanamaması hâlinin de eklenmesi gerekirdi.

²⁶ Ele aldığımız bu sorun eTTK döneminde gündeme gelmemiştir. Zira eTTK uyarınca her yönetim kurulu üyesi zaten pay sahibi olmak zorunda idi (eTTK m. 312/2). Bkz. Domaniç (n 8) 466; İmregün (n 8) 199. Yönetim kurulu üyesi dışında pay sahibi olan kişiler talep ettiği hâlde yönetim kurulu üyelerinin bu talebi görmezden gelmesi ilk etapta önem arz etmiyordu. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyesi toplantıya katılmadan çağrı usulüne uyulmaksızın genel kurul toplantısı yapılamamaktaydı. TTK m. 359 uyarınca artık yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olma zorunlulukları yoktur. Böylece TTK m. 407/2 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin tamamının katılmadığı bir toplantı da geçerli bir toplantı olacaktır. TTK m. 416 hükmü de bu sonucu desteklemektedir.

²⁷ Çağrının hiç yapılmaması, çağrının eksik veya hatalı yapılması hâlinde de TTK m. 416 uyarınca toplantı yapılabilir. Bu açıdan TTK m. 416 hükmü çağrı usulündeki eksiklikleri giderici bir işlevi de yerine getirmektedir. Bu yönde görüş ve içtihatlar için bkz. Ünal Tekinalp, 'Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)' (1968) XV (4) İktisat ve Maliye Dergisi 156, 156-157; Akdağ Güney (n 4) 446-447; Burçak Yıldız, 'Çağrısız Genel Kurul ve Ticaret Sicili Açısından Bazı Değerlendirmeler', in Sevilay Uzunallı, Mehmet Ak (eds), *Ticaret Sicili ve Şirketler Hukukuna Et-kileri Sempozyumu* (Seçkin Yayınları 2023) 115, 128 vd.

²⁸ Bu açıdan çağrı usulüne uyulmaksızın yapılan toplantılar, çağrı üzerine yapılan toplantılara göre istisnai karakterdedir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 533.

yönelik diğer kurallara uyulmak zorundadır³⁰. Bu hüküm pratik bir amacı gerçekleştirilmeye yönelmiştir. Özellikle küçük ve aile tipi anonim ortaklıklarda yaygın olarak kullanılan bir usuldür³¹.

Genel kurul toplantılarına çağrı usulü TTK m. 410 vd. hükümlerinde ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Çağrıya ilişkin öngörülen ayrıntılı kuralların *ratio legis*, pay sahiplerinin kural olarak ortaklık işlerine ilişkin haklarını kullanabilecekleri tek ortam olan genel kurul toplantısından bütün pay sahiplerini haberdar etmektir. Böylece pay sahipleri toplantının gündemini öğrenerek hazırlık yapabilme, sahip olduğu hakları toplantıda daha bilinçli kullanabilme imkânına erişir³². Çağrı usulünde yapılacak ihlaller pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılamamasına ve dolayısıyla ortaklığa karşı sahip olduğu haklarını kullanmamasına yol açabileceğinden, genel kurul toplantısına çağrının usulsüz yapılması çeşitli kademelerde yaptırımlara tabi tutulmuştur³³.

²⁹ Tüm pay sahiplerinin tesadüfen veya toplantı yapmak dışında başka bir amaçla bir arada bulunduğu durumların kendiliğinden genel kurul toplantısı anlamına gelmeyeceğine de işaret etmeliyiz. Bkz. Akdağ Güney (n 4) 447; Dietmar Kubis, '§§118-132' in Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 3 §§118-178* (6. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG 2024) §121 Rn. 107; Ulrich Noack ve Dirk Zetzsche, *Kölner Kommentar Zum Aktiengesetz Band 3-2. Teillieferung §§ 121-130 AktG* (3. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011) §121 Rn. 202; Arthur Meier-Hayoz, Peter Forstmoser ve Rolf Sethe, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (12. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2018) §16 Rn. 484. Brigitte Tanner, 'Art. 698-706b' in Lukas Handschin (ed), *Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2018) Art. 701 Rn. 6. Ancak şunu ilave etmek gerekir ki bu birliklilik TTK m. 416 uyarınca genel kurul toplantısı yapma olanağına da mündemictir. Yeter ki tüm pay sahipleri tesadüfen bir arada buldukları esnada genel kurul toplantısı yapma iradesi ile harekete geçmiş olsunlar.

³⁰ Gerekirse Bakanlık temsilcisinin katılımı, müzakere, oy kullanma, karar alma, tutanak tanzimi gibi hususlara ilişkin kurallara burada da uyulmalıdır. Bkz. Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (n 1) 145-146. Bahtiyar, çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılarda da en geç toplantı başında belirlenmesi gereken bir gündemin bulunduğunu ifade eder. Yazar bizce de haklı olarak bu gündemin toplantı öncesinde belirli bir usul takip edilerek açıklanmasının mümkün olmadığını da eklemektedir. Bkz. Mehmet Bahtiyar, 'Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayıları', in Mustafa Emir Üstündağ (ed), *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a İthafen İlmî Makaleler II* (Aristo Yayınevi 2021) 175, 180-181. Akdağ Güney, TTK m. 416'da yer alan "genel kurula katılmaya ve genel kurul toplantılarının yapılmasına ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla" ibaresinden çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin bulundurulması anlamının çıkartılmayacağını savunmaktadır. Bkz. Akdağ Güney (n 4) 466.

³¹ Tekinalp, 'Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)' (n 27) 156; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (n 1) 145; Meier-Hayoz, Forstmoser ve Sethe (n 29) §16 Rn. 483.

³² Bahtiyar, 'Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayıları' (n 30) 175.

³³ Birçoğu yerine bkz. Moroğlu (n 8) 110.

Kanun koyucu çağrı usulünün hedeflediği amaca pratikte ulaşıldığı takdirde, bir diğer söylemle bütün pay sahiplerinin eksiksiz toplanabildiği ve çağrıya gerek kalmadığı durumlarda, çağrı usulünün hantal, masraflı prosedürünün işletilmesinin gerekmediğine hükmetmiştir. Çağrı usulüne uyulmaksızın toplantı yapılması, ortaklıklara çağrı usulüne nispeten daha süratli, az masraflı, kolaylaştırılmış bir prosedür ile karar alma imkânı sunmaktadır. TTK m. 416'nın *ratio legis*, çağrı usulü ile öngörülen amaca hanel getirmeden anonim ortaklık pay sahiplerine genel kurulda karar alma imkânı sunulmasıdır³⁴.

b. Çağrı Usulüne Uyulmaksızın Yapılan Toplantılarda Bulunması Zorunlu Olan Kişiler

Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılan toplantılarda TTK m. 416 uyarınca öncelikle bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bulunması gerekir. Bununla beraber TTK m. 407/2 uyarınca murahhas üyelerin tamamı ve yönetim kurulu üyelerinden en az bir tanesinin toplantıda bulunması da şarttır. Denetçi de genel kurulda hazır bulunur. TTK m. 407/2 hükmünde getirilen bu kurala aykırılığın yaptırımını öğretide tartışılmıştır. Bizim de katıldığımız çoğunluk görüş uyarınca murahhas üyelerin, en az bir yönetim kurulu üyesinin ve denetçinin toplantıda bulunmaması genel kurul toplantısında alınan kararları sakatlamaz³⁵. Bu görüş TTK m. 407 gerekçesinde de açıkça zikredilmiştir. Hiç şüphesiz TTK m. 407/2 uyarınca toplantıya katılması öngörülen kişilerin toplantıda yer almaması bu kişilerin hukuki sorumluluklarını ortadan kaldırmaz³⁶.

³⁴ Ayrıca bkz. Bahtiyar, 'Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayıları' (n 30) 175 vd.; Akdağ Güney (n 4) 445 vd.

³⁵ Moroğlu (n 8) 125-126. Aynı yönde TTK m. 407/2'ye aykırılığın özel olarak sorumluluk nedeni ve azil gerekçesi olabileceği, genel kurul kararlarının iptali bakımından ise TTK m. 407/2'nin değil, bilgi alma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile dava açılmasının mümkün olduğu yönünde bkz. Kubis (n 29) §118 Rn. 109; Abuzer Kendigelen ve M. Halil Çonkar, 'Genel Kurula İlişkin Uygulamada Karşılaşılan İki Güncel Sorun' in İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha Yayınları 2019) 675, 684-686; Kırca (n 8) 113; Ömer Teoman, 'Yürürlükteki Hukumuza ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar' (2009) 25 (4 - Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan) BATİDER 19, 33; Ayşegül Sezgin Huysal, 'Genel Kurul' in Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku* (2. Bası, Mimoza Yayınları 2013) 519, 537. Aksi yönde Çamoğlu TTK m. 407/2 ve m. 407/3'ün emredici nitelikte olduğunu, bu gereklere uyulmamasının toplantıyı batıl kılacağını belirtmektedir. Bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 10) 544. Pulaşlı ise murahhas üyelerin ve en az bir yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmamasının o toplantıda alınan kararların iptaline yol açabileceğini belirtir. Bkz. Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (n 8) 365. Bu konuda daha kapsamlı açıklamalar için bkz. Kendigelen ve Çonkar (n 35) 675 vd.

³⁶ Moroğlu (n 8) 126; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020) 309.

Kanaatimizce çağrı usulüne uyulmadan yapılacak genel kurul toplantılarının salt pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bir araya gelmesi ile yapılması mümkündür. Bu toplantıda TTK m. 407/3 ve BTY m. 32 uyarınca zorunluysa veya tercihen talep ediliyorsa Bakanlık temsilcisinin katılımı da gerekir. Ortaklığın yönetim kurulu üyelerinin toplantıda yer almaması en azından toplantıda alınacak genel kurul kararlarının sıhhatine etki etmeyecektir³⁷.

c. 09.10.2020 Tarihli Değişiklikten Önceki Durum

BTY m. 35/1 hükmü gereği çağrı usulüyle yapılan genel kurul toplantıları için -asli çağrı yetkilisi olarak- yönetim kurulu üyeleri ve ortaklığı temsile yetkili kişi, Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesini talep etmek için yetkili kılınmıştır. Yönetim kurulu dışında çağrı yetkilileri (örneğin, tasfiye memurları, mahkeme tarafından atanan kayyım) tarafından bu davet yapılırsa, Bakanlık temsilcisi bu kişilerin müracaatı üzerine görevlendirilir. Bu düzenleme göstermektedir ki çağrı yetkilisi olmak, Bakanlık temsilcisi için müracaatın mihverini oluşturmaktadır. BTY m. 35/1, c. 2 ile çağrının yönetim kurulu haricinde başka kişiler tarafından da yapılabileceği, bu hâlde yönetim kurulundan Bakanlık temsilcisi talebi için harekete geçmesinin doğal olarak beklenemeyeceği göz önüne alınarak, yönetim kurulu dışındaki çağrı yetkililerinin de bu konuda görevli olduğu düzenlenmiştir.

TTK m. 416 uyarınca çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarına Bakanlık temsilcisi talebi için müracaatın kim tarafından yapılacağı hususunda 09.10.2020 tarihine kadar BTY’de düzenleme yapılmamıştı. TTK m. 416/1 lafzı uyarınca genel kurul toplantısı “*çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın*” yapılır. “*Çağrıya ilişkin usul*” ifadesi, çağrıya kimlerin yetkili olduğunu düzenleyen TTK m. 410 ila m. 412 hükümlerine de teşmil eder³⁸. BTY m. 35/1, c. 1-2 hükmü sadece toplantı çağrısını yapanları esas alarak düzenleme yaptığından,

³⁷ Akdağ Güney (n 4) 451-452; Tanner (n 29) Art. 701 Rn. 10a.

³⁸ Tekinalp, ‘Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)’ (n 27) 159; Ersin Çamoğlu, ‘Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Karşısında Sermaye Ortaklıklarında Çağrısız Genel Kurulların Pratik Değeri’ (1975) XXII (8) İktisat ve Maliye Dergisi 319, 320; Yıldız (n 27) 128. TTK m. 410-412 arasında düzenlenen çağrı yetkililerine değinmeden, TTK m. 416 hükmünde yer alan “*çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın*” ifadesinin kapsamına TTK m. 413 uyarınca gündemin ve TTK m. 414’de düzenlenen şartların girdiğini savunan görüş için bkz. Ömer Teoman, ‘Çağrısız Genel Kurul Gündemine Oybirliği ile Madde Eklenmesi (YTK 416/III)’ (2011) 27 (3) BATİDER 5, 9. Pulaşlı ise net bir şekilde çağrı usulüne uyulmaksızın toplanacak genel kurulun dahi yönetim kurulu tarafından (kanuni usule uyulmaksızın) davet edileceğini ifade etmektedir. Bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (4. Bası, Adalet Yayınevi 2022) 883.

çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisinin kimin tarafından talep edilebileceği belirsizdi.

Bu durum karşısında çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları bakımından Bakanlık temsilcisi talebinin pek tabii yönetim kurulu tarafından yapılabileceği söylenebilirdi. Zira TTK m. 374 hükmü uyarınca yönetim kurulu kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında yetkili kılınmıştır. Üstelik TTK m. 375/1, f uyarınca da genel kurul toplantılarının hazırlanması yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Öğretide, gerekiyorsa Bakanlık temsilcisi için görevlendirme talebinde bulunulması ödevi, TTK m. 375/1, f bakımından genel kurul toplantılarının hazırlanması kapsamında değerlendirilmektedir³⁹.

Gelgelelim BTY çağrı usulüne uygun olarak yapılan genel kurul toplantıları için yönetim kurulu dışında çağrı yapan kişileri de gözeterek Bakanlık temsilcisi için müracaat yetkililerini düzenlerken; TTK m. 416 uyarınca toplanacak genel kurullar için -09.10.2020 tarihine kadar düzenleme yapılmayarak- salt yönetim kurulunun talebi ile Bakanlık temsilcisinin talep edilebileceği, dolayısıyla yönetim kurulu tarafından talep edilmediği sürece Bakanlık temsilcisinin atanmadığı ve hâliyle genel kurulun da toplanamadığı bir sonucu ortaya çıkarmıştı.

Çarpıcı bir örnek üzerinden bu durumun sakıncaları şöyle müşahade edilebilir: Anonim ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri TTK m. 408/2, b uyarınca genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır. TTK m. 333 uyarınca belirlenen bir anonim ortaklıkta yönetim kurulunun pay sahibi olmayan üyelerden oluştuğu ihtimalde, bu üyelerin görevden alınması adına TTK m. 416 uyarınca toplantı yapılabilmesi için, azli istenen yönetim kurulu üyelerinin bu toplantıya Bakanlık temsilcisinin atanması için müracaatta bulunması gerekir. Şayet yönetim kurulu üyeleri genel kurulun kendileri hakkında azil kararı almasını engellemek adına bu genel kurul toplantısına Bakanlık temsilcisi atanması için müracaat etmezse, Bakanlık temsilcisinin bulunmadığı genel kurul toplantısında azil kararı alınmaz. Bu ihtimalde pay sahipleri TTK m. 411 uyarınca yönetim kurulundan usulünce toplantı çağrısının yapılmasını istemesi gerekecektir. Yönetim kurulu bu

³⁹ Kırca'nın bu yöndeki tespiti için bkz. İsmail Kırca, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 566.

talebi TTK m. 412 uyarınca yedi iş günü içinde olumlu cevap vermeyerek geciktirebilir. Akabinde toplantı yapılmasını isteyen pay sahiplerinin TTK m. 412 uyarınca mahkemeye başvurması ve mahkemenin de toplantı çağrısı yapılması için kayyım ataması gerecektir. Kayyımın göreve başlaması ile birlikte toplantının yapılabilmesi için TTK m. 414'te öngörülen prosedürün uygulanması beklenecektir. Velhasıl bu örnekteki pay sahipleri TTK m. 416 hükmündeki şartları sağlasa dahi, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin ayak diremesi sonucunda TTK m. 411 ve TTK m. 412 hükümlerine müracaat etmeye mecbur bırakılmaktadır⁴⁰. Bir diğer deyimle çağrı usulüne uyulmaksızın genel kurul toplantısını yapma yetkisi, Bakanlık temsilcisi atanmadığı için pay sahiplerinin elinden alınmaktadır⁴¹.

Özetle 09.10.2020 tarihinden önce BTY m. 35/1 hükmü yetersizdi. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları için Bakanlık temsilcisinin kim veya kimler tarafından talep edilebileceği açıkça ve farklı ihtimaller gözetilerek düzenlenmemiştir. Bu hâliyle salt yönetim kurulunun başvuru yapabilmesi de uygulamada sorunların çıkmasına gebeydi.

ç. BTY m. 35/1, c. 3 Hükmünün Ortaya Çıkardığı Panorama

BTY m. 35/1, c. 3 hükmü ile yönetim kurulunun mevcut olmaması veya yönetim kurulu toplantı nisabı oluşmasına imkân bulunmaması ve münhasıran yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi amacıyla çağrı usulüne uyulmadan toplantı yapılmak istenmesi hâlinde pay sahiplerinin veya temsilcilerinin tamamının imzaları noterce onaylanmış dilekçesiyle de Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi istenebileceği düzenlenmiştir⁴². Bu düzenleme de 09.10.2020 tarihinden önce ortaya çıkan sorunların birçoğuna çözüm sunamamıştır.

⁴⁰ Aynı şekilde TTK m. 333 uyarınca belirlenen anonim ortaklıklarda yönetim kurulunun mevcut olmaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya yönetim kurulunun süreli toplanamaması hâlinde yeni yönetim kurulu üyelerini seçmek üzere pay sahipleri TTK m. 416 uyarınca çağrı usulüne uyulmaksızın toplantı yapmayacaklardı. Bu hâlde de pay sahipleri yüzde yüz toplantı nisabını sağladıkları ihtimalde dahi ya TTK m. 410/2 uyarınca mahkemeye başvurarak toplantı çağrı yetkisi talep edeceklerdi ya da TTK m. 530 uyarınca organ eksikliğinin giderilmesi için mahkemeye başvuracaklardı.

⁴¹ Benzer düşüncede bkz. Ahmet Abut, 'Çağrısız Genel Kurul Toplantılarında Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi' (27 Kasım 2020) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/20>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024.

⁴² Benzer bir düzenleme BKY (1996) m. 9/g'de vardı: "Ortakların tamamının imzaları noterce onaylanmış bir yazı ile genel kurul olarak toplanmak istediklerini Bakanlığa bildirmeleri durumunda, yalnızca şirket organlarının oluşturulması amacıyla toplantı yapılabilir."

BTY m. 35/1, c. 3 hükmünün anlamını ortaya çıkaracak analiz şu şekilde yapılabilir:

BTY m. 35/1 fıkrasının ilk iki cümlesi kesinlik belirten yüklem çekimleriyle kurulmuştur. Üçüncü cümlenin yüklemine bir olanağı, tercihi ifade eden “-*ebilmek*” fiiliyle birleşerek kurulması, cümlenin sonunda “...*dilekçesiyle de...*” ibaresinde yer alan “*de*” bağlacına yer verilmesi, çağrı usulüne uyulmadan yapılacak genel kurul toplantılarında Bakanlık temsilcisi talebi için asli bir görevlinin var olduğu anlamını cümlenin sözel yorum çanağına yerleştirmektedir.

Üstelik BTY m. 35/1, c. 3’te, yönetim organının mevcut olmaması veya yönetim kurulu toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması hâlinde, yönetim kurulunun seçilmesi amacıyla çağrı usulüne uyulmaksızın genel kurul toplantısı yapılmak istendiğinde Bakanlık temsilcisi talebinin bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin vasıtasıyla yapılacağı düzenlenmesi, hükmün mefhumu muhalif (a contrario) yorumundan, hükümde düzenlenen ihtimal dışında çağrı usulüne uyulmadan genel kurul toplantısı yapılmak istendiğinde Bakanlık Temsilcisi talebi için yönetim kurulunun görevli olduğuna da işaret etmektedir. BTY m. 35/1, c. 3 hükmünün yönetim kurulunun yeniden teşekkül edebilmesine odaklanması da bu yorumu desteklemektedir.

Dahası TTK m. 375/1, f uyarınca yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görevleri arasında genel kurul toplantılarının hazırlanması da zikredilmiştir⁴³.

BTY m. 35/1, c. 3 hükmü çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısının, yönetim kurulunun mevcut olmaması veya yönetim kurulunun toplantı nisabının sağlanamaması hâlinde salt yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi için toplanabileceği yorumuna kapı aralamıştır.

Keza mezkur düzenleme yönetim kurulunun seçimine yönelik gündemin görüşülmesi için toplantıda Bakanlık temsilcisinin bulunmasının gerekli olduğuna dair yanlış anlamaya da yol açabilecektir. Hâlbuki genel kurul toplantısında yönetim kurulunu seçmek salt bir gündem maddesi olarak Bakanlık temsilcisinin bulunmasını gerektirmez (BTY m. 32/1, 2). Bu gündem maddesi ancak; TTK m. 333 uyarınca belirlenen anonim ortaklıkların genel kurul toplantılarında, birden çok pay sahipli diğer anonim ortaklıkların elektronik ortamda katılımla veya yurt dışında yapılacak genel kurul toplantılarında görüşülecekse, o toplan-

⁴³ Bkz. yukarıda II.A.2.c numaralı başlıktaki açıklamalarımız.

tıda Bakanlık temsilcisinin bulunması zorunludur. Sistematik yorum ile ele alındığında BTY m. 35/1, c. 3'de yer alan düzenlemenin "*Bakanlık temsilcisi bulunmaması zorunluluğu*" başlıklı BTY m. 32 hükmüne değil de, "*Bakanlık temsilcisi istenmesi*" kenar başlıklı BTY m. 35 hükmünün ilk fıkrasına eklenmesi, yönetim organı eksikliğinde çağrı usulüne uyulmaksızın genel kurul toplantısı yapılması için Bakanlık temsilcisi talebinin BTY m. 32/1 hükmünde belirtilen durumlar yoksa ihtiyari nitelik taşıdığı sonucunu desteklemektedir.

d. BTY m. 35/1, c. 3 Hükmünün TTK m. 416 Hükmüne Uygun Yorumlanması

Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları için asli olarak yönetim kurulunun Bakanlık temsilcisi talep edebileceğinin altı çizilmelidir. BTY m. 35/1, c. 1 hükmü, çağrısı yönetim kurulu tarafından tertiplenen toplantılar için yönetim kurulu üyelerinden herhangi birinin veya ortaklığı temsile yetkili kişilerin Bakanlık temsilcisi için müracaatta bulunabileceğini belirtmektedir. BTY m. 35/1, c. 3 hükmünün lafzen kapsamına girmeyen gündem konularında çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında da BTY m. 35/1, c. 1 hükmünün kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Böylece yönetim kurulu üyelerinden herhangi biri veya ortaklığı temsile yetkili kişiler tarafından Bakanlık temsilcisi için müracaat yapılabilir⁴⁴.

BTY m. 35/1, c. 3'de ifade edilen durumlar yoksa ve yönetim kurulu faaliyetini icra ediyorsa, çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısında BTY m. 32/1 uyarınca bulunması zorunlu olduğu hâlde, yönetim kurulunun veya ortaklığı temsile yetkili kişinin Bakanlık temsilcisi görevlendirme talebinde bulunmaması veya sürüncemede bırakması ihtimaline karşı, BTY m. 35/1, c. 3'de getirilen düzenlemenin geniş yorumlanarak bu durumda da uygulanabileceğini düşünüyoruz⁴⁵. Zira mevcut Yönetmelik hükmünde değişiklik yapılanada yönetim kurulunun faaliyetini icra ettiği hâlde Bakanlık temsilcisi talebinde bulunmadığı ihtimal için hükümde bilinçsiz, açık bir boşluğun olduğunu söylemeliyiz⁴⁶.

⁴⁴ Bu hâlde başvuru yetkisinin asaleten (salt) yönetim kurulunda olacağı yönünde bkz. Yıldız (n 27) 131.

⁴⁵ Benzer yönde bkz. Yıldız (n 27) 131.

⁴⁶ M Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (27. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021) 96 vd. Yönetmelik hükümlerinde yer alan boşlukların da geniş anlamda kanun boşluğu kapsamında olduğu ifade edilir. Bkz. Seyfullah Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları Yayın No: 41 1993) 121.

Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında madem yasal bir çağrı yetkilisi yoktur ve tüm pay sahiplerinin hazır bulunması lüzumludur; o hâlde tek bir pay sahibinin de toplantıda bulunması zaruri olan Bakanlık temsilcisi için müracaat edebilmesi mümkün olmalı mıdır? TTK m. 407/3, c. 3'te Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılma giderleri ve ücretlerinin ortaklık tarafından karşılanacağı düzenlenmiştir. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısından en az bir pay sahibinin dahi toplantıya katılmaması veya toplantının yapılmasına itirazda bulunması genel kurulun toplanma ve karar alma imkânını ortadan kaldıracaktır. Hâliyle bu toplantıya Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi için yapılan masraflar ortaklık üzerinde kalacaktır⁴⁷. Ortaklığın gereksiz masraf yapmasını engellemek adına tüm pay sahiplerinin veya temsilcilerinin BTY m. 35/1, c. 3'te olduğu üzere birlikte hareket ederek Bakanlık temsilcisini talep etmesi makul gözükmemektedir. Bu durum en azından tüm pay sahiplerinin genel kurul toplantısına katılma ciddiyetini hem ortaklığa hem de müracaat merciine karşı izhar etmektedir. Ancak hükmün bunun dışında görünür bir işlevi yoktur. Hatta hüküm birlikte hareketi zorunlu tutarak zaman ve emek kaybına yol açabilecek iş yükünü de beraberinde getirmektedir⁴⁸. Şurası unutulmamalıdır ki, gerek tüm pay sahipleri gerek münferit pay sahibi tarafından Bakanlık temsilcisi başvurusu yapılsa da toplantıda en az bir pay sahibinin olmaması veya bir pay sahibinin toplantının yapılmasına itiraz etmesi Bakanlık temsilcisinin atanmasını boşa çıkarabilir. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantıların doğasında bu vardır. Şu hâlde çağrı usulüne uyulmadan toplanabilmeyi kolaylaştırmak adına, *de lege ferenda* her bir pay sahibine münferiden başvuru imkânı tanınabilir⁴⁹. Ancak ortaklığın gereksiz masraf yükü ile karşı karşıya kalmaması adına, bu başvuruya rağmen gerçekleşmeyen toplantılar için Bakanlık temsilcisi tayinine ilişkin yapılan masrafların başvuru üzerinde kalması sağlanabilir. Sadece tüm pay sahiplerinin başvurusu üzerine atanan Bakanlık temsilcisine ilişkin masrafların toplantı icra

⁴⁷ BTY m. 36/1, f uyarınca Bakanlık temsilcisi için müracaata Bakanlık temsilcisi ücretinin yatırıldığına dair belgenin de eklenmesi gerekir. Pay sahiplerinin yönetim kurulunun takdir ve tasarrufundan bağımsız olarak toplantıyı geçerli bir şekilde icra edebilmeleri adına, ücretin başvuru tarafından ödenmesi gerekeceğini düşünüyoruz. Başvurucular ödedikleri bu ücreti TTK m. 407/3, c. 3 hükmüne dayanarak şirketten talep edebilirler. *Akdağ Güney*'in açıklamalarında ise Bakanlık temsilcisi ücretinin en baştan şirket tarafından ödenmesi gerektiği izlenimini edinmekteyiz. Bkz. *Akdağ Güney* (n 4) 470.

⁴⁸ BTY m. 35/1, c. 3 hükmünde tüm pay sahiplerinin imzaları noterce onaylanmış dilekçe ile başvuru yapmasının düzenlendiğine burada dikkat çekmek isteriz.

⁴⁹ Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları için Bakanlık temsilcisi talebinin kim tarafından yöneltileceğinin bir öneminin olmadığı yönünde haklı tespit için bkz. *Helvacı* (n 4) 35.

edilemese de ortaklık tarafından karşılanması kabul edilebilir. Böylece hem Bakanlık temsilcisi atanmasına ilişkin başvuru kolaylaşır hem de ortaklığın gereksiz masraf yükü altında kalmaması için başvurulardaki ciddiyet korunmuş olur.

BTY m. 35/1, c. 3 hükmü sadece yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi amacıyla çağrı usulüne uyulmaksızın toplantı yapılabileceği intibasını uyandırmaktadır. Hemen ifade edilmelidir ki, TTK m. 416 ve BTY m. 12 hükümleri muvacehesinde çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında herhangi bir gündem kısıtlaması yoktur. Bir diğer deyimle bu toplantıda yönetim kurulu üyelerinin seçimi dışındaki konular hakkında da müzakere edilip, karar alınabilir⁵⁰. Bu sebepten BTY’de yer alan ifade, yanlış anlamaların önüne geçmek adına yorum faaliyetine tabi tutulmalıdır. Kanaatimizce BTY m. 35/1, c. 3’te kullanılan “...münhasıran...” kelimesi, “yalnız, sadece” anlamı ile değil “özellikle, bilhassa” anlamı ile yorumlanmalıdır⁵¹. Bu izahla evvela TTK m. 416 normunun getirmediği gündem kısıtlamasını Yönetmelik hükmünün getirdiği çağrışımına kapı tamamen kapanabilir. İkinci olarak, BTY m. 35/1, c. 3 uyarınca tüm pay sahiplerinin birlikte hareketi ile yönetim kurulu seçimi dışındaki gündem maddelerinin görüşüleceği toplantılar için de ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisi talep edilebilir. Böylece görevlendirme makamına doğrudan başvuru yapılabilir. Aksi durumda yönetim kurulu seçimi dışındaki konuların görüşüleceği çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılarda ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisinin nasıl atanacağı kendi içerisinde açmazlara sebep olacaktır. Zira Bakanlık temsilcisinin ihtiyari olarak atanmasına ilişkin hükümler BTY m. 32/2 ve m. 32/3’te çağrı usulüne uygun yapılacak genel kurul toplantıları esas alınarak düzenlenmiştir. BTY m. 32/2, c. 2 düzenlemesi uyarınca, genel kurulu “toplantıya çağırılanlar” ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesini talep edebileceğinden, çağrı usulüne uyulmadan yapılacak toplantılarda ortada teknik anlamda çağrı yapan olmadığı için bu hükmün uygulanması mümkün gözükmemektedir. BTY m. 32/3, c. 2’de bir azlık hakkı

⁵⁰ Genel kurulun yetkisindeki bütün işler hakkında çağrı usulüne uyulmaksızın yapılan toplantıda karar alınabilir. Bu konuda ayrıca bkz. Helvacı (n 4) 34; Akdağ Güney (n 4) 461; Yıldız (n 27) 117, 131; Abut (n 41); Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (Verlag Stämpfli+Cie AG 1996) §23 Rn. 5. Tabiidir ki yönetim kurulununun hazırladığı finansal tablolar, birleşme sözleşmesi hakkında genel kurulda teşekkül edecek irade beyanları yönetim kurulunun yerine getireceği bir işleme bağlı olduğundan, yönetim kurulunun üzerine düşen işi yapmadığı durumlarda genel kurulun bu yönde karar alabilmesi de mümkün değildir. Bkz. Abut (n 41).

⁵¹ Ejder Yılmaz, (*Öğrenciler İçin*) *Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 2006) 483; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 08.11.2024; Kubbealtı Lugatı <<https://lugatim.com>> Erişim Tarihi 08.11.2024.

olarak öngörülen sermayenin en az onda birini oluşturan pay sahiplerinin gerekçelerini de bildirmek suretiyle Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesine ilişkin taleplerinin ortaklığa yöneltilmesine dair hükmün çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılar için de uygulanabileceği düşünülebilir. Ancak BTY m. 32/3, c. 3 uyarınca ortaklığa ulaşan mezkur talebin de “toplantıya çağırılanlar” tarafından görevlendirme makamına yöneltilmesi zorunlu tutulmuştur. Keza BTY m. 32/3, c. 1 uyarınca “çağrı yapanlar dışındakilerin” görevlendirme makamına doğrudan başvurularının dikkate alınmayacağı kuralı da çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılar açısından bir başka çıkmaz yoldur. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılara Bakanlık temsilcisinin ihtiyari olarak görevlendirilmesinin talep edilmesi için ortaklığa yapılan başvuruyu, Bakanlık temsilcisi talebinde (BTY m. 35/1 uyarınca) asli yetkili kabul edilen yönetim kurulunun -TTK m. 416 hükmü uyarınca teknik olarak çağrı yetkilisi olmasa da- görevlendirme makamına sunabileceği kabul edilerek bir çıkış kapısı bulunabilir. Keza TTK m. 375/1, f hükmü de bu çıkarımı destekler. Ancak tüm pay sahiplerinin ortak iradesi ile ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisi talebinin ortaklığa iletilmesi ve ardından bunun yönetim kurulu tarafından görevlendirme makamına ulaştırılmasının beklenmesi pek işlevsel değildir. O hâlde *de lege lata* BTY m. 35/1, c. 3 hükmünün, yönetim kurulu seçimi haricindeki gündemlerle yapılacak toplantılar için ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisi atanması talebine uygulanması yerinde olacaktır. Kanaatimizce bu ihtiyari başvurunun BTY m. 32/3, c. 2 uyarınca gerekçeli olması da gerekir⁵².

Mevcut düzenleme karşısında, münferit pay sahiplerinin ihtiyari olarak Bakanlık temsilcisi talebi için, BTY m. 32/3 uyarınca azlık şartının sağlanması gerekir. Talebin ortaklığa yapılmasının ardından yukarıda açıkladığımız hususlar doğrultusunda, bu istem yönetim kurulu tarafından görevlendirme makamına arz edilmelidir.

B. Talebin İleri Sürülmesi Gereken Süre

BTY m. 35/1, c. 1’de çağrısı yönetim kurulu tarafından yapılan genel kurul toplantıları için Bakanlık temsilcisi için toplantı tarihinden en az on gün önce başvuru yapılmalıdır⁵³. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılar için Yönetmelikte

⁵² Bakanlık temsilcisinin zaruri olarak bulunması gereken toplantılar için Bakanlık temsilcisi talebinin gerekçeli olmasına ve bu talebin görevlendirme makamı tarafından değerlendirileceğine dair bir kural Yönetmelikte öngörülmemiştir.

⁵³ BKY (1975) m. 4 uyarınca başvurunun toplantı tarihinden en az yirmi gün önce yapılması şarttı. BKY (1996) m. 16 hükmünde bu süre toplantı tarihinden en az on gün öncesi olarak belirlenmiştir.

düzenleme yapılmamıştır. BTY m. 35/1, c. 1’de öngörülen en az on gün önceden talep edilme şartı çağrı usulü ile toplantı yapılmasına uygun düşse de çağrı usulüne uyulmadan yapılacak toplantılara uygun düşmeyecektir. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları için de en az on gün önceden Bakanlık temsilcisinin talep edilmesi şartı bu genel kurul toplantılarının süratle yapılabilme özelliği ile bağdaşmaz⁵⁴. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarına Bakanlık temsilcisinin görevlendirilmesinin talep edilebilmesi için 2 ila 5 gün arasında bir sürenin uygun olacağı öğretide ifade edilmiştir⁵⁵. BTY m. 35/2 hükmü ise on günden kısa sürede yapılacak başvuruları müracaat merciinin uygun görüşüne bağlamıştır. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarını düzenleyen normun amacı göz önüne alındığında, BTY m. 35/2 uyarınca on günden kısa sürede yapılan başvurular müracaat merci tarafından uygun görülmelidir.

Kanaatimizce BTY m. 35 hükmünde başvuru süresine ilişkin düzenleme tek elde toplanabilir. Şöyle ki, Yönetmelikte yapılacak değişiklik ile çağrı üzerine veya çağrı usulüne uyulmaksızın toplanacak tüm genel kurul kararlarını kapsayacak şekilde, görevlendirme makamının yurt içinde yapılacak toplantılar için *“başvurudan itibaren itibaren en geç on gün içinde”* temsilci atanması hakkında karar vereceğine dair bir düzenleme yapılabilir. Aynı şekilde yurt dışı için de başvurudan itibaren en az otuz gün içinde temsilci tayini konusunda karar vereceği Yönetmelikte kararlaştırılabilir.

C. Talebe Eklenecek Belgeler

BTY m. 36 hükmü Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi için yapılacak başvuruya eklenecek belgeleri düzenlemiştir. Buna göre yönetim kurulu kararının noter onaylı bir örneği veya karar defterinin ilgili sayfasının ortaklık yetkililerince aslına uygunluğunun tasdik edilmiş fotokopisi, genel kurulun mahkemece izin verilmiş pay sahipleri veya mahkemece atanmış kayyım tarafından toplantıya çağrılması hâlinde buna ilişkin mahkeme kararının bir örneği, gündem ve Bakanlık temsilcisi ücretinin yatırıldığını gösteren belge başvuru dilekçesine eklenmelidir.

BTY m. 36 hükmü de çağrı usulüyle yapılacak genel kurul toplantılarını merkeze alarak düzenlenmiştir.

⁵⁴ Akdağ Güney (n 4) 470.

⁵⁵ Çamoğlu (n 38) 322. Çamoğlu aynı yerde, bu konuda Yönetmelikte bir boşluk olduğuna da işaret etmektedir.

Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısı için BTY m. 36 hükmü uyarınca gündem ve Bakanlık temsilcisi ücretinin yatırıldığını gösteren belge başvuruya eklenmelidir. Yönetim kurulunun bu başvuruyu yaptığı hâllerde yine, BTY m. 36/1, a uyarınca yönetim kurulu kararının noter onaylı örneği ve karar defterinin ilgili sayfasının ortaklık yetkililerince aslına uygunluğunun tasdik edilmiş fotokopisi de başvuruya eklenmelidir.

Burada dikkat çeken husus Bakanlık temsilcisi istenmesine ilişkin başvuruya BTY m. 36/1, e uyarınca gündemin de yazılması gerekliliğidir. Ne var ki bu gereklilik yukarıda değindiğimiz sebeplerden dolayı çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında TTK m. 416 uyarınca gündem maddelerinin pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği ile belirleneceği sonucunu değiştirmemektedir. Hâliyle işbu gündem maddeleri ile sınırlı olmadan çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısında her konu görüşülüp karara bağlanabilir⁵⁶.

BTY m. 35/1, c. 3 hükmü uyarınca tüm pay sahiplerinin birlikte başvurusu üzerine Bakanlık temsilcisi talebine eklenen gündemin çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantısında görüşülmesinin zorunlu olup olmadığı akla gelebilir. Zira burada da toplantı öncesinde oybirliği ile gündemin tespiti mevcuttur. Kanaatimizce BTY m. 36/1, e uyarınca belirlenen gündemin toplantıda ele alınması gerekir. Bu yorum TTK m. 416 uyarınca gündeme bağlılık ilkesinin bu toplantılarda uygulanmayacağı kabulü⁵⁷ ile de ters düşmez. Zira her hâlde pay sahipleri veya temsilcileri bu gündem maddeleri hakkında karar alınmadan toplantıyı terk ederek veya mezkur gündem maddeleri hakkında toplantı yapılmasına itiraz ederek genel kurulun karar almasının önüne geçebilirler. Çünkü TTK m. 416/1 uyarınca toplantının devamı süresince (her bir gündem maddesi için öneri, müzakere ve karar aşamalarının tamamında) pay sahiplerinin veya temsilcilerinin herhangi birinin itiraz etmemesi hâlinde genel kurul o gündem maddesi hakkında karar alabilir⁵⁸.

O hâlde çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları için başvuruya gündemin eklenmesinin nasıl bir amacı olabilir? BTY m. 36/1, e

⁵⁶ Teoman, 'Çağrısız Genel Kurul' (n 38) 10.

⁵⁷ Tekinalp, 'Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)' (n 27) 159; Akdağ Güney (n 4) 453; Yıldız (n 27) 129 vd. Ayrıca karş. Bahtiyar, 'Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayıları' (n 30) 179 vd.

⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, 'Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)' (n 27) 157; Akdağ Güney (n 4) 455 vd.

hükmünde gündeme ilişkin belgenin aranması, esasen görevlendirme makamının Bakanlık temsilcisi tayininin zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğunun tespiti ile yakından alakalıdır. Görevlendirme makamı birçok durumda gündem maddelerini inceleyerek karar vermek zorunda kalacaktır (BTY m. 32/1, a⁵⁹). Bu hâlde pay sahiplerinin Bakanlık temsilcisi atanması için gösterdiği gündem maddeleri Bakanlık temsilcisinin görev yapacağı alanı belirlemesi için önem arz eder⁶⁰. Bakanlık temsilcisi atama kararına dayanak gösterilen gündem maddeleri dışında görüşülen diğer konular için bir görev ifa etmek zorunda değildir. Dolayısıyla TTK m. 416 uyarınca toplanan genel kurulda başvuruda yer verilen gündem maddelerinden en az bir tanesinin dahi toplantıda görüşülmemesi durumunda Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılma, toplantı tutanağını imzalamaya yükümlülüğünden de söz edemeyiz⁶¹. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında gündem sınırlamasının olmaması, Bakanlık temsilcisinin ucu açık bir toplantının tamamında vazifeli olacağı anlamına gelmez. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılara Bakanlık temsilcisi atandığında başvuruda yer verilen gündem gerekirse öncelikle görüşülmeli ve Bakanlık temsilcisinin imzası ile burada alınan kararlara ilişkin toplantı tutanağı tanzim edilmelidir. Bunun dışındaki konular için Bakanlık temsilcisinin toplantıdan ayrılması akabinde müzakereye devam edilip, genel kurul kararları alınabilir⁶².

⁵⁹ Gündem maddelerine endekslenmeyen Bakanlık temsilcisi atamaları da söz konusudur: TTK m. 333 uyarınca belirlenen anonim şirketlerin bütün genel kurul toplantılarında (BTY m. 32/1, a), genel kurula elektronik ortamda katılım sistemini uygulayan şirketlerin genel kurul toplantılarında (BTY m. 32/1, b), yurt dışında yapılacak bütün genel kurul toplantılarında (BTY m. 32/1, c), yurt dışında yapılacak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantılarında (BTY m. 32/1, d) durum böyledir.

⁶⁰ Zira her bir gündem maddesinin müzakere edilmesi, oylanması ve bir karara bağlanması müstakilen bir genel kurul kararını ortaya çıkarır. Bkz. Moroğlu (n 8) 130 vd.

⁶¹ BTY m. 26/5'de "*Toplantı başkanının, Bakanlık temsilcisi bulunması zorunlu olan veya talep üzerine Bakanlık temsilcisi görevlendirilen toplantılarda Bakanlık temsilcisinin veya tek pay sahipli şirkette hazır bulunan pay sahibinin veya temsilcisinin imzalamadığı toplantı tutanakları geçersizdir.*" hükmü yanltıcı olabilir. Zira bu hüküm Bakanlık temsilcisinin görevlendirildiği toplantı tutanağını imzalamamasının o toplantıda alınan tüm kararların geçersizliğine yol açabileceği intibainı uyandırmaktadır. Hâlbuki her gündem maddesi bir diğerinden bağımsızdır. Bu açıdan Bakanlık temsilcisinin toplantıda bulunmakla görevlendirildiği gündem maddeleri dışında yer alan diğer konularda alınan kararların geçerliliği Bakanlık temsilcisinin imzasına bağlanamaz. Benzer yönde bkz. Akdağ Güney (n 4) 469.

⁶² Bu sorunla esasen çağrı üzerine yapılacak toplantılarda gündeme bağlılık ilkesi gereği çoğu durumda karşılaşılmayacaktır. Ancak BTY m. 25/1, a uyarınca çağrı üzerine toplanan genel kurulda da tüm pay sahiplerinin oyu ile gündeme madde ilave edilebilir. Şayet Bakanlık temsilcisi genel kurul toplantısının tamamı için değil, zorunlu veya ihtiyari olarak belirli gündemin görüşülmesi için atanmışsa, eklenen bu gündem maddeleri için yapılacak görüşmelere Ba-

Tabii bu tespitlerimizin gündem maddeleri özelinde Bakanlık temsilcisi atanması hususlarına ilişkin olduğunun altını çizmeliyiz. Gündem maddelerinden bağımsız olarak toplantının tamamı için görevlendirilen Bakanlık temsilcisi gündemde görüşülecek konulardan bağımsız olarak o toplantının tamamında görevini ifa edecektir.

Sonuç

Çalışmamızda çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılara Bakanlık temsilcisinin kim tarafından, nasıl talep edilebileceğine ilişkin eleştirel bir bakış açısı sunulmuştur. Bu makalede vardığımız sonuçlar şunlardır:

1. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılarda Bakanlık temsilcisinin bulunmasına ilişkin Yönetmelik hükümleri yetersizdir. Bakanlık temsilcisinin atanmasına dair prosedür, çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılar perspektifinden düzenlemelere muhtaçtır.
2. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılan genel kurul toplantılarında Kanun ve Yönetmelik uyarınca Bakanlık temsilcisinin bulunması gerekebilir. Bu toplantılara salt yönetim kurulu üyelerinin seçimi ile sınırlı olarak Bakanlık temsilcisi atanmaz. TTK m. 407/3, BTY m. 32/2 ve m. 32/3 uyarınca zorunlu ve ihtiyari olarak Kanun ve Yönetmeliğin izin verdiği her durumda ve gündemle Bakanlık temsilcisi atanabilir.
3. BTY m. 35/1, c. 3 hükmü çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak bütün genel kurul toplantılarını kapsamına alacak şekilde değiştirilmelidir. Değişiklik yapılan dek çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarında ister zorunlu ister ihtiyari olsun, Bakanlık temsilcisi talebi BTY m. 35/1, c. 3 hükmü kıyasen uygulanarak bütün pay sahiplerinin veya temsilcilerinin imzalı dilekçesi ile yapılabilir. İhtiyari olarak Bakanlık temsilcisinin talep edilmesi durumunda başvurunun BTY m. 32/3, c. 2 uyarınca gerekçeli olması ve görevlendirme makamının bu gerekçeyi uygun bulması hâlinde Bakanlık temsilcisi görevlendirilebilir.

kanlık temsilcisinin katılması zorunlu değildir. Bakanlık temsilcisinin toplantıdan ayrılmak istemesi durumunda, temsilcisinin huzurunda müzakere edilip karara bağlanan konular temsilcisinin imzası ile tutanağa geçirilebilir. Bunun üzerine BTY m. 25/1, a uyarınca görüşülecek konular için ayrı bir tutanak tanzim edilmesini önerebiliriz. Bakanlık temsilcisinin eklenecek gündem maddelerine ilişkin görüşmelere katılmaması durumunda, Bakanlık temsilcisinin toplantıda yer almamasına ilişkin yaptırımlar, mezkur konular hakkında alınan kararlar için uygulanmayacaktır.

4. Bakanlık temsilcisinin zorunlu olarak bulunması gereken çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılarda münferit pay sahiplerine de görevlendirme makamına başvuru yolu açılmalıdır. Bu hâlde Bakanlık temsilcisi atanmasına rağmen toplantı yapılamazsa, Bakanlık temsilcisi ücretine başvurucuların katlanması gerektiği mevzuatta yapılacak değişikliklerle kabul edilebilir.
5. BTY m. 35/1, c. 3 hükmünün şu şekilde değiştirilmesini öneririz:
“Çağrı usulüne uyulmaksızın toplantı yapılmak istenmesi hâlinde, yönetim kurulu üyelerinden herhangi birinin veya temsile yetkili kılınan bir kişinin yanı sıra, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin tamamının imzaları noterce onaylanmış dilekçesiyle de Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi istenebilir.”
6. Çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak toplantılarda Bakanlık temsilcisinin toplantıdan en az on gün önce talep edilmesi kuralı katı bir şekilde uygulanmamalıdır. BTY m. 35/2 hükmü uyarınca çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantılarına daha kısa süre içinde yapılacak başvurular da görevlendirme makamı tarafından - merciin fiziki imkânları da göz önünde bulundurularak- uygun bulunmalıdır. Yönetmelikte görevlendirme makamının yurt içinde yapılacak toplantılar için *“başvurudan itibaren en geç on gün içinde”* temsilci atanması hakkında karar vereceğine dair değişiklik yapılabilir. Aynı şekilde yurt dışı için de başvurudan itibaren en az otuz gün içinde temsilci tayini konusunda karar verileceği Yönetmelikle kararlaştırılabilir.
7. BTY m. 36/1, e uyarınca gündeme ilişkin belge, çağrı usulüne uyulmaksızın yapılacak genel kurul toplantıları bakımından da Bakanlık temsilcisi görevlendirilmesi için başvuruya eklenmelidir. Bu belgede yer alan gündem maddelerinin toplantıda ele alınması gerekir. Bu gereklilik birçok durumda Bakanlık temsilcisinin görevlendirme kararı çerçevesinde toplantıda hazır bulunup görev ifa edip etmeyeceğine yöneliktir. Yoksa pay sahipleri nezdinde belirli bir gündemin görüşülmesi zorunluluğunu içermez. Dolayısıyla pay sahipleri bu gündem maddeleri hakkında karar alınmadan toplantıyı terk edebilir veya bu gündem maddeleri haricinde yeni bir konuyu oybirliği ile gündeme alabilir.

Kaynakça

- Akdağ Güney N, 'Çağrısız Genel Kurul Toplantısı ve Toplantıda Bakanlık Temsilcisi Bulundurma Zorunluluğuna Dair Düşünceler', in Korkut Özkorkut, Gökhan Aydoğan, Pınar Başak Coşkun, Ece Özden, Gülce Korkmaz, Zeynep Özkan (eds), *Prof. Dr. Zühtü Aytaç'a Armağanı* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 445-475
- Bahtiyar M, 'Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Tutanağı ve Özellikle Kararların Hükümsüzlüğüne Etkileri', in Mustafa Topaloğlu, Işık Özer (eds), *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Saygı Günü Şirketler Hukukunun Güncel Sorunları Sempozyumu 30 Ekim 2017* (Seçkin Yayınları 2019) 35-65
- , 'Anonim Ortaklıkta Çağrısız Genel Kurul ve Karar Yeter Sayıları', in Mustafa Emir Üstündağ (ed), *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a İthafen İlmî Makaleler II* (Aristo Yayınevi 2021) 175-192
- , *Ortaklıklar Hukuku* (17. Bası, Beta Yayınevi 2024)
- Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları* (Beta Yayınevi 2014)
- Bilgili F ve Demirkapı E, *Şirketler Hukuku* (9. Bası, Dora 2013)
- Çamoğlu E, 'Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Karşısında Sermaye Ortaklıklarında Çağrısız Genel Kurulların Pratik Değeri' (1975) XXII (8) İktisat ve Maliye Dergisi 319-322
- Domanıç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK. Şerhi II* (Vedat Kitapçılık 2010)
- Edis S, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları Yayın No:41 1993)
- Forstmoser P, Meier-Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (Verlag Stämpfli+Cie AG 1996)
- Helvacı M, *Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelik Gereği Ticaret Ortaklıklarının Özellikle Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarının Yapılması* (Beta Yayınevi 1997)
- Huysal AS, 'Genel Kurul' in Sami Karahan (ed), *Şirketler Hukuku* (2.Bası, Mimoza Yayınları 2013) 519-564
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar* (4. Bası, Yasa Yayınları 1989)
- Kendigelen A ve Çonkar MH, 'Genel Kurula İlişkin Uygulamada Karşılaşılan İki Güncel Sorun' in İsmail Kırca, Başak Şit İmamoğlu, Murat Gürel, Ufuk Tekin, İbrahim Bektaş ve Merve İrem Yener (eds), *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan* (On İki Levha Yayınları 2019) 675-690
- Kırca İ, *Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (3. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022)

- Kırca İ, Şehirli Çelik FH ve Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt 1 Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme* (4.Basıdan 7.Tıpkı Basım, Filiz Kitabevi 2017)
- Kubis D, '§§118-132' in Wulf Goette, Mathias Habersack, Susanne Kalss (eds), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Band 3 §§118-178* (6. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG 2024)
- Meier-Hayoz A, Forstmoser P ve Sethe R, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht* (12. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2018)
- Moroğlu E, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2020)
- Noack U ve Zetzsche D, *Kölner Kommentar Zum Aktiengesetz Band 3-2. Teillieferung §§ 121-130 AktG* (3. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2011)
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar* (27. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (15. Bası, Vedat Kitapçılık 2021)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt II* (4. Bası, Adalet Yayınevi 2022)
- , *Şirketler Hukuku Genel Esaslar* (9. Bası, Adalet Yayınevi 2024)
- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (5. Bası, Seçkin Yayınları 2022)
- Tanner B, 'Art.698-706b' in Lukas Handschin (ed), *Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR* (3. Auflage, Schulthess Verlag 2018)
- Tekinalp Ü, 'Çağrısız Toplanabilen Genel Kurul (TK m. 370)' (1968) XV (4) İktisat ve Maliye Dergisi 156-160
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2020)
- Teoman Ö, 'Yürürlükteki Hukukumuz ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar' (2009) 25 (4 - Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan) BATİDER 19-33 (Genel Kurul Toplantılarına Katılmak Zorunda Olanlar)
- Teoman Ö, 'Çağrısız Genel Kurul Gündemine Oybirliği ile Madde Eklenmesi (YTK 416/III)' (2011) 27 (3) BATİDER 5-13 (Çağrısız Genel Kurul)
- Yıldız B, 'Çağrısız Genel Kurul ve Ticaret Sicili Açısından Bazı Değerlendirmeler', in Sevilay Uzunallı, Mehmet Ak (eds), *Ticaret Sicili ve Şirketler Hukukuna Etkileri Sempozyumu* (Seçkin Yayınları 2023) 115-135
- Yılmaz E, *(Öğrenciler İçin) Hukuk Sözlüğü* (Yetkin Yayınları 2006)

Elektronik Kaynaklar

Abut A, 'Çağrısız Genel Kurul Toplantılarında Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi' (27 Kasım 2020) <<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/20>> Erişim Tarihi 9 Kasım 2024

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <<https://kazanci.com.tr/>>

Kubbealtı Lugatı <lugatim.com>

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük <sozluk.gov.tr>

Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu^(*)

Öğr. Gör. Dr. Bahadır DEMİR^(**)

Öz

Mesafeli sözleşmelerin tarafları, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicidir. Ancak mesafeli sözleşmenin tarafı olmasalar da aracı hizmet sağlayıcıları, oluşturdukları sistem aracılığıyla mesafeli sözleşmelerin kurulmasını sağlamaktadırlar ve mevzuatta öngörülen hâllerde tüketicie karşı belirli yükümlülükleri bulunmaktadır. Aracı hizmet sağlayıcılarla ilgili olarak, kanun koyucu 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TKHK m. 48'de birtakım değişiklikler yapmıştır. Ayrıca, bu değişikliklere bağlı olarak 31932 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'te de düzenlemeler yapılmıştır.

Söz konusu değişikliklerle birlikte, aracı hizmet sağlayıcılarının tüketicilere karşı mevzuatta belirtilen düzenlemeler çerçevesinde satıcı veya sağlayıcılarla birlikte müteselsilen sorumlu tutulması öngörülmüştür. Ancak yapılan bu düzenlemelerin bir kısmı, 6502 sayılı TKHK'nin amacına uygun olmayan hükümler içermekte, bazıları ise TKHK'deki mevcut hükümlerle çelişkiler ihtiva etmektedir. Çalışmamızda bu hususlar üzerinde durulmuş ve çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Aracı Hizmet Sağlayıcı, Mesafeli Sözleşmeler, Tüketici Hukuku, Online Platform.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.06.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 17.10.2024.

Atıf Şekli: Bahadır Demir, 'Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1783, 1817.

DOI: 10.52273/sduhfd..1494921.

^(**) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksek Okulu, Adalet Bölümü, Ankara, Türkiye.

E-posta: law.bahadirdemir@gmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5658-8665>.

Legal Liability of Intermediary Service Providers

Abstract

The parties to distance contracts are the seller or provider and the consumer. However, although they are not parties to the distance contract, intermediary service providers enable the establishment of distance contracts through the system they create and have certain obligations towards the consumer in cases stipulated in the legislation. Regarding intermediary service providers, the legislator has adopted the Law No. 7392 on the *“Law on Consumer Protection and the Law on Amendments to the Condominium Ownership Law”* and LCP No. 6502. Changes were made in 48. In addition, accordingly, regulations have been made in the *“Regulation on Amendments to the Distance Contracts Regulation”* numbered 31932.

With these amendments, it is envisaged that intermediary service providers shall be held jointly and severally liable together with the sellers or providers against consumers within the framework of the regulations specified in the legislation. However, some of these amendments contain provisions that are not in line with the purpose of the LCP No. 6502, and some of them contain contradictions with the existing provisions of the LCP. In our study, these issues have been emphasized and solutions are tried to be offered.

Keywords

Intermediary Service Provider, Distance Contracts, Consumer Law, Online Platform.

Extended Summary

Distance contracts are contracts established on an intermediary platform that mediates the establishment of distance contracts, where the parties agree on the delivery or performance of the goods or services subject to the contract to the consumer by using written, visual, electronic or other means of distance communication without being physically together thanks to the developing technological possibilities. The parties to distance contracts are the seller or provider and the consumer.

Intermediary service provider is defined in the 5th paragraph of Article 48 of the LCP and in the 2nd article of the Law No. 6563 on the Regulation of Electronic Commerce. According to this definition, an intermediary service provider is a natural or legal person who provides an electronic commerce environment and mediates the economic and commercial activities of others.

Even if the intermediary service provider is not a party to the distance sales contract concluded by the consumer, the legislator of the LCP Art. 48/5 and Art. 48/6 establishes certain obligations for the intermediary service provider and holds them liable in case of violation of these obligations. The legislator made amendments to the 6502 LCP with the Law No. 7392 on the Amendment of the Law on the Protection of Consumers and the Condominium Law, which includes regulations on the liability of intermediary service providers. In addition, accordingly, regulations have been made in the *“Regulation on Amendments to the Distance Contracts Regulation”* numbered 31932. As a rule, the relationship between the intermediary service provider and the consumer is basically a membership agreement. Therefore, the intermediary service provider is also obliged to protect the personal data of the member with the membership agreement. In addition, since the service provided by the intermediary service provider is electronically based, online activities are carried out without physical contact on the system, and therefore the transactions are within the scope of electronic commerce.

Law No. 7392 has expanded the scope of responsibility of the intermediary service provider. Pursuant to Article 48/5 of the LCP, the intermediary service provider is obliged to establish a system suitable for the use of the parties in distance sales contracts made through the system and to keep the system open uninterruptedly. In addition, other obligations imposed on intermediary service providers are as follows: Obligations to Provide Information, Confirmation and Proof; Obligation to Keep Records of Transactions and Share them when Necessary; Obligation to Keep the System Uninterrupted (Active); Obligation to Act in Compliance with the Contract with the Seller or Intermediary Service Provider; Obligations Arising from the Consumer’s Exercise of the Right of Withdrawal; Obligations Regarding the Delivery or Performance of the Subject of the Contract upon the Establishment of the Contract; Obligations Arising from Campaign, Promotional or Discounted Sales.

With these amendments, intermediary service providers have been made jointly and severally liable to consumers together with the sellers or providers. However, some of these regulations contain regulations that are not in line with the purpose of LCP No.

6502. For example, the legislator has recently enacted regulations increasing the responsibilities of intermediary service providers in accordance with the purpose of the law through the regulations in Article 48/5-6 of the Law on Consumer Protection. However, in some cases, these amendments have not fully provided the expected protection for the consumer. For example, in distance contracts concluded through the intermediary service provider's own platform or system for the establishment of distance contracts, the fact that the intermediary service provider is not responsible for the defective performance of the goods or services subject to the contract should be a matter of discussion.

The subject of the dispute is not distance contracts where the intermediary service provider itself is the seller or supplier. The dispute arises in cases where the intermediary service provider and the seller or supplier are different persons and the subject matter of the contract is defective. In this case, only the relevant seller or provider is held responsible for the defect of the goods or services. Unfortunately, the latest regulations issued by the legislator do not comply with the purpose of the LCP. In other words, they do not protect the consumer.

Some of the regulations contradict the existing provisions of the LCP. As a matter of fact, the amendments made to Article 48 of the LCP on March 24, 2022 also contain contradictions with the existing provisions in the LCP. As a matter of fact, if the intermediary service provider and the seller or provider are different persons in internet shopping, if the goods or services subject to the sale do not meet the qualifications promised in advertisements and announcements published in media such as television, internet, radio, etc., the intermediary service provider does not have any responsibility if the consumer wants to use his/her optional rights under Article 11 or Article 15 of the LCP. In this case, since the consumer cannot go to the problem of the intermediary service provider, this situation is contrary to the purpose of the law and causes victimization of the consumer. However, if the consumer uses LCP Art. 48/6(f) instead of exercising his/her rights under LCP Art. 11 or 15, the liability of the intermediary service provider arises. This situation reveals that there is an inconsistency between these articles in the same law. As can be seen, this situation shows that there is a contradiction between these provisions. This contradiction has emerged with the latest amendment to the LCP and this contradiction must be resolved in favor of the consumer. In our study, these issues have been emphasised and solutions have been tried to be proposed.

Giriş

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, insanlar yüz yüze gelmeden, uzaktan iletişim araçları sayesinde kolayca alışveriş yapabilmektedir. Akıllı telefonların ve bilgisayarların yaygınlaşmasıyla birlikte, insanlar her an internete erişim sağlayabilmektedir. Özellikle internetin yaygınlaşması, kolayca alışveriş yapılmasını ve mal veya hizmetlere ulaşılmasını sağlayan büyük aracı platformların ortaya çıkmasına imkân tanımıştır. Memnuniyeti ön planda tutan bu platformlar, tüketicilerin kolaylıkla mal ya da hizmet satın alabilmesini sağlamaktadır. Bu platformlar, tüketici ile satıcı veya sağlayıcıyı bir araya getirmekte ve onlara birçok imkân ve kolaylık sunmaktadır. Ancak bu imkân ve kolaylıklar, tüketicinin hem lehine hem de aleyhine sonuçlar doğurabilmektedir.

Aracı hizmet sağlayıcılar, reklamlarda kendilerini ön planda göstererek ve tüketici memnuniyetini taahhüt ederek, oluşturdukları sistem üzerinden tüketicilerin alışveriş yapmalarını teşvik etmektedir. Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında, aracı hizmet sağlayıcılarının bu reklamlarda tüketici memnuniyetine dair birçok vaatle bulunmasına rağmen, tüketicinin sistem üzerinden mesafeli sözleşme ile mal ya da hizmet satın alması durumunda, aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı ayıptan sorumlu olmadığına hükmetmiştir¹.

7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 31932 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'te, aracı hizmet sağlayıcılarının oluşturdukları sistemle mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmeleri nedeniyle sorumluluklarının bazı durumlarda genişletilmiş bazı durumlarda daraltılmıştır. Kanun koyucu, bu düzenlemelerle tüketicilerin düşünmeden ve tedbir almadan yaptıkları sözleşmelerden kaynaklanabilecek hak kayıplarını önlemeye çalışmış ve tüketici aleyhine doğabilecek riskleri en aza indirmeyi hedeflemiştir.

I. Mesafeli Sözleşme ve Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramları

A. Mesafeli Sözleşme Kavramı

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici, fiziken bir araya gelmeden, uzaktan iletişim araçları kullanarak sözleşme yapma imkânına

¹ Yargıtay 3. HD, 4000/11403, 15.11.2021. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 03 Mayıs 2024.

sahip olmuştur. Kanun koyucu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 48/1'de mesafeli sözleşmeleri tanımlamıştır. Bu maddede, “*Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.*” düzenlemesi haavidir.

Mesafeli sözleşmeler, tarafların fiziken bir araya gelmeden, gelişen teknolojik imkânlar sayesinde yazılı, görsel, elektronik ortamda veya diğer uzaktan iletişim araçlarını kullanarak, sözleşmelerin kurulmasına aracılık eden bir platform üzerinden gerçekleştirdikleri sözleşmelerdir². Söz konusu tanımdan, mesafeli

² Savaş Bozbel ve Murat Atalı, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar’ (2015) 9(1 -2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451, 451; Derya G. Bütün Yılmaz, ‘Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı’ (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 325, 328; Tuğrul Erdoğan, ‘Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerlilik Şartları’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2022) 33; Betül Tançağı Çetin, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi 2019) 3; Ongun Yekta Özkan, ‘Mesafeli Sözleşmeler’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2019) 8 vd; Beyza Şermet, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Satım Sözleşmeleri’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tez Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 7 - 8; Övgü Silan Kayam ‘Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi 2018) 12; Dilan Aydın Kiremitçi, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2022) 62 - 63; İlhan Kara, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku’ (3. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023) 1123; Dilşad Keskin, ‘TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı Hizmet Sağlayıcının Tüketicine Karşı Sorumluluğu’ (2022) 26(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 120; Erman Ekingen ve Miray Özer Deniz, ‘7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı Hizmet Sağlayıcısı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri’ (2022) 69 Adalet Dergisi 429, 433 - 434; Selin Sert Sütçü, ‘Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi’ (2021) 4(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 276, 277; Mehmet Doğar, ‘7392 Sayılı Kanun’un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler’ (2022) 5(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 413, 421; Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 869; Hayrunnisa Altın Şahin, ‘İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları’ (2023) 5(2) Bilişim Hukuku Dergisi 229; Arat A, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 7392 Sayılı Kanunla Yapılan Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Değişiklikler ve Bunun Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğuna Etkisi’ (2023) 18(208) Terazi Hukuk Dergisi 12; Aydoğdu M ve Kahveci N, ‘Tüketici Hukuku’ (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 406 - 407; İnce Ş ve Kibar İ. ‘Distance Contracts in E-Commerce’ (2019) 20 GSI Articleletter, 44; Musa Furkan Şahin, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Aracı Hizmet Sağlayıcı Kavramı’ (2024) 6(1) Bilişim Hukuku Dergisi 145; Umay İlke Koca, Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Eden Platformlara Karşı Tüketicinin

sözleşmenin oluşması için üç unsur arandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY) m. 2’de yer alan unsurla birlikte toplamda dört unsur gerekmektedir. Bu unsurlar; satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin fiziksel olarak bir araya gelmeden sözleşme yapmış olması, sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulmuş olması, sözleşmenin, aracı hizmet sağlayıcı tarafından oluşturulmuş bir sistem veya organizasyon aracılığıyla kurulmuş olması, sözleşmenin konusunun MSY m. 2 çerçevesinde kapsam dışı sözleşmelerden biri olmaması³.

Kanun koyucu, TKHK m. 48’deki tanımın benzerine 29188 sayılı MSY’nin 4/e maddesinde tanımlar kısmında da yer vermiştir. Bu tanımlardan anlaşıldığı üzere, taraflar sözleşmenin kurulmasından önce ve kurulma aşamasında fiziken bir araya gelmemelidir⁴. Dolayısıyla sözleşmenin müzakeresi ve kurulma aşaması dâhil, tüm süreç uzaktan iletişim araçlarıyla sağlanmalıdır⁵. Bu kapsamda, MSY’nin 4. maddesinde uzaktan iletişim araçları tanımlanmıştır⁶. Söz konusu tanıma göre, uzaktan iletişim araçları:

Korunması (1. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023) 16 - 17; Özge Uzun Kazmacı, ‘İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’ (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2793; Şebnem Akipek Öcal ve İlhan Kara *Tüketici Hukuku Ders Kitapları* (2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023) 166.

³ Arat (n 2) 12; Mirat Özer Deniz, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanımına Yönelik Değişiklikler’ (2022) 22 Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies 69, 70 - 71; Nafiye Yücedağ Göztepe, ‘Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı’ (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 667, 668 - 669; Bütün Yılmaz (n 2) 328 - 329; M. Murat İnceoğlu ve Ece Baş Süznel, ‘Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicie Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/5)’ (2020) 15(189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475, 477; Emel Döner, ‘Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İnternet Üzerinden Akdedilen Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi 2019) 5; Taççağı Çetin (n 2) 3; Şermet (n 2) 11; Ekingen ve Özer (n 2) 434; Sert Sütçü (n 2) 277 - 278; Doğar (n 2) 421; Çabri (n 2) 867; Kara (n 2) 1123; İnce ve Kibar (n 2) 45; Koca (n 2) 19; Uzun Kazmacı (n 2) 2793 - 2794; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 166.

⁴ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 166; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 407; Uzun Kazmacı (n 2) 2795; Kara (n 2) 1123; Çabri (n 2) 870; Arat (n 2) 12; Başak Baysal, ‘Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri’ (2017) 75(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 271, 283 - 284; Yücedağ Göztepe (n 3) 668; Bütün Yılmaz (n 2) 330; Erdoğan (n 2) 34; Döner (n 3) 14; Özkan (n 2) 63; Ekingen ve Özer (n 2) 434; Doğar (n 2) 422; Çabri (n 2) 870.

⁵ Kara (n 2) 1123; Özkan (n 2) 64; Koca (n 2) 19; Çabri (n 2) 869; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 407; Özer Deniz (n 3) 71; Bütün Yılmaz (n 2) 329; Erdoğan (n 2) 93; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 166; Döner (n 3) 14; Uzun Kazmacı (n 2) 2795; Kayam (n 2) 15; Ekingen ve Özer (n 2) 434; Doğar (n 2) 422; Çabri (n 2) 870; Arat (n 2) 12.

⁶ Kayam (n 2) 14; Çabri (n 2) 870; İnce ve Kibar (n 2) 45; Koca (n 2) 19; Kara (n 2) 1126; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 407; Bütün Yılmaz (n 2) 330; Erdoğan (n 2) 95; Şermet (n 2) 12; Ekingen ve Özer (n 2) 434 - 435; Altın Şahin (n 2) 231; Arat (n 2) 13; Uzun Kazmacı (n 2) 2794; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 167.

“Mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, kısa mesaj, internet gibi fiziksel olarak karşı karşıya gelinmesizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç veya ortam” olarak ifade edilmiştir.

Mesafeli sözleşmeler, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 1’e uygun olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamalarıyla kurulan, iki tarafa da borç yükleyen ve karşılıklı edimlerin ihtiva edildiği ivazlı sözleşmelerdir⁷. Mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri tüketici iken, diğer taraf satıcı veya sağlayıcıdır.

Türk Borçlar Kanunu’na göre sözleşmeler, tarafların fiziksel olarak bir arada bulunup bulunmamasına göre ikiye ayrılmaktadır. Hazırlar arasında bir sözleşmenin kurulması, önerinin hemen ardından kabul beyanında bulunulmasıyla gerçekleşir⁸. Hazır olmayanlar arasında ise kanun, varma teorisini benimsemiştir. Buna göre, kabul beyanı önerenin hakimiyet alanına ulaştığında sözleşme kurulur; önerenin kabul beyanını öğrenmesi gerekli değildir⁹. İnternet üzerinden kurulan mesafeli sözleşmelerin, hazırlar arasından sayılıp sayılmadığı doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce, mesafeli sözleşmeler, tarafların aynı anda çevrimiçi olmasını gerektirmediği için, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler olarak kabul edilmelidir¹⁰. Sözleşme kurulurken taraflar fiziken karşı karşıya olmasalar da bu durum sözleşmenin hazırlar arasında kurulmasına da engel değildir¹¹. Ancak, bu konuda doktrinde farklı görüşler de mevcuttur¹².

Ayrıca satıcının ya da sağlayıcının aracı platform üzerinden satış konusu ürünü tüm özellikleriyle teşhir etmesinin, doktrinde öneri mi yoksa öneriye davet mi

⁷ Uzun Kazmacı (n 2) 2796; Koca (n 2) 50; Kara (n 2) 1123; Özkan (n 2) 26 - 27; Şermet (n 2) 38.

⁸ Eren F, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları Ankara 2021) 276; Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019) 151; Ayan M, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 186- 187; Kılıçoğlu M. A, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 95.

⁹ Eren (n 8) 277; Antalya (n 8) 153; Ayan (n 8) 187 - 188; Kılıçoğlu (n 8) 96.

¹⁰ Kırca Ç, ‘İnternette Sözleşme Kurulması’ (2000) 20(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 108; Şeker M, ‘6098 Sayılı Borçlar Kanuna Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması’ (2012) 22(11) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (10. Yıl’a Armağan) 140, Uzun Kazmacı (n 2) 2796.

¹¹ Çabri (n 2) 870.

¹² Uyumaz A, ‘Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası’ (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 923 - 924.

olduğu hususunda tartışmalar mevcuttur. Doktrinde bir görüş, mülga 818 sayılı eBK m. 7'ye göre tarife ve fiyat listesinin gösterilmesinin öneriye davet olarak kabul edilmesi nedeniyle, internet ortamında sunulan mal veya hizmetlerin de öneriye davet sayılması gerektiğini savunmaktadır¹³. Ancak TBK m. 8/2'ye göre, fiyatı belirtilerek bir malın sergilenmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri olarak kabul edilir. Kanaatimizce, aracı platform üzerinde tarife ve fiyat listeleri gösterilerek bir ürünün sunulması öneri niteliğindedir¹⁴. Tüketicinin aracı platformda "satın al" kutusuna tıklamasıyla bu öneriyi kabul etmesi, sözleşmenin kurulmasını sağlar ve bu şekilde tüketici ürünü satın alabilir.

Tüketicinin, sözleşme kurulmadan önce satıcı veya sağlayıcının sadece satış yerine gidip fiyat alması yapılan sözleşmenin mesafeli sözleşme olma niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁵. TKHK m. 48/1'e göre, tarafların sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarını kullanmaları gerekmektedir. Ancak kanunun gerekçesinde, tüketicinin sözleşmenin yapılmasından önce bilgi almak amacıyla satıcı veya sağlayıcı ile bir araya gelmesi durumunda da yapılan sözleşmenin mesafeli sözleşme olacağı kabul edilmiştir¹⁶.

Bunun yanı sıra, tüketicinin uzaktan iletişim araçlarıyla sözleşme kurması, sözleşmenin mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Tüketicinin, TKHK'ye göre, sözleşmeyi mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanması

¹³ Kırca (n 8) 103 - 104.

¹⁴ Uzun Kazmacı (n 2) 2797.

¹⁵ Koca (n 2) 20 - 21; Kara (n 2) 1124; İnce ve Kibar (n 2) 45; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 407; Yücedağ Göztepe (n 3) 669; Bütün Yılmaz (n 2) 331; Tançağı Çetin (n 2) 4.

¹⁶ Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 407; Koca (n 2) 20 - 21; Kara (n 2) 1124; Bütün Yılmaz (n 2) 331; Tançağı Çetin (n 2) 4. TKHK m. 48 gerekçesi: "Bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesinin ardından uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları da kapsar. Bu durumun tam tersine satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan bir sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Bir sözleşme uzaktan iletişim araçlarıyla başlatılırsa, fakat sonunda satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurularsa bu da mesafeli sözleşme olarak kabul edilmez. Benzer şekilde mesafeli sözleşme kavramı bir profesyonelden hizmet almak amacıyla tüketici tarafından uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla rezervasyon yapılması durumunu kapsamaz. Örneğin saç tıraşı olmak için berberin aranarak rezervasyon yapılması". Kara, burada sadece bilgi almak amacıyla girişimcinin dükkanını ziyaret etmesiyle, girişimcinin dükkanında mal ya da hizmetin fiyatı üzerinde pazarlık yapması durumunu net olarak ayırmaktadır. Tüketicinin müzakere yapıldıktan sonra uzaktan iletişim aracı kullanarak sözleşme yapması hâlinde yapılan sözleşmenin mesafeli sözleşme yapılamayacağı kanaatindedir. Bkz: Kara (n 2) 1028 - 1029.

için aracılık etmek üzere kurulmuş bir sistem üzerinden yapması da gerekmektedir¹⁷. Son olarak, mesafeli sözleşmeler kural olarak tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılan her türlü mal ve hizmeti kapsam altına almış gibi görünse de MSY m. 2'de belirtildiği üzere bazı mal veya hizmetler istisna olarak kapsam dışı bırakılmıştır¹⁸.

B. Genel Olarak Aracı Hizmet Sağlayıcı

TKHK'nin 48. maddesinin 5. fıkrasında, aracı hizmet sağlayıcı, oluşturduğu sistem ile satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden kişi olarak tanımlanmıştır¹⁹. Ayrıca, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinde de aracı hizmet sağlayıcı kavramı ifade edilmiştir. Bu tanıma göre, başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamı sağlayarak aracılık eden gerçek veya tüzel kişiler aracı hizmet sağlayıcı olarak kabul edilir²⁰. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, aracı hizmet sağlayıcı doğrudan tüketici ile sözleşme yapan kişi değildir.

¹⁷ Uzun Kazmacı (n 2) 2795; Bütün Yılmaz (n 2) 332; Koca (n 2) 21, Erdoğan (n 2) 94; Döner (n 3) 14; Tañçağı Çetin (n 2) 4; Özkan (n 2) 69; Şermet (n 2) 20- 21; Doğar (n 2) 422; Çabri (n 2) 871 - 872.

¹⁸ İnce ve Kibar (n 2) 45 - 46; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 170; Koca (n 2) 58 - 59; Kara (n 2) 1129 - 1130; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 408; Kayam (n 2) 16 - 17; Özer Deniz (n 3) 71; Tañçağı Çetin (n 2) 7 - 8; Ekingen ve Özer (n 2) 435; Çabri (n 2) 873 - 874. MSY m. 2: "Bu Yönetmelik hükümleri; a) Finansal hizmetler, b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar, c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı, ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler, d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı, e) Konut kiralama, f) Paket turlar, g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi, ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi, h) 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (d) bentlerindeki bilgi verme yükümlülüğü ile 18 inci ve 19uncu maddelerde yer alan yükümlülükler saklı kalmak koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri, ı) Malların montaj, bakım ve onarımı, i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler ile ilgili sözleşmelere uygulanmaz".

¹⁹ Şahin (n 2) 136; İnceoğlu ve Baş Süzel (n 3) 476; Koca (n 2) 86; Tañçağı Çetin (n 2) 34; Keskin (n 2) 123; Sert Sütçü (n 2) 279; Çabri (n 2) 891; Arat (n 2) 16.

²⁰ İnceoğlu ve Baş Süzel (n 3) 478; Koca (n 2) 86 - 87; Şahin (n 2) 140 - 141; Tañçağı Çetin (n 2) 36; Sert Sütçü (n 2) 279; Burcu Sırış, 'Yargıtay'ın "Çiçeksepeti Kararı" Işığında Elektronik Ticarette Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler' (2023) 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363, 370. Elektronik Ticaret Aracı Hizmet Sağlayıcı ve Elektronik Ticaret Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik madde 4/1: "Aracılık hizmeti: Elektronik ticaret pazar yerinde elektronik ticaret işlemlerinin gerçekleştirilmesi ve siparişin teslimi amacıyla elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ticaret hizmet sağlayıcı veya alıcıya sunulan her türlü hizmeti ifade eder".

Aracı hizmet sağlayıcı, sahip olduğu sistem ile tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden kişidir²¹.

Ayrıca, 10 Ağustos 2024 tarihli ve 31932 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (MSYDY)'in 2. maddesi ile MSY m. 4'te aracı hizmet sağlayıcının ve sistemin (platform) tanımı eklenmiştir. Bu kapsamda, aracı hizmet sağlayıcı, *"Oluşturduğu sistem ile uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişi"* olarak ifade edilmiştir. Aynı maddede, aracı hizmet sağlayıcının kurduğu sistem de tanımlanmış olup söz konusu tanıma göre platform aracı hizmet sağlayıcının mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık etmek amacıyla oluşturduğu sistemdir.

Aracı hizmet sağlayıcı, tüketicinin yaptığı mesafeli sözleşmenin tarafı olmasa da kanun koyucu TKHK m. 48/5 ve m. 48/6'da aracı hizmet sağlayıcı için bazı yükümlülükler öngörmüş ve bu yükümlülüklerin ihlali hâlinde aracı hizmet sağlayıcıyı sorumlu tutmuştur²². Kural olarak, aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasındaki ilişki temelde bir üyelik sözleşmesidir. Bu nedenle, aracı hizmet sağlayıcı, üyelik sözleşmesi ile üyenin kişisel verilerinin korunmasından sorumludur. Ayrıca, aracı hizmet sağlayıcının sunduğu sistem elektronik tabanlı olduğundan, sistem üzerinden fiziksel olarak karşı karşıya gelmeden gerçekleştirilen çevrimiçi işlemler elektronik ticaretin kapsamına girer.

Aracı hizmet sağlayıcı, kurduğu sistem üzerinden yapılan her alışverişten belirli bir komisyon karşılığında hizmet vermeyi taahhüt etmektedir²³. Yargıtay, vermiş olduğu kararında, bedel tahsil etmeyen ve genellikle yer sağlayıcı niteliği taşıyan aracı hizmet sağlayıcılarının, yalnızca satıcı veya sağlayıcılarla tüketicilerin iletişime geçmesine aracılık etmeleri nedeniyle tüketiciye karşı sorumlu tutulamayacaklarına hükmetmiştir²⁴. Bunun yanı sıra, kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcı için TKHK m. 48/5 ve m. 48/6'da birtakım yükümlülükler öngörmüştür. Bu

²¹ Kara (n 2) 1118- 1119; Tançağı Çetin (n 2) 35; Koca (n 2) 106; Keskin (n 2) 123; Sırış (n 14) 371; Ekingen ve Özer (n 2) 437; Sert Sütçü (n 2) 279; Özer Deniz (n 3) 70.

²² Uzun Kazmacı (n 2) 2800; Şahin (n 2) 136 - 137; İnceoğlu ve Baş Süzel (n 2) 479; Tançağı Çetin (n 2) 36; Keskin (n 2) 124; Sert Sütçü (n 2) 280; Doğar (n 2) 423; Yağmur S ve Doğan M, 'Aracı hizmet sağlayıcının Elektronik Ticaret Platformundaki Ayıplı Üründen Sorumluluğu' (2024) 209 Terazi Hukuk Dergisi 117.

²³ Yağmur ve Doğan (n 22) 118; Sırış (n 14) 373.

²⁴ Şahin (n 2) 147; Yargıtay 11. HD. E. 2022/3467 K. 2022/6446 T. 29.9.2022. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

kapsamda, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin karara bağladığı bir davada, aracı hizmet sağlayıcının, mesafeli sözleşme yapılması için sunduğu platform nedeniyle sorumlu olduğu, ancak satıcı veya sağlayıcının platform üzerinde gerçekleştirdiği mesafeli sözleşmeye aykırı olarak yaptığı ayıplı ifadan sorumlu olmadığına karar verilmiştir. Karara kısaca bakıldığında: Davalı, "www.ç.....i.com" internet sitesi üzerinden alışveriş yapmış, bu platformda satıcı olan "D. Pastanesi"nden trüf paketi satın almıştır. Söz konusu paketin içinden sigara izmariti çıkmıştır. Bu durumda, davalı taraf, ayıplı ürün teslim edilmesi nedeniyle bedel iadesi talebiyle Esenler Tüketici Hakem Heyetine başvurmuştur. Tüketici hakem heyeti de davalının talebini kabul etmiştir. Bunun üzerine, davacı taraf, tüketici hakem heyetinin 20.03.2019 tarihli kararının iptali için dava açmıştır. Ancak mahkeme, ayıplı ifa edilen trüf paketinden davacının sorumlu olduğunu, davacı ile trüf paketini tedarik eden firma arasındaki rücu ilişkisinin kendi iç ilişkileri olduğunu, tüketicinin ise "www.ç.....i.com" ismine duyduğu güven dolayısıyla bu hizmeti almaya karar verdiğini belirterek davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, mesafeli sözleşmenin ön bilgilendirme formuna göre, satıcı tarafın "D.. Pastanesi" olduğunu, bu nedenle aracı hizmet sağlayıcının, içeriği kontrol etmek ve içeriğe konu mal veya hizmetin hukuka aykırı olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmadığını belirtmiştir²⁵. Yargıtay'ın bu kararından da anlaşılacağı üzere, tüketicinin aracı hizmet sağlayıcının ismine güvenerek hareket ettiği göz ardı edilmiş ve yalnızca satıcı veya sağlayıcı sorumlu tutulmuştur. Nitekim, 7392 Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TKHK m. 48'de yapılan değişikliklerle, aracı hizmet sağlayıcının yükümlülüklerinin kapsamı yeniden düzenlenmiştir.

II. Aracı Hizmet Sağlayıcılarının Yükümlülükleri

7392 sayılı Kanun ile aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğu genişletilmiştir. TKHK m. 48/5'e göre, aracı hizmet sağlayıcı, sistem aracılığıyla yapılan mesafeli sözleşmenin taraflarca kesintisiz ve kullanıma elverişli bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bunun yanında, aracı hizmet sağlayıcılarına getirilen diğer yükümlülükler şu şekildedir: ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatına ilişkin yükümlülükler; yapılan işlemlere ait kayıtların tutulması ve gerektiğinde paylaşılması yükümlülüğü; aracılık hizmetine yönelik satıcı veya sağlayıcı

²⁵ Ekingen ve Özer (n 2) 439; Yağmur ve Doğan (n 22) 111; Keskin (n 2) 124; Sırış (n 14) 380 - 381; Erdem Büyüksağış ve Defne Kahveci, 'E -Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu' (2022) 19(3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 138. Yargıtay 3. HD, 11403, 15.11.2021. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 03 Mayıs 2024.

ile yapılan sözleşmeye uygun davranma yükümlülüğü; tüketicinin cayma hakkının kullanımından doğan yükümlülükler; sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşme konusunun teslimi veya ifasına ilişkin yükümlülükler; kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlardan doğan yükümlülükler. Aracı hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun kapsamı ise aşağıda sayacağımız yükümlülüklerin türüne göre bazı durumlarda sadece tazminat olabilirken; Yönetmelikte bahsedilen hükümler kapsamında bazı durumlarda ise aynen ifa da olabilmektedir.

A. Ön Bilgilendirmenin Yapılması, Teyidi ve İspatına İlişkin Yükümlülükler

TKHK m. 48/2'ye göre, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı satıcı veya sağlayıcıya aittir. Gerçekten de TKHK m. 48/2'ye göre tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir öneriyi kabul etmeden önce, mevzuatta belirtilen ayrıntılar hakkında bilgilendirilmelidir. Ayrıca, siparişi onaylandığında ortaya çıkacak ödeme yükümlülüğü konusunda da satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciye açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirme yapılmalıdır. Bu bilgilendirme, tüketicinin onayından önce yapılmalıdır. Ayrıca tüketicinin bilgilendirildiğinin ispat yükümlülüğü de satıcıya veya sağlayıcıya aittir²⁶.

MSY'nin 5. maddesi ise, satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılması zorunlu olan bilgilendirmenin içeriğini düzenlemektedir²⁷. Bu maddeye göre, sözleşmede mal veya hizmetin ne olduğu, hangi niteliklere sahip olduğu, satıcı veya sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcının adı, unvanı ve varsa MERSİS numarası, ayrıca tüketicinin gerektiğinde bu taraflara ulaşabilmesine olanak tanıyan iletişim numaraları yer almalıdır. Satışa konu mal veya hizmetin tüm bilgileri ile birlikte vergiler dâhil toplam maliyetin de belirtilmesi gerekmektedir²⁸. Ayrıca, tüketici-

²⁶ Şermet (n 2) 46; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 172; Uzun Kazmacı (n 2) 2802; Koca (n 2) 70; İnce ve Kibar (n 2) 51; Kara (n 2) 1131; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 409; Arat (n 2) 13; Bütün Yılmaz (n 2) 331; Erdoğan (n 2) 96; Özkan (n 2) 104 - 105; Keskin (n 2) 129; Ekingen ve Özer (n 2) 440; Özer Deniz (n 3) 72; Doğar (n 2) 425; Çabri (n 2) 876 - 877.

²⁷ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 172 - 173; Çabri (n 2) 877; Koca (n 2) 62; İnce ve Kibar (n 2) 49 - 50; Kara (n 2) 1133 - 1134; Tançağı Çetin (n 2) 95; Özkan (n 2) 106 - 107; Uzun Kazmacı (n 2) 2802; Şermet (n 2) 47 - 48; Keskin (n 2) 130; Zeynep Dönmez, '2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351, 360 - 361; Ekingen ve Özer (n 2) 440; Özer Deniz (n 3) 72; Yücedağ Göztepe (n 3) 670; Doğar (n 2) 425; Çabri (n 2) 877 - 878; Arat (n 2) 13.

²⁸ İnce ve Kibar (n 2) 49 - 50; Uzun Kazmacı (n 2) 2802 - 2803; Kara (n 2) 1135; Bütün Yılmaz (n 2) 335 - 336; Çabri (n 2) 877; Tançağı Çetin (n 2) 94 - 95; Özkan (n 2) v108 - 109; Koca (n 2) 65 - 66; Keskin (n 2) 130; Dönmez (n 21) 364; Ekingen ve Özer (n 2) 441; Yücedağ Göztepe (n 3) 670; Arat (n 2) 13; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 174; Satıcı ya da sağlayıcı tarafından tüketicinin

nin cayma hakkının kullanımı için gerekli olan şartlar, süresi, usulü ve cayma hakkının kullanılacağı adres gibi zorunlu içerikler de Yönetmelik'te açıkça belirtilmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre, 5. maddede belirtilen ön bilgilendirme unsurlarının, aynı zamanda uzaktan iletişim araçlarına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, açık, anlaşılır, sade ve okunabilir bir şekilde yer alması gerekmektedir²⁹. Ayrıca, mesafeli sözleşmenin internet ortamında yapılması hâlinde, sözleşmeye konu mal veya hizmetin niteliği, vergiler dâhil toplam fiyatı, cayma hakkının şartları ve kullanım usulü ile tüketicinin bu hakkından hangi şartlarda yararlanamayacağı gibi hususların, tüketici ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce açık bir şekilde belirtilmesi zorunludur³⁰. Aksi hâlde tüketici yapılan sözleşmeyle bağlı değildir³¹.

Son olarak, MSYDY'nin 3. maddesi ile MSY'nin 5. maddesinde yapılan değişiklikler sonucunda, mesafeli sözleşmelerin aracı hizmet sağlayıcının sahip olduğu platform aracılığıyla kurulması hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı, ön bilgilendirmenin yapılmasından tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müte-

bilgilendirilmesi gereken hususlar MSY m.5'de: "Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası, Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket edenin kimliği ve adresi, Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikayetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi, Mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi, Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet, Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikayetlere ilişkin çözüm yöntemleri, Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi, Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödenmesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar, Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri, Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi, Tüketicilerin uyumsuzluk konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi." şeklinde ifade edilmiştir.

²⁹ Özkan (n 2) 110; Uzun Kazmacı (n 2) 2803- 2804; Erdoğan (n 2) 98; Koca (n 2) 69; Çabri (n 2) 877; İnce ve Kibar (n 2) 51; Tançağı Çetin (n 2) 96; Şermet (n 2) 48 - 49; Keskin (n 2) 131.

³⁰ Koca (n 2) 70; Erdoğan (n 2) 97; Çabri (n 2) 880; Ekingen ve Özer (n 2) 442.

³¹ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 174; Çabri (n 2) 880; Koca (n 2) 72 - 73; Kara (n 2) 1131; Keskin (n 2) 131.

selsilen sorumludur³². Ayrıca, MSY’de tek tek sayılan bu bilgiler, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılan mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğundan, tüketici aleyhine olacak şekilde bu bilgiler değiştirilemez³³. 7392 sayılı kanunda yapılan değişikliklerle birlikte, kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcının TKHK m. 48/6(a) hükmü gereğince, tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağını ifade etmiştir³⁴. Görüldüğü üzere, aracı hizmet sağlayıcı, tüketiciye karşı sadece ön bilgilendirmenin yapılmasından değil, ayrıca teyidinden ve ispatından da sorumlu tutulmuştur³⁵.

MSYDY’nin 10. maddesi ile MSY’ye eklenen 12/A maddesinin 3. fıkrasına göre de ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatından aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile müteselsilen sorumludur. Ayrıca, kanun koyucu TKHK m. 48/6(b) hükmü gereğince, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı hâller dışında, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde ön bilgilendirmede bulunması gereken hususlarda herhangi bir eksiklik olması durumunda, aracı hizmet sağlayıcının sorumlu olacağını düzenlemiştir³⁶. Özetle, aracı hizmet sağlayıcının TKHK m. 48/6(b) hükmü bakımından sorumluluğunun tek istisnası, veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapılması hâlidir³⁷. Yapılan değişikliklerle birlikte, TKHK m. 48/6(f) hükmü gereğince, aracı hizmet sağlayıcı, ön bilgilendirmede yer alan hususlarla yapılan reklamların uyumlu olmasından ve bunun ispatından da sorumludur³⁸. Ancak, aracı hizmet sağlayıcı ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatında satıcı veya sağlayıcı ile müteselsilen sorum-

³² Kara (n 2) 1134; Ekingen ve Özer (n 2) 442; Koca (n 2) 109; Keskin (n 2) 131; Özer Deniz (n 3) 72.

³³ Şermet (n 2) 48.

³⁴ Doğan (n 2) 425 - 426; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 174; Koca (n 2) 109; Kara (n 2) 1131; Arat (n 2) 15.

³⁵ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 169; Keskin (n 2) 131; Arat (n 2) 15; Ekingen ve Özer (n 2) 441; Özer Deniz (n 3) 72. TKHK m. 48/6 (a): “Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; a) Tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılmasından, teyidinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur”.

³⁶ Arat (n 2) 15; Ekingen ve Özer (n 2) 442.

³⁷ Arat (n 2) 15; Ekingen ve Özer (n 2) 441; Keskin (n 2) 131. TKHK m. 48/ 6(b): “Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; b) Veri girişinin satıcı veya sağlayıcı tarafından yapıldığı durumlar hariç olmak üzere, yönetmelikle belirlenen ön bilgilendirmede bulunması zorunlu hususlardaki eksikliklerde sorumludur”.

³⁸ Ekingen ve Özer (n 2) 442 - 443; Keskin (n 2) 132. TKHK m. 48/ 6(f): “Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; f) Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından sorumludur”.

lu tutulurken, ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarda yer alan bilgilerin uyumlu olmasından müteselsilen sorumlu tutulmamıştır. Zira, uygulamada reklamlar aracı hizmet sağlayıcı tarafından yapılmakta olup, satıcı veya sağlayıcı bu reklamlara müdahil olamamaktadır.

Bu nedenle reklamların, ön bilgilendirmede yer alan unsurlarla uyumlu olmasından doğrudan aracı hizmet sağlayıcının mesul olması hakkaniyetli bir düzenleme olmuştur. Bu durum aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı birinci dereceden sorumlu olmasını gerektirir. Zira reklamlarda tüketici, doğrudan satıcı veya sağlayıcıyı değil aracı hizmet sağlayıcıyı görmektedir. Uygulamada da hakkaniyet gereği reklamların incelenmesi hâlinde aracı hizmet sağlayıcının güven unsurunu ön planda tuttuğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, tüketicinin aracı hizmet sağlayıcının ismine duyduğu güvenle hareket ediyor olması karşısında, TKHK m. 48/6(f) hükmü gerçekten de hakkaniyetli bir düzenleme sunmaktadır.

B. Yapılan İşlemlere Ait Kayıtların Tutulması ve Gerektiğinde Paylaşılması Yükümlülüğü

TKHK m. 48/6(c) hükmü gereğince, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan mesafeli sözleşme kapsamında tüm işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenmesi hâlinde bu kayıtları ilgili kamu kurum ve kuruluşlarla tüketicilere sunmaktan sorumludur³⁹. Ancak, TKHK'de aracı hizmet sağlayıcının sistem üzerinde yapılan bütün işlemlere ait verilerin ne kadar süreyle saklanacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, MSY'nin 20. maddesine göre, uzaktan iletişim araçları kullanarak veya kullandırarak oluşturulan sistem çerçevesinde, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında mesafeli sözleşmeler kurulmasına aracılık edenlerin, sistem aracılığıyla yapılan kayıtları üç yıl boyunca saklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir⁴⁰.

³⁹ İnce ve Kibar (n 2) 60; Çabri (n 2) 897; Kara (n 2) 1142 - 1143; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 412; Arat (n 2) 15; Keskin (n 2) 132 - 133. TKHK m. 48/ 6(c): "Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; c) Bu maddede yer alan hususlardan dolayı tüketicilerin satıcı veya sağlayıcılar ile yaptıkları işlemlere ilişkin kayıtların tutulmasından ve istenilmesi hâlinde bu bilgilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile tüketicilere verilmesinden sorumludur".

⁴⁰ Uzun Kazmacı (n 2) 2811; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 177; Arat (n 2) 15; Kara (n 2) 1142; İnce ve Kibar (n 2) 60; Çabri (n 2) 897; Sert Sütçü (n 2) 281 - 282; Keskin (n 2) 133; Özer Deniz (n 3) 72. MSY m. 20/2: "Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu Yönetmelikte yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları üç yıl boyunca tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür".

Görüldüğü üzere, sözleşmelerde tüketicilerin yapacakları alışverişlere ilişkin tüm kayıtları ve verileri elde bulundurma imkânı olmadığından veya bu durum beklenmediğinden, mevzuatta tüketiciler lehine düzenlemelere yer verilmiştir.

C. Sistemi Kesintisiz (Faal) Hâlde Bulundurma Yükümlülüğü

TKHK m. 48/5'e göre, oluşturdukları sistemle satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcı, bu sistem aracılığıyla kurulan mesafeli sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerin kullanım süresi boyunca, sözleşmenin taraflarının yükümlülüklerini, taleplerini ve bildirimlerini takip etmelerini sağlamak amacıyla sistemi sürekli olarak açık, elverişli ve kesintisiz bir biçimde tutmakla yükümlüdür⁴¹.

TKHK'ye ek olarak, MSYDY'nin 10. maddesi ile MSY'ye eklenen madde 12/A-1 hükmüne göre aracı hizmet sağlayıcı, platform aracılığıyla yapılan mesafeli sözleşmelerden kaynaklanan hak ve yükümlülükler doğrultusunda, tüketicilerin taleplerini ve bildirimlerini iletebilecekleri bir sistem oluşturmak zorundadır. Bu sistem, tüketicilerin taleplerini etkin bir şekilde iletebilmelerini sağlamalı ve taleplerin düzenli bir şekilde işlenmesini güvence altına almalıdır. Ayrıca, sistemin kullanım süresi boyunca sürekli aktif olması gerekmektedir. Aracı hizmet sağlayıcının, bu sistemi kesintisiz olarak erişime açık tutma yükümlülüğü bulunmaktadır. Netice itibarıyla, aracı hizmet sağlayıcı, kurmuş olduğu platform veya sistem sayesinde, mesafeli sözleşmelerin kurulmasını ve yönetmelikte belirtilen tarafların hak ve yükümlülüklerini sağlıklı bir şekilde kullanabilmesini sağlamak, ayrıca bu hak ve yükümlülüklerle dair ilgili talep ve bildirimlerin iletilmesini temin etmek üzere platformu veya sistemi sürekli faal hâlde tutma yükümlülüğündedir⁴².

D. Aracılık Hizmetine Yönelik Satıcı veya Sağlayıcı ile Yapılan Sözleşmeye Uygun Davranma Yükümlülüğü

TKHK m. 48/6(ç) hükmü gereğince, aracı hizmet sağlayıcı satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine dair sözleşmeye aykırı uygulamalar nedeniyle, satıcı veya sağlayıcıların bu madde hükümlerine uymamasına neden oldukları her bir işlemde tüketici sorumludur. Bu sorumluluk, aykırı her bir işlem

⁴¹ Arat (n 2) 14; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 184; Ekingen ve Özer (n 2) 443; Sert Sütçü (n 2) 282 - 283; Doğan (n 2) 428.

⁴² Akipek Öcal ve Kara (n 2) 184; Arat (n 2) 15; Doğan (n 2) 428.

için geçerli olur⁴³. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, aracı hizmet sağlayıcının tüketiciye karşı sorumlu tutulabilmesi için satıcı veya sağlayıcının TKHK m. 48’de düzenlenen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesine sebep olması gerekmektedir⁴⁴. Satıcı veya sağlayıcının, madde 48’de belirtilen yükümlülüklere aykırı hareket etmesi, ancak bu durumun aracı hizmet sağlayıcının aracılık sözleşmesine aykırı hareketinden kaynaklanması hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı TKHK m. 48/6(ç) hükmü gereğince tüketiciye karşı sorumlu olur.

E. Tüketicinin Cayma Hakkının Kullanımından Doğan Yükümlülükler

Sözleşme hukukunun en temel ilkelerinden biri olan sözleşmeye bağlılık ilkesi, istisnalarından biri olan cayma hakkı ile sınırlanabilir. Cayma hakkı, sözleşmenin taraflarından birine, sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye imkânı tanır⁴⁵. Cayma hakkına sahip olan taraf, sözleşmede ya da kanunda belirtilen süre zarfında, herhangi bir cezai şart ödemeksizin sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilir⁴⁶. Hukuki açıdan cayma hakkı, tek taraflı olarak kullanılan ve sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiren bir bozucu yenilik doğuran haktır⁴⁷. Tüketici, yapmış olduğu mesafeli sözleşme sonucunda aldığı maldan memnun kalmamış olabilir. Beklenen kaliteden daha düşük bir mal teslim almış olabilir. Mesafeli sözleşmelerde tüketici, satın aldığı mal ya da hizmeti bizzat inceleme imkânı olmadan bu işlemi gerçekleştirir. Bu durumda, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketicinin mağdur olmaması için kanun koyucu, tüketiciyi koruyan birtakım hükümler öngörmüştür.

Kanun koyucu, TKHK’de mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra belirli bir süre içinde tüketiciye cayma hakkı tanımıştır⁴⁸. Gerçekten de TKHK m.

⁴³ Arat (n 2) 15; Keskin (n 2) 133; Doğan (n 2) 429; Ekingen ve Özer (n 2) 446. TKHK m. 48/ 6(ç): “Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; ç) Satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları aracılık hizmetine ilişkin sözleşmeye aykırı uygulamaları nedeniyle satıcı ve sağlayıcıların bu madde hükümlerine aykırı davranmasına sebep oldukları her bir işlemde sorumludur”.

⁴⁴ Keskin (n 2) 133- 134; Ekingen ve Özer (n 2) 446; Doğan (n 2) 429; Altın Şahin (n 2) 234.

⁴⁵ Koca (n 2) 77; Çabri (n 2) 882; Döner (n 3) 89; Baysal (n 6) 275; Bozbel ve Atalı (n 2) 452; Altın Şahin (n 2) 233 - 234; Uzun Kazmacı (n 2) 2806.

⁴⁶ Erdoğan (n 2) 101; Uzun Kazmacı (n 2) 2806; Döner (n 3) 89; Baysal (n 6) 279; Bozbel ve Atalı (n 2) 452; Altın Şahin (n 2) 233 - 234.

⁴⁷ Bütün Yılmaz (n 2) 338; Koca (n 2) 77; Erdoğan (n 2) 101; Tançağı Çetin (n 2) 122; Özkan (n 2) 119 - 120; Kiremitçi (n 2) 49; Dönmez (n 21) 368; Uzun Kazmacı (n 2) 2806; Özer Deniz (n 3) 73; Baysal (n 6) 275; Çabri (n 2) 883; Altın Şahin (n 2) 234.

⁴⁸ Çabri (n 2) 881; Arat (n 2) 13; Bütün Yılmaz (n 2) 338; Erdoğan (n 2) 101; Döner (n 3) 89; Tançağı Çetin (n 2) 122; Özkan (n 2) 121 - 122; Şermet (n 2) 96; Ekingen ve Özer (n 2) 444; Özer Deniz (n 3) 73; Altın Şahin (n 2) 234.

48/4'e göre tüketici, sözleşmenin kurulmasından sonra on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir⁴⁹. Benzer şekilde, MSY'nin 9. maddesinde de tüketicinin, mesafeli sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Her iki hükümden de anlaşıldığı üzere, tüketici mesafeli sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden cayabilir.

Ayrıca, MSY'nin 5. maddesine göre satıcı veya sağlayıcı, mesafeli sözleşmenin kurulmasından ya da tüketicinin buna benzer teklifi kabul etmesinden önce, tüketiciyi cayma hakkı, bu hakkın kullanımı, şartları, süresi ve usulü hakkında bilgilendirmek zorundadır⁵¹. Tüketicinin bu hakkı satıcı ya da sağlayıcıya yönelmiş olması yeterli olup, sözleşmenin karşı tarafının bu hakkı öğrenmesi şartı aranmamaktadır. TKHK m. 48/4'e göre, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyi cayma hakkına ilişkin gereği gibi bilgilendirmemesi durumunda, cayma hakkının kullanımı için kanunda öngörülen on dört günlük süre geçerli olmaz. Bu durumda, cayma hakkının ne zamana kadar kullanılabilceği konusunda TKHK m. 48/4'te, cayma süresinin, kanunda öngörülen on dört günlük sürenin bitiminden itibaren her hâlükârda bir yıl içinde sona ereceği ifade edilmiştir⁵².

⁴⁹ Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 410; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 178; Tançağı Çetin (n 2) 123; Koca (n 2) 79; İnce ve Kibar (n 2) 52; Altın Şahin (n 2) 235; Arat (n 2) 13; Bütün Yılmaz (n 2) 338; Erdoğan (n 2) 101; Döner (n 3) 90 - 91; Özkan (n 2) 130 - 131; Uzun Kazmacı (n 2) 2807; Keskin (n 2) 136; Dönmez (n 21) 368; Ekingen ve Özer (n 2) 444; Yücedağ Göztepe (n 3) 671; Çabri (n 2) 881. TKHK m. 48/4: "Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutakullanımını sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir".

⁵⁰ Kara (n 2) 1155; Uzun Kazmacı (n 2) 2807; Koca (n 2) 79; İnce ve Kibar (n 2) 52; Arat (n 2) 13; Altın Şahin (n 2) 236; Yücedağ Göztepe (n 3) 685- 686; Çabri (n 2) 885; MSY m. 9/1: "Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir".

⁵¹ Yücedağ Göztepe (n 3) 674; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 178; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 411; Çabri (n 2) 877; Kara (n 2) 1159; Altın Şahin (n 2) 235; Dönmez (n 21) 370; Bozbel ve Atalı (n 2) 456; İnce ve Kibar (n 2) 53.

⁵² İnce ve Kibar (n 2) 53; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 178; Kara (n 2) 1159; Uzun Kazmacı (n 2) 2807; Çabri (n 2) 885; Altın Şahin (n 2) 243; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 411; Özer Deniz (n 3)

Tüketicinin cayma hakkını kullanmasıyla birlikte, esas sözleşmenin sona ermesinin yanı sıra yapılan yan sözleşmeler de sona erer. Gerçekten de MSY m. 14'te belirtildiği gibi, TKHK'nin 30. maddesinde düzenlenen bağlı kredi sözleşmelerine dair hükümler saklı kalmak kaydıyla, cayma hakkının kullanılması durumunda esas sözleşmeyle birlikte yan sözleşmeler de sona erer⁵³. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte tüketici, kural olarak cayma hakkını kullanmak için tazminat, cezai şart veya masraf ödemekle yükümlü değildir. Ancak, MSY m. 13/2'de de ifade edildiği üzere, tüketici, malı işleyişine, kullanım talimatına ve teknik özelliklerine uygun kullanmaması sonucunda sözleşme konusu malda meydana gelen bozulma ve değişikliklerden sorumlu olur. MSY m. 13/2'ye göre ise, tüketici cayma hakkını kullanmadan önce sözleşme konusu malı işleyişine, teknik özelliklerine ve kullanım talimatlarına uygun olarak mutata kullanım durumunda malda meydana gelen değişiklikten tüketici sorumlu olmaz⁵⁴. Yan sözleşmeler için de tüketici kanununun belirlediği ilgili yükümlülüklerini yerine getirdiğinde, bu sözleşmelerin sona ermesinden sorumlu olmaz.

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin sürenin başlangıcı, sözleşmenin konusuna göre değişiklik göstermektedir⁵⁵. Bu kapsamda, MSY m. 9'a göre, hizmet ifasını konu edinen mesafeli sözleşmelerde sürenin başladığı tarih,

73; Erdoğan (n 2) 104; Özkan (n 2) 130 - 131; Şermet (n 2) 97. MSY m. 10/1: "Satıcı veya sağlayıcı ile aracı hizmet sağlayıcısı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Bu süre her hâlükârda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer".

⁵³ Uzun Kazmacı (n 2) 2808.

⁵⁴ Altın Şahin (n 2) 236; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 412; Uzun Kazmacı (n 2) 2808; Kara (n 2) 1156.

⁵⁵ Çabri (n 2) 884; İnce ve Kibar (n 2) 52; Altın Şahin (n 2) 240; Tançağı Çetin (n 2) 123 - 124; Özkan (n 2) 135 - 136. Yargıtay 13. HD, 25017/556, 25.01.2018: "Tüketici Yasasının 48. maddesinde mesafeli satış sözleşmeleri düzenlenmiştir. İlgili maddenin 4 fıkrasında "Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutata kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir." hükmü düzenlenmiştir. Yine 29188 sayılı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında; "Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar..." hükmü düzenlenmiştir. <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 07 Mayıs 2024.

sözleşmenin kurulduğu gündür. Eğer sözleşmenin konusu mal teslimi ise, cayma hakkı süresi, tüketicinin ya da sözleşmede belirlenen bir üçüncü kişinin mal teslim aldığı gün başlar⁵⁶. Bununla birlikte, MSY m. 9/2'ye göre, tüketicinin sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar geçen sürede de cayma hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, MSY m. 9/3'e göre, cayma hakkı süresi, tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda son malın teslim alındığı gün, sözleşme konusu birden çok parçadan oluşuyorsa son parçanın teslim alındığı gün ve malın belirli bir süre boyunca düzenli teslimi durumunda ise ilk malın teslim alındığı gün itibarıyla başlar⁵⁷.

Mesafeli sözleşmeler kapsamında tüketicilere tanınmış olan cayma hakkı, her zaman veya her türden durumda kullanılamamaktadır. Zira Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 15. maddesinde, tüketicinin cayma hakkını kullanmasına bazı istisnalar getirilmiştir. Özellikle belirtmek gerekir ki, 23.08.2022 tarihli ve 31932 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 15. maddesine "i, j, k" bentleri eklenerek, satıcı veya sağlayıcıların ve aracı hizmet sağlayıcılarının yükümlülükleri bu kapsamda azaltılmıştır. Ancak bu durum, 04.11.2023 tarihli ve 32359 sayılı Resmî Gazete'ye göre 01.01.2025 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Söz konusu madde kapsamında, tüketici kişisel taleplerine göre hazırlanan mallarda, son kullanma tarihi geçebilecek veya çabuk bozulabilecek malların tesliminde, ya da tesliminden sonra doğası gereği başka mallarla karışma ihtimali olan ve karışması hâlinde ayırt edilmesi mümkün olmayan malların sözleşme konusu olması durumunda, tüketici cayma hakkını kullanamaz⁵⁸. Gerçekten de Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 15/1:

⁵⁶ Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 410; İnce ve Kibar (n 2) 52; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 179; Çabri (n 2) 883; Erdoğan (n 2) 104; Uzun Kazmacı (n 2) 2807; Taççağı Çetin (n 2) 123; Yücedağ Göztepe (n 3) 672; Kara (n 2) 1157 - 1158.

⁵⁷ Taççağı Çetin (n 2) 123; Özkan (n 2) 139 - 140; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 179; Erdoğan (n 2) 104; Çabri (n 2) 883 - 884; Döner (n 3) 91; Kara (n 2) 1158; İnce ve Kibar (n 2) 52.

⁵⁸ İnce ve Kibar (n 2) 56 - 57; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 180 - 181; Uzun Kazmacı (n 2) 2809; Çabri (n 2) 889 - 890; Altın Şahin (n 2) 239; Kara (n 2) 1161 - 1162; Döner (n 3) 96 - 97; Şermet (n 2) 105 - 106; Özer Deniz (n 3) 73. Mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinde değişiklik yapılmasına dair yönetmeliğinin 13. maddesinde mesafeli sözleşmeler yönetmeliğinin 15. maddesine yeni bentler eklenmiştir. MSYDY m. 13: "Aynı Yönetmeliğin 15 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir. ı) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşıyıcılar ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler. İ) Tüketicie teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat,

“(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanamaz:

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması hâlinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

tablet ve bilgisayarlar ile ilişkin sözleşmeler. j) Canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler. k) Tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler”.

i) *(Ek: RG-23/8/2022-31932) (2) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescili zorunlu olan taşıyıcılar ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler.*

i) *(Ek: RG-23/8/2022-31932) (2) Tüketicie teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlar ile ilişkin sözleşmeler.*

j) *(Ek: RG-23/8/2022-31932) (2) Canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler.*

k) *(Ek: RG-23/8/2022-31932) (2) Tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulum veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler.” hümnü havidir⁵⁹.*

Tüm bu sorumluluklar ve istisnalar çerçevesinde, TKHK m. 48/6 (d) hükmü gereğince, tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte aracı hizmet sağlayıcı da müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Söz konusu hükme göre aracı platform üzerinden kurulan sözleşmelerde, satıcı

⁵⁹ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 180 - 181; Kara (n 2) 1161 - 1162; İnce ve Kibar (n 2) 56 - 57; Uzun Kazmacı (n 2) 2809; Çabri (n 2) 890; Altın Şahin (n 2) 268; 23.08.2022 tarihinde Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği m. 15/1(i,j,k) bentleri eklenerek önemli değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler 04.11.2023 tarihli 32359 sayılı Resmi Gazete’de yer alan değişikliğe göre 01.01.2025 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında MSY m. 15/1’de sıralı olarak ifade edilen cayma hakkının kullanılmayacağı durumları dikkate almayı tüketiciyi cayma hakkının varlığını kabul etmiş ancak kullanımın mutata kullanım aşan durumun olup olmadığına ilişkin karar verilmesi gerektiğini ifade edip Adalet Bakanlığı’nın kanun yararına bozma talebini kabul etmiştir: Yargıtay 3. HD. E. 2022/6784 K. 2022/8533 T. 7.11.2022: “Yine 6502 sayılı Kanunun 48/4. maddesinin son cümlesinde ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 13/2. maddesinde cayma hakkının kullanılmasında mutata kullanımı aşan bozulmalar halinde tüketicinin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Somut olayda davalının mesafeli satış sözleşmesi nedeniyle 14 günlük cayma hakkının olduğu, bu süre içinde malı iade ederek cayma hakkını kullandığı, ancak mesafeli satış sözleşmesinin konusunu oluşturan cep telefonuna davalı tarafından sim kartı takılıp, uygulamalar indirilerek cayma hakkı süresi içerisinde 6 gün boyunca kullandığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, davalının mesafeli satış sözleşmesinden cayma hakkını kullanması nedeniyle cayma hakkı süresi içerisinde söz konusu cep telefonunu 6 gün boyunca kullanımın mutata kullanım aşan kullanım olup olmadığı, mutata kullanım aşan kullanım söz konusu ise davacı satıcının uğradığı zarardan davalı tüketicinin sorumlu olacağı gözetilerek konusunda uzman bilirkişiden taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, Adalet Bakanlığının bu yöne ilişkin kanun yararına temyiz talebinin kabulü gerekir.” <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2024.

veya sağlayıcı adına bedel tahsil edilmesi, mal veya hizmetin tüketiciye teslimi ya da ifası sonrası bedelin satıcı veya sağlayıcıya aktarılması ve tüketicinin ayıplı mal veya ayıplı hizmetten kaynaklanan seçimlik haklarını kullanması durumları haricinde, aracı hizmet sağlayıcı teslimat, ifa ve cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcıyla birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumludur. Görüldüğü üzere, aracı hizmet sağlayıcının müteselsilen sorumluluğu kapsamında bazı istisnai durumlar da söz konusudur⁶⁰.

Öncelikle, kanun hükmünden anlaşıldığı üzere, aracı hizmet sağlayıcının satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan mesafeli sözleşmeden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte sorumlu olması için, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi gerekir⁶¹. Ancak, tüketicinin TKHK m. 11’de ifade edilen ayıplı malın ifası hâlinde ya da TKHK m. 15’te düzenlenen ayıplı hizmetin ifası hâlinde, tüketicinin var olan seçimlik haklarını kullanması durumunda aracı hizmet sağlayıcı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olmaz. Ayrıca, mesafeli sözleşme hükümleri gereği mal veya hizmetin ifasından ya da tesliminden sonra bedelin doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödeneceğine karar verilmesi hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı müteselsilen sorumlu olmaz⁶².

Tüm bu koşullar gerçekleştiği takdirde, MSY m. 11’e göre, tüketicinin sözleşmede belirlenen süre içerisinde cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini satıcı veya sağlayıcıya yöneltmiş olması yeterli olur⁶³. Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimden kendisine ulaştığı andan itibaren on dört gün içerisinde, malın tüketiciye teslimine ilişkin masraflar da

⁶⁰ Doğan (n 2) 433; Keskin (n 2) 138 - 139.

⁶¹ Yağmur ve Doğan (n 22) 118; Keskin (n 2) 139.

⁶² Kanun koyucu tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağı durumlara Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 13 maddesinde ek bentler getirmiştir. Söz konusu hükme göre: “i) 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre tescilli zorunlu olan taşıyıcılar ile kayıt veya tescil zorunluluğu bulunan insansız hava araçlarına ilişkin sözleşmeler. ii) Tüketicinin teslimi yapılmış olan cep telefonu, akıllı saat, tablet ve bilgisayarlar ile ilişkin sözleşmeler. iii) Canlı müzayede şeklinde açık artırma yoluyla akdedilen sözleşmeler. iv) Tanıtma ve kullanma kılavuzunda satıcı veya yetkili servis tarafından kurulmuş veya montajının yapılacağı belirtilen mallardan kurulum ya da montajı yapılanlara ilişkin sözleşmeler”. Durumlarında tüketici cayma hakkını kullanamayacaktır.

⁶³ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 178; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 410; İnce ve Kibar (n 2) 54; Çabri (n 2) 885 - 886; Özer Deniz (n 3) 74; Erdoğan (n 2) 105. MSYDY m. 8 ile MSY’nin 11. maddesinde yapılan değişikliklerle beraber tüketici mesafeli sözleşmelerin kurulmasına aracılık eden bir platform üzerinden cayma beyanını satıcı veya sağlayıcıya gönderebilmesi için aracı hizmet sağlayıcı platform üzerinden sistemi açık tutmakla yükümlü olduğunu ve cayma beyanlarının satıcı ya da sağlayıcıya ulaştığına dair teyit bilgisini tüketiciye derhâl iletmek zorundadır.

dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Ancak, 31932 sayılı Yönetmelikle beraber, sözleşmenin konusu ister hizmet ifası ister mal teslimi olsun, platform üzerinde kurulan ve aracılık edilen mesafeli sözleşmelerde, aracı hizmet sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullanmasından sonra bedelin iadesine dair satıcı veya sağlayıcı ile birlikte sorumludur⁶⁴. Buna ek olarak, aracı hizmet sağlayıcı, cayma hakkının kullanılmasından sonra, sözleşme bedelinin tam ve eksiksiz olarak tüketiciye herhangi bir masraf ve yükümlülük getirilmeden iadesine ilişkin olarak, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olur.

F. Sözleşmenin Kurulmasıyla Birlikte Sözleşme Konusunun Teslimi veya İfasına İlişkin Yükümlülükler

Kanun koyucunun, aracı hizmet sağlayıcının müteselsil sorumluluğuna ilişkin öngördüğü istisnalardan biri, sözleşme konusunun teslimi veya ifasına ilişkin yükümlülüklerde karşımıza çıkmaktadır. TKHK m. 48/6 (d) hükmü gereğince, aracı hizmet sağlayıcı, aracılık ettiği mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, teslim, ifa ve cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu olur⁶⁵. Ancak, sözleşme konusu mal veya hizmetin teslimi veya ifasından sonra sözleşme bedelinin ödenmesi hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olmaz. Ayrıca, TKHK m. 48/6 (d) hükmü gereğince, TKHK m. 11’de düzenlenen malın ayıplı teslimi ve TKHK m. 15’te düzenlenen hizmetin ayıplı ifa edilmesi hâllerinde, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olmaz. Satıcı veya sağlayıcının teslim ve ifaya ilişkin yükümlülükleri ise MSY m. 16’da düzenlenmiştir⁶⁶. Söz konusu hükme göre, satıcı ya da sağlayıcı aracı platform üzerinden tüketicinin siparişinin kendisi ulaşması itibarıyla tüketiciye taahhüt ettiği süreye bağlı olarak edimin ifa etmekle yükümlüdür. MSYDY’nin 14 mad-

⁶⁴ Özer Deniz (n 3) 74.

⁶⁵ Arat (n 2) 15; Ekingen ve Özer (n 2) 446; Doğar (n 2) 433; Keskin (n 2) 135. TKHK m. 48/ 6(d): “Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; d) Satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil etmesi hâlinde, mal veya hizmetin tüketiciye teslim veya ifası sonrası bedelin satıcıya veya sağlayıcıya aktarıldığı durumlar ile 11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere teslim veya ifa ile cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur”.

⁶⁶ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 175; Çabri (n 2) 894 - 895; İnce ve Kibar (n 2) 57 - 58; Keskin (n 2) 135.

desi ile MSY'nin değiştirilen madde 16/1 hükmüne göre, mal satışını konu edinen sözleşmelerde bu süre otuz günü geçemez. Ancak bu hüküm, tüketicinin isteği ve kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan malların satışını konu edinen sözleşmeler için geçerli değildir⁶⁷.

Satıcının veya sağlayıcının edimini gereken süre zarfında yerine getirmemesi hâlinde, tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil ettiği tüm ödemeleri iade etmek zorundadır. Ayrıca, aracı hizmet sağlayıcının tüketici adına bedel tahsil etmesi hâlinde, tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, fesih bildiriminden kendisine ulaşmasından itibaren on dört gün içinde tahsil edilen tüm mal veya hizmet bedelinin iadesinden, aracı hizmet sağlayıcı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur⁶⁸. Ancak, MSYDY'nin 14 maddesi ile MSY'nin değiştirilen madde 16/1 hükmüne göre, mesafeli sözleşmede, sipariş konusu mal veya hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı bu durumu öğrendiği andan itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak bildirmek ve ayrıca teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren on dört gün içinde iade etmek zorundadır. Ancak, satış konusu malın stokta bulunmaması, edimin ifa edilmesinin imkânsızlaşması anlamına gelmez.

G. Kampanyalı, Promosyonlu veya İndirimli Satışlardan Doğan Yükümlülükler

TKHK m. 48/6 (e) hükmü gereğince, aracı hizmet sağlayıcıları, mesafeli sözleşme yapılmasına aracılık edilen platform üzerinde, satıcı veya sağlayıcının onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalar ve indirimlerden kaynaklı olarak, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tüketiciye karşı sorumludur⁶⁹. Günümüzde, özellikle "Black Friday" gibi küresel çapta kampanyaların düzenlendiği günlerde, aracı hizmet sağlayıcıları sıkça büyük indirimler yapmakta ve birçok kampanya düzenlemektedir. Bu kampanyalar, satıcı veya

⁶⁷ Kara (n 2) 1138- 1139; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 175; Keskin (n 2) 135; Aydoğdu ve Kahveci (n 2) 409; İnce ve Kibar (n 2) 58; Çabri (n 2) 894 - 895.

⁶⁸ Ekingen ve Özer (n 2) 446; Keskin (n 2) 135.

⁶⁹ Akipek Öcal ve Kara (n 2) 186; Arat (n 2) 16; Ekingen ve Özer (n 2) 447 - 448; Doğar (n 2) 435; Keskin (n 2) 139; TKHK m. 48/ 6(e): "Aracı hizmet sağlayıcısı olarak faaliyet gösterenler aracılık ettikleri mesafeli sözleşmelere ilişkin olarak; e) Satıcı veya sağlayıcı onayı olmaksızın düzenledikleri kampanyalı, promosyonlu veya indirimli satışlarda, sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden sorumludur".

sağlayıcının onayı olmaksızın aracı hizmet sağlayıcı tarafından gerçekleştirilmişse, satış konusu mal veya hizmetin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı aracı hizmet sağlayıcı tüketiciye karşı sorumlu olur. Dolayısıyla kanun koyucu, bu hükümle aracı hizmet sağlayıcıya, bu tür faaliyetlerde satıcı veya sağlayıcıyı bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir⁷⁰.

TKHK m. 48/6 (f) hükmü gereğince aracı hizmet sağlayıcı, yapmış olduğu reklamlarda yer alan bilgilerin, ön bilgilendirmede yer alan hususlarla uyumlu olmasından sorumlu tutulmuştur⁷¹. Ayrıca, ilgili fıkra, reklamlarda tüketiciye vaat edilen unsurlar ile ön bilgilendirmede yer alan unsurların birbirine uygun olup olmadığına ilişkin ispat yükü aracı hizmet sağlayıcıya yüklenmiştir⁷². Bu konuda benzer bir düzenleme, MSY'ye eklenen 12/A maddesinin 9. fıkrasında da yer almaktadır. Söz konusu hükümde, satışa sunulan mal veya hizmete ilişkin bilgiler ile platform üzerinde yapılan reklam ve tanıtımlarda taahhüt edilen bilgilerin uyumlu olmasından ve bu uyumun ispatından aracı hizmet sağlayıcının sorumlu olduğu ifade edilmiştir. TKHK m. 48/6 (f) ve MSY m. 12/A (9)'da yer alan hükümler, MSY m. 20'de düzenlenen, satıcının veya sağlayıcının Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında belirlenen cayma hakkı, bilgilendirme, teslimat ve diğer hususlardaki yükümlülüklerine ilişkin her bir işlem ve bu işlemlere dair bilgi, belge ve kayıtları üç yıl boyunca saklama zorunluluğu ile bir bütünlük oluşturmaktadır.

III. Aracı Hizmet Sağlayıcının Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları

Aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan sözleşmenin tarafı değildir. Aracı hizmet sağlayıcı ile tüketici arasında bir üyelik sözleşmesi bulunurken, satıcı veya sağlayıcı ile arasında bir aracılık sözleşmesi mevcuttur. Bu açıdan, aracı hizmet sağlayıcı mesafeli sözleşmenin tarafı olmasa da her iki tarafla da hukuki ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu hukuki ilişkiler satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında yapılan mesafeli sözleşmeye etki etmekte ve aracı hizmet sağlayıcının bu sözleşmeden kaynaklı olarak her iki tarafla karşı çeşitli sorumlulukları bulunmaktadır. Bu durumda, kanaatimizce, sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden biri olan nisbilik ilkesi, kanun koyucu tarafından aracı hizmet sağlayıcı açısından yumuşatılmıştır.

⁷⁰ Ekingen ve Özer (n 2) 448.

⁷¹ Doğan (n 2) 436; Akipek Öcal ve Kara (n 2) 186.

⁷² Arat (n 2) 16; Doğan (n 2) 437.

Kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcının kurduğu platform üzerinden mesafeli sözleşme yapılmasına aracılık etmesi nedeniyle ona karşı birtakım yükümlülükler öngörmüş ve bazı durumlarda onu sorumlu tutmuştur. Öncelikle, aracı hizmet sağlayıcı, tüketiciye karşı hem TKHK hem de MSY kapsamında ön bilgilendirmenin yapılmasından, bu bilgilendirmenin tespitinden ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile müteselsilen sorumludur. Ayrıca, aracı platform üzerinden kurulan sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcı adına bedel tahsil edilmesi, mal veya hizmetin tüketiciye teslimi ya da ifası sonrası bedelin satıcı veya sağlayıcıya aktarılması gibi işlemler dışında, aracı hizmet sağlayıcı teslimat, ifa ve cayma hakkına ilişkin yükümlülüklerden satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumludur.

TKHK'de yapılan değişiklikten önce, TKHK m. 48/5'in son cümlesinde, aracılık edenlerin, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumlu olduklarına dair bir hüküm bulunmaktaydı⁷³. Söz konusu hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere, aracı hizmet sağlayıcının hangi durumlarda tüketiciye karşı sorumlu olacağı açıkça ifade edilmemiş ve hükümde belirsizlikler mevcuttu⁷⁴. İnceoğlu ve Baş Süznel, bu hükmün geniş yorumlanabileceğini ve tüketicilerin, aracı platform nedeniyle satıcı ya da sağlayıcı ile değil, aracılarla sözleşme yaptıklarını düşündüğünü ve bu nedenle satım ilişkisine girdiklerini belirtmiştir. Bu sebeple de aracılık edenlerin, tüketicinin ayıp ya da cayma hakkını kullanmasından sonra bedelin iade edilmemesi gibi durumlarda, satıcı ya

⁷³ 7392 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TKHK m. 48'de değişiklik yapılmasından önce TKHK m. 48/5: "Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur."

⁷⁴ Keskin (n 2) 124 - 125; Yağmur ve Doğan (n 22) 116; Kanun tasarısı metninde, Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu tarafından verilen raporda, aracı hizmet sağlayıcının ayıplı mal veya hizmetten kaynaklanan sorumlu olması durumunda elektronik ticareti zayıflayacağı yönünde bir çekince taşındığı görülmektedir. "Elektronik ticaretin Ülkemiz ekonomisinde de hızla gelişen bir alan olduğu, Türkiye'de elektronik ticaret kapasitesinin Avrupa Birliği ortalamasının sekiz kat gerisinde olduğu, bu alanın düzenlenmesiyle beraber olumlu gelişmeler yaşanacağı; ancak bu husustaki düzenlemenin müteselsil sorumluluk olması halinde yer sağlayıcı veya aracı hizmet sağlayıcı olan tacirlerin bu alana yatırım yapmaktan imtina edebileceği," Bkz: <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D24/Y3/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/39d9de20-a44a-4c98-8e04-df863c3d37ba.pdf> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2024.

da sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmişlerdir⁷⁵. Söz konusu görüşü destekler nitelikte Yargıtay, TKHK m. 48/5 hükmünü tüketici menfaatine geniş yorumlamış ve satıcı ya da sağlayıcı tarafından ayıplı malın ifa edilmesi nedeniyle satıcı ya da sağlayıcıyla birlikte aracı hizmet sağlayıcıyı da tüketiciye karşı sorumlu tutmuştur⁷⁶.

Ancak 7392 sayılı Kanun ile TKHK m. 48/5 ve m. 48/6'da yapılan değişiklikler tüketici için bazı durumlarda beklenen korumayı tam olarak sağlayamamıştır. Örneğin, aracı hizmet sağlayıcı, mesafeli sözleşmelerin kurulması için kendi platformu üzerinden yapılan mesafeli sözleşmelerde, sözleşme konusu mal veya hizmetin ayıplı ifa edilmesinden sorumlu olmaması kanaatimizce tartışılması gereken bir konudur. Burada tartışma konusu olan, aracı hizmet sağlayıcının kendisinin satıcı veya sağlayıcı olduğu mesafeli sözleşmeler değil, aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı veya sağlayıcının farklı kişiler olduğu durumlarda sözleşme konusunun ayıplı olmasıdır. Bu durumda, malın veya hizmetin ayıbından yalnızca ilgili satıcı veya sağlayıcı sorumlu tutulmuştur. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu son düzenlemeler, TKHK'nin amacıyla örtüşmemekte ve tüketiciyi yeterince korumamaktadır. TKHK m. 48/6 (d) bendi gereğince, ayıplı mal veya hizmetten dolayı tüketicinin TKHK m. 11 ve m. 15'te öngörülen seçimlik haklarını kullanması hâlinde, aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu tutulmamaktadır.

⁷⁵ İnceoğlu ve Baş Süzel (n 3) 486 - 487.

⁷⁶ Yağmur ve Doğan (n 22) 116; Yargıtay 11. HD. E. 2022/3467 K. 2022/6446 T. 29.9.2022: "Olay tarihinde yürürlükte bulunan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48/(5) maddesinde "Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı adına mesafeli satış sözleşmesi kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi halinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur. " şeklinde düzenleme yer almakta olup, madde gerekçesinde de bu fıkra özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumluluklarının düzenleme altına alındığı, uygulamada satıcı veya sağlayıcılar dışında onlara aracılık eden üçüncü kişilerin, oluşturdukları sistem çerçevesinde satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketicilere ulaşmasına aracılık etmekte oldukları, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil ettikleri, bu durumda bu kişilerin de satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı maddede yazan hususlardan dolayı sorumlu olacakları, ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet sitelerinin bu fıkra hükümlerine tabi olmayacağı belirtilmiştir. Bu itibarla davalı taraf elektronik aracı hizmet sağlayıcı olarak sorumlu olup, mahkemenin buna ilişkin kabulü isabetlidir." <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2024.

TKHK m. 48'de yapılan bu değişiklikler, TKHK'de yer alan mevcut hükümlerle çelişkiler barındırmaktadır. Uygulamada aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı veya sağlayıcının farklı kişiler olduğu durumlarda, televizyon, internet, radyo gibi mecralarda yer alan reklam ve ilanlarda vaat edilen niteliklerin, satışa konu mal veya hizmette bulunmaması söz konusu olabilir. Bu durumda, ayıplı malın teslimi ya da ayıplı hizmetin ifası söz konusudur. Ancak, mesafeli sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketiciye ayıplı mal veya hizmet sunulması hâlinde, tüketici TKHK m. 11 veya m. 15'teki seçimlik haklarını kullanmak istese bile, TKHK m. 48/6 (d)'ye göre aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna başvuramaz.

Bu durumun kanaatimizce bir istisnası bulunmaktadır. TKHK m. 8'de ayıplı mal, *“Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerden bir veya birden fazlasını taşımayan...”* şeklinde tanımlanmıştır. Ayıplı hizmet ise m. 13'te; *“Hizmet sağlayıcı tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikleri taşımayan...”* olarak tanımlanmıştır. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere, reklam veya ilanlarda yer alan özellikleri taşımayan mal veya hizmetin teslimi ya da ifası halinde ayıplı ifa söz konusudur ve tüketici, TKHK m. 11 ve 15'teki seçimlik haklarını kullanabilir.

Kanun koyucu, mesafeli sözleşmeler bakımından TKHK m. 48/6(f)'de; *“Ön bilgilendirmede yer alan hususlar ile reklamlarında yer alan bilgilerin uyumlu olmasından ve ispatından”* ifadesi ile, aracı hizmet sağlayıcı tarafından yapılan reklamlarda, reklamı yapılan mal veya hizmete ait ön bilgilendirmenin reklamlarda yer alan bilgilerle uyumlu olmaması hâlinde aracı hizmet sağlayıcıyı tüketiciye karşı sorumlu tutmuştur.

Nihayet, yukarıda belirtildiği gibi ön bilgilendirme ile reklamlar arasında uyumsuzluk olması hâlinde, mal veya hizmetin reklamlarda vaat edilen unsurları taşınamaması bir ayıplı ifa durumudur. Dolayısıyla, tüketici reklamlarda vaat edilen unsurları taşımayan malın teslimi veya hizmetin ifası hâlinde, aracı hizmet sağlayıcıyı TKHK m. 48/6(f) kapsamında sorumlu tutabilir. Aracı hizmet sağlayıcı tarafından reklamı yapılan mal veya hizmetin platform üzerinde satıcı ya da sağlayıcı tarafından tüketiciye sunulması durumunda, tüketici TKHK m. 11 veya m. 15'teki seçimlik haklarını satıcı veya sağlayıcıya karşı kullanabileceği gibi, sadece reklamlardan kaynaklı olarak TKHK m. 48/6(f) hükmü gereği reklamlarda bildirilen vasıfların mal veya hizmette bulunmaması nedeniyle aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğuna da başvurabilir. Tüketicinin, ilgili mevzuat

hükümlerinden tercih ettiği maddeye göre farklı kişilerin sorumluluğuna başvurulabilmesi, kanaatimizce son değişikliklerle TKHK m. 48/6'ya eklenen "d" ve "f" bentlerindeki hükümler arasında bir çelişkinin varlığını ortaya çıkarmıştır.

Sonuç

Mesafeli sözleşmelerin tarafları, tüketici ile satıcı veya sağlayıcıdır. Sözleşmeler hukukunun nisbilik ilkesi gereği, taraflar arasında yapılan sözleşme yalnızca bu taraflar açısından sonuç doğurur. Ancak kanun koyucu, mesafeli sözleşmelerin doğası gereği, satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden aracı hizmet sağlayıcıyı da bazı durumlarda tüketiciye karşı sorumlu tutmuştur. Çünkü aracı hizmet sağlayıcı, mesafeli sözleşmelerin kurulması için oluşturduğu platforma yönelik yaptığı reklam ve kampanyalarla tüketici nezdinde bir güven algısı oluşturmakta ve tüketici, sözleşmenin karşı tarafı olan satıcı veya sağlayıcıyı tanımadan, bu güven algısına dayanarak hareket etmektedir. Bu nedenle, tüketicinin üstlendiği riskleri minimize etmek amacıyla kanun koyucu, aracı hizmet sağlayıcının sorumluluğunu genişletmek amacıyla kanun ve yönetmeliklerde birtakım değişiklikler yapmıştır.

Aracı hizmet sağlayıcı, öncelikle tüketiciye ön bilgilendirmenin yapılması, teyidi ve ispatından satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumludur. Ön bilgilendirmede, sözleşme konusu malın temel nitelikleri, satıcı veya sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcının adı, unvanı, iletişim bilgileri, sözleşme konusu malın tüm vergiler dâhil fiyatı, tüketicinin cayma hakkını kullanma şartları, süresi ve usulü yer almalıdır. Ayrıca, aracı hizmet sağlayıcı, sistem üzerinden yapılan her türlü işlemin kaydını tutmak ve istenilmesi hâlinde ilgili kurumlara göndermekle yükümlüdür. Aracı hizmet sağlayıcı, satıcı veya sağlayıcının bilgisi dışında gerçekleştirdiği promosyonlar veya indirimlerden kaynaklanan sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı da tüketiciye karşı sorumludur. Ayrıca, aracı hizmet sağlayıcı, yapmış olduğu reklamların, ön bilgilendirmede yer alan hususlarla uyumlu olup olmamasından ve bu durumun ispatından da tüketiciye karşı sorumludur.

TKHK m. 48/5-6'da yapılan son düzenlemelerle, aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı veya sağlayıcının farklı kişiler olduğu durumlarda, sözleşme konusunun ayıplı olmasında malın veya hizmetin ayıbından yalnızca ilgili satıcı veya sağlayıcı sorumlu tutulmuştur. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu son düzenlemeler, TKHK'nin amacıyla örtüşmemekte ve dolayısıyla tüketiciyi korumamaktadır.

Gerçekten de, TKHK m. 48/5-6 düzenlemelerinden önce Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15.11.2021 tarihli kararıyla aracı hizmet sağlayıcının ayıplı mal ya da hizmetten dolayı sorumlu olmadığına karar verilmişti. 24 Mart 2022 tarihinde TKHK m. 48/5 ve m. 48/6'da yapılan değişikliklerle, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin kararıyla aynı doğrultuda, TKHK'nin amacı ile çelişen bir kanuni düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle, mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruma amacıyla yapılan bu kanuni düzenlemeler yetersiz kalmaktadır. Mesafeli sözleşmelerde ayıplı malın ya da hizmetin tüketiciye ifası veya teslimi hâlinde tüketicinin seçimlik haklarını kullanması durumunda da aracı hizmet sağlayıcının da sorumlu olması gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacıyla düzenlediği TKHK m. 48/5-6 hükmü, tüketicinin kanunda düzenlenen seçimlik haklarını kullanması hâlinde yeterince koruma sağlamamaktadır.

Son olarak kanaatimizce, TKHK m. 48'de yapılan son değişikliklerle beraber kanun hükümleri arasında çeşitli ihtimaller dahilinde çelişkiler mevcuttur. Zira tüketici reklamda gördüğü bilgilerin söz konusu mal veya hizmette bulunmaması, bir başka deyişle ayıplı mal ya da hizmetin ifa edilmesi hâlinde, ayıba ilişkin haklarını kullanmak isterse aracı hizmet sağlayıcı sorumlu tutulmazken; bunun yerine aynı durumda TKHK m. 48/6(f) bendi kapsamında hakkını kullanmak isterse aracı hizmet sağlayıcıyı sorumlu tutabilir. Aslında ayıp aynı ayıptır; fakat tüketicinin hangi maddeyi seçtiğine göre sonuçlar oldukça farklı olmaktadır. Bu durum, söz konusu hükümler arasında farklı ihtimallerde ortaya çıkacak çelişkiyi göstermektedir. TKHK'de son yapılan değişiklikle bu çelişki ortaya çıkmış olup, bu çelişkinin TKHK m. 48/6(d) bendindeki: *"...11 inci ve 15 inci maddelerde yer alan hakların kullanımı hariç olmak üzere..."* ifadesi kaldırılarak tüketici lehine giderilmesi gerekmektedir. Mesafeli sözleşmelerde, aracı hizmet sağlayıcı ile satıcı veya sağlayıcının farklı kişiler olduğu durumlarda, tüketicinin seçimlik haklarını kullanması hâlinde aracı hizmet sağlayıcının da satıcı veya sağlayıcı ile müteselsilen sorumlu hale getirilmesi, TKHK m. 1'de yer alan: *"Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak..."* hükmü de göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucunun bu kanunu hazırlamasındaki amacına daha uygun olacaktır.

Kaynakça

- Akipek Öcal Ş ve Kara İ, *Tüketici Hukuku Ders Kitapları* (2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023)
- Altın Şahin H, 'İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkının İstisnaları' (2023) 5(2) Bilişim Hukuku Dergisi 225- 280
- Antalya O G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1 Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019)
- Arat A, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 7392 Sayılı Kanun'la Yapılan Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Değişiklikler ve Bunun Aracı hizmet sağlayıcının Sorumluluğuna Etkisi' (2023) 18(208) Terazi Hukuk Dergisi 10-22
- Ayan M, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Aydoğdu M ve Kahveci N, *Tüketici Hukuku* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Baysal B, 'Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri' (2017) 75(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 271 - 292
- Bozbel S ve Atalı M, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar' (2015) 9(1 -2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 451 - 474
- Bütün Yılmaz D G, 'Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı' (2020) 69(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 325 - 368
- Büyüksağış E ve Kahveci, D, 'E -Ticaret Platformlarının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu' (2022) 19(3) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125 - 174
- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Doğar M, '7392 Sayılı Kanun'un Ön Ödemeli Konut Satışı ve Mesafeli Sözleşmeler Bakımından Getirdiği Değişiklikler' (2022) 5(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 413 - 441
- Döner E, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İnternet Üzerinden Akdedilen Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Gazi Üniversitesi 2019)
- Dönmez Z, '2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 351-380
- Ekingen E ve Özer Deniz M, '7392 ve 7416 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliklerin Aracı hizmet sağlayıcı Olarak Çevrimiçi Çok Taraflı Platformların Sorumluluklarına ve Tüketicilere Etkileri' (2022) 69 Adalet Dergisi 429 - 467
- Erdoğan T, 'Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerlilik Şartları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2022)
- Eren F, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (Yetkin Yayınları Ankara 2021)

- İnce Ş ve Kibar İ. 'Distance Contracts in E-Commerce' (2019) 20 GSI Articleletter, 41-66.
- İnceoğlu M M ve Baş Süzel E, 'Mesafeli Sözleşme Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketicilere Karşı Sorumluluğu (TKHK m. 48/5)' (2020) 15(189) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 475 - 491
- Kara İ, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku* (3. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023)
- Kayam Ö S, 'Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi 2018)
- Keskin D, 'TKHK Değişik m. 48 Hükmü Çerçevesinde Aracı hizmet sağlayıcının Tüketicilere Karşı Sorumluluğu' (2022) 26(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119 - 144
- Kılıçoğlu M. A, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler* (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2018)
- Kırca Ç, 'İnternette Sözleşme Kurulması' (2000) 20(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 99-119
- Kiremitçi D A, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Hacettepe Üniversitesi 2022)
- Koca U İ, *Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Eden Platformlara Karşı Tüketicinin Korunması* (1. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2023)
- Özer Deniz M, 'Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanımına Yönelik Değişiklikler' (2022) 22 Socrates Journal of Interdisciplinary Social Studies 69-76
- Özkan O Y, 'Mesafeli Sözleşmeler' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Ankara Üniversitesi 2019)
- Sert Sütçü S, 'Mesafeli Sözleşmelerin Kurulmasına Aracılık Edenlerin Tüketici Hukuku Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi' (2021) 4(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 276 - 287
- Sırış B, "Yargıtay'ın 'Çiçeksepeti Kararı' Işığında Elektronik Ticarete Aracı hizmet sağlayıcılarının Sorumluluğu Hakkında Değerlendirmeler' (2023) 9(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 363 - 392
- Şahin M F, 'Mesafeli Sözleşmelerde Aracı hizmet sağlayıcı Kavramı' (2024) 6(1) Bilişim Hukuku Dergisi 132 - 154
- Şeker M, '6098 Sayılı Borçlar Kanuna Göre İnternet Üzerinden Sözleşmelerin Kurulması' (2012) 22(11) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (10. Yıl'a Armağan) 139-140
- Şermet B, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Satım Sözleşmeleri' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Bahçeşehir Üniversitesi 2018)

- Tançağı Çetin B, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 48. Maddesi Kapsamında Mesafeli Sözleşmelerde İfa' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Dokuz Eylül Üniversitesi 2019)
- Uyumaz A, 'Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası' (2007) 9 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 907 - 930
- Uzun Kazmacı Ö, 'İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması' (2016) 22(3) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2791 - 2818
- Yağmur S ve Doğan M, 'Aracı hizmet sağlayıcının Elektronik Ticaret Platformundaki Ayıplı Üründen Sorumluluğu' (2024) 209 Terazi Hukuk Dergisi 110 - 119
- Yücedağ Göztepe N, 'Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı' (2016) (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 667 - 690

İşçilik Alacakları Bağlamında İşyeri Kayıtlarının Değerlendirilmesi^(*)

Doç. Dr. Ali EKİN^(**)

Öz

İşçilerin fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili alacaklarının ispatında öncelikle ücret bordroları dikkate alınır. Bu alacaklar bakımından ücret bordrosunda görünenden daha fazla çalıştığını iddia eden işçinin bu iddiasını işyeri kayıtlarıyla ispatlaması mümkündür. İşyeri kayıtlarından biri olan işe giriş çıkış kayıtları ile işçinin çalıştığı günler ve çalışma süreleri kayıt altına alınır. Bu kayıtlar fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili alacak kalemlerinin ispatında yazılı delil niteliğinde olup öncelikle değerlendirilir.

Çalışmamızda öncelikle yargılama hukuku kapsamında delillerden bahsedildikten sonra, işçinin işini kaybetme tehdidiyle baskı altında gerçeğe aykırı puantaj kayıtlarını imzalaması, imzasının taklit edilmesi, işverenin tek taraflı kayıt düzenlemesi ya da sakladığı kayıtlarda daha sonra değişiklik yapması, bazı teknolojik sistemlerin işveren tarafından manipüle edilmesi gibi durumlarla karşılaşma ihtimaline karşı bu kayıtlara ne derece itibar edilmesi gerektiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

İmza Çizelgesi, Tanık, İşçilik Alacakları, Puantaj, İş Yargılaması.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.09.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 16.10.2024.

Atıf Şekli: Ali Ekin, 'İş Yargılamasında İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının Güvenilirliği' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1819, 1849.

DOI: 10.52273/sduhfd..1557671.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye.

E-posta: aliekin55@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4644-6836>.



Evaluation of Workplace Records in the Context of Labour Receivables

Abstract

In the proof of overtime work, national holidays, general holidays and weekends, payrolls are taken into consideration. In terms of these receivables, it is possible for the employee who claims to have worked more than the payroll to prove this claim with workplace records. One of the workplace records, which is one of the workplace records, records the days and working hours of the employee. These records are considered as written evidence in the proof of overtime work, national holidays and general holidays and week holidays receivables.

In our study, firstly, after mentioning the evidence within the scope of the trial law, we will focus on the extent to which these records should be relied upon in case the employee signs untrue payroll records under pressure with the threat of losing his/her job, his/her signature is forged, the employer arranges unilateral records or makes changes to the records kept by the employer later, and some technological systems are manipulated by the employer.

Keywords

Signature Schedule, Witness, Labour Receivables, Scorecard, Labour Proceedings.

Extended Summary

It is observed that employers record the working hours of workers by various methods in order to control the entry and exit times of workers and to ensure safety in the workplace. In addition to the function of ensuring the attendance of the workers and workplace safety, the entry and exit records have an important place in the proof of labour receivables. However, keeping and storing these records by the employer has various drawbacks. In this context, in our study, firstly, the evidence within the scope of the trial law is mentioned, then the role of the entry and exit records in the proof of labour claims and then the reliability of these records are discussed.

In our study, in addition to the doctrinal opinions on the role of employment and exit records in the proof of labour claims and the reliability of these records, many decisions of the Court of Cassation on case studies regarding unilateral changes made by the employer in the employment and exit records, signing of employment and exit records under pressure with the threat of termination of employment, forgery of the signatures of the employees and manipulation of some technological systems by the employer, despite the fact that they are contrary to the truth, have been used.

It is seen that employers record the working hours of workers with various methods in order to control the entry and exit times of workers and to ensure safety in the workplace. In the proof of overtime work, working on weekdays and national and general holidays, if there are entry and exit records regarding the employee's work and if these records are consistent with other workplace records and within themselves, witness evidence can no longer be used if a conclusion is reached with these records. Witness statements are used for the periods when the entry and exit records are not kept. However, in our country, especially in small-scale workplaces, it is observed that the entry-exit records are kept only in some periods or not kept at all. In order for these records to be considered as conclusive evidence, the signatures of both the employer and the employee must be present in the records.

The employee, whose signature is not found in the entry-exit records, may object to these records on the grounds that they are forged. In addition, in practice, it is also encountered that workers object to the records on the grounds that the signature does not belong to them, although their signature is present in the records. It is also possible that the employee, whose employment contract continues, may sign the entry-exit records under pressure due to the risk of losing his/her job, and the decisions of the Court of Cassation in this direction were also examined during our study. In addition, there is also the possibility that some systems that record entry-exit records may manipulate the records according to the databases to be uploaded by the employer.

All these issues have revealed the necessity to evaluate the reliability of the entry-exit records. With the development of technology, it is seen that the entry and exit records are made with biometric methods. In the event that the employee's entry and exit records are made with electronic card systems, it is contrary to the principle of proportionality to collect sensitive personal data of the employee due to the use of methods such as fingerprint, palm print scanning, face recognition, iris and retina

scanning, while the result can be achieved with biometric systems. For this reason, it would be appropriate for the employer to use card systems that interfere less with personal data or to record with a manual system. Entry and exit records are very important in terms of proving overtime work, national holiday and general holiday and week holiday receivables. However, keeping entry-exit records in a workplace does not always mean that these records are always in accordance with the truth. For example, it may be the case that the signature on the entry-exit record does not belong to the worker. In this case, the employee must object to this signature on the grounds that it does not belong to him. In the event of such an objection, the court should evaluate whether the signature in the payroll record belongs to the worker as a preliminary problem. If it is understood that the employee signed the payroll records under duress, these records will no longer be valued. After the employee proves that he/she signed the entry-exit records under duress, he/she may prove that he/she worked overtime, worked on national holidays, general holidays and weekends with any evidence.

If the employee cannot prove this claim, the judgement will be made by relying on the scorecard records. If it is concluded that the employer can interfere with the records as a result of the examinations, the records should not be taken as a basis for the judgement. In this case, the employee may prove that he/she has worked overtime with witness statements. When all these issues are evaluated, these records should be approached with caution considering the possibilities such as the unilateral arrangement of the entry and exit records by the employer, the employee signing the untrue payroll records under the threat of losing his/her job, forging the signature of the employee, manipulation of some technological systems, and the employer keeping the records and making changes to the records later. In this context, the court, which will make a judgement by relying on the employment and exit records, should evaluate the claimant employee's claim that the records are untrue, and should not have any doubt about the accuracy of the records.

Giriş

İş Kanunu'nda düzenlenmemekle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının ispat yükünün işçide olduğu öğreti ve yargı tarafından kabul edilmiştir. İşçinin bu alacakların ispatında hangi delilleri kullanabileceği ise Yargıtay kararlarında esas alındığı üzere işçinin imzasını taşıyan ücret bordrolarının olup olmamasına göre belirlenir.

İşçiye, yazılı belgelerle ücret bordrolarında görünenin üstünde fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili çalışması yaptığını ispatlama imkânı her durumda verilmiştir. İşveren tarafından tutulan işyeri kayıtları da bu yazılı belgelerdendir. İşçinin işyerindeki çalışma süresini kayıt altında tutan işe giriş-çıkış kayıtlarının (puantaj kaydı) olması halinde fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili çalışması alacakları bakımından öncelikle bu kayıtlar değerlendirilir. Ancak işe giriş-çıkış kayıtlarının işveren tarafından tutulması iş sözleşmesi devam eden işçi için, işinin sona ermesi tehlikesi karşısında gerçeğe aykırı puantaj kaydını imzalaması gibi sakıncalara yol açabilmektedir. Bu kayıtların işveren tarafından muhafaza ediliyor olması nedeniyle puantaj kayıtlarına ihtiyatla yaklaşılacak bir diğer durum ise işçinin puantaj kaydında yer alan imzanın kendine ait olmadığı iddiasında bulunmasıdır. Çalışmamızda Yargıtay kararları göz önünde tutularak, işe giriş-çıkış kayıtlarına ilişkin bu tür durumlara maruz kalan işçilerin iddialarını nasıl ispatlayabilecekleri, bu iddialarını ispatlamaları halinde alacak kalemlerini kanıtlarken nasıl bir yol izleyecekleri kaleme alınmıştır. Ayrıca teknolojinin gelişmesiyle birlikte iş hayatında oldukça yaygınlaşan kartlı sistem, parmak okuma ve yüz tanıma sistemleri ile tutulan işe giriş-çıkış kayıtlarının delil niteliği üzerinde durulacaktır.

Yargıtay kararlarında, özellikle işe giriş-çıkış kaydı gibi yazılı belgelerin değerlendirileceği; ancak bu belgelerle fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili alacaklarının ispatlanamaması halinde tanık beyanlarının dikkate alınacağı belirtilir. Bu alacak kalemlerinin ispatında son olarak, herkesçe bilinen vakıalar ile işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğu da dikkate alınmalıdır.

I. İş Yargılaması Usulü ve Deliller

A. Genel Olarak

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹ 7/1 maddesinde belirtildiği üzere, iş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Davacı dava dilekçesi ile davası-

¹ RG 25.10.2017/30221.

nı açarken, davalı taraf da iki haftalık yasal süresinde cevap dilekçesini sunmak zorundadır. Basit yargılama usulünde davacı ve davalı, dilekçeleri ile delillerini hasretmiş olurlar². Taraflar yazılı yargılama usulünden farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri veremezler. Ancak basit yargılama usulünde açıklık olmayan durumlarda yazılı yargılama usulü iş mahkemelerinde de uygulanacaktır³.

İspat yükü maddi hukuk temeline dayanan bir usul hukuku müessesesidir. Tarafların dayandıkları deliller ve hangi delili hangi vakıa için olduğunu göstererek, delillerle ispat gerektiren vakıalar arasında bağ kurarak somutlaştırma yükünü yerine getirmesi gerekmektedir⁴.

Yargılamanın tarafları iddia ve savunmalarını ispat etmesi halinde davayı kazanır veya kaybederler⁵. İspat hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan temel bir haktır⁶. İleri sürülen vakıaların ispatı için başvuru vasıtalarına delil denilmektedir⁷. Özellikle iş mahkemelerinde görülen davaların çekişmeli yargı işlerinden olduğu düşünüldüğünde yargılama neticesinde maddi gerçeğe ulaşmakta delillerin değerlendirilmesinin çok önemli olduğu kanaatindeyiz. Zira takdiri delillerin oldukça önem arz ettiği bu davalarda, mahkemenin takdiri davanın seyrine yön vermektedir. Çekişmeli konularda ileri sürülen vakıaların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği önem arz etmektedir. İspat yüküne ilişkin genel kural kendi lehine hak çıkarak tarafa aittir⁸. Örneğin işçinin ücretinin ödendiğinin ispatının işverene ait olmasında durum böyledir⁹. İspat yükü bazı hallerde kanunla belirlenmiş olabileceği gibi¹⁰, bazı hallerde de normal durumun aksini iddia eden tarafa düşmektedir¹¹.

² Baki Kuru ve Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (6. Baskı, Yetkin 2021) 638; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021) 776; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2021) 470.

³ Kuru ve Aydın (n 2) 649.

⁴ Şahin Çil, '6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller' (2014) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 87, 87.

⁵ Kuru ve Aydın (n 2) 238; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 2) 408.

⁶ Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 2) 331.

⁷ Kuru ve Aydın (n 2) 239; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 2) 404.

⁸ Kuru ve Aydın (n 2) 242; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 2) 408; Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 2) 352.

⁹ Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (Seçkin 2021) 425.

¹⁰ Örneğin, 4857 sayılı İş K. 20/II maddesine göre işe iade davasında ispat yükü işverene aittir.

¹¹ Örneğin, işçinin her gün fazla mesai yapması, hafta tatillerinde, genel ve resmî tatillerde çalışması hayatın olağan akışına aykırı olacağından, bu iddialarda bulunan işçinin iddialarını ispatlaması gerekmektedir. Kuru ve Aydın (n 2) 343.

Deliller basit yargılama usulü ile iş mahkemelerinde dava ve cevap dilekçesi ile başka bir ifade ile dilekçeler aşamasında sunulur¹². Ancak iş yargılamasında Yargıtay'ın ücretin ödendiğine dair belgelerin ödeme def'i niteliğinde olması sebebiyle davanın her aşamasında ibraz edilebileceği görüşü istikrar kazanmıştır¹³. Hatta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında¹⁴ mahkeme kararına karşı üst mercilere başvurma esnasında borcu söndüren başka bir ifade ile borcun ödendiğini gösteren makbuz, ödeme belgesi vs. delillerin sunulabileceğine karar vermiştir.

¹² Kuru ve Aydın (n 2) 242.

¹³ "Somut olayda davacı dava dilekçesinde son yıla ait Eylül, Ekim ve Kasım ayından kalan 18 günlük ücretinin ödenmediğini iddia etmiş, davalı ise davacının ücretlerinin ödendiğini savunmuş, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacıya 20.11.2014 tarihinde Eylül ayı maaşının tamamının ödendiği, bu nedenle Eylül ayına ilişkin ücret alacağı bulunmadığı, Ekim ayında hak kazandığı ücretin 919,75 TL olduğu ancak 20.11.2014 tarihinde Ekim ayı maaşının 833,94 TL yattığı bu nedenle 2014 Ekim ayından kalan bakiye ücret alacağının 85,73 TL olduğu, Kasım ayı maaşının ise 560,68 TL olarak 04.02.2015 tarihinde ödendiği ancak davacı davasını 02.12.2014 tarihinde açmış olduğundan dava açıldıktan sonra Kasım ayı ücretinin ödendiği anlaşıldığından dava tarihi itibari ile hesaplama yapılması gerektiği gerekçesi ile bu aya ilişkin olarak da hesaplama yapıldığı belirtilmiş ve mahkemece net 646,41 TL ücret alacağı hüküm altına alınmıştır. Öncelikle dosya içerisinde yer alan banka hesap dökümleri incelendiğinde davacının 2014 Ekim ayı maaşının bilirkişi tespitinin aksine 20.11.2014 tarihinde 919,75 TL olarak tam yatırıldığı görülmekle bu aydan eksik kalan ücret alacağı olmadığı anlaşılmış ve Kasım ayı maaşının ise dava tarihinden sonra, yargılama esnasında yatırıldığı anlaşılmıştır. Davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıyan örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge yargılamadan her aşamasında ileri sürülmesi mümkün olup yargılama esnasında ödemesi yapılan Kasım ayı ücret alacağının bilirkişice dava tarihinde ödenmediği gerekçesi ile hesaplama dahil edilmesi hatalıdır. Bu itibarla mahkemece yapılacak iş ödeme tarihinin davadan önce olduğu 2014 Eylül ve Ekim ayı ücret taleplerinin reddine, davadan sonra ödendiği anlaşılan 2014 Kasım ayı ücreti yönünde ise karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile talebin kısmen kabulü isabetsiz olmuştur". Yargıtay 22 HD, 2016/25504, 2019/23984.; "Somut olayda, 06/06/2015 tarihli bilirkişi raporuna karşı davalı işveren tarafından 29/06/2015 havale tarihli dilekçe ile itiraz edildiği ve söz konusu dilekçe ekinde dava konusu ilave tediye alacağının bir kısmının ödendiğine dair 24/04/2015 tarihli banka dekontu sunulduğu ancak ek raporda bu ödeme belgesine dair değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davalının dosyaya sunduğu 24/04/2015 tarihli banka dekontu konusunda bir değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 9 HD, 2016/25190, 01.10.2020.

¹⁴ "Kural olarak, yargılama aşamasında dayanılıp sunulmayan deliller, temyiz veya karar düzeltme aşamasında sunulamazlar; sunulmuş olsalar bile, bu aşamalarda incelemeler sırasında dikkate alınamazlar. Bu kuralın tek istisnası, dayanılıp sunulan delillerin, o davaya konu borcu söndüren bir nitelik taşıması; örneğin, davaya konu borcun ödenmiş olduğunu gösteren makbuz, ibraname gibi bir belge olmasıdır." Yargıtay HGK, 2009/9-586, 27.01.2010.

Taraflarca getirme ilkesi doğrultusunda delilleri taraflar mahkemeye sunulabilecektir. Hâkim kural olarak kendiliğinden delil toplayamazsa da istisnai olarak bilirkişi, keşif gibi delillerin gerekliliği halinde resen de bu delillere başvurabilecektir¹⁵.

6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanununda¹⁶ kesin deliller ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tanedir. İş yargılamasında da geçerli olduğu üzere taraflarca getirme ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim kesin deliller ile bağlıdır. Ancak kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hâkim kesin delillerle dahi bağlı değildir. İş yargılaması kapsamında yer alan hizmet tespiti davaları kamu düzeni ile ilgili olması sebebiyle hâkim tarafından kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaktadır¹⁷.

Yargıtay'ın da kararlarında belirtildiği üzere, iş ve sosyal güvenlik hukuku ile ilgili davalar niteliği itibarıyla gerçeğin ortaya çıkması için tarafların taleplerine bakılmaksızın resen araştırma ilkesi uygulanmalıdır¹⁸. Başka bir dava türü olan işe iade davalarında da dava açılmasına yönelik hak düşürücü süreler, işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmamasına ilişkin hususlar hâkim tarafından resen araştırma ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir¹⁹.

B. Belge ve Senet Kavramları

Çalışma konumuza uygun olarak üst kavram olan belge kavramına değinmek gerekmektedir²⁰. Belgenin sözlük anlamı, “bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb. vesika veya doküman” olarak tanımlanmaktadır²¹. HMK m.199'a göre belge, “uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” olarak tanımlanmıştır²². Belgenin tanımından, belgenin bilgi taşıyıcı olması ve bel-

¹⁵ Kuru ve Aydın (n 2) 251; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 2) 415.

¹⁶ RG 04.02.2011/ 27836.

¹⁷ Seda Özmumcu, ‘Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi’ Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı 145, 153.

¹⁸ Bektaş Kar, ‘İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler’ (2013) 15 (Özel Sayı) DEÜHF Dergisi 869, 869.

¹⁹ Özmumcu (n 17) 155-156.

²⁰ İsmet Mazlum, ‘Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı’ (2012) Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 5.

²¹ <www.tdk.gov.tr> Erişim Tarihi 10 Mayıs 2024.

²² 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu 3/d maddesinde “Kurum ve kuruluşların sahip oldukları bu Kanun kapsamındaki yazılı, basılı veya çoğaltılmış dosya, evrak, kitap, dergi, broşür, etüt,

genin uyumsuzluk konusu vakayı ispata elverişli olması, iki temel unsur olarak kabul edilebilecektir²³. Kanunda belge ile senet kavramları ayrılmış olup, belgenin senedi de kapsadığı açıktır²⁴.

Her senet bir belge olmakla birlikte her belge kanun anlamında senet kabul edilemez. Örneğin, delil başlangıcı, fotokopi ve faks metinleri belge olarak kabul edilir, ancak senet sayılmaz²⁵. Bu kapsamda her senet bir belge olmakla birlikte her belgenin kanun anlamında senet olmayacağı ifade edilmelidir²⁶.

Her ne kadar belge kavramına kesin deliller konusunda değinmişsek de belge, esas itibarıyla takdiri delildir. Yazılı ve imzalı inkâr edilmemiş bir belge senet olarak kesin delil iken, imzasız sadece içeriğinde bilgi bulunduran bir kâğıt üzerindeki yazı, yazılı delil başlangıcı olarak senet gibi kuvvetli değildir²⁷. Bireysel ve toplu iş sözleşmesi, ücret hesap pusulası, ücret bordrosu, bankaya işçi adına yapılan ödemeyi gösteren kayıtlar yazılı delil olarak değerlendirilecektir²⁸. Nitekim HMK'da belge tanımının yapılmasında, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralların yarattığı katılığın aşılacak sakıncalarının bertaraf edilmesi amaçlanmıştır²⁹. Ayrıca belge kavramı ile kanunda yer alan takdiri delil kapsamında değerlendirilmeyen, çizim, plan, film, fotoğraf, görüntü ve ses kayıtlarının ispat faaliyetinde kullanılmak üzere takdiri delil olarak kullanılmasına imkân tanınmaktadır³⁰. Belge ile senet arasındaki önemli fark yazılılık olup, senette

mektup, program, talimat, kroki, plân, film, fotoğraf, teyp ve video kaseti, harita, elektronik ortamda kaydedilen her türlü bilgi, haber ve veri taşıyıcılarını" şeklinde belge tanımı yapılmıştır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda belge ile aynı anlama gelen vesika kelimesi kullanılmıştır. 6100 sayılı HMK ile belge tanımı yapılmıştır.

²³ Mazlum (n 20) 6.

²⁴ Belge niteliğinde olanların Kanunda sınırlı sayılmadığı, benzer bilgi taşıyıcılarının da belge olabileceği yönünde bkz. Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 2) 379; Bersun Sarıgül Ata, 'Belge ve Belgenin Delil Kuvveti' (2020) 78 (1) Ankara Barosu Dergisi 1, 10; Kuru ve Aydın (n 2) 261; Çil (n 4) 92.

²⁵ Çil (n 4) 379. Delil olacak belgelerin mutlaka Türkçe olması zorunlu olmayıp, yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunabilecek veya mahkeme kendiliğinden resmi tercümesini de isteyebilecektir. Ayrıca bir kimsenin aleyhine delil olan belgeler, o kimsenin haleflerine de delil teşkil edecektir. Pekcanitez, Atalay ve Özkes, (n 2) 379.

²⁶ Sûha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin 2016) 828.

²⁷ Kuru ve Aydın (n 2) 261.

²⁸ Çil (n 4) 91-92.

²⁹ Tanrıver (n 26) 829.

³⁰ Tanrıver (n 26) 830.

yazılı şekilde oluşturma zorunlulukken, belge böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır³¹.

İş yargılamasında da taraflarca sunulan birtakım belgelerin, imzasız işe giriş çıkış belgelerinin, elektronik ortamda tutulan kayıtların, imza olsa dahi işçinin müdahalesinin olmadığı birtakım belgelerin delil olarak değerlendirilmesinde ihtiyatlı davranılması gerektiği kanaatindeyiz. İşçinin ücretinin tespitinde, işveren tarafından düzenlenen, işçinin imzasının bulunduğu bordroların delil değerini, daha kıymetli olduğu düşünülse de uygulamadaki eksiklikler nedeniyle yasal düzenlemelerle gerçeğe ulaşmak mümkün olmayacaktır³².

Senet bir kişinin düzenlediği, kendi aleyhine delil teşkil edebilen, yazılı bir şekilde irade beyanın açıklandığı belgedir³³. Senedi düzenleyen kişinin imzasını veya el ile yapılmış bir işaretini taşımayan belge senet sayılmayıp, bazı hallerde yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilecektir³⁴. Senetler ispat gücüne ve düzenleyen kişilere göre adi senetler ve resmi senetler olarak ikiye ayrılmaktadır. Senet ve senedin türüne göre ispat gücü kanunda düzenlenmişken, belgenin ispat gücüne ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Belge bu bakımdan kesin veya takdiri delil olabilecektir³⁵.

Kesin deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte iken takdiri deliller hâkimin serbestçe değerlendirebileceği delillerden oluşmaktadır. İş yargılamasında hukuki fiillerin başka bir ifade ile maddi vakıaların ispatında takdiri delillerin değerlendirilmesi tarafların tam olarak haklarına ulaşmasında oldukça önemlidir. Belgelerin ibrazı bu bakımdan önemlidir. Genel ibraz yükümlülüğü kapsamında dava bakımından önemli olan belgelerin mahkemeye ibrazı taraflarca yapılmalıdır³⁶.

HMK madde 129'da tarafların kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir. HMK'da tarafların ve üçüncü kişilerin belgeleri

³¹ Tanrıver (n 26) 829.

³² Çil (n 4) 92.

³³ Pekcanitez, Atalay ve Özekes (n 2) 379; Kuru ve Aydın (n2) 262; Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 2) 408.

³⁴ Kuru ve Aydın (n 2) 262.

³⁵ Yargıtay kararlarında, "mahkemenin yeterli ispat aracı olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği ve bunun göz önünde bulundurmadan karar vermesi halinde usul ve yasaya aykırılık olduğu ve bozmayı gerektirdiği" ifadesinin belgenin takdiri delil olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Sarıgül Ata (n 24) 10.

³⁶ Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti* (2011) 81.

ibraz etmemelerine farklı sonuçlar bağlanmıştır. Belgeye dayanan tarafın, belgeyi mahkemeye kendisinin vermesi gerekir, aksi halde elinde bulunan belgeyi vermemişse iddiasını ispat edememiş sayılabilecektir. Bir tarafın dayandığı ancak karşı tarafın elinde olan bir belge varsa, HMK 220/1' deki durumların olması halinde karşı tarafın bu belgeyi mahkemeye ibrazı zorunlu olacaktır³⁷. Söz konusu belgenin üçüncü kişinin elinde olması halinde ise, bu belgeyi üçüncü kişinin mahkemeye ibrazı zorunlu olduğu belirtilmişse de ibraz etmediğinde karşılaşılabileceği bir yaptırıma yer verilmemiştir³⁸.

II. İşe Giriş Çıkış Kayıtları

A. İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının Uygulamadaki Çeşitleri

İşverenlerin işçilerin işyerine giriş çıkış saatlerini kontrol etmek ve işyerinde güvenliği sağlayabilmek amacıyla işçilerin çalışma saatlerini çeşitli yöntemlerle kayıt altına aldığı görülmektedir. Bu yöntemleri işe giriş çıkış imza çizelgesi, elektronik kartlı sistemler ve biyometrik sistemler olmak üzere üçe ayırmak mümkündür³⁹. İşçilerin işe giriş çıkışlarının kayıt altına alınması maksadıyla kullanılan en eski yöntem işçinin işe giriş ve işten ayrılış saatinin yazılmasıdır. Özellikle işçi sayısının az olduğu küçük işyerlerinde işçilerin işe başlama ve işten

³⁷ MADDE 220- (1) "İbrazi istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükût ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir. (2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulunmadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir. (3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir."

³⁸ MADDE 221- (1) "Mahkeme, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emreder. (2) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkes, elindeki belgeyi ibraz etmek; belgeyi ibraz edememesi hâlinde ise bunun sebebini delilleri ile birlikte açıklamak zorundadır. Mahkeme yapılan açıklamayı yeterli görmezse, bu kimseyi tanık olarak dinleyebilir. (3) Belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilirler. Belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında, tanıklara ilişkin hükümler uygulanır."

³⁹ Zeki Okur, *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme* (Legal 2013) 112-113; Selen Uncular, 'Teknolojinin Etkisiyle Dönüşen İş İlişkisinde Giriş Kontrol Sistemleri, Yer Belirleme Sistemleri ve Sosyal Medya Vasıtasıyla İzleme' 2020 (6) Çalışma ve Toplum Dergisi 1673, 1675-1677.

ayrılma saatlerinin kayıt altına alındığı çizelgelere işe giriş-çıkış imza çizelgesi denmektedir. Bu kayıtların tercih edilmesinin en büyük sebebi herhangi bir kurulum/yazılım maliyetinin olmamasıdır.

İşe giriş-çıkış imza çizelgesi işçiye özel olarak ya da tüm işçiler için liste şeklinde tutulabilir. Çizelgeye ilgili ayın her bir günü eklenir. İşçi işe geliş ve işten çıkış saatini kendisi yazarak çizelgeyi imzalayabileceği gibi puantörün gerekli kontrolleri yaparak işçinin işe başlama ve işten ayrılış saatlerini çizelgeye işlemesi de mümkündür. Ancak kaydı puantör tutsa dahi çizelgeyi işçinin kendisinin imzalaması gerekmektedir. Ayrıca çizelgede işverenin imzası da bulunmalıdır. İşçinin devamsızlık yapması, yıllık ücretli izin, mazeret izni, ulusal bayram veya genel tatili ya da hafta tatilinde olması gibi ücretli izin halleri ile ücretsiz izin hali işyerinde puantör varsa puantör tarafından yoksa ilgili kişi tarafından çizelgeye işlenecektir⁴⁰.

İşçi sayısının fazla olduğu işyerlerinde puantaj ile işçilerin takibi oldukça güç olduğu gibi puantaj kayıtlarının tutulması genellikle bu kayıtlardan sorumlu bir personelin varlığını gerektirmektedir. Bu tür sakıncaları önlemek isteyen işverenler teknolojik gelişmeler ışığında yaygınlaşan ve pratiklik sağlayan elektronik kartlı sistemleri işçinin çalışma saatlerinin takibinde kullanmaya başlamıştır. Elektronik kartlı sistemlerde her işçi için ayrıca düzenlenen kartların işe giriş çıkış esnasında turnike geçişlerinde okutulmasıyla işe giriş ve işten çıkış saatleri otomatik olarak sistem üzerine kaydedilmektedir. Bu sistemler çalışanların birbirlerini tanımasının imkânsız olduğu büyük işyerlerinde yabancı kişilerin kontrolsüz geçişini önleyerek güvenliği sağlamaktadır. Ancak işçinin kartını unutması halinde sistem tarafından kaydının tutulamayacak olması sistemin sakıncalarındandır⁴¹.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte son dönemlerde işçilerin çalışma sürelerinin takibinde işe giriş çıkış imza çizelgesi ve kart okutma sistemlerinin yanı sıra parmak izi, avuç içi okutma, yüz tanıma, iris ve retina tarama gibi yöntemlerin kullanımı yaygınlaşmaya başlamıştır. Bu sistemlerin kurulum maliyetinin kartlı sistemlerin kurulum maliyetine yakın olup işçinin kartını unutması halinde kartlı sistemi kullanması mümkün değilken parmak-avuç içi okutma, yüz tanıma, iris ve retina tarama gibi sistemlerin kullanımında herhangi bir araca ihtiyaç duyulmaması ayrıca bu sistemlerde kullanılan bilgilerin kişiye has özellikleri içer-

⁴⁰ <<https://idenfit.com/blog/puantaj-cetveli-nedir/>> 09.10.2024

⁴¹ Uncular (n 39) 1675.

mesi sebebiyle işyeri güvenliğinin sağlanması noktasında oldukça etkili olması işverenlerin bu sistemleri tercih etmesinin etkenlerindedir⁴².

Mesai takibinde biyometrik sistemlerin kullanılabilmesi için öncelikle işçinin kullanılacak yönteme ait bilgilerinin yetkili kişinin veri tabanına kaydı gereklidir. Daha sonra işçinin kimlik doğrulamak üzere sisteme başvurmasıyla sistem, veri tabanında tanımlanmış kullanıcı bilgileriyle sisteme giriş yapmaya çalışan kişinin bilgilerini karşılaştırmaktadır. Eşleşmenin sağlanması halinde işçinin kimliği onaylanır⁴³.

B. İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi

İşverenin yönetim ve denetim hakkı çerçevesinde işçilerin çalışma saatlerinin takibini yapmakta menfaati, işçinin ise bu denetime katlanma yükümlülüğü olsa da her hakta olduğu gibi işverenin yönetim ve denetim hakkının da sınırları bulunmaktadır⁴⁴. İşçinin parmak izi, avuç içi izi, yüzü, iris ve retinası gibi hassas nitelikli verilerinin kullanıldığı sistemlerle işe giriş ve işten çıkış saatlerinin takibinin yapılması halinde işverenin yönetim ve denetim hakkı ile işçinin kişisel verilerinin korunması ilkesi çatışacağından bu sistemlerin kullanımının hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir.

6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu 3.maddesinde kişisel veri “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Özel nitelikli kişisel veriler ise “*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek,*

⁴² Yasin Üstün ve Ayşe Nida Günel, ‘İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’ 2 (2) Kişisel Verileri Koruma Dergisi 62, 65.

⁴³ Nursel Yalçın ve Filiz Gürbüz, ‘Biyometrik Güvenlik Sistemlerinin İncelenmesi’ (2015) 3 Düzce Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Dergisi 398, 401. Burhan Ergen ve Abidin Çalışkan, ‘Biyometrik Sistemler ve El Tabanlı Biyometrik Tanıma Karakteristikleri’, 6th International Advanced Technologies Symposium (2011) 455, 456.

⁴⁴ Sarper Süzek, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2022) 88-90; Senyen Kaplan ve Emine Tuncay, *Bireysel İş Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2022) 26; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku* (7. Baskı, Lykeion, 2022) 87-88; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Uluçan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta 2020) 24-26; Alptekin Burak Boydak, ‘İşyerlerinde Uygulanan Parmak İzli Giriş Kontrol Sistemine Hukuki Bakış’ (2017) 30 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 321, 329. İşverenin yönetim hakkı ve sınırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kaptan Merter Adınır, ‘İşverenin Yönetim Hakkı’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)

vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileridir (6698 SK m. 6/1). Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. (6698 SK Değişik: 2/3/2024-7499/33 m.⁴⁵).”

Biyometrik veriler fiziksel ve davranışsal biyometrik veriler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Parmak izi, avuç içi izi, yüz, ses, iris ve retina gibi kişiye ait sabit fiziksel özellikler fiziksel biyometrik verileri; imza, dudak hareketleri, yürüyüş şekli gibi belli bir zamanda belli bir amaç için yapılan davranışlar ise davranışsal biyometrik verileri oluşturmaktadır⁴⁶.

Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nda 2024 yılında yapılan değişiklik⁴⁷ öncesinde işçi takibi için kullanılan biyometrik sistemler özel nitelikli biyometrik verileri kaydedecek olduğundan, işverenin öncelikle işçinin açık rızasını alması gerekmektedir⁴⁸. Bu rıza işçiyi verilerin toplanma sebebi, kullanımı ve saklan-

⁴⁵ (Değişik: 2/3/2024-7499/33 md.) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;

- a) İlgili kişinin açık rızasının olması,
- b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
- ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,
- d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,
- e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,
- f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,
- g) Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.

⁴⁶ Aydın Akgül, ‘Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı’ (2015) (118) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 199, 202; Yalçın ve Gürbüz (n 43) 399.

⁴⁷ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa yönelik hükümler de içeren Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 12/3/2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁸ Üstün ve Günel (n 42) 65.

ması gibi hususlarda bilgilendirdikten sonra alınıyordu. İşverenin dikkat etmesi gereken bir diğer husus ise bu onayı bir zorunlulukmuş gibi istemek yerine işçiye kişisel verilerin işlenmesini reddetme imkanını sunmaktır. Aksi takdirde işçi iş sözleşmesinin sona erebileceği endişesiyle gerçekte istemese de biyometrik verilerin işlenmesine rıza vermek durumunda kalabiliyordu⁴⁹. Ancak değişiklik sonrasında işçiler açısından açık rıza veya istihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması durumlarında da bu verilerin işlenebileceği öngörülmüştür (6698 SK m. 6/3-a, f).

Özel nitelikli verileri işlenen işçiler açısından 6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu 4. maddede yer alan genel ilkelere riayet edilmesi ve verilerin muhafaza edileceği yeterli teknik donanımın bulunması gerekmektedir⁵⁰. KVKK 4. maddeye göre bir kişisel verinin işlenebilmesi: *“Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme”* ilkelerine uyulması halinde mümkün olacaktır⁵¹.

İşverenin işçilerin mesai saatlerine riayet edip etmediklerini denetleyebilmesi ve işyeri güvenliğini sağlayabilmesi için işe giriş çıkışları kayıt altına almada menfaatinin bulunduğu bir gerçektir. Ayrıca fazla çalışma yapılan işyerlerinde yapılan fazla çalışmaları kayıt altına almak Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesi çerçevesinde işveren için bir yükümlülüktür. Ancak işçinin işe giriş çıkış kayıtlarının birçok işveren tarafından elektronik kartlı sistemlerle yapıldığı göz önüne alındığında kartlı sistemlerle aynı sonuca ulaşabilecekken parmak izi, avuç içi izi okutma, yüz tanıma, iris ve retina tarama gibi yöntemlerin kullanılması sebebiyle işçinin hassas nitelikli kişisel verilerinin toplanması ölçülülük ilkesine aykırıdır⁵². Bu sebeple işveren işçi takibinde biyomet-

⁴⁹ Begüm Öztunay, '6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Işığında İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019); Uncular (n 39) 1678.

⁵⁰ Boydak, (n 44) 334.

⁵¹ Zeki Okur, 'Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı' (2011) İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel' e Armağan 368, 388-390; Uncular (n 39) 1677.

⁵² Üstün ve Günel (n 42) 66; Cüneyt Er, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı* (Yetkin Yayınları 2007), 149; Okur (n 51) 18; Bilal Toprak, '6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Işığında İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 107.

rik sistemler yerine işçilerin kişisel verilerinin başkasının eline geçmesi gibi bir tehlike barındırmayan ve kişisel verilere daha az müdahale eden elektronik kartlı sistemleri tercih etmelidir. Ancak işyerinde yapılan faaliyetin yüksek düzeyde güvenlik önlemleri gerektirmesi halinde işverenin işçi takibinde biyometrik sistemlere başvurması hukuka uygun kabul edilir⁵³.

III. İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının İşçilik Alacaklarının İspatındaki Rolü

Genel bakımdan haftalık çalışma süresi İş Kanunu'nda kırk beş saat olarak belirlenmiştir (4857 SK. m. 63). Ancak işçinin haftanın altı günü günlük on bir saati aşmamak koşuluyla kırk beş saatin üstünde çalışma yapması mümkündür. Bu durumda haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilmektedir.

4857 Sayılı İş Kanunu 47. maddesine göre “bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde çalışan işçilere, kanunlarda ulusal bayram ve genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde çalışmazlarsa, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretleri tam olarak, tatil yapmayarak çalışırlarsa ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücreti” ödenir. Ulusal bayram ve genel tatil günleri 2428 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanuna göre 29 Ekim günü ulusal bayramdır. Bayram 28 Ekim 13.00' te başlayıp 29 Ekim günü de devam eder. Genel tatil günleri ise 1 Ocak, 23 Nisan, 1 Mayıs, 19 Mayıs, 15 Temmuz, 30 Ağustos günleri toplam 6 gün ile Arife günü saat 13.00'te başlayan 3,5 günlük Ramazan Bayramı ve Arife günü saat 13:00'da başlayan 4,5 günlük Kurban Bayramı günlerinden toplam 8 günden oluşur (2428 SK. m. 2).

İdarenin parmak izi tarama sistemi ile mesai kontrolü yapmasına ilişkin bkz. Danıştay 5D, 2013/5730, 10.12.2013: “Personelin parmak izi tarama sistemi ile mesai kontrolünün yapılması durumunun, temel hak ve hürriyetler içerisinde sayılan özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında kişisel bilgi veya kişisel verilerin alınması kavramları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir”. İdarenin yüz tanıma sistemi ile mesai kontrolü yapmasının hukuka aykırı olduğuna ilişkin bkz. Danıştay 11D, 2017/816, 13.06.2017: “Olayda, personelden kişisel veri alınması kapsamında olan ‘yüz tanıma sistemi’ ile mesai takibi uygulamasının, kamusal alanda da olsa ‘özel hayatın gizliliği’ ilkesi kapsamında bulunduğu açık olup, davaya konu işlem tarihi itibarıyla uygulamanın sınırlarını usul ve esaslarını gösteren bir yasal dayanağın bulunmaması, toplanan verilerin ileride başka bir şekilde kullanılmayacağına dair bir güvencenin mevcut olmaması göz önüne alındığında, yukarıda belirtilen temel haklar ve Anayasal ilkelerle bağdaşmayan davaya konu işlemde ve davanın reddi yolundaki mahkeme kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır.”

⁵³ Uncular (n 39) 1676; İlke Gürsel, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı* (1. Baskı 2016), 360; Eda Manav, ‘İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerin Korunması’ (2015) 19 (2) GÜHFD 95, 121; Adınır (n 44) 130.

İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde, işçilere yine aynı Kanunun 63. maddesine göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşuluyla yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme verilmesi gerekir. Bu dinlenme hafta tatili olarak adlandırılır. Hafta tatili gününün ücreti işçiye tam olarak ödenecektir (4857 SK. m. 46).

İş hukuku mevzuatımızda fazla çalışmanın ispatına dair bir hüküm düzenlenmemiş olmakla birlikte öğreti ve yargı, genel hükümler ışığında, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin bu iddiasını kanıtlaması gerektiğine ilişkin görüş birliği içindedir⁵⁴. Yine kanunda yer almamakla birlikte Yargıtay, fazla çalışmanın ispatında ücret bordrolarına ilişkin birtakım esaslar benimsemiştir⁵⁵. Yargıtay kararlarına göre işçinin ücret bordrolarında imzasının bulunup bulunmamasına bağlı olarak ispat aşamasında kullanılabileceği deliller belirlenmektedir⁵⁶.

Üzerinde işçinin imzası bulunan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordrolar sahteliği ispat edilmeye kadar kesin delil niteliği taşımaktadır. Kesin delillerin aksinin ispatı ise ancak yazılı bir belge ile mümkündür⁵⁷. O halde imzalı ve ihtirazi kayıtsız bir bordroda görünenden daha fazla çalıştığını iddia eden işçi bu iddiasını yazılı bir belge ile ispatlamalıdır⁵⁸. Örneğin işe giriş-çıkış saatlerini gösteren kayıtlarda işçinin çalışmasının ihtirazi kayıtsız ve işçi tarafından imzalı bordroda belirtilenden daha fazla görünürse işe giriş-çıkış kaydı ücret bordrosu ile aynı kuvvete haiz olduğundan işçi fazla çalışma yaptığını ispatlamış olacaktır⁵⁹. İmzalı ve ihtirazi

⁵⁴ Süzek (n 44) 841; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2019) 727; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1307; Abbas Bilgili, *Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı* Seçkin 2017) 31; Ünal Narmanlioğlu, 'İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı' (2010) (17) Sicil İş Hukuku Dergisi 27, 36; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 44) 301; Ali Cengiz Köseoğlu ve Sibel Kabul, '4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma' (2014) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 233, 256; Sümer ve Kayırgan (n 9) 149; Ali Ekin, 'İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları' (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof. Dr. Fevzi Şahlanan' a Armağan Yazısı 337, 345; Gaye Burcu Yıldız, 'Fazla Çalışmanın İspatı' (2012) 25 Sicil İş Hukuku Dergisi 113, 115; Baki Oğuz Mülayim, 'Fazla Çalışmanın İspatlanması' (2019) 5 (9) İş ve Hayat Dergisi 130, 134.

⁵⁵ Yargıtay 22 HD, 2017/19321, 23.01.2019; Yargıtay 22 HD, 2017/15616, 23.10.2018; Yargıtay 22 HD, 2015/15499, 13.06.2017

⁵⁶ Narmanlioğlu (n 54) 36; Yıldız (n 54) 115.

⁵⁷ Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (On İki Levha 2020) 343; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 54) 727; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 44) 304; Yargıtay 9HD, 2012/30696, 02.10.2014.

⁵⁸ Süzek (n 44) 842; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1309.

⁵⁹ Mülayim (n 54) 144.

kayıt içermeyen bordroda yazılanın aksini iddia eden işçinin bu durumu ancak yazılı bir belge ile ispatlaması zorunluluğu öğretide, işçinin imzasının bordrodaki çalışmalara ilişkin olduğu, bordroda yer alan sürenin üstündeki çalışmalardan feragat edeceği anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁰.

Ücret bordrosunun fazla çalışmaya ilişkin bilgi içermemesi, fazla çalışma süresinin boş bırakılması veya sıfır olarak doldurulması halinde işçi ihtirazi kayıt koymasına gerek kalmaksızın fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir⁶¹. İşçinin fazla çalışmasını her türlü delille ispat edebileceği bir diğer hal ise işveren tarafından düzenlenen; ancak işçinin imzasını taşımayan bordrolardır.

İşçinin imzasını taşımakla birlikte ihtirazi kayıt içeren bir bordroda gösterilenden fazla çalışma yaptığını işçi her türlü delille ispatlayabilecektir; delilin yazılı belge olması gerekmemektedir⁶². İşçi tarafından imzalı bordronun sahte olduğunun ileri sürülmesi halinde ise mahkemenin imzanın işçiye ait olup olmadığını ön sorun olarak incelemesi gerekecektir. Yargıtay, davacı işçinin bazı bordrolardaki imzaların kendine ait olmadığını iddiasında bulunmasına rağmen yerel mahkemenin imza incelemesi yapmadan hüküm verdiği davayı Jandarma veya Emniyet Kriminal Laboratuvarı gibi kurumlardan rapor alınarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekçesiyle bozmuştur⁶³. Bu kapsamda uzman bilirkişi işçinin imzası ile bordroya atılan imzayı tersim biçimi, işleklilik derecesi, alışkanlıklar, istif, eğitim, doğrultu, seyir, hız ve baskı derecesi bakımından değerlendirmektedir⁶⁴. Yapılan inceleme sonucu imzanın işçiye ait olmadığını ortaya çıkması halinde işçi fazla çalışma yaptığını tanık beyanları dahil olmak üzere her türlü delille ispat edebilecektir. İmzanın işçiye ait olduğu kanaatine ulaşılmaması halinde ise işçi bordroda görünenden fazla çalışma yaptığını ancak yazılı belge ile ispat edebilir. Son olarak işçi bordroda imzasının bulunmaması halinde fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispatlayabilecektir. Görüldüğü üzere bordroda işçinin imzasının bulunması tanık beyanına itibar edilip edilmeyeceği noktasında oldukça önem taşımaktadır.

⁶⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 54) 787; Narmanlıoğlu (n 54) 36.

⁶¹ Narmanlıoğlu (n 54) 36; Mülayim (n 54) 144-145; Senyen Kaplan (n 44) 558; Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskan (n 44) 305.

⁶² Süzek (n 44) 842; 3 Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1309-1310. İşçi tarafından ücret bordrosuna "fazlaya dair haklar saklı olarak", "ihtirazen alınmıştır" ya da "dava hakkım saklıdır" gibi ifadelerin yazılması ihtirazi kayıt anlamını taşır; H. Argun Bozkurt, *İş Yargılaması Usul Hukuku* (Seçkin 2018) 573.

⁶³ Yargıtay 22HD, 2017/5603, 27.02.2017; Aynı yönde: Yargıtay 22HD, 2013/21030, 11.02.2015.

⁶⁴ Yargıtay 9HD, 2021/5209, 26.05.2021.

İşçiye ücretinin banka kanalıyla ödenmesi halinde işçinin yapılan tahakkun ayrıntılarını görme ve değerlendirme imkânı bulunmadığından imzasız bordroda görünenden daha fazla çalışıldığına ispatı tanık dahil her türlü delille yapılabilecektir⁶⁵.

İşverenlerin işçilerin daha sonra fazla çalışma ücreti talep etmesini engellemek maksadıyla ücret bordrolarında sembolik fazla çalışma ücretleri göstermelerine bordro hilesi denir. Yargıtay işçinin bordro hilesine ilişkin davalarda istikrarlı olarak yapılan ödemelerin fazla çalışma hesabından dışlanmayacağı, tespit edilen fazla çalışma alacağından mahsup edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Ayrıca bu durumda işçi, her türlü delille fazla çalışma yaptığını ispat edebilmektedir⁶⁶.

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmaların ispatı fazla çalışma üzerine açıkladığımız ispat kurallarıyla aynıdır. Dolayısıyla tekrara düşmemek adına kısaca açıklamak gerekirse fazla çalışmada olduğu gibi, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerinde yapılan çalışmalarda da ispat yükü işçiye düşmektedir. İşçinin imzasını taşıyan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordronun hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil yönünden işçiyi bağlaması bordroda bu ücretlerin ödendiği bilgisinin yer almasına bağlıdır⁶⁷. Bu durumda bordro kesin delil niteliğinde olacağından işçi bordroda yer alanın dışındaki hafta tatili veya ulusal bayram-genel tatil çalışmalarını ancak yazılı belge ile ispatlayabilecektir. Ücret bordrosunda hafta tatili kısmının boş olması ya da sıfır olarak belirtilmesi veya bordronun imzalı olmaması halinde ise işçi hafta tatilinde çalıştığını her türlü delil ile ispat edebilecektir. Bordroda görünenden daha fazla hafta tatili veya ulusal bayram-genel tatil çalışması yapıldığının her türlü delille ispat edilebileceği bir diğer hal ise işçinin bordroya bu yönde bir ihtirazi kayıt konulmasıdır⁶⁸.

⁶⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1310; Mülayim (n 54) 148; Aynı yönde: Yargıtay 22HD, 2015/15499; 13.06.2017; Yargıtay 9HD, 2016/22114, 17.09.2020.

⁶⁶ Ekmekçi ve Yiğit (n 56) 346; Cuma Arif Demir, 'Yargıtay Kararları Işığında Fazla Çalışmanın İspatı' (2021) Çimento İşveren Dergisi, 17; Yargıtay 9HD 2021/430, 25.02.2021; Yargıtay 9HD, 2019/5896, 28.01.2021.

⁶⁷ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 54) 806 "Davacının imzasını içeren ve imzası davacıya ait olduğu saptanmış olan ücret bordrolarında hafta tatili ücreti tahakkuku yapıldığı ve hafta tatili ücretinin ihtirazi kayıtsız ödendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının ihtirazi kayıtsız imzaladığı bordrolara ait olduğu aylar dışlanarak hesaplama yapılması gerekirken bu yön dikkate alınmaksızın düzenlenen bilirkişi raporuna itibar edilerek hafta tatili ücreti alacağına hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 22HD, 2012/6303, 19.06.2012.

⁶⁸ Süzek (n 44) 813; Yargıtay 22HD, 2016/33047, 23.01.2017; Yargıtay 9HD 2008/17653, 22.02.2010; Yargıtay 9HD, 2008/18995, 25.02.2010.

Ücret bordrolarının üzerinde yer alan “fazla çalışma yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım”, “hafta tatillerinde çalışmadım” ya da “hafta tatili ve genel tatil günlerinde çalışmadım” şeklindeki ibareler, taraflar arasındaki iş sözleşmesi devam ederken yazılması sebebiyle geçerli kabul edilmemektedir⁶⁹.

Kimi işverenlerin işçilerden, buldukları döneme ait ya da geçmişe yönelik gerçeğe aykırı ücret bordrolarını imzalamalarını istediği durumlarla karşılaşmaktadır. Bu durumda sözleşmesi devam eden işçi işini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kaldığından, gerçeğe aykırı ücret bordrolarını imzalama ihtimali oldukça yüksektir. Zira imzalamamakta direnen işçi, işverenin açık tehdidi ile karşılaşabilecektir. Gerçeğe aykırı ücret bordrolarını imzalayan işçi ücret bordrolarını baskı altında imzaladığını her türlü delille kanıtlayabilir. Bordroların baskı altında imzalandığının kanıtlanması halinde tıpkı baskı altında imzalandığı kanıtlanan istifa dilekçelerinde olduğu gibi artık bu bordrolara itibar edilmemesi gerekmektedir. Böyle bir durumda işçi bordroda gösterilenden fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispatlayabilecektir.

Görüldüğü üzere fazla çalışmanın, hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmaların ispatlanması hususunda ücret bordrolarına oldukça değer atfedilmiş ise de bu bordroların gerçeği yansıtmama ihtimaline karşı işçiye, gerek imzalı-ihirazi kayıtsız gerek ihirazi kayıtlı ya da imzasız bordrolarda yer alan durumun aksini kanıtlama imkânı her hâlükârda sunulmuştur⁷⁰.

Her ne kadar işçi tarafından ihirazi kayıt konulmadan imzalanan ücret bordroları hariç olmak üzere fazla çalışmanın, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmanın her türlü delille ispat edilebileceği belirtilse de Yargıtay kararlarında öncelikle işyeri kayıtları, işe giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları gibi yazılı belgelerin dikkate alınması gerektiği, alacak kalemlerinin bu yazılı belgeler ile kanıtlanamaması halinde tanık beyanlarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir.

Yargıtay kararlarında, “Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda

⁶⁹ Emre Esmer, ‘Türk İş Hukukunda Fazla Çalışmanın İspatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)’ (2019) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 72; Yargıtay 9HD, 2007/29051, 21.10.2008.

⁷⁰ Bilgili (n 54) 33; Özge Öztürk, ‘Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 119.

tarafının, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmaktadır⁷¹.” şeklinde hüküm tesis etmektedir.

Hafta tatili ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda bu alacakların ispatı tıpkı fazla çalışmanın ispatında olduğu gibidir⁷². İşverence düzenlenen ve işyerindeki çalışma düzeninin anlaşılmasını sağlayacak her türlü belge işyeri kaydı olarak değerlendirilmektedir⁷³. Fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmaların ispatında kullanılabilecek işyeri kayıtları ücret bordroları, işe giriş-çıkış kayıtları (puantaj), nöbet defterleri, log kayıtları, araç takip sistemi kayıtları, işveren tarafından yapılan duyurular ve işyeri iç yazışmalarıdır⁷⁴.

Fazla çalışmanın, hafta tatil günlerinde ve ulusal bayram ile genel tatil günlerinde yapılan çalışmanın ispatında işçinin çalışmasına ilişkin işe giriş çıkış kayıtlarının mevcut olması halinde bu kayıtlarla bir sonuca ulaşıyorsa artık tanık deliline başvurulamamaktadır⁷⁵. Dolayısıyla işe giriş kayıtları belirtilen alacak kalemlerinin ispatı bakımından oldukça önemlidir. Ancak ülkemizde özellikle küçük çaplı işyerlerinde işyeri kayıtlarına yeterince özen gösterilmediğinden işe giriş-çıkış kayıtlarının sadece bazı dönemlerde tutulması ya da hiç tutulmaması halinde kayıt tutulmayan dönemler için tanık beyanlarına başvurulmaktadır⁷⁶. Yargıtay yakın tarihli bir kararında dava dosyasında mesai devam çizelgesi başlıklı, işçinin imzasını içeren puantaj kayıtları bulunmasına rağmen fazla çalışma,

⁷¹ Yargıtay 9HD, 2021/11508, 22.11.2021.

⁷² “Ulusal bayram ve genel tatillerde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda, tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.” Yargıtay 9HD, 2008/18995, 25.02.2010. “Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.” Yargıtay 22HD, 2016/33047, 23.01.2017.

⁷³ Yıldız (n 54) 116; Mülayim (n 54) 151.

⁷⁴ Selma Betin ve Uğur Ocak, *İşçilik Alacakları (Ücret)* (Tercih 2020) 380.

⁷⁵ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1307.

⁷⁶ Betin ve Ocak (n 73) 380; Ekmekçi ve Yiğit (n 56) 347; Ekin (n 54) 346; Köseoğlu ve Kabul (n 54) 258.

hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının tanık beyanları doğrultusunda hesaplanmasını isabetsiz bulmuştur. Olması gereken puantaj kaydı olan dönemlerin puantaj kaydına, puantaj kaydı olmayan dönemlerin ise tanık beyanlarına göre hesaplanmasıdır⁷⁷.

IV. İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının Güvenilirliğinin Değerlendirilmesi

İşverenin tek taraflı olarak gerçeğe aykırı işe giriş çıkış kayıtları düzenlemesi mümkündür. Ancak işe giriş-çıkış kayıtlarının kesin delil olarak nitelendirilmesi için bu kayıtlarda hem işverenin hem işçinin imzasının bulunması gerekmektedir⁷⁸. İşe giriş-çıkış kayıtlarında imzası bulunmayan işçi, bu kayıtlara sahte olduğu iddiasıyla itiraz edebilecektir. Aksi takdirde imzası bulunmasa dahi işçinin açıkça itirazı olmaması halinde bu kayıtlara itibar edilmektedir⁷⁹. Üzerinde işçinin imzası bulunmayan kayıtlar kesin delil niteliğinde olmadığından işçi fazla çalışma yaptığını, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilmektedir⁸⁰.

Puantaj kayıtlarında işçinin imzasının bulunması bu kayıtların her zaman gerçeği yansıttığı anlamına gelmemektedir. Öncelikle kayıta yer alan imzanın işçiye ait olmaması durumu söz konusu olabilir. Bu durumda işçinin kendine ait olmadığı gerekçesiyle bu imzaya itiraz etmesi gerekmektedir. Böyle bir itirazın yapılması halinde mahkemenin, puantaj kaydında yer alan imzanın işçiye ait olup olmadığını ön sorun olarak değerlendirmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay işveren tarafından sunulan herhangi bir belgeye imza atmadığı itirazında bulunan işçinin fazla çalışma iddiasının puantaj kayıtlarına itibar edilerek reddedilmesine ilişkin uyuşmazlıkta, puantaj kayıtlarındaki imzanın davacının el ürünü olup olmadığı araştırılmadan karar verilmesinin hatalı olduğu; öncelikle

⁷⁷ "Fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil alacakları bakımından; dosya içerisinde yer alan "... Valiliği Gıda, Tarım ve Hayvancılık İl Müdürlüğü Mesai Devam Çizelgesi" başlıklı, davacının imzasını da içeren puantaj kayıtları dikkate alınmaksızın, anılan alacakların tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması isabetsiz olmuştur. Belirtilen sebeple; anılan alacaklar yönünden puantaj kaydı olan dönemlerin puantaj kaydına göre, kaydolmayan dönemlerin ise şimdiki gibi tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Bu yön gözetilmeden tüm dönemin tanık beyanlarına göre hesaplanıp hüküm altına alınması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9HD, 2021/9386, 29.09.2021.

⁷⁸ Tankut Centel, "Esneklik Uygulamaları ve Türk Çalışma Yaşamı" Cilt 2, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp' e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2003, 740 vd.; Esmer (n 68) 65.

⁷⁹ Esmer (n 68) 68.

⁸⁰ Demir (n 65) 21.

belgelerdeki imzaların davacıya ait olup olmadığının araştırılması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur⁸¹.

Mahkemenin, puantaj kaydında yer alan imzanın işçiye ait olup olmadığı araştırmasını incelemesi üzere dosyayı uzman bilirkişiye göndermesi gerekmektedir⁸². Bilirkişi tarafından yapılan incelemeler neticesinde imzanın işçiye ait çıkması halinde fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili günlerindeki çalışmaların ispatında bu kayıtlar dikkate alınacaktır. İmzanın işçiye ait olmaması halinde ise işçi fazla çalışmasını ya da hafta tatili veya ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığını tanık dahil her türlü delille ispat edebilecektir.

İşe giriş çıkış kayıtlarının baskı altında imzalanması hali incelenmesi gereken bir diğer husustur. Zira iş sözleşmesi devam eden işçi puantaj kaydında yazılan saatten daha erken işe başlayıp daha geç işten ayrılrsa dahi gerçeğe aykırı puantaj kaydına imza atmaktan kaçınması halinde iş sözleşmesinin sona ereceği tehdidiyle karşılaşabilir. Tıpkı iş sözleşmesi yürürlükte olan işçinin işini kaybetme tehlikesi altında olması sebebiyle yapmış olduğu fazla çalışmaların ücretini talep edememesi gibi işverenin baskısıyla karşılaşan işçinin çalışmaya devam etmek için puantaj kaydına imza atma ihtimali oldukça yüksektir⁸³. İşçi-

⁸¹ "Dosya içeriğine göre, yapılan bilirkişi incelemesi yeterli görülmemekle bu konuda uzmanlığı kabul gören T.C Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu'ndan imza incelemesine gidildiği ve Mahkemece Adli Tıp Kurumunun raporunun hükme esas alındığı anlaşılmaktadır. Söz konusu raporun "Bulgular ve Sonuç" kısmında aynen; "İnceleme konusu personel mesai çizelgelerinin 2011 yılının Kasım, Ekim, Eylül, Ağustos, Temmuz, Haziran ayları ile 11/11/2011 tarihli yıllık izin başvuru onay kaydında atılı bulunan basit tersimli imzalar ile ...'ın mukayese imzaları arasında; tersim biçimi, işleklik derecesi, alışkanlıklar, istif, eğitim, doğrultu, seyir, hız ve baskı derecesi bakımından uygunluk ve benzerlikler saptandığından, söz konusu imzaların isim yazısı ile birlikte değerlendirildiğinde kuvvetle muhtemel ...'ın el ürünü olduğu, "şeklinde tespit edilmiştir. Bu itibarla, Mahkemece Adli Tıp Kurumunca imzaların davacının eli ürünü olup olmadığının anlaşılamadığı şeklinde rapor düzenlendiği, işçi lehine yorum ilkesi gereği dosyada mevcut başka bir delil bulunmadığı gerekçesiyle, imzaların davacının imzası olmadığı kabul edilerek karar verilmiş ise de Kurumun kuvvetle muhtemel ...'ın el ürünü olduğunu tespit ettiği dönemler yönünden hatalı olup rapor kapsamına uygun olmadığı sabittir." Yargıtay 9HD, 2021/5209, 26.05.2021.

⁸² Uzman bilirkişi tıpkı ücret bordrosundaki imzaya itirazda olduğu gibi puantajdaki imzaya itiraz halinde de işçinin imzası ile bordroya atılan imzayı tersim biçimi, işleklik derecesi, alışkanlıklar, istif, eğitim, doğrultu, seyir, hız ve baskı derecesi bakımından değerlendirir. Yargıtay 9. HD, 2021/5209, 26.05.2021.

⁸³ Köseoğlu (n 54) 256; Yargıtay 9HD, 2016/35899, 18.01.2018. İncelenen Yargıtay kararlarında, puantaj kayıtlarını baskı altında iken imzaladığını iddia eden işçilerden biri "davalı işverenin geçmişe dönük puantaj kayıtlarını imzalamaları için çalışanlara baskı yaptığını, imzalamayan-

lerin baskı altında istifalarının alınması örneklerine dahi iş hukukunda sıklıkla rastlandığı düşünülürse iş sözleşmesi devam eden işçinin, sözleşmenin sona ermesi tehdidi altında gerçeğe aykırı işe giriş-çıkış kayıtlarını imzalama ihtimali fazlasıyla bulunur. Baskı altında kalması sebebiyle gerçeğe aykırı işe giriş-çıkış kayıtlarını imzaladığını iddia eden işçinin ise bu iddiasını kanıtlaması gerekir. İşçi puantaj kayıtlarını baskı altında imzaladığı iddiasını tanık dahil her türlü delille ispatlayabilir. Nitekim Yargıtay, puantaj kayıtlarını baskı altında imzaladığını iddia eden işçinin bu iddiasını ispatlamak üzere tanık dinlenmesi talep etmesine ilişkin uyuşmazlıkta tanıklar dinlenmeden hüküm tesis edilmesi kararının bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir⁸⁴.

İşçinin puantaj kayıtlarını baskı altında imzaladığının anlaşılması halinde artık bu kayıtlara değer verilmeyecektir. İşçi işe giriş-çıkış kayıtlarını baskı altında imzaladığını kanıtlamasının ardından fazla çalışma yaptığını, ulusal bayram ve genel tatil günleri ile hafta tatili günlerinde çalıştığını her türlü delille ispat edebilir. İşçinin bu iddiasını ispatlayamaması halinde ise puantaj kayıtlarına itibar edilerek hüküm verilir⁸⁵.

İşyeri kayıtlarına erişim imkânı bulunan işverenin gerçeğe uygun olarak düzenlenen işyeri kayıtlarında geçmişe yönelik değişiklik yapma ihtimali de bu-

lara baskının daha da artırdığını” (Yargıtay 9HD, 2019/3415, 17.04.2019); bir başka kararda davacı işçi “işverenin davalı işyerindeki çalışmaların yasalara uygun olmaması nedeni ile işçilere geçmişe dönük puantaj kayıtlarını imzalatmaya çalıştığını imzalamayanlara baskı yaptığını, işçilerin bir kısmına fazla mesai adı altında banka kanalıyla ödeme yaptığı fakat ödemeleri tekrar geri istediğini” (Yargıtay 9HD, 2018/10633, 07.01.2019), son olarak bir başka işçi “işverenin 2015 Ocak ayından sonra çalışanlara baskı yapıp geçmişe dönük belgeleri imzalatmaya başladığını, işyerinde çalışma saati günlük 10 saat olup tüm resmi tatillerde çalışma yapıldığı halde fazla mesai ödenmediğini, geçmişe dönük puantaj kayıtlarını imzalamayanlara baskı kurulduğunu” (Yargıtay 9HD, 2016/34946, 05.12.2016) iddia etmiştir.

⁸⁴ Yargıtay bir başka kararında işe giriş-çıkış kayıtlarını baskı altında imzaladığı iddiasında bulunan işçinin bu iddiasının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay, giriş çıkış kayıtlarının taraflara sorularak kayıtlar hakkında diyecekleri belirlendikten sonra tarafların beyanı doğrultusunda gerekirse tanık anlatımlarına yeniden başvurularak sonucuna göre fazla mesai çalışmasının yeniden değerlendirilmesi gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay 22HD, 2012/29937, 05.12.2013.

⁸⁵ “Somut uyuşmazlıkta; mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar verilmiş ve davacı asile puantaj kayıtları gösterilerek beyanı alınmıştır. Her ne kadar davacı, bu puantaj kayıtlarındaki imzalar ile ilgili olarak, imza inkarında bulunmamış, puantaj belgelerini baskı ile imzaladığını iddia etmiş ise de davacı dosyaya bu iddiasını ispat edecek bir delil sunamamıştır. Bu durumda puantaj kayıtlarına itibar edilmesi gerekir. Puantaj kayıtlarına göre ise, haftada 5 gün çalışıldığından, koşulları oluşmayan hafta tatili ücreti talebinin reddi yerine, kabulü hatalıdır.” Yargıtay 9HD, 2017/24678, 08.02.2018.

lunmaktadır. Gerçekten de Yargıtay, önüne gelen uyuşmazlıkta, işe giriş-çıkış kayıtlarında oynama yapıldığı gerekçesiyle bu kayıtlara itibar etmemiştir⁸⁶.

İşe giriş-çıkış kayıtlarının hem diğer işyeri kayıtlarıyla hem de kendi bünyesinde tutarlı olması gerekmektedir. Örneğin işe giriş-çıkış kayıtlarının ücret bordrolarında gösterilenden daha fazla olması halinde işçi aradaki sürede fazla çalışma yaptığını ispat etmiş olur⁸⁷. Yargıtay, işveren tarafından sunulan imzasız puantaj kaydı, bordrolar ve imzalı günlük çalışma föylerinin birbiriyle uyumlu olmadığına anlaşılması üzerine imzasız puantaj tablosundaki çalışma saatlerinin çelişki yarattığı gerekçesiyle dosya kapsamındaki tüm deliller yeniden değerlendirilerek işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığının tespit edilmesine hükmetmiştir⁸⁸.

İşçi takibinin elektronik kartlı sistemlerle yapılması halinde kart işçinin işe giriş ve işten çıkışı esnasında turnikeden okutulur; sistemin niteliği gereği işçinin imzası alınmaz, ancak işçinin imzası alınmamış olmakla birlikte bu kayıtlar fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili alacaklarının ispatında delil olarak kullanılır⁸⁹. Ancak işe giriş-çıkış kaydı yapan bazı sistemlerin işverence yüklenecek veri tabanlarına göre kayıtların manipüle edilme bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlıkta kayıt sistemini inceleyen bilirkişi, sistemin kendisine yüklenen veri tabanına göre gerçeğe uygun kayıt yapmayıp işverenin tercihlerine uygun cevap verebileceği sonucuna ulaşmıştır⁹⁰. Dolayısıyla kartlı sistemde yer alan kayıtlarla fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili günü alacaklarının ispatlanabilmesi için öncelikle bu kayıtların gerçeği yansıtıp yansıtmadığı uzman bilirkişi tarafından incelenmelidir⁹¹. Yapılan incelemeler neticesinde işverenin kayıtlara müdahale

⁸⁶ Yargıtay 22HD, 2016/17104, 23.06.2016.

⁸⁷ Esmer (n 68) 66.

⁸⁸ Yargıtay 22HD, 2015/34916, 18.06.2018.

⁸⁹ Esmer (n 68) 67; Yargıtay 9HD, 2015/1800, 04.05.2016.

⁹⁰ Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta kayıt sistemine ilişkin: "İşe giriş çıkışları kayıt altına alan ... Kayıt Cihazı ve kayıt sistemi üzerinde inceleme yatırılmak üzere görevlendirilen teknik bilirkişi raporunda, işyerinde yüklenecek veri tabanına uygun cevap vereceği, veri tabanının objektiflik, tutarlılık ve keyfilikten uzak olacak biçimde kurgulanması halinde objektif kayıtlar yapabileceği, aksi halde yetkilinin tercihlerine uygun cevap vereceği ve objektif kayıt yapmasının mümkün olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir."

⁹¹ "Somut olayda, davalı işveren tarafından delil listesinde dayanan işe giriş çıkış saatlerini gösterdiği iddia edilen bilgisayar kayıtları dosyaya getirilmemiştir. Kayıtlar getirildikten sonra davacı işçinin imzasının bulunup bulunmadığı, söz konusu kayıtların işveren tarafından neye dayanı-

edebileceği sonucuna ulaşırsa kayıtların hükme esas alınmaması gerekir. Bu durumda işçi, tanık beyanları ile fazla çalışma yaptığını ispatlayabilir⁹².

Kartlı sistem kullanılan işyerlerinde kartlı sistemin aktif olmadığı dönemlerde fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili günlerinde yapılan çalışmaların ispatında tanık beyanları dikkate alınmaktadır⁹³. Yargıtay, hizmet döküm cetvelinde çalışması görünen, yıllık izinde olduğuna dair kayıt bulunmayan ancak kart basma listesine göre ayın sadece 3 günü işe giriş çıkış kaydı gözükken işçi için, bu durumun hayatın olağan akışına aykırı olması sebebiyle işe giriş-çıkış kaydının olmadığı dönemdeki fazla çalışmasının tanık anlatımları doğrultusunda hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁴.

İncelediğimiz üzere işe giriş-çıkış kayıtlarının bulunması bu kayıtların her zaman gerçeğe uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bu kayıtlara itibar ederek hüküm verecek mahkemenin, davacı işçinin kayıtların gerçeğe aykırı olduğu yönünde bir iddiasının bulunması halinde bu iddiasını değerlendirmesi, kayıtların doğruluğuna ilişkin hiçbir şüphe taşınamaması gerekmektedir⁹⁵.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, puantaj kayıtlarının olmaması ya da puantaj kayıtları ile fazla çalışma, ulusal bayram ile genel tatil ve hafta tatili günlerindeki çalışmaların ispatlanamaması halinde işçi, tanık beyanları ile bu hususları ispat edebilmektedir⁹⁶. Yargıtay, kararlarında tanıkların niteliğine göre anlatımlarının ne şekilde dikkate alınacağını belirlemiştir. Öncelikle dinlenen tanık, fazla çalışma yaptığını iddia eden davacı işçi ile aynı dönemde çalışmış olmalıdır⁹⁷. Tanık ile davacı işçinin birlikte çalıştığı dönemin davacı işçinin tüm çalışmasının bir bölümünü kapsaması halinde fazla çalışma sadece birlikte çalıştıkları

olarak, ne şekilde düzenlendiği, giriş çıkış saatlerini belirleyen sistemin ne olduğu, gerçeği yansıtmayı yansıtmadığı araştırılıp, gerçeği yansıttığının belirlenmesi durumunda fazla çalışmanın olup olmadığının söz konusu kayıtlara dayanılarak belirlenmesi yerine, sadece tanık beyanlarıyla sonuca gidilmesi doğru değildir. Eksik inceleme ile fazla çalışma ücreti isteğinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 7HD, 2013/18568, 18.03.2014. Kartlı sistem ve parmak okuma-yüz tanıma sistemlerinin gerçeğe aykırı olması halinde işçinin yargılama esnasında bu sistem kayıtlarına itiraz etmesi gerektiği; aksi takdirde bu kayıtlara itibar edileceği yönünde bkz. Uğur Ocak, *Fazla Çalışma* (Kalkan, 2018) 150; Esmer (n 68) 67.

⁹² Ocak (n 91) 150-151.

⁹³ Mülayim (n 54) 152.

⁹⁴ Yargıtay 22HD, 2016/8990, 10.04.2019.

⁹⁵ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal (n 44) 1307.

⁹⁶ Yargıtay 7HD, 2013/22877, 03.04.2014.

⁹⁷ Mülayim (n 54) 136.

rı dönemle sınırlı olmak üzere ispat edilmiş olur⁹⁸. Ayrıca tanığın davacı işçi ile aynı işyerinde çalışmış olması tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda işçinin çalışma düzeni hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Yargıtay davacı işçi ile aynı işyerinin farklı biriminde çalışan tanığın beyanını davacı işçinin çalışma düzenini bilemeyecek durumda olması sebebiyle hükme esas almamıştır⁹⁹.

Görgüye dayalı olmayan, işçiden alınan duyumlara dayanan akraba ve arkadaş beyanlarına, işyerindeki çalışma düzenini bilmemeleri ve anlatımlarının sadece dinlemeye dayalı olması gerekçesiyle itibar edilmemelidir. Bu kişilerin beyanları ancak işçi ile aynı işyerinde çalışmaları koşuluyla dikkate alınır. Komşu işyerindeki işçi ve işveren beyanları ise uyumsuzluğa konu olan işyerindeki çalışma düzenini gözlemleyebilecek nitelikte olmaları halinde dava için önem arz etmektedir¹⁰⁰. Tanığın aynı işveren ile derdest bir davasının bulunması halinde Yargıtay ilke kararına göre, davacı işçi ile tanık arasında menfaat birliği olduğu gerekçesiyle bu tanığın beyanlarına ihtiyatla yaklaşılmalı; sadece bu tanığın beyanları dikkate alınarak hüküm verilmemelidir. Ancak tanık beyanının yan delillerle desteklenmesi halinde bu beyanlara itibar edilmelidir¹⁰¹.

⁹⁸ “Somut olayda, davacı, 11.11.2011 - 12.08.2013 tarihleri arasında davalı işyerinde inşaat ustası olarak çalışan işçi olup, davacı tanıklarından ..., davalı işyerinde davacı ile birlikte 2012 yılının ocak ayına kadar çalışmış, diğer davacı tanığı ... ise, davalı işyerinde sürekli çalışmamıştır. Bu durumda davacının sadece tanığı ...'ın çalıştığı dönemle sınırlı olarak fazla çalışma ve hafta tatili çalışmalarını ispat ettiği anlaşıldığından, ...'ın, davacı ile birlikte çalıştığı süre dikkate alınarak fazla mesai alacağı ile hafta tatili alacağının hüküm altına alınması gerekirken, davacının tüm çalışma süresince fazla mesai alacağı ve hafta tatili alacağı hesabı yapılması hatalı olmuştur. Mahkemece, bilirkişiden ek rapor alınarak, davacının, tanığı olan ... ile çalıştığı süre döneminde fazla mesai ve hafta tatili alacağının tespit edilerek, bu dönemdeki alacakların hüküm altına alınması gerekmektedir. Anılan yön gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 22HD, 2017/1873, 03.12.2018.

⁹⁹ “Ne var ki; dinlenen davacı tanıklarının davalı işyerinde hiç çalışması bulunmayan, yalnızca işyerinin bulunduğu meyve ve sebze haline alışveriş yapmak üzere gelip giden pazarcı esnafı kimseler olduğu ve davacının çalışma düzeni hakkında doğrudan bilgi sahibi bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Davalı işyerinde davacı ile birlikte çalışmış olup, davacının çalışma düzeni hakkında beyanda bulunan davalı tanıklarının 12.11.2015 tarihli duruşma zaptında yer alan birbiri ile uyumlu ifadeleri ile davalı vekilinin 16.03.2015 tarihli tanık anlatımlarına karşı beyan dilekçesi birlikte gözetildiğinde davacının haftanın 6 günü gece 01:00 ile gündüz 10:00 saatleri arasında 1 saat ara dinlenme süresinin düşümü ile günlük 8 saat ve haftalık 48 saat çalışarak, haftada 3 saat fazla mesai yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının fazla çalışma alacağının açıklanan hususlara göre hesaplanması gerekmesine karşın, hatalı değerlendirmeye dayalı olarak yazılı şekilde verilen karar isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9HD., 2021/297, 25.02.2021. Aynı yönde: Yargıtay 22HD, 2017/14710, 04.10.2018. Yargıtay 22HD, 2017/19878, 07.02.2019.

¹⁰⁰ Köseoğlu ve Kabul (n 54) 259; Mülayim (n 54) 136-137.

¹⁰¹ “İşçilik alacakları davalarında salt husumetli davacı tanıklarıyla ispat mümkün değildir. Ama bununla birlikte yan delil ve olgularla husumetli tanık beyanlarına değer verilir. Yan delil ve

Son olarak, Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere fazla çalışma ile hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ispatında delillerin yanı sıra herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da göz önüne alınabilir. Ayrıca fazla çalışmanın ispatında işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁰².

Sonuç

İşverenin yönetim ve denetim hakkı çerçevesinde işçinin çalışma saatlerinin işveren tarafından çeşitli yöntemlerle kayıt altına alınması mümkündür. Uygulamada bu kayıtların işçinin işe giriş ve işten çıkış saatinin yazıldığı işçi tarafından imzalanan çizelgelerle, işçilerdeki elektronik kartların turnikede okutmasıyla veya parmak izi okutma, avuç içi okutma, yüz tanıma, iris ve retina tarama sistemleri ile tutulduğu görülmektedir. İşçinin işveren tarafından yapılan bu denetimlere katlanma yükümlülüğü söz konusudur. Ancak her hakkın sınırları olduğu gibi işverenin yönetim ve denetim hakkının sınırları da işçinin kişilik hakları dikkate alınarak çizilmelidir. Bu kapsamda işe giriş çıkış kayıtlarının işçinin kişisel verilerinin başka şahısların eline geçmesi gibi bir tehlike barındırmayan ve kişisel verilere daha az müdahale eden elektronik kartlı sistemlerle tutulması mümkün iken parmak izi okutma, avuç içi izi okutma, yüz tanıma, iris ve retina tarama gibi biyometrik sistemlerin kullanılması ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İşyerinde yapılan faaliyetin yüksek düzeyde güvenlik önlemleri gerektirmesi halinde işverenin işçi takibinde biyometrik sistemlere başvurması hukuka uygun kabul edilmelidir.

İşe giriş çıkış kayıtları fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili alacaklarının ispatlanması açısından oldukça önemlidir. Ancak bir işyerinde

olgu ile anlatılmak istenen; işin ve iş yerinin özellikleri. Yani öncelikle bakılması gereken, iş ve iş yeri husumetli tanık beyanları ile uyarlı ise bu tanık anlatımları değerli ve geçerlidir. İkinci yan delil hadisesi, davalı tanıklarının anlatımlarıdır. İşverenin dinlettiği tanıklar çalışma ilişkilerini doğrulayan beyanlar ise davacının ispat yükünü yerine getirdiği anlamına gelmektedir. Üçüncü yan delil ve olgu ise, iş yeri teftiş müdürünün düzenlediği rapor ve tutanaklardır. Bunu destekleyen husumetli tanık beyanları da yeterlidir. Dördüncü yan delil, kesinleşmiş mahkeme kararıdır. Husumetli tanığın kendi davasında fazla çalışma olgusu kesinleşmiş olmalıdır. Husumetli tanık beyanlarının davanın başında hâkim tarafından reddi doğru değildir. Mahkeme öncelikle tanıkları dinlemeli, değerlendirilmeli ve karşı tarafın tanık beyanlarına itirazı var ise husumetli tanıkların reddi konusunda hâkimin değerlendirme yapması gereklidir.” Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihat Farklılıklarının Görüşülmesi, Eylül 2020.

¹⁰² Süzek (n 44) 842; Yargıtay 9HD, 2021/11508, 22.11.2021. Yargıtay 9HD, 2021/11407, 11.11.2021.

işe giriş-çıkış kayıtlarının tutulması bu kayıtların her zaman gerçeğe uygun olduğu anlamına gelmemektedir. İşe giriş çıkış kayıtlarının işverence tek taraflı olarak düzenlenmesi, işçinin işini kaybetme tehdidi altında gerçeğe aykırı puantaj kayıtlarını imzalaması, işçinin imzasının taklit edilmesi, bazı teknolojik sistemlerin manipüle edilebilmesi, kayıtları saklayan işverenin daha sonra kayıtlarda değişiklik yapması gibi ihtimaller düşünüldüğünde bu kayıtlara ihtiyatla yaklaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda işe giriş çıkış kayıtlarına itibar ederek hüküm verecek mahkemenin, davacı işçinin kayıtların gerçeğe aykırı olduğu yönünde bir iddiasının bulunması halinde bu iddiasını değerlendirmesi, kayıtların doğruluğuna ilişkin hiçbir şüphe taşıması gerekmektedir.

Kaynakça

- Adınır K M, İşverenin Yönetim Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Akgül A, 'Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı' (2015) 118 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 199-222
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2021)
- Betin S ve Ocak U, *İşçilik Alacakları (Ücret)* (Tercih 2020)
- Bilgili A, *Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı* (Seçkin 2017)
- Boydak A B, 'İşyerlerinde Uygulanan Parmak İzli Giriş Kontrol Sistemine Hukuki Bakış' (2017) 30 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 321-336
- Bozkurt H A, *İş Yargılaması Usul Hukuku* (Seçkin 2018)
- Centel T, *"Esneklik Uygulamaları ve Türk Çalışma Yaşamı", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan* (Beta 2003)
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (Beta 2019)
- Çil Ş, '6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller' (2024) 72 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 87-102
- Demir C A, 'Yargıtay Kararları Işığında Fazla Çalışmanın İspatı' (2021) Çimento İşveren Dergisi
- Ekin A, 'İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları' (2016) 74 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan Yazısı, 337-370
- Ekmekçi Ö ve Yiğit E, *Bireysel İş Hukuku Dersleri* (On İki Levha 2020)
- Er C, *Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı* (Yetkin 2007)
- Erdönmez G, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti* (2011)
- Ergen B ve Çalışkan A, "Biyometrik Sistemler ve El Tabanlı Biyometrik Tanıma Karakteristikleri", 6th International Advanced Technologies Symposium (IATS'11), Elâzığ, 16-18 May 2011, 455-460
- Esmer E, Türk İş Hukukunda Fazla Çalışmanın İspatı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) 2019
- Eyrenci Ö, *"Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan* (3.Cilt, Beta 2011)
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Baskı, Beta 2020)
- Gürsel İ, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı (1. Baskı 2016)
- Kar B, 'İş Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler' 2013 15 (Özel Sayı) DEÜHF Dergisi, 869-882

- Köseoğlu A C, Kabul S, '4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma' (2014) 71(2) İÜHFM, 233-268
- Kuru B ve Aydın B, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (6. Baskı, Yetkin 2021)
- Manav E, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması" (2015) 19 (2) GÜHFD, 95-136
- Mazlum İ, *Medeni Usul Hukukunda Belge ve Senet Ayrımı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) 2012
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku*, (7. Baskı, Lykeion 2022)
- Mülayim B O, "Fazla Çalışmanın İspatlanması" (2019) 5 (9) İş ve Hayat Dergisi, 130-161
- Narmanlıoğlu Ü, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı" (2010) Sicil İş Hukuku Dergisi (17), 27-44
- Ocak U, *Fazla Çalışma* (Kalkan 2018)
- Okur Z, *İş Hukuku'nda Elektronik Gözetleme* (Legal 2013)
- Özmumcu S, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı, 145-171
- Öztunay B, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Işığında İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) 2019
- Öztürk Ö, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü) 2019
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku* (9. Bası, On İki Levha, 2021)
- Sarıgül Ata B, "Belge ve Belgenin Delil Kuvveti" (2020) 78 (1) Ankara Barosu Dergisi, 1-40
- Senyen K ve Tuncay E, *Bireysel İş Hukuku* (12. Baskı, Yetkin 2022)
- Sümer H H, *İş Hukuku* (Seçkin 2018)
- Sümer H H ve Kayırgan H, *İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları* (Seçkin 2021)
- Süzek S, *İş Hukuku* (22. Baskı, Beta 2022)
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku* (Yetkin, 2021)
- Uçan H, Özdemir A ve Özkan İ, "İş Hukukunda Fazla Çalışma" (2022) 135-153
- Uyar H, *İş Hukuku*, 2021
- Yalçın A, *İş Hukuku ve İşçi Hakları* (Seçkin 2020)
- Yıldız A, "İş Hukuku Bağlamında Çalışma Süreleri: Teori ve Uygulama" (2021) 74 (2) İÜHFM, 303-327
- Yıldız H, "İşçinin Çalışma Süresinin Hesaplanması", Ankara Barosu Dergisi (2019) 72 (2), 1-26

Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık^(*)

Doç. Dr. Özgür OĞUZ^(**)

Öz

Gelişen bilişim teknolojileri, beraberinde önemli fırsatlar getirdiği gibi kimi risklerin de kapısını aralamaktadır. Algoritmik yönetim araçları, modern işyerlerinde verimliliği artırmak için sıklıkla kullanılmaktadır. İşe alım süreçleriyle başlamak suretiyle işçilerin denetlenmesi ve hatta işten çıkarılması gibi birçok süreçte yer alan algoritmalar işçi hakları açısından önemli endişeler doğurmaktadır. Algoritmaların önyargı içermesi ve ayrımcı sonuçlar doğurması, algoritmik ayrımcılık adı verilen sistematik ayrımcılığın kapısını aralamaktadır. Algoritmik ayrımcılığın geri çevrilemez sonuçlarına bir an önce cevap verilebilmesi adına hukukçuların potansiyel riskleri etraflı bir şekilde analiz edip mevzuatın güncellenmesine ön ayak olmaları gerekmektedir. Ancak, endişelere cevap verebilen bir hukuki zemin hazırlandığında algoritmik araçların avantajları işçi hak ve özgürlüklerini kısıtlamadan kullanılabilir.

Anahtar Kelimeler

Ayrımcılık, Algoritma, Eşitlik, Büyük Veri, Yönetim.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.11.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 08.12.2024.

Atıf Şekli: Özgür Oğuz, 'Çalışma Hayatında Algoritmik Ayrımcılık' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1851, 1886.

DOI: 10.52273/sduhfd..1581436.

^(**) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye.

E-posta: ooguz1@anadolu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9930-9109>.



Algorithmic Discrimination in Work Life

Abstract

The development of information technologies brings about significant opportunities, nonetheless, opening the floodgates to major risks. Algorithmic management tools are frequently used to increase efficiency in modern workplaces. Algorithms involved in many processes, starting with recruitment processes, algorithms are used in auditing and even dismissal of employees, which raises significant concerns for employee rights. The fact that algorithms contain bias and produce discriminatory results opens the door to systematic discrimination referred to as algorithmic discrimination. In order to respond to the irreversible consequences of algorithmic discrimination as soon as possible, lawmakers need to analyze the potential risks in a comprehensive manner and take the lead in updating the legislation. When a legal framework that can respond to possible concerns is prepared, only then the advantages of algorithmic tools can be enjoyed without restricting employee rights.

Keywords

Discrimination, Algorithm, Equality, Big Data, Management.

Extended Summary

The impact of algorithmic management tools in the workplace has become increasingly significant, especially in processes like hiring, employee auditing, and overall operational efficiency. While these tools bring about notable efficiencies, they also carry considerable risks, particularly concerning discriminatory outcomes. This summary delves into the complexities and challenges posed by algorithmic discrimination in the context of labor law, as highlighted in the original text. Algorithmic management tools, particularly those that rely on machine learning, analyze large datasets to identify patterns and make decisions based on these patterns. However, the datasets used to train these algorithms often reflect existing social biases and discrimination patterns. For example, if a workplace historically lacks representation of individuals with disabilities, this absence is likely mirrored in the algorithm's decision-making process, leading to continued exclusion of disabled candidates from hiring processes. This is especially problematic as such discrimination is not overt; rather, it emerges subtly through complex decision-making processes, which makes it challenging to detect and prove. One of the core issues with algorithmic discrimination is its "black box" nature. Unlike traditional hiring or management decisions, where the reasoning behind decisions can often be traced and scrutinized, algorithms operate in ways that are opaque to most users. Their decision-making process involves complicated associations that can produce discriminatory outcomes, but the pathways to these outcomes are not readily observable. As a result, even if a discriminatory result is apparent, the difficulty of backtracking through the algorithm's logic means that proving a discrimination claim can be exceptionally challenging for employees. This is compounded by the fact that companies typically do not share the parameters or datasets used by these algorithms, further obscuring the transparency of algorithmic decision-making processes. In the realm of labor law, these concerns present unique challenges. Traditional labor regulations and anti-discrimination statutes are primarily designed to address direct forms of discrimination, where a clear causal link can be established between the discriminatory act and the outcome. Algorithmic discrimination, however, often manifests as indirect discrimination. This means that the discriminatory effect is not necessarily intended but is rather a byproduct of biases ingrained in the data or algorithmic model. Consequently, current labor laws, including the Labor Law, are insufficient in addressing these new forms of discrimination brought about by algorithmic tools. In Türkiye, for example, indirect discrimination is only defined in certain laws, such as the Disability Law and the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey (TİHEKK), which limits the scope for addressing algorithmic discrimination across all protected groups. Given this gap, it is essential that labor law provisions be updated to reflect the realities of algorithmic discrimination. Such updates would allow for judicial protection against algorithmic discrimination by recognizing the unique ways in which indirect discrimination can manifest in algorithmic systems. Specifically, it would be beneficial to introduce more comprehensive definitions of indirect discrimination within labor laws, ensuring that all protected classes are covered rather than only specific groups such as those protected under disability laws. Another area where algorithmic discrimination is particularly concerning is in recruitment processes.

Although the current Labour Code No. 4857 aims to prevent discrimination based on factors like pregnancy and gender, these provisions are insufficient when it comes to the broader array of biases that algorithms may perpetuate. For example, algorithms might inadvertently favor certain age groups or educational backgrounds if the data used to train them is skewed in this direction. Updating the Labor Code to encompass a broader range of discriminatory factors, beyond just gender and pregnancy, would be a necessary step in countering algorithmic discrimination in hiring processes. A further challenge lies in the burden of proof. In cases of traditional discrimination, the burden of proof often lies with the employee, who must demonstrate that discrimination has occurred. While there have been recent efforts to lighten this burden within the Labor Code, proving discrimination in an algorithmic context remains particularly difficult. Given the opacity of algorithms, employees may lack access to the information needed to substantiate their claims. To address this, it would be beneficial to establish legal provisions that lower the burden of proof not only during the employment relationship but also at the recruitment stage and even after the employment relationship has ended. This could be done by mandating that companies disclose certain algorithmic parameters or by introducing presumptions in favor of employees in cases where algorithmic discrimination is suspected. In summary, while algorithmic management tools have the potential to revolutionize workplace efficiency, they also introduce complex issues surrounding discrimination. The opaque nature of algorithmic processes makes it difficult to detect, prove, and address discriminatory outcomes, posing a challenge for current labor laws, which were not designed with algorithmic discrimination in mind. To ensure that human rights are protected in the age of algorithmic management, labor laws need to be urgently updated. These updates should aim to encompass indirect forms of discrimination, broaden the range of protected classes in hiring, and alleviate the burden of proof for employees, particularly in recruitment processes. Only by adapting labor law to the new realities of algorithmic decision-making can we hope to mitigate the risks of discrimination and ensure fair treatment in modern workplaces.

Giriş

Teknolojik gelişmeler, verilerin işleme hızını önemli ölçüde artırmış ve birçok alanda algoritmalar yardımı ile büyük veri analizleri yapılarak daha önce hayal bile edilemeyen boyutlarda algoritmik çıkarımlar yapmak mümkün hale gelmiştir. Algoritmaların kamu yönetimi, sağlık, eğitim ve sosyal medya gibi çeşitli alanlarda kullanımının artmasının, özellikle hukuk alanında değerlendirilmesi gereken birçok avantaj ve riski beraberinde getirdiğini belirtmek gerekir¹. Gün geçtikçe algoritmik araçların kullanımının sıklaşması ve kullanılan algoritmik araçların karmaşık hale gelmesi nedeniyle hukukçuların, algoritmik araçların beraberinde getireceği avantaj ve riskleri iyi analiz edip potansiyel sorunlara çok geç olmadan çözüm üretmeleri gerekmektedir. Algoritmik araçların kullanımının beraberinde getirdiği en temel risklerden biri ise ayrımcılıktır. Algoritmalar insanlar tarafından geliştirildiğinden, istemeden dahi olsa halihazırda bulunan önyargıların otomatik karar verme sistemlerine etki etmesi ihtimal dahilindedir². Dolayısıyla, algoritmaların kullanımı nedeniyle ayrımcılık içeren sonuçların doğması endişesine cevap verilebilmesi için hukuki bir zemin oluşturulması elzemdir. Bu çalışmada iş hukukunda ayrımcılık yasağı çerçevesinde algoritmik ayrımcılık değerlendirilecek olup, işçi haklarının etkin korunması bakımından çeşitli önerilerde bulunulacaktır.

I. Ayrımcılık

A. Genel Olarak Ayrımcılık

Ayrımcılık, bireylerin veya sosyal grupların cinsiyet, yaş, ırk, etnik köken, din, engellilik veya benzeri korunmuş özelliklerine dayalı olarak haklı bir gerekçe olmaksızın farklı muameleye tabi tutulması ve bu muamelenin eşitlik ilkesini ihlal etmesi olarak tanımlanabilir³. Fakat belirtmek gerekir ki iki birey arasında

¹ Dilara Yüzer Eltimur, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapay Zekâ Uygulamaları' (2022) (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559, 561.

² Eltimur (n 1) 569.

³ Wilhelm Heitmeyer ve Salentin Kurt, 'Discrimination'. Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/discrimination-society>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023; Ulaş Karan, *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 33-35; Sandra Fredman, *Discrimination Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2011) 14-18; Kasper Lippert-Rasmussen, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press 2013) 52-58; Mehmet Erdoğan ve Celalettin Vatandaş, 'Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Önyargı ve Ayrımcılık' (2020) 3(1) İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi 474; Ali Rıza Erdem, 'Ayrımcılığın Kavramsal Analizi' (2020) 4(4) Uluslararası İnsan ve Sanat Araştırmaları Dergisi 12, 14; Kenan Çayır, 'Yaşa Dayalı Ayrımcılık/Yaşçılık', *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2018) 21-33.

farklı muamele yapılması, tek başına ayrımcılık anlamına gelmez⁴. Zira bireyler arasındaki farklı muameleler, ahlaken kabul edilebilir nedenler gibi farklı muameleye izin veren gerekçeler bulunduğunda kabul edilebilir olabilir⁵. Çoğunlukla ayrımcılık, kişilere veya sosyal gruplara bir şekilde zarar vermekte veya dezavantajlar getirmektedir⁶. Irkçılık, cinsiyetçilik, İslamofobi, antisemitizm, homofobi, transfobi, sınıf ayrımı, görünüşçülük (fiziksel görünüme dayalı ayrımcılık) ve ableizm (engellilik temelli ayrımcılık) gibi birçok terim, ayrımcılık biçimlerini tasnif etmek için ortaya çıkmıştır. Ayrımcılık kavramı hukuk alanında ise hukuka aykırı olarak aleyhe sonuç doğuran ve haklı bir temele dayandırılmayan ayırım gözetme olarak tanımlanmaktadır⁷. Hukuk alanında ayrımcılık tanımının daha dar olmasının sebebi etnik kökene veya cinsiyete dayalı bazı ayrımcılık faaliyetlerinin soykırım veya insan ticareti gibi tanımlamalarla kavramsallaştırılmış olmasıdır⁸. Genel anlamda ayrımcılık kavramından bahsederken, haksız bir ayırım yapılarak, bir kişinin veya sosyal grubun farklı muamele görmesi suretiyle hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinden söz edilmektedir.

1. Doğrudan ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, bir kişinin meşru olmayan gerekçelerle farklı muameleyle maruz kalması ve benzer bir durumda bulunan başka bir kişiye göre daha olumsuz bir şekilde muamele görmesi durumunda ortaya çıkar⁹. Eşit muamele ilkesine aykırı durumlar, doğrudan ayrımcılık kapsamına girmektedir¹⁰. Doğrudan ayrımcılık, karşılaştırılabilir bir kişiyi gerektirdiğinden, benzer durumlarda bulunan benzer kişilere atıfta bulunan biçimsel eşitlik yaklaşımından kaynaklanır¹¹.

Bu tür ayrımcılık, özellikle cinsiyet, ırk, din, yaş veya engellilik gibi korunmuş özellikler temelinde gerçekleşir ve açık bir şekilde bireyin haklarının ihlal edilmesine yol açar. Örneğin, bir işverenin, yalnızca hamile olduğu için bir işçiye terfi vermemesi, doğrudan ayrımcılığa örnek teşkil eder. Türk hukukunda doğ-

⁴ Daniel Moeckli, 'Equality and Non-Discrimination' in Daniel Moeckli ve diğerleri (eds), *International Human Rights Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2014) 159.

⁵ ibid

⁶ Heitmeyer/Kurt (n 3).

⁷ Karan (n 3) 66.

⁸ ibid 66.

⁹ Moeckli (n 4) 164; Fredman (n 3) 166; Lippert-Rasmussen (n 3) 54-78.

¹⁰ Fredman (n 3)

¹¹ Moeckli (n 4) 160

rudan ayrımcılık yasağı, Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Ancak doğrudan ayrımcılığın ispatı, genellikle karşılaştırılabilir bir durumdaki başka bir kişinin bulunmasına bağlı olduğundan, kanıt yükü açısından zorluklar içerebilir¹².

2. Dolaylı ayrımcılık

Günümüzde ayrımcılık kavramından bahsederken yukarıda açıklandığı gibi doğrudan ayrımcılık olarak nitelendirilebileceğimiz salt bir ayrımcılık tanımı üzerinden hukuki problemlerin açıklığı kavuşturulmasının isabetli olmayacağını söylemek mümkündür. Zira, ayrımcı sonuçlar sadece farklı muamelelerden doğmamaktadır. Kimi zaman kişi veya grupların herhangi bir fark gözetmeksizin aynı kurala tabi olmaları da ayrımcı sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir¹³. Örneğin; özel bir güvenlik firması işe alımlarda 175 cm ve üzerinde boy uzunluğu bulunan adayların başvurularını değerlendireceğini ileri sürerse, bu sınırlama kadınlar veya bazı etnik gruplar için ayrımcı sonuçlar doğuracağı aşikardır¹⁴.

Avrupa Birliği hukukunda dolaylı ayrımcılığın mevzuatta tanımlanması ilk olarak Cinsiyete dayalı ayrımcılık durumlarında ispat yükümlülüğüne ilişkin 15 Aralık 1997 tarihli 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi'nde¹⁵ karşımıza çıkmaktadır. Avrupa müktesebatıyla uyum adına 4857 sayılı İş Kanunumuza¹⁶ da yansıyan, cinsiyet ve ispat yükü konulu bu Direktifin ardından, 2000 yılında kabul edilen iki başka Direktif ise dolaylı ayrımcılığın tanımını güçlendirmiştir: istihdam ve meslekte eşit muamele için genel bir çerçeve belirleyen 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı Konsey Direktifi ve cinsiyet, ırk veya etnik köken, yaş, engellilik durumu, cinsel yönelim, din veya inanç temelinde ayrımcılığı yasaklayan 29 Haziran 2000 tarihli 2000/43/EC sayılı, ırk veya etnik kökenine bakılmaksızın kişiler arasında eşit muamele ilkesini ortaya koyan Direktif. Akabinde, İstihdam

¹² ibid; Fredman (n 9); Mark W. Janis, Richard S. Kay ve Anthony W. Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3. Baskı, Oxford University Press 2008) 485.

¹³ Ulaş Karan, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği' (2007) (73) TBB Dergisi 146, 154.

¹⁴ Karan (n 13) 155.

¹⁵ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Temel Haklar Şartı ve Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri (2019) 33 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.

¹⁶ 4857 sayılı İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/25134.

ve Meslek Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin 2006/54/EC direktif gibi ayrımcılığa ilişkin Direktiflerin de aynı tanımları içerdiğini söylemek mümkündür. İç hukukumuzda ise 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu¹⁷ (TİHEKK) ve 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da dolaylı ayrımcılık kavramı açıkça yer almaktadır.

Dolaylı ayrımcılıktan bahsederken, doğrudan ayrımcılıkta olduğu gibi ayrımcılığın *ex-ante* olarak saptanmasının ve ispat edilmesinin daha zor olacağını belirtmek gerekir. Bu kapsamda, dolaylı ayrımcılığın tanımlanması ve ispat yüküne ilişkin tedbirler alınması işçi haklarının etkin korunması bakımından zaruridir. Dolayısıyla, iç hukuk düzenlemelerinde de bu mevzuva önem verilmesi, teknolojinin gelişmesiyle birlikte karşımıza çıkacak olan ayrımcılık sorunlarının önlenmesi ve AB müktesebatına uyum adına isabetli olacaktır.

II. Genel Olarak Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi

“Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir¹⁸.” Dolayısıyla eşitlik ilkesinden bahsederken ayrımcılık yasağından söz etmemenin mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir¹⁹.

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Sözleşmeler

Hukukumuzda eşitlik ilkesinin yerini belirlerken ilk olarak, Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli milletlerarası sözleşmelerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile

¹⁷ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016, RG 20.04.2016/29690.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2014/256, 25.6.2014. <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2024.

¹⁹ Janet E. Lord, Katherine N. Guernsey, Joelle M. Balfe ve Valerie L. Karr, *Human Rights. Yes!: Understanding the Human Rights of Persons with Disabilities* (2. Baskı, University of Minnesota Human Rights Resource Center, 2012) 27; Mesut Gülmez, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2 (25) Çalışma ve Toplum 217, 217.

alakalı hükümlerinden bahsetmek isabetli olacaktır. Zira, 1982 Anayasası²⁰ m. 90/5 hükmünce, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*”. Aşağıda, Türkiye’nin taraf olduğu, Avrupa Konseyi ve ILO tarafından kabul edilen sözleşmelerin ilgili hükümlerinden bahsedilecektir.

Öncelikli olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 14. maddesinden bahsetmek gerekir. İlgili madde “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*” hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, Mezkûr maddenin ayrımcılık yasağı bakımından temel bir dayanak olarak karşımıza çıktığını söylemek gerekir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, ayrımcılığı yasaklamanın yanı sıra, taraf Devletlerin ayrımcılığa karşı koruma sağlanmasına yönelik önlemler almasını da gerektirmektedir. Bu önlemler, sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere; etkili hukuki yola başvuru imkânı sağlamak, yargısal hukuki yollara başvurma olanağı geliştirmek ve bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak şekline karşımıza çıkmaktadır.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmıştır. Sözleşme, kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit bir şekilde yararlanmalarını sağlamak için gerekli önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Bu önlemler, kadınların eğitim, sağlık, istihdam, siyasal katılım, din ve kültür gibi tüm alanlarda erkeklerle eşit haklara sahip olmalarını amaçlamaktadır.

2. Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (ILO) ortaya koyduğu on temel sözleşmenin tamamını onaylamıştır. Bunlardan eşitlik ilkesini yakından ilgilendirenler aşağıda kısaca ifade edilecektir.

ILO’nun 100 No.lu Eşit Ücret Sözleşmesi, kadın ve erkeklere eşit işe eşit ücret ödenmesini zorunlu kılmaktadır. Cinsiyet bakımından ücret konusunda ayrımcılık yapılmaması adına önemli bir sözleşme olduğunu belirtmek gerekir.

²⁰ Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982, RG 09.11.1982/17863.

ILO'nun 111 No.lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin 2. maddesi “*Bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu üye memleketler, ulusal şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tesbit ve takip etmeyi taahhüt eder*” hükmünü içermektedir. Bu bağlamda, taraf devletlere ayrımcılığı ortadan kaldırmak adına bir milli politika geliştirme yükümlülüğü getirildiğini ve ayrımcılıkla ilgili iç hukuk reformları yapılırken ilgili maddenin gözetilmesinin elzem olduğunu belirtmek gerekir.

ILO'nun 122 No.lu İstihdam Politikası Sözleşmesi ile işçilerin farklı muamele görmeden iş başvurularında sadece niteliklerine göre bir değerlendirme ile seçilmesi sağlanmaktadır.

Son olarak, ILO'nun 159 No.lu Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam Sözleşmesi, taraf ülkelerin uyması adına mesleki rehabilitasyon ve istihdam politikası prensiplerini ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, işyerinde engelli işçilere ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

ILO'nun Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin iç hukukumuzda kanun hükmünde olduğunu ve dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili hukuki düzenlemelerimizin oluşturulmasında, uygulanmasında ve güncellenmesinde gözetilmesi gereken önemli bir dayanak teşkil ettiklerini vurgulamak isabetli olacaktır. Bu bağlamda ILO sözleşmelerinde iş ilişkisinde dolaylı ayrımcılık yasağının öngörülmüş olması, Türk iş hukuku mevzuatında ayrımcılık bakımından güncellemelere ihtiyaç olduğunu gözler önüne sermektedir. Dolayısıyla denilebilir ki, Türkiye, yukarıda açıklanan uluslararası sözleşmelerde tanımlanan ayrımcılığın kapsamını gözeterek şekilde iç hukukunu mezkûr sözleşmelere uyumlu hale getirmekle yükümlüdür²¹.

B. Ulusal Düzenlemeler

1. Anayasal Normlar

Eşitlik ilkesi en temel anlamda dayanağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenen m. 10 hükümünden almaktadır. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa m. 10, yukarıda ifade edilen ve Türkiye'nin de taraf devlet olduğu antlaşmalarda yer alan eşitlik

²¹ Mürvet Ece Büyükçalık, *Dolaylı Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 300.

ilkesiyle paralel bir yapıda oluşturulmuştur. Maddenin birinci fıkrasında “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek, eşitlik kavramının bir hak olarak değerlendirilmesine olanak tanıyan bir açıklamaya yer verilmiştir²². Kanun koyucu, sistematik sınıflandırma olarak ilgili maddeyi, “Kanun önünde eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenmekle birlikte eşitlik kavramının ilkesel boyutunu ortaya çıkarmaktadır²³. Anayasa m. 10 açık bir şekilde dolaylı ayrımcılık kavramına atıf yapmamış olsa dahi, 10. maddede düzenlenmiş olan eşitlik anlayışının dolaylı ayrımcılığı da kapsayacak şekilde genel bir anayasal kural mahiyetinde olduğunu belirtmek gerekir²⁴.

2. Yasal Normlar

a. Ceza Hukuku Düzenlemeleri

Ceza hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin dayandığı norm 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun²⁵ (TCK) 122. maddesidir. İlgili madde “Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmünü içermektedir. Belirtmek gerekir ki ceza hukuku bakımından ayrımcılığın, kanunda sınırlı sayıda sayılan nedenler vasıtasıyla kapsamı daraltılmıştır. İş ilişkileri bakımından ise TCK m. 122’de, yalnızca bir kişinin işe alınmasının anılan sebeplerden kaynaklanan nefret nedeniyle engellenmesi durumunun suç teşkil edeceği düzenlenmiştir. TCK’da, İş Kanunundaki ve Anayasa’daki ayrımcılık düzenlemesinden farklı olarak “ve benzeri sebepler” ifadesine yer verilmemesi dolayısıyla, TCK hükümlerince yaş ayrımcılığı (ageizm) kaynaklı nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasının engellenmesi durumunun bir suçun konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Ayrıca işçi işveren ilişkisinin başladığı takdirde TCK m.

²² Hakan Kolçak, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz’ (2023) (1) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 80, 85.

²³ ibid 85

²⁴ Büyükçalık (n 21) 288.

²⁵ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611.

122 hükmünün uygulanamayacağını, mezkûr maddenin yalnızca işe alımlarla ilgili bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir. Ayrımcılık suçunun ispatının zor olmasından dolayı, ispat yükü bakımından bazı endişelere değinilecek olursa, doktrinde, ceza hukukunda ispat yükünün ayrımcılığı düzenleyen diğer hukuk düzenlemeleri gibi bir yer değiştirmeye tabi olamayacağı ve özel kast varlığının aranmasının mezkur suçun ispatlanmasını imkansızlaştırdığı ileri sürülmekle birlikte, ayrımcılıkla ilgili düzenlemelerin ceza hukuku dışında bırakılması gerektiği görüşü vardır²⁶. Zira ispatlanması imkânsız olduğu sürece ayrımcılık bakımından bir korumanın olması, ispat yükünün yer değiştirmesine imkan tanıyan diğer kanun düzenlemelerinin uygulanmasının önünü kapatmaktadır.

b. İş Hukuku Düzenlemeleri

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin ayırım yapma yasağına uymakla birlikte benzer durumdaki işçilere keyfi nedenlerle farklı muamele yapmama ve eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder²⁷. İş Kanunu'nun "Eşit davranma ilkesi" başlığı altında yer verilen m. 5 hükmünce iş ilişkisinde ayrımcılığın kapsamı ve sınırları ortaya konulmaktadır. Eşit davranma ilkesi, temelde Anayasa m. 10'da yer alan eşitlik ilkesinin iş hukukundaki yansımasıdır²⁸. İş hukukundaki eşit davranma yükümlülüğü, işverene eşit durumdaki işçilere adil bir şekilde davranma sorumluluğunu yükler.

İş Kanunu m. 5 birinci fıkrası uyarınca "*İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz*" hükmünde "*ve benzeri sebepler*" ibaresinin bulunması dolayısıyla, ayrımcılığın kapsamının genişletildiği ve ayrımcılığa karşı korunmak

²⁶ Karan (n 13) 160.

²⁷ Sarper Süzek, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu' (2008) 3(12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24, 26.; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu (Yetkin Yayınları 2008) 22-27; Şükran Ertürk ve İlke Gürsel, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' in Süleyman Başterzi (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I (Beta 2011) 430; Kübra Doğan Yenisey, 'Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi' (2005) 2(7) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 974, 978; Ali Nazım Sözer, 'AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler' (2006) 1(2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184, 189.; Hakan Keser, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar' (2004) 7(3) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37, 59; Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002) 100.

²⁸ Yasin Ulusoy ve Senar Çağırğan Tuncer, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' (2020) 7 (2) Pamukkale Avrasya Sosyoekonomik Çalışmalar Dergisi 86, 95.

istenen kişi veya gruplar için “açık uçlu” bir ayrımcılık hükmü oluşturulduğunu söylemek mümkündür²⁹.

İş Kanunu’nun m. 5’in üçüncü fıkrasında yer verilen “(...) cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz” ibaresinin ışığında, İş Kanunu’nda dolaylı ayrımcılığa da değinildiğini belirtmek uygun olacaktır³⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki “cinsiyet veya gebelik” temelli ayrımcılığa ilişkin düzenleme, İş Kanunu hükümlerince sadece işçi bakımından değil, “iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde” ibaresine yer verilerek iş ilişkisi kurulmadan önce de kişi ve grupların hakları bakımından bir koruma da sağlamaktadır.

Cinsiyet veya gebelik temelli ayrımcılığa ilişkin düzenleme Avrupa Konseyi’nin 97/80/EC sayılı Yönergesi ışığında yapılmıştır³¹. İş Kanunu m. 5 gerekçesi: “Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanunu’na alınması gerekli olmuştur (...) Avrupa Birliği’nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir” şeklinde açıklanmıştır. Fakat belirtmek gerekir ki Avrupa müktesebatına uyulması ve ayrımcılık bakımından kişi ve gruplara etkili koruma sağlanması adına, Avrupa Konseyinin 2000/78/EC sayılı Direktifi’ne paralel şekilde İş Kanunu güncellenmelidir. Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde tartışılacak olan algoritmik ayrımcılık gibi teknolojik gelişmelerin yol açtığı yeni ayrımcılık problemleri genellikle dolaylı ayrımcılık kavramı ile ilişkilendirildiğinden, 2000/78/EC sayılı Direktifin dolaylı ayrımcılığı açıkladığı m. 2 ve ispat yüküne ilişkin m. 10’a uyumlu bir İş Kanunu tesis edilmediği sürece ayrımcılık bakımından işçi ve insan hakları endişelerine cevap verilmesi güçleşecektir. Zira gelişen teknolojiler birçok alanda dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verme potansiyeline sahiptir ve bu bağlamda eşitlik ilkesinin tesisi adına İş Kanunu ihtiyaçlara karşılık verebilecek şekilde güncellenmelidir. Yargıtay bir kararında³² “Ölçüt olarak alınacak Avrupa Birliği’nin 2000/48/AB, 2000/73/AB, 2000/78/AB, 2006/54 sayılı yönergelerindeki tanımlara göre “bir işçi yasaklanan ayrımcılık nedenlerinden dolayı, örneğin

²⁹ Büyükçalık (n 21) 294.

³⁰ Büyükçalık (n 21) 296.

³¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003 RG 10.06.2003/ 25134

³² Yargıtay 9 HD, 34591/18303, 14.12.2020 <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim Tarihi 8 Aralık 2024.

cinsiyeti, gebeliği veya ırkı, dili nedeniyle, bir başka işçinin muhatap olduğu veya olacağı davranışa göre daha olumsuz, daha az lehe, bir davranışa muhatap kalıyorsa doğrudan ayrımcılık, buna karşın görünüşte yasaklanan ayrımcılık nedenleri ile bir ilgisi bulunmayan işveren kararı, davranışı veya işlemi, örneğin bir sendikaya mensup kişileri diğer sendikaya mensup kişilere göre özel olumsuz bir duruma sokmakta, olumsuz biçimde etkilemekte ise dolaylı ayrımcılık söz konusudur” şeklinde İş Kanunu m. 5’i uluslararası kaynaklara göre geniş yorumlayarak dolaylı ayrımcılığı da kapsadığını ileri sürmüştür. Doktrinde de ilgili fıkra düzenlemesinde iş ilişkisinde yasaklanan ayrımcılığın biçimine dair bir ifadenin bulunmaması dolayısı ile dolaylı ayrımcılık yasağının ilgili yasağa dahil edilebilmesi önünde bir engel olmadığı ileri sürülmektedir³³. Fakat belirtmek gerekir ki *“cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamaz”* ibaresinin yargı içtihatlarında bir vurgudan ziyade istisna olarak yorumlanması tehlikesi mevcuttur. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle değil diğer nedenlerden kaynaklanan ayrımcılığın da ele alındığı şekilde İş Kanunu güncellenirse, ancak bu şekilde AB müktesebatıyla uyum ve işçi ve insan haklarının etkin korunması mümkün olabilir.

c. İş Hukukunda Ayrımcılığa İlişkin Diğer Kanuni Düzenlemeler

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un iş hukukunu yakından ilgilendiren “İstihdam” başlığı altında düzenlenen m. 14, engellilerin haklarının korunmasına ilişkin çeşitli hükümler sıralamaktadır. Bu bağlamda, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebilecek hükümler aşağıdaki gibidir:

“(…) işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, engelinden dolayı diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşılabileceği engel ve güçlükleri ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve engellilerin çalıştığı iş yerlerinde makul düzenlemelerin, bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu bulunan kurum ve kuruluşlar ile işverenler tarafından yapılması zorunludur (...).”

³³ Büyükçalık (n 21) 295.

Engelliler Hakkında Kanun, İş Kanunu m. 5 hükmünden farklı olarak, sadece engelli işçileri değil iş başvurusunda bulunan engellileri de koruma kapsamına almaktadır.

TİHEKK m. 6/1 *“İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz”* hükmüne havi olmakla birlikte, ilgili hüküm aracılığıyla çalışma hayatında ayrımcılık yasağı kapsamında İş Kanunu m. 5’te öngörülen ayrımcılığın kapsamı genişletilmiştir. Dolayısıyla çalışma hayatı kapsamında ayrımcılık bakımından işçileri koruyan İş Kanunu hükümlerinin yanı sıra, hukukumuzda, işe başvuranları da koruyan özel kanun hükümlerinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

Engelliler Hakkında Kanunda ayrımcılığa ilişkin düzenlemelerin, İş Kanunu’na nazaran başka bir farklılığı ise dolaylı ayrımcılık kavramını açıkça tanımlamış olmasıdır. Bu bağlamda, Engelliler Hakkında Kanunun ‘Tanımlar’ başlıklı m. 3/b *“Dolaylı ayrımcılık: Görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda engelliliğe dayalı ayrımcılık temeliyle bağlantılı olarak, engellinin hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından nesnel olarak haklaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulmasını, (...) ifade eder”* düzenlemesini içermektedir. Keza, “Ayrımcılık” kenar başlıklı m. 4/A’da ise *“Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık dâhil olmak üzere engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır”* hükmüne yer verilmiştir. Paralel olarak TİHEKK sırasıyla m. 2/-/e ve m. 4/1-d uyarınca dolaylı ayrımcılık tanımlanmış ve bir ayrımcılık çeşidi olarak kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda işçileri ve aday işçileri, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık karşısında koruyan özel kanun düzenlemelerin bulunduğunu söylemek gerekmektedir. Fakat dolaylı ayrımcılığa uğrayanların ve işe başvuranların yalnızca engellilik çerçevesinde veya kurum seviyesinde korunmasının insan hakları bakımından ideal olmadığını belirtmek gerekmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği müktesebatıyla uyum sağlanması ve işe başvuranların, işçilerin ve işten ayrılanların, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık bakımından koruma altına alınması ve mağdurlara yargısal koruma sağlanması adına İş Kanunu hükümlerinin güncellenmesi kanaatimizce elzemdir.

d. İş Hukukunda Ayrımcılık Bakımından İspat Yükü

İş Kanunu m. 5'in son fıkrasında işverenin eşit davranma ilkesine aykırı davrandığını iddia eden işçinin, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu; ancak işçi, bir ihlalin varlığına dair güçlü bir olasılık gösterdiğinde, işverenin böyle bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlama sorumluluğunun doğduğunu düzenlemektedir. Buna göre: "20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur" Bu bağlamda, işçi 'bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda' ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olacaktır. Bu durum, yukarıda da belirtildiği üzere ispatı doğrudan ayrımcılığa nazaran daha güç olan dolaylı ayrımcılık bakımından³⁴ ve aşağıda detaylı olarak belirtileceği üzere, ispatı 'kapalı kutu' niteliğinde olması sebebiyle imkânsız bir boyuta ulaşan algoritmik ayrımcılık bakımından oldukça önemlidir. Ancak burada karşımıza çıkan önemli bir problem ise ispat yükünün yer değiştirmesinin kanunun lafzından hareketle sadece işçiler bakımından söz konusu olması riskidir. Bu bağlamda, işe alım süreçlerinde ayrımcılık söz konusu olduğu zaman İş Kanunu nezdinde ispat yükünün yer değiştirmesi açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde İş Kanunu m. 5'in son fıkrasından *culpa in contrahendo* sorumluluğu kapsamında işe başvuran adayların da faydalanabileceği fikri hâkim olsa da³⁵, *culpa in contrahendo* sorumluluğundan bahsedebilmek için işe alım sürecinde işverenin davranışlarının kusurlu olması şartı aranmaktadır³⁶. Bunun yanında, örneğin İş Kanunu'nda düzenlenen ayrımcılık tazminatı müessesesinde, ilaveten zararın doğmuş bulunması veya işverenin kusuru aranmaktadır³⁷. Bu bağlamda İş Kanunu hükümlerinin ispat yükünün yer değiştirmesi bakımından işe alımlardaki ayrımcılığı da kapsayacak şekilde güncellenmesi, insan haklarının etkin korunması bakımından isabetli olacaktır. Zira gelişen teknolojilerin ortaya çıkardığı ayrımcılık sorunu kendini en çok iş ilişkisinin kurulması sürecinde belli etmektedir. Belirtmek gerekir ki, işe alımlarda yaşa-

³⁴ Büyükçalık (n 21) 302.

³⁵ Seray Poyraz 'İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağı' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, 2022) 292; Kübra Demir, 'İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1075, 1080.

³⁶ Demir (n 35) 1079.

³⁷ Selçuk Zengin, 'Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018) 51.

nan eşitlik ilkesine aykırılıkların ayrımcılık tazminatı kapsamına alınmasında yarar vardır³⁸.

TİHEKK'te³⁹ İş Kanunu'na göre daha isabetli düzenlemelerin var olduğunu söylemek gerekecektir. TİHEKK m. 21 hükmünce: *"Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir"*. Mezkûr Kanunun m. 6 hükmünce ayrımcılık bakımından Kuruma yapılacak başvurularda m. 21'de öngörülen ispat yükünün paylaşılması ilkesi yalnızca işverenin işçileri bakımından değil aynı zamanda bu amaçla başvuranlar bakımından da geçerli olacaktır. Yine de belirtmek gerekir ki TİHEKK'in uygulama alanı Kurum tarafından yapılacak incelemeler açısından geçerlilik kazandığından⁴⁰, ispat yükünün paylaşılması durumu yargısal koruma bakımından ancak İş Kanunu'nun güncellenmesi suretiyle insan hakları endişelerine cevap verilebilecektir.

III. Algoritmik Yönetim ve Algoritmik Ayrımcılık

Önceki bölümlerde, ayrımcılık kavramı ile iş hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi kapsamlı bir şekilde ele alınmış, ayrıca İş Kanunu'nun bu bağlamdaki eksiklikleri tartışılmıştır. Bu noktadan hareketle, bu bölümde güncel teknolojik gelişmelerin iş yaşamında ortaya çıkardığı ayrımcılık kaygıları derinlemesine incelenecek ve söz konusu kaygılara karşı geliştirilebilecek önleyici yaklaşımlar değerlendirilecektir.

A. Algoritmik Yönetim

Makine öğrenimi algoritmaları, gündelik insan deneyimlerinin birçok yönünü artan bir şekilde şekillendirmektedir. Algoritmalar aynı zamanda işyerini de etkileyerek işgücünün yönetimi, koordinasyonu ve idaresini kısmen veya tamamen otomatikleştirmek suretiyle işletmenin konusunu oluşturan faaliyet-

³⁸ Veli Karagöz, 'İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı' (2014) 5 (1) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 57, 73.

³⁹ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 06.04.2016 RG 20.04.2016/ 29690

⁴⁰ Zeynep Sümeyra Deveci, 'İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi' (2020) (2) İzmir Barosu Dergisi 15, 25; Poyraz (n 35) 264.

leri biçimlendirmektedir⁴¹. 'Algoritmik yönetim' veya 'algoritma ile yönetim' olarak adlandırılan bu eğilim, işletmesel kararların algoritmalara devredilmesi olarak ifade edilebilir⁴². Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, geleneksel ve geleneksel olmayan işyerleri, artan bir şekilde 'insan ve makine yönetim rejimlerinin etkileşimi' neticesinde şekillenecektir⁴³. Algoritmik yönetim araçları halihazırda birçok sektörde yaygın olarak kullanılmaktadır. İlk olarak dijital iş platformlarında kendisini gösteren algoritmik yönetim sistemleri, şu anda geleneksel işyerlerinde ve küçük, orta ve büyük şirketlerde giderek daha fazla kullanılmaktadır⁴⁴. *Sydney Myers*'ın raporuna göre 2023 yılı itibarıyla, 'Fortune 500' listesindeki şirketlerin %97.4'ü işe alım süreçlerinde algoritmik karar alma araçlarına başvurmaktadır⁴⁵. Dolayısıyla, yakın gelecekte algoritmik yönetimin birçok işyerinde işçiler üzerinde etki doğuran önemli bir faktör haline geleceğini söylemek mümkündür. Algoritmik yönetim sistemleri; işe alım aşamasında, iş ilanlarına yönelik hedefleme yapmak, başvuruları taramak ve sıralamak, hangi başvuru sahiplerini mülakatlara davet edeceğine karar vermek ve iş görüşmelerinde başvuranların yüz ifadesi, vücut dili, kelime seçimi ve ses tonu gibi farklı iletişim özelliklerini analiz ederek değerlendirmek için kullanılabilir⁴⁶. Bunlara ek olarak, işçilere talimat vermek, işçilerin performansını denetlemek, işçilerin gelecekteki davranışlarını tahmin etmek ve işçilerin sözleşmelerine son vermek gibi önemli kararların alınmasında algoritmik yönetim araçlarının kullanılması mümkündür⁴⁷.

Algoritmik yönetim araçları, işverenin işletmesine ilişkin faaliyetlerini yürütmesinde kolaylık sağlaması amacıyla kullanılmaktadır. Algoritmik yönetim araçlarının, insanlar tarafından yazılan kodlar ve makine öğrenimi süreçleri aracılığıyla belirli eğilimler çerçevesinde analiz yapıp sonuçlara ulaştığı belirtil-

⁴¹ Mohammad Hossein Jarrahi, Gemma Newlands, Min Kyung Lee, Christine T. Wolf, Eliscia Kinder ve Will Sutherland, 'Algorithmic Management in a Work Context' (2021) 8 (2) *Big Data & Society* 1, 1.

⁴² ibid

⁴³ ibid 2.

⁴⁴ Halefom Abraha, 'Regulating Algorithmic Employment Decisions Through Data Protection Law' (2023) 14 (2) *European Labour Law Journal* 172, 1.

⁴⁵ Jobscan. 2023 Applicant Tracking System (ATS) usage report: Key shifts and strategies for job seekers. <<https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023.

⁴⁶ Abraha (n 44) 2.

⁴⁷ ibid 2.

melidir. Ancak bu araçlar, bazı durumlarda kasıtlı olarak kodlara ayrımcılığa neden olacak filtreleme yöntemlerinin entegre edilmesi, bazı durumlarda ise işletmenin geçmiş faaliyetlerindeki ayrımcı eğilimlerin yansıması nedeniyle işyerinde eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu bağlamda, algoritmik ayrımcılık üzerine yapılan araştırmalarda, dijital platform çalışanlarının sıklıkla ayrımcılığa uğradığı öne sürülmüştür⁴⁸. Ancak, algoritmik yönetimin, dijital platformlar aracılığıyla gerçekleşen işlerle sınırlı olmadığını söylemek gerekir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere, son yıllarda, algoritmik yönetimin konvansiyonel işyerlerinde de kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bu bakımdan, geleneksel işyerlerinde de algoritmik yönetim sistemleri dolayısıyla, işverenin çıkarları ve işçilerin hak ve yükümlülükleri arasında kurulması gereken hassas dengenin sarsılacağını, işveren ve işçinin arasındaki güç eşitsizliğinin işveren lehine bozulacağını ve iş hukuku bakımından birçok sorunun ortaya çıkacağını öngörmek mümkündür. Geleneksel anlamda kişiler tarafından verilen önemli kararlar kompleks algoritmik yönetim araçları vasıtasıyla algoritmalara bırakılmaktadır⁴⁹. Bu bağlamda, işçiler bakımından koşulların önemli ölçüde değişeceğini, ayrımcılık doğurabilecek durumların ortaya çıkabileceğini ve işçilerin kişisel verilerinin korunması gibi birçok hassas alanda haklarının ihlal edilebileceğini belirtmek gerekir.

B. Algoritmik Ayrımcılık

1. Genel Olarak

Algoritmik yönetimin beraberinde getirdiği en temel sorun ayrımcılığa uğrama riskidir⁵⁰. Bu çerçevede algoritmik yönetim araçlarına getirilen eleştiriler, özetle algoritmik sistemlerin ancak onları eğitenler kadar önyargısız olabileceğini belirtmektedir⁵¹. Öyle ki bir algoritma ancak onu tasarlayanların, geliştirenlerin, geri dönüt veren kullanıcıların önyargısız olduğu kadar önyargısız olabilir. Makine öğrenimi, algoritmik sistemlere özel olarak programlanmadan otoma-

⁴⁸ Anikó Hannák, Claudia Wagner, David Garcia, Alan Mislove, Markus Strohmaier ve Christo Wilson, 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from TaskRabbit and Fiverr' (2017) CSCW '17: Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing 1914, 1927.

⁴⁹ Abaha (n 44) 2.

⁵⁰ Keith E. Sonderling, Bradford J. Kelley ve Lance Casimir, 'The Promise and The Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination' (2022) 77 (1) University of Miami Law Review 1, 22.

⁵¹ ibid 22.

tik olarak deneyimden öğrenme ve geliştirme yeteneği kazandırmaktadır. Makine öğrenimi algoritmaları genellikle bireyler, iş süreçleri, işlemler, olaylar ile ilgili desenleri öğrenmek için verileri tüketir ve işler⁵². Bir makine öğrenimi algoritmasının verimliliği ve etkililiği, verilerin doğası ve özelliklerine bağlıdır⁵³. Veri setleri, makine öğreniminin temelini oluşturur. Bir algoritmanın veri toplama işlemi nicelik ve nitelik bakımından eksikse, gerçekliği objektif bir şekilde temsil etme konusunda başarısız olabilir ve bu da algoritmik kararlarda ayrımcılığa yol açabilir. Buna ek olarak, kişisel önyargılar veri setlerinin seçiminde de ortaya çıkabilmektedir. Örneğin; mühendisler, makinenin belirli bir şekilde davranması ve karar vermesi adına belirli özelliklere veya değişkenlere öncelik verebilir⁵⁴. Örnekte bir firmanın işe alımlarda izlediği desen ile beslenen bir algoritma o firmanın geçmişte uyguladığı eşitlik ilkesine aykırı davranışları da öğreneceğinden, gelecekteki işe alımlarda ilgili algoritmanın ayrımcılık yapmaya programlı olması söz konusu olacaktır. Yapılan bir araştırma, Amazon'un işe alımlarda kullandığı algoritmanın erkek adayların lehine sonuç doğurduğunu ve şirketin eski işe alımlarını baz aldığı için önyargılı kararlara sebebiyet verdiğini ortaya koymuştur⁵⁵. Zira Reuters'in raporuna göre 2014 yılında Amazon'un işe alım algoritmasını geliştiren ve ismini vermek istemeyen mühendislerle yapılan görüşmeler ışığında Amazon'un işe alım algoritmasının 2015 yılında kadın adaylara karşı ayrımcılığa sebebiyet verdiği fark edilmiştir. Bu durum algoritmaya yapılan müdahalelerle düzeltilmeye çalışılmış olsa da pek başarılı olunamamış ve nihayet Amazon işe alımlarda algoritmik yönetim araçlarını kullanmayı bırakmak durumunda kalmıştır⁵⁶. Aynı şekilde işçilerin performansını müşteri yorumları vasıtasıyla değerlendiren ve bunlara göre karar alan bir algoritma, en az müşterilerin önyargıları kadar önyargılı olmaya mecburdur. Dolayısıyla, bir

⁵² Iqbal H. Sarker, 'Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions' (2021) (2) SN Computer Science 1, 19

⁵³ Raffaele Pugliese, Stefano Regondi ve Riccardo Marini, 'Machine Learning-Based Approach: Global Trends, Research Directions, and Regulatory Standpoints' (2021) (4) Data Science and Management 19, 20.

⁵⁴ Zhisheng Chen, 'Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices' (2023) 10 (1) Humanities and Social Sciences Communications 1, 5-6.

⁵⁵ Xinyu Chang, 'Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. Advances in Economics' (2023) Management and Political Sciences 134, 139

⁵⁶ Reuters, 'Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women', <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.

algoritmanın tasarımında ve geliştirilmesinde insan faktörünün rolü ve bu süreçte ortaya çıkabilecek önyargılı yaklaşım, algoritmanın işleyişine önyargının entegre edilmesine yol açabilir.

Algoritmaların ayrımcılığa sebebiyet vermesi bakımından bir başka önemli risk ise algoritmaların direkt olarak ayrımcılığa sebebiyet verebilecek verilere ulaşamamasına rağmen başka verileri ayrımcılık nedenleriyle ilişkilendirebilecek potansiyele sahip olmasıdır. Sendika üyeliği, din, cinsiyet, cinsel yönelim veya engellilikle ilgili veri toplamanın yasaklanmış olması durumunda bile, algoritmalar bu bilgileri diğer veriler aracılığıyla türetebilir⁵⁷. Örneğin; algoritmalar kişinin ika-metgâh verilerinden dini inancı veya siyasi görüşü gibi ayrımcılığa mahal verebilecek veriler türeterek ayrımcı sonuçlar doğurabilecek kararlar verebilir.

Algoritmaların ayrımcı sonuçlar doğurması durumunda, yeniden tasarlanarak ayrımcılığa maruz kalan grup lehine sonuçlar üretecek şekilde düzeltilmesi hedeflenebilir. Ancak, bu tür bir düzeltmenin, kaçınılmaz olarak başka bir alt grup için ayrımcı sonuçlara yol açma riskini taşıdığı unutulmamalıdır⁵⁸.

Algoritmik yönetim sistemlerine getirilen başka bir eleştiri ise algoritmaların “kapalı kutu” olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁹. Zira, algoritmalar çoğu zaman bir kapalı kutu niteliğinde olup, aldığı ayrımcı kararlar bakımından geriye dönük bir sebep analizi yapılmasına imkan tanımamaktadır⁶⁰. Bir başka deyişle, algoritmanın aldığı bir kararın arkasındaki nedeni tespit etmek ve dolayısıyla ayrımcılığın kaynağını ortaya çıkarmak, algoritmanın doğası gereği imkânsız bir durumdur. Bu imkânsızlık dolayısıyla algoritmanın kararlarının altında her za-

⁵⁷ Adrián Todolí-Signes, ‘Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection’ (2019) 25 (4) *European Review of Labour and Research* 401, 407.

⁵⁸ Kelly Cahill Timmons, ‘Pre-Employment Personality Tests, Algorithmic Bias, and the Americans With Disabilities Act’ (2021) 125 (2) *Penn State Law Review* 389, 445.

⁵⁹ Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 22.

⁶⁰ Antonio Aloisi ve Elena Gramano, ‘Artificial Intelligence Is Watching You at Work. Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context’ (2019) 41 (1) *Special Issue of Comparative Labor Law & Policy Journal, Automation “Artificial Intelligence and Labour Protection”* 95, 106; Matthew U. Schere, Allan G. King ve Marko N. Mrkonich, ‘Applying Old Rules to New Tools: Employment Discrimination Law in the Age of Algorithms’ (2019) (71) *South Carolina Law Review* 449, 520; Kimberly Houser, ‘Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making’ (2019) (22) *Stanford Technology Law Review* 291, 350; Tolu Yılmaz, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, Platform Çalışanlarının Algoritmik Yönetiminde İtibar Profillerinin Yeri ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 143.

man bir önyargı olabileceği şüphesinin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bazı araştırmacılar eşitliğin sağlanması adına algoritmaların şeffaf olmasının verimlilik sağlamayacağını savunsa da⁶¹ doktrinde şeffaflığın ve denetimin algoritmik yönetimin beraberinde getireceği başlıca tehlikelere karşı kullanılması gereken en önemli araçlardan biri olması gerektiği hakim görüştür⁶². Dolayısıyla eşitlik ilkesinin korunması adına, iş hukuku düzenlemelerinin algoritmik yönetim araçlarının denetimini ve şeffaflığını esas alacak şekilde güncellenmesi kanımızca zaruri hale gelmiştir.

2. İşe Alım Süreçlerinde Algoritmik Ayrımcılık

İşe alım süreçleri teknolojiyle birlikte gelişmektedir, fakat bu gelişim beraberinde çeşitli hukuki problemler de getirmektedir. İşe alım süreçlerinde kullanılan algoritmalar yukarıda açıklandığı üzere ayrımcı sonuçlara yol açabilmektedir. İş Kanunu'nun ayrımcılık bakımından, kişinin işçi sıfatının kazanmasının ardından daha etkili önlemler sunduğunu söylemek isabetli olacaktır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere ayrımcılık tazminatı ve ispat yükünün yer değiştirmesi İş Kanunu hükümlerince işçiler bakımından açıkça düzenlenmiş olsa da aday işçiler bakımından bu korumalardan söz edilip edilemeyeceği doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır⁶³. Doktrinde, *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile bu problem çözüme kavuşturulmak istense de kabul etmek gerekir ki, günümüz gereklilikleri ve insan haklarının etkin korunması bakımından İş Kanunu düzenlemelerinin ayrımcılık tazminatını işe başvuran adayları da kapsayacak şekilde güncellenmesi ve İş Kanunu'na dolaylı ayrımcılık tanımının yerleştirilmesi isabetli olacaktır.

İşe alımlarda algoritmik yönetim araçlarının kullanılmasının doğurduğu birçok potansiyel risk mevcuttur. Bu riskler kimi zaman algoritmik yönetim araçlarının tasarımının işe başvuran adaylar tarafından etkili bir şekilde kullanılmaması nedeniyle dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verilmesi şeklinde, kimi zaman ise algoritmik yönetim araçlarının yaptığı analizlerin ırk ve cinsiyet gibi faktörlerden etkilenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır.

⁶¹ Joshua A. Kroll, Joanna Hue, Solon Barocas, Edward W. Felten, Joel R. Reidenberg, David G. Robinson ve Harlan Yu, 'Accountable Algorithms' (2017) (165) University of Pennsylvania Law Review 633, 658.

⁶² Colin Clemente Jones, 'Systematizing Discrimination: AI Vendors & Title VII Enforcement' (2022) (171) University of Pennsylvania Law Review 235, 247; Pauline T. Kim ve Matthew T. Bodie, 'Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy. ABA' (2021) (35) Journal of Labor and Employment Law 289, 290.

⁶³ Poyraz (n 35) 290; Büyükçalık (n 21) 299.

a. Oyun Tabanlı Algoritmik Sistemler

Algoritmik yönetim araçları, işe alım süreçlerinde kullanılırken kimi zaman oyun tabanlı sistemler olarak karşımıza çıkmaktadır. *AstraZeneca* gibi büyük firmalar işe alım süreçlerinde adayları dikkat, risk yönetimi ve diğer bazı faktörler açısından değerlendirmek adına oyun tabanlı algoritmik yönetim araçlarını sıklıkla kullanmaktadır⁶⁴. İşe alım süreçlerinde oyun tabanlı algoritmaların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan önemli bir risk ise yukarıda bahsedildiği üzere kimi grupların diğer adaylara kıyasla söz konusu algoritmik yönetim sistemlerinin ara yüzüne alışık olmaması veya nöroçeşitli bireylerin (dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu veya disleksi gibi) dezavantajlı olarak değerlendirilmesi dolayısıyla ayrımcılığa uğramasıdır⁶⁵. İşe alım süreçlerinde oyun tabanlı algoritmik sistemlerin kullanılması gençlere nazaran oyunlara yabancı olan yaşça büyük grupların sistematik olarak dışlanmasına sebebiyet verebilir⁶⁶. Bir başka yandan, oyun tabanlı algoritmik yönetim araçlarının engelli ayrımcılığına (ableizm sebebiyet vermesi de potansiyel bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Gelecekteki işçilerin özelliklerini, halihazırda bulunan iyi işçilerin özellikleri ile eşleştirmek üzere bir algoritma oluşturulması ve işe alım süreçlerinin bu algoritma aracılığı ile yürütülmesi, 'halihazırdaki eşitsizliğin çoğaltılması' sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁶⁷. Nöroçeşitli bireyler herhangi bir şirkette yeterince temsil edilmediği durumlarda algoritmik yönetim araçları vasıtasıyla işe alım süreçleri yürütülecek olursa, nöroçeşitli insanlara sistematik bir ayrımcılık yapılması söz konusu olabilecektir. Oyun tabanlı algoritma araçlarının işe alım süreçlerinde kullanıldığı durumlarda dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu veya disleksi gibi durumlardan mustarip olan bireylerin ilgili oyunlarda, nörotipik adaylar karşısında açık bir dezavantaj yaşayacakları aşikardır. Kimileri bu durumun önüne geçilmesi için algoritmik yönetim araçlarının söz konusu ayrımcı sonuçlar dikkate alınarak tekrar programlanabileceğini ve böylece ayrımcı sonuçlardan kaçınılabileceğini savunsa da⁶⁸, nöroçeşitliliğin birçok türü olduğundan ve işverenin işe alımlardan önce adayların nöroçeşitlilikleri

⁶⁴ Disability rights advocates are worried about discrimination in AI hiring tools. MIT Technology Review. <<https://www.technologyreview.com/2021/07/21/1029860/disability-rights-employment-discrimination-ai-hiring/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023.

⁶⁵ Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 29.

⁶⁶ David Savage ve Richard A. Bales, 'Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias' (2017) 32 (2) ABA Journal of Labor & Employment Law 211, 218.

⁶⁷ Timmons (n 58) 443.

⁶⁸ Savage, Bales (n 66) 226.

bakımından herhangi bir bilgi sahibi olamayacağı da dikkate alındığında söz konusu algoritmalara ayrımcı sonuçlar doğurmaması adına gerekli müdahalelerin etkili bir şekilde yapılabileceği fikri gerçeklikten uzak görünmektedir⁶⁹.

Algoritmik ayrımcılığın önüne geçmek adına algoritmalara müdahale edilebileceği ve algoritmaların ayrımcılık karşıtı şekilde programlanabileceği düşüncesi üzerinde durmak gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre ayrımcı algoritmalar, eşitlik ilkesi çerçevesinde kodlanarak etkili bir şekilde yeniden kodlanabilmektedir⁷⁰. Konu il ilgili yürütülen bir projede, bilgisayar bilimcileri, algoritmaların bilinçsiz önyargıları önlemek için bir yöntem oluşturmak amacıyla çalışmalar yürütülmüştür⁷¹. Projenin sonunda, birlikte çalışacak şekilde tasarlanmış iki algoritma modelli bir sistem geliştirilmiştir⁷². İlk algoritma, bir algoritmanın ayrımcı olup olmadığını test etmek için analizlerde bulunurken, algoritmanın ayrımcı olduğunun kanıtlandığı durumlarda, ikinci algoritma veri setini ayrımcılık etkilerini kaldırmak için değiştirmek üzere programlanmıştır⁷³. İlk bakışta akıllıca bir çözüm gibi görünse de pratikte bir algoritmaya yapılan müdahaleler sonucunda algoritmanın kimi gruplara yönelik ayrımcı sonuçlar doğurmasının engellenmesi, başka bir gruba ayrımcılık yapılması sonucunu doğurmaktadır⁷⁴. Varsayalım ki kadınlara yönelik ayrımcı sonuçlar doğuran bir algoritma yeniden tasarlansın ve tasarlanan bu yeni algoritma Afro-Amerikalılar aleyhine ayrımcı sonuçlar doğursun⁷⁵. Algoritmanın yeniden tasarlanması durumunda istenmeden başka bir azınlık grubu aleyhine ayrımcı sonuçlar doğuran bir algoritma ortaya çıkarsa bu sefer çözüm ne olacaktır? Öyle ki işveren algoritmaya ayrımcı sonuçların engellenmesi adına her müdahalede bulunduğu, herhangi başka bir grubun veya kişinin aleyhine sonuç doğmadığı bir duruma erişene kadar kendini bir müdahale çıkmazı içerisinde bulacaktır⁷⁶. Bu durum gerçekleştiğinde ise algoritmanın verimliliği veya seçiciliğinin nasıl etkileneceği ise bu öneriye karşı getirebilecek başka bir eleştiridir.

⁶⁹ Timmons (n 58) 444.

⁷⁰ Savage, Bales (n 66) 223.

⁷¹ ibid 227.

⁷² ibid

⁷³ ibid

⁷⁴ Timmons (n 58) 445.

⁷⁵ Allan G. King ve Marko Mrkonich, 'Big Data and the Risk of Employment Discrimination' (2016) (68) Oklahoma Law Review 555, 549.

⁷⁶ ibid 580.

b. Algoritma Destekli Video Mülakatlar

İşverenlerin adayları değerlendirmek için yüz ve ses tanıma ile analiz yapmak üzere algoritmik yönetim araçlarına başvurdukları durumlarda, eşitlik ilkesi bakımından belli bazı başka endişeler ortaya çıkabilir. Kimi algoritmalar işverenlere, başvuranların video mülakatlarını, yüksek performans gösteren işçilerin verdiği cevaplarla karşılaştırarak değerlendirme imkânı tanımaktadır. *Washington Post*'un bir haberine göre⁷⁷ *HireVue* isimli bir yapay zekâ firması, adayların yüz hareketlerini, kelime seçimlerini ve seslerini analiz ederek, işe başvuran adaylara otomatik olarak 'işe alınabilirlik' puanı atfeden bir algoritmik sistem geliştirmiştir. Bu sistem, bazı büyük şirketler tarafından halihazırda kullanılmakta olup, algoritmanın işe alım sürecini hızlandırdığı ve objektif olduğu iddia edilmektedir. Kimi araştırmacılar ise bu sistemin bilimsel bir temele dayanmadığını ve adayları yüzeysel ve keyfi ölçütlere göre değerlendirdiğini savunmaktadır. Bu algoritmalar, yüz ifadesi, göz teması, entonasyon ve kelime seçimi gibi faktörleri analiz etmek için makine öğrenimi gibi yöntemlerle geliştirilmektedir. Ancak bazı yüz tanıma algoritmalarının, ırka dayalı olarak farklı şekillerde analiz etme eğiliminde olduğu karşımıza çıkan bir gerçektir⁷⁸. Bu bağlamda, sivil hak savunucuları bu sistemlerin, adaylara, ırk veya cinsiyetle ilişkilendirilen farklılıklara dayanarak, adil olmayan puanlar verebileceğini savunmuştur⁷⁹. İnsanların konuşma tarzları ve kelime seçimleri etnik kimlikleri ile ilişkilendirilebilen faktörler olduğundan, ses analizi yapılmasının ayrımcı sonuçlar doğurabileceği karşımıza çıkan bir gerçektir. Zira, algoritma destekli video mülakatlar⁸⁰ (AVI), adayların kelime seçimlerini, konuşma desenlerini ve yüz ifadelerini içeren videoların makine öğrenimi yoluyla geliştirilen algoritmaların kullanılması ile analiz edilmesi sonucunda, adayların söz konusu işe uygunluğunun tahmin edilmesini içeren bir süreçtir. Belirtmek gerekir ki belirli gruplara özgü farklılıkların öne çıktığı durumlarda, konuşma tanıma algoritması ayrımcı sonuçlara yol açabilir. Örneğin, ses komutları ile çalışan bir algo-

⁷⁷ A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. *Washington Post*. <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013.

⁷⁸ Sonderling, Kelley ve Casimir, (n 50) 29.

⁷⁹ *Seattle Times*, 'Rights group files federal complaint against HireVue, a hiring company that uses artificial intelligence.' <<https://www.seattletimes.com/business/rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-and-deceptive-practices/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013.

⁸⁰ Louis Hickman, Nigel Bosch, Vincent Ng ve Rachel Saef, 'Automated Video Interview Personality Assessments: Reliability, Validity, and Generalizability Investigations' (2022) 107 (8) *Journal of Applied Psychology* 1323, 1323.

ritma, aksanı olan adaylar için ve konuşma engeli veya işitme engeli olan bireyler için zorluklar oluşturabilir. Bu da etnik ve engelli ayrımcılığı endişelerini tetikleyebilir⁸¹. Diğer bir yandan, yüz ifadelerini parametre olarak kullanan bir algoritmanın, Tourette sendromu veya otizm gibi diğer başka nöroçeşitliliğe sahip bireyler aleyhine de ayrımcı sonuçlar doğurabileceği önemli bir endişe olarak karşımıza çıkmaktadır⁸². Bu bağlamda belirtmek gerekir ki video tabanlı algoritmik araçların işe alım süreçlerinde kullanıldığı durumlarda, yüz ifadeleri ve konuşma alışkanlıkları kültürler arası farklılıklar gösterebileceğinden dolayı etnik ayrımcılık söz konusu olabilir. Ayrıca örneğin; göz temasını bir değerlendirme ölçütü olarak kullanan işe alım algoritmasının görme engelli bireylere düşük puan vereceği ve bu durumun da eşitlik ilkesine aykırı olacağı aşıkardır⁸³.

2. İşçilerin Denetlenmesinde Algoritmik Ayrımcılık

Algoritmik yönetimin bir başka uygulama alanı ise işçilerin denetimi konusunda karşımıza çıkmaktadır. Şirketler, işçileri denetlemek adına giderek artan bir şekilde algoritmik yönetim sistemlerini kullanmaktadır⁸⁴. Algoritmik yönetim araçları, geçmişte hiç olmadığı kadar işçilerin denetlenmesini, büyük miktarda veri toplanmasını ve bunların işlenmesini mümkün kılmıştır⁸⁵. Örneğin, günümüzde giderek artan bir uygulama giyilebilir teknolojik cihazlardır. Bu cihazlar sayesinde işverenler, işçilerin hareketlerini ve konumlarını gerçek zamanlı olarak denetleyebilmektedir. Giyilebilir cihazlar aracılığıyla toplanan veriler, genellikle algoritmalar vasıtasıyla analiz edilmektedir ve işçilerin üretkenliğini ve belirli görevleri yerine getirme yeteneklerini değerlendirmek amacıyla kullanılmaktadır⁸⁶. Dijital 'freelance' platformlarında çalışanlar, sürekli olarak müşteri değerlendirmeleri ve bu değerlendirmelerin platform algoritması tarafından nasıl dikkate aldığı konusunda endişe içinde yaşamaktadır⁸⁷. Algoritmik yönetim

⁸¹ Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 30.

⁸² Haley Moss, 'Screened Out Onscreen: Disability Discrimination, Hiring Bias, and Artificial Intelligence' (2021) 98 (4) Denver Law Review 775, 793.

⁸³ Sonderling, Kelley ve Casimir (n 50) 30.

⁸⁴ Alina Köchling, ve Marius Claus Wehner, 'Discriminated by an Algorithm: a Systematic Review of Discrimination and Fairness by Algorithmic Decision-Making in the Context of HR Recruitment and HR Development' (2020) (13) Business Research 795, 834.

⁸⁵ Valerio De Stefano, 'Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection' (2018) 41 (1) Comparative Labor Law & Policy Journal 1, 9.

⁸⁶ ibid 10.

⁸⁷ ibid

sistemlerinin işleyişi neredeyse hiçbir zaman şeffaf değildir, çünkü şirketler, işçilerin faaliyetleri üzerindeki değerlendirmelerinin ve müşteri geri bildirimlerinin nasıl toplandığı ve işlendiği hakkında bilgi paylaşmamaktadır⁸⁸. Sistemlerin çalışma prensiplerinin gizli tutulmasının temel amacı, işçilerin bu parametreleri öğrendiklerinde, sistemi kendi lehlerine manipüle etme olasılığını azaltmaktır⁸⁹.

Algoritmik yönetim araçları geleneksel işyerlerinde de sıkça kullanılmaktadır. Bu bağlamda e-posta kullanımı, web taraması, yazıcı kullanımı, telefon kullanımı, hatta konuşma sırasında ses tonu ve fiziksel hareketlerin denetlenmesi sırasında algoritmalar ile veriler analiz edilmektedir⁹⁰. Yukarıda da açıklandığı üzere algoritmik yönetim sistemleri eğitildikleri veri setlerinin özelliklerinden kaynaklı olarak veya kasten ayrımcılığa sebebiyet verebilmektedir. Bu bağlamda işçilerin performans denetiminin algoritmik araçlarla yapılması, işçi hakları bakımından önemli endişeler yaratmaktadır. İşçilerin işten çıkarılmasına kadar önemli sonuçlar doğurabilecek bu sürecin içerisinde ayrımcılık şüphesinin bulunması önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Algoritmik yönetim araçlarının genellikle işçinin gelecekteki davranışı veya iş performansı hakkında tahminlerde bulunmak için gözlemlenebilir özelliklerle açıklanamayan korelasyonlara dayanabilecek olması önemli bir risk olarak karşımıza çıkmaktadır. Algoritmanın baz aldığı değişken, işçinin performansı ile direkt bir bağlantıya sahip olmayabilir ve bazı durumlarda ilişki tamamen korelasyonel olup işçinin gerçek performansını yansıtmayabilir⁹¹. Bazı makine öğrenimi temelli algoritmalar, veri setlerinden desenler çıkararak öğrenme/eğitme tekniğiyle geliştirilmektedir. Makine öğrenimi algoritmaları genellikle son derece karmaşıktır ve şeffaf değildirler⁹². Bu tür algoritmaları kullanan işverenler için, algoritmik yönetim araçlarına dayanarak verdikleri kararların arka planını açıklamak imkânsız olacaktır. Bu durum da ispat bakımından önemli endişeler yaratmaktadır. Zira hem işçinin bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyması zorlaşacak, hem de işveren böyle bir ayrımcılığın söz konusu olduğunu saptamanın algoritmanın doğası bakımından imkânsız olduğunu ileri sürebilecektir.

⁸⁸ ibid

⁸⁹ Arzu Karaca, *Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Uluslararası Araştırmalar XI*, (Eğitim Yayınevi 2022) 147.

⁹⁰ De Stefano (n 85) 11.

⁹¹ Kim ve Bodie (n 62) 298.

⁹² ibid 299.

IV. İşten Çıkarma Süreçlerinde Algoritmik Ayrımcılık

Algoritmik yönetim araçları, işe alım süreçlerinin yanı sıra işten çıkarma ve iş akdi feshi süreçlerinde de giderek daha fazla kullanılmaktadır⁹³. İşverenler, işçilerin performansını izlemek ve değerlendirmek için algoritmalar kullanmakta ve bu algoritmaların verdiği kararlar doğrudan işten çıkarmalara yol açabilmektedir⁹⁴. Belirtmek gerekir ki bu durum, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi açısından ciddi riskler barındırmaktadır.

Algoritmaların işten çıkarma süreçlerinde kullanılması, özellikle bu algoritmaların şeffaf olmaması ve nasıl karar verdiklerinin anlaşılmasının zor olması nedeniyle işçi hakları bakımından endişe yaratmaktadır. Örneğin, Amazon'un depo çalışanlarını performanslarına göre otomatik olarak izleyen ve gerektiğinde işten çıkaran bir algoritma kullandığı bilinmektedir⁹⁵. Bu sistemler, işçilerin bireysel koşullarını ve performanslarını etkileyen dış faktörleri dikkate almadan karar verebilmekte ve bu da haksız işten çıkarmalara yol açabilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, algoritmaların mevcut önyargıları ve ayrımcı uygulamaları pekiştirebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer algoritma, geçmiş verilerden öğreniyorsa ve bu verilerde ayrımcı uygulamalar varsa, algoritma bu önyargıları gelecekteki kararlara da yansıtabilir⁹⁶. Bu durum, belirli cinsiyet, ırk veya yaş gruplarına mensup işçilerin sistematik olarak dezavantajlı hale gelmesine neden olabilir. Ayrıca, engelli çalışanlar da algoritmik ayrımcılıktan olumsuz etkilenebilir. Örneğin, performans metrikleri fiziksel hız veya belirli standartlara dayalıysa, engelli çalışanlar bu metriklere uymakta diğer işçilere nazaran zorluk çekebilir ve bu da işten çıkarılmalarına yol açabilir⁹⁷. Benzer şekilde, nöroçeşitliliğe sahip çalışanlar, iletişim veya sosyal etkileşim kriterlerine dayalı algoritmik değerlendirmelerde haksız dezavantajlarla karşılaşabilmektedirler.

⁹³ Tolga Oral, 'Dijital Emek Platformlarında Algoritmik Yönetim ve Sendikalar' (2024) 11(1) Sağlık Akademisyenleri Dergisi 170, 171.

⁹⁴ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Gülnihal Ahter Yakacak, 'Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık' (2023) 72(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1701, 1740.

⁹⁵ Colin Lecher, 'How Amazon Automatically Tracks and Fires Warehouse Workers for "Productivity"' (2019) The Verge <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.

⁹⁶ Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (Crown Publishing Group 2016) 147.

⁹⁷ Pauline T. Kim, 'Data-Driven Discrimination at Work' (2017) 58(3) William & Mary Law Review 857, 865.

Algoritmaların karar verme süreçlerinde insan faktörünün tamamen ortadan kalkması, işçilerin itiraz ve hak arama mekanizmalarını da olumsuz etkileyebilir. İşçiler, neden işten çıkarıldıklarını tam olarak anlayamayabilir ve bu da hukuki itiraz süreçlerini zorlaştırabilir⁹⁸. Bu risklerin önüne geçmek için algoritmaların şeffaflığının artırılması, düzenli olarak denetlenmesi ve ayrımcılık karşıtı ilkelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, iş hukuku mevzuatında algoritmik kararların nasıl ele alınacağına dair özel düzenlemelerin yapılması önem arz etmektedir.

V. Algoritmik Ayrımcılığa Karşı Önlem ve Öneriler

Gelişen teknolojiler ve Endüstri 4.0, işyerinde önemli değişikliklerin habercisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar verimlilik bakımından önemli adımların atılmasına imkân tanısalar da bilişim teknolojileri, kimi durumlar için çeşitli riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda, iş hukukunun bu yeni risklere etkili bir şekilde cevap vermesi gerekmektedir. Yukarıda da tartışıldığı üzere, algoritmik yönetim araçlarının kullanılması algoritmik ayrımcılık riskini beraberinde getirmektedir. Algoritmaların işletme kararlarında kullanılmasının ihtiva ettiği başlıca riskler ise algoritmaların dolaylı ayrımcılığa sebebiyet vermesi, işe alım süreçlerinde ayrımcı sonuçlar doğurması ve algoritmik ayrımcılığın ispatının imkansız bir durumda olması olarak kendini belli etmektedir. Bu anlamda, İş Kanunu'nun dolaylı ayrımcılık tanımına havi olmaması, ayrımcılık yasağı bakımından iş ilişkisi başladıktan sonra etkin koruma sağlanması ve ispat yükünün hafifletilmesi bakımından yalnızca "işçi" ibaresinin kullanılması iş hukukunda algoritmik ayrımcılığın baş göstereceği hukuki boşluklar olarak gözükmektedir. Dolayısıyla öncelikli olarak, AB müktesebatıyla da uyum sağlamak adına, İş Kanunu'nda dolaylı ayrımcılık kavramının tanımlanması, işe alımlarda yalnızca cinsiyet ve gebelik temelli değil bütün ayrımcılık çeşitlerini kapsayacak şekilde bir düzenleme yoluna gidilmesi ve ispat yükü bakımından işe alımları da kapsayacak şekilde bir güncelleme yapılması, insan ve işçi haklarının etkin korunması bakımından atılması gereken önemli adımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlara ek olarak güncel hukuki problemlere ancak güncel mevzuatla karşılık verilebileceğinden, algoritmik yönetim araçlarını kapsayan iş hukuku düzenlemelerinin oluşturulması, bir hukuki zemin sağlanması adına elzemdir. Böylece gelişen teknolojilerin avantajlarından yararlanırken dezavan-

⁹⁸ Danielle Keats Citron ve Frank Pasquale, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions' (2014) 89(1) Washington Law Review 1, 6.

tajlarının da minimuma indirilmesi sağlanacak olup, olası insan hakları ihlallerinin önüne geçilmesi ile hukuki ve insani bir gelişim ve entegrasyon sürecinin temelleri sağlanacaktır.

Algoritmik ayrımcılıkla başa çıkabilmek için belli bazı ilkelerin hukuk oluşturma ve uygulama safhalarında dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle bilgilendirme ilkesi önemli bir rehber olmalıdır. İşçiler olası hak ihlalleri bakımından bilgilendirilmelidir ve kamu otoriteleri bu amaçla algoritmik ayrımcılığı açıklayan ve olası bir algoritmik ayrımcılık mağduriyeti durumunda işçilere haklarını nasıl arayacakları konusunda kılavuzlar yayınlamalıdır⁹⁹. Bunun yanında, rehber olarak alınması gereken başka bir ilke ise şeffaflık ilkesidir. Yukarıda açıklandığı üzere algoritmik sistemler onlara sunulan veri setleriyle eğitilmektedirler. Dolayısıyla kaliteli, çeşitli ve önyargısız veri setlerinin toplanmadığı durumlarda önemli ayrımcılık endişeleri karşımıza çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki bu veri setlerinin şeffaf olması bu sorunun çözülmesi adına önemli bir kriterdir. Verilerin toplanması süreçlerinde ve bu verilerden algoritmik çıkarımları yapılması süreçlerinde şeffaflık ilkesinin benimsenmesi ve mevzuatın da şeffaflık ilkesini bir kriter olarak kabul etmesi bu bağlamda algoritmik ayrımcılığın önüne geçilmesi adına önem arz etmektedir¹⁰⁰.

Sonuç

Bilişim teknolojileri, gündelik hayatı daha önce hiç olmadığı kadar kolaylaştırırken, öncesinde tahayyül edemediğimiz sorunları da beraberinde getirmektedir. Algoritmik yönetim araçları, işe alım, işçilerin denetimi, işletmesel faaliyetler gibi birçok alanda işverenlerin işletmelerindeki verimliliği artırmasına olanak sağlamaktadır. Fakat araştırmalar göstermektedir ki, algoritmik sistemlerde kullanılan algoritmalar kimi zaman ayrımcı sonuçlar doğurabilmektedir. İş dünyasında yeni bir problem olmayan ayrımcılık müessesesi, algoritmik araçlarla birlikte farklı boyutlar kazanmış durumdadır. Bu bağlamda algoritmik araçlar, daha önce hiç olmadığı kadar dolaylı ayrımcılık endişelerinin önünü açmaktadır. Makine öğrenimi yoluyla geliştirilen bu algoritmalar büyük veri setlerinin onlara sunulmasıyla çeşitli desenler saptamak suretiyle analiz yapmaktadır. Bu veri setlerinin halihazırda bulunan ayrımcılık desenlerini yansıtmaları karşımıza çıkan en büyük problemlerdendir. Zira, bir işyerinde yeteri kadar engelli bireyin çalış-

⁹⁹ Eltimur (n 1) 584.

¹⁰⁰ Eltimur (n 1) 585.

tırılmaması, algoritmik işe alım süreçlerinde yeni engelli işçilerin işe alınmasının önüne geçmektedir. Bu durumun oluşturduğu başka bir endişe ise algoritmik ayrımcılığın, algoritmaların “kapalı kutu” şeklinde çalışmasından ötürü, saptanmasının ve ispatlanmasının oldukça zor olmasıdır. Zira algoritmalar komplike ilişkilendirme yöntemleriyle ayrımcı sonuçlar doğurabilecek analizler yapma potansiyeline sahiptir. Ayrımcı sonuçların doğduğu aşikâr olsa bile, algoritmaların bu sonuçları sunmak için izlediği yolu geriye dönük olarak gözlemleyemediğimizden, bir ayrımcılık iddiasının ispatlanması işçi bakımından önemli problemler ihtiva etmektedir. Çoğu zaman algoritmaların kullandığı parametreler ve veri setleri işçilerle paylaşılmadığından algoritmik yönetim araçlarının kullanımı şeffaflıktan uzak yürütülmektedir.

İşbu çalışmada iş hukukunda ayrımcılık yasağından bahsedilmiş, algoritmik yönetim araçlarının oluşturabileceği olası ayrımcılık riskleri açıklanmış ve bu risklere karşı alınması gereken önlemlerden söz edilmiştir. Bu bağlamda İş Kanunu ve diğer iş hukuku düzenlemelerinin algoritmik ayrımcılık endişelerine cevap veremeyeceği saptanmıştır. Algoritmik ayrımcılığın genellikle dolaylı ayrımcılığa sebebiyet vermesi ve iş hukukunda dolaylı ayrımcılığın tanımına sadece Engelliler Hakkında Kanun ve TİHEKK’te yer verilmesi durumu, algoritmik ayrımcılığın sadece engelli temelli ayrımcılık durumlarında veya kurum nezdinde önlenebileceğini söylemek gerekecektir. Dolayısıyla, İş Kanunu hükümleri ivedilikle güncellenmeli, algoritmik ayrımcılık endişelerine cevap verebilecek hale getirilmelidir ki algoritmik ayrımcılık bakımından bir yargısal koruma sağlanabilsin. Bunun yanı sıra, algoritmik ayrımcılığın işten çıkarma ve iş akdinin feshi süreçlerinde de ciddi sorunlara yol açabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. İşverenlerin çalışanların performansını izlemek ve değerlendirmek için kullandıkları algoritmik sistemler, önyargılı veya hatalı sonuçlar üreterek haksız işten çıkarmalara sebep olabilir. Bu durum, özellikle dezavantajlı gruplara mensup çalışanların ayrımcılığa maruz kalmasına ve haklarının ihlal edilmesine yol açmaktadır. Önümüze çıkan bir başka problem ise algoritmik ayrımcılığın çoğu zaman işe alım süreçlerinde karşımıza çıkması durumudur. Güncel İş Kanunu hükümlerince, işe alımlarda gebelik veya cinsiyet temelli ayrımcılığın önüne geçilmesi amaçlanmış olsa da ilgili hükmün diğer ayrımcılık temellerini de kapsayacak şekilde güncellenmesi gerekmektedir. Ayrıca, işten çıkarma süreçlerinde algoritmik ayrımcılığın önlenebilmesi için de yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve bu süreçlerde insan denetiminin sağlanması önem arz etmektedir. Son olarak ispat yükü durumunun, algoritmik ayrımcılık bakımından karşımıza çıkan bir başka önemli problem olduğunu söylemek gerek-

tedir. Bu bağlamda güncel İş Kanunu hükümleri ispat yükünü işçiler bakımından hafifletmiş olsa da özellikle işe alım süreçlerinde karşımıza çıkan algoritmik ayrımcılığın önlenmesi ve insan haklarının bu bağlamda etkin korunması adına, iş ilişkisi başlamadan önce ve bittikten sonra da ispat yükünü hafifleten bir hükmün benimsenmesi isabetli olacaktır.

Kaynakça

- A face-scanning algorithm increasingly decides whether you deserve the job. Washington Post. <<https://www.washingtonpost.com/technology/2019/10/22/ai-hiring-face-scanning-algorithm-increasingly-decides-whether-you-deserve-job/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Abraha H, 'Regulating Algorithmic Employment Decisions Through Data Protection Law' (2023) 14 (2) European Labour Law Journal 172-191
- Aloisi A ve Gramano E 'Artificial Intelligence Is Watching You at Work. Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context' (2019) 41 (1) Special Issue of Comparative Labor Law & Policy Journal, "Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection" 95-121
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y ve Yakacak G A, 'Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık' (2023) 72(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1701-1757
- Büyükçalık ME, *Delaylı Ayrımcılık Yasağı* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Chang X, 'Gender Bias in Hiring: An Analysis of the Impact of Amazon's Recruiting Algorithm. Advances in Economics' (2023) Management and Political Sciences 134-140
- Chen Z, 'Ethics and Discrimination in Artificial Intelligence-Enabled Recruitment Practices' (2023) Humanities and Social Sciences Communications 1-12
- Citron D K ve Pasquale F, 'The Scored Society: Due Process for Automated Predictions' (2014) 89(1) Washington Law Review 1-33
- Çayır K, 'Yaşa Dayalı Ayrımcılık/Yaşçılık', *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar* (2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2018) 21-33
- De Stefano V, 'Negotiating the Algorithm: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection' (2018) 41 (1) Comparative Labor Law & Policy Journal 1-25
- Demir K, 'İş Sözleşmesi Görüşmeleri Esnasında İşçi ve İşverenin Sorumluluğu' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1075-1090
- Deveci Z S, 'İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu ve Özellikle İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi' (2020) 2) İzmir Barosu Dergisi 15-63
- Disability rights advocates are worried about discrimination in AI hiring tools. MIT Technology Review. <<https://www.technologyreview.com/2021/07/21/1029860/disability-rights-employment-discrimination-ai-hiring/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Doğan Yenisey K, 'Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılılık İlkesi' (2005) 2(7) Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 974-1003
- Erdem A R, 'Ayrımcılığın Kavramsal Analizi' (2020) 4(4) *Uluslararası İnsan ve Sanat Araştırmaları Dergisi* 12-20
- Erdogan M ve Vatandaş C, 'Bireysel ve Toplumsal Dışlanma Pratiği: Önyargı ve Ayrımcılık' (2020) 3(1) *İnsan ve Sosyal Bilimler Dergisi* 474-485

- Ertürk Ş ve Gürsel İ, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' in Başterzi S (ed), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt I (Beta 2011) 425-458
- Ertürk Ş, *İş İlişkisinde Temel Haklar* (Seçkin Yayıncılık 2002)
- Fredman S, *Discrimination Law* (2. Baskı, Oxford University Press 2011)
- Gülmez M, 'İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler' (2010) 2 (25) Çalışma ve Toplum 217-266
- Hannák A, Wagner C, Garcia D, Mislove A, Strohmaier M ve Wilson C, 'Bias in Online Freelance Marketplaces: Evidence from TaskRabbit and Fiverr' (2017) CSCW '17: Proceedings of the 2017 ACM Conference on Computer Supported Cooperative Work and Social Computing 1914-1933
- Heitmeyer W ve Kurt S, 'Discrimination'. Encyclopedia Britannica, <<https://www.britannica.com/topic/discrimination-society>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023
- Hickman L, Bosch N, Ng V ve Saef R, 'Automated Video Interview Personality Assessments: Reliability, Validity, and Generalizability Investigations' (2022) 107 (8) Journal of Applied Psychology 1323-1351
- Houser K, 'Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making' (2019) (22) Stanford Technology Law Review 290-353
- Janis M W, Kay R S ve Bradley A W, *European Human Rights Law: Text and Materials* (3. Baskı, Oxford University Press 2008)
- Jarrahı MH, Newlands G, Lee MK, Wolf CT, Kinder E ve Sutherland W, 'Algorithmic Management in a Work Context' (2021) 8 (2) Big Data & Society 1-14
- Jobscan. 2023 Applicant Tracking System (ATS) usage report: Key shifts and strategies for job seekers. <<https://www.jobscan.co/blog/fortune-500-use-applicant-tracking-systems/>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2023
- Jones CC, 'Systematizing Discrimination: AI Vendors & Title VII Enforcement' (2022) (171) University of Pennsylvania Law Review 235-265
- Karaca A, *Sosyal Beşeri ve İdari Bilimler Alanında Uluslararası Araştırmalar XI* (Eğitim Yayınevi 2022)
- Karagöz V, 'İş Hukukunda Ayrımcılık Tazminatı', (2014) 5 (1) Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 57-76
- Karan U, 'Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği' (2007) (73) *TBB Dergisi* 146-173
- , *Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2017)
- Keser H, '4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar' (2004) 7(3) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 37-73

- Kim P T, 'Data-Driven Discrimination at Work' (2017) 58(3) William & Mary Law Review 857-936
- Kim PT ve Bodie MT, 'Artificial Intelligence and the Challenges of Workplace Discrimination and Privacy. ABA' (2021) (35) Journal of Labor and Employment Law 289-315
- King AG ve Mrkonich M, 'Big Data and the Risk of Employment Discrimination' (2016) (68) Oklahoma Law Review 449-520
- Kolçak H, 'Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz' (2023) (1) Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 80-99
- Köchling A ve Wehner MC, 'Discriminated by an Algorithm: a Systematic Review of Discrimination and Fairness by Algorithmic Decision-Making in the Context of HR Recruitment and HR Development' (2020) (13) Business Research 795-848
- Kroll JA Hue J, Barocas S, Felten EW, Reidenberg JR, Robinson DG ve Yu H, 'Accountable Algorithms' (2017) (165) University of Pennsylvania Law Review 633-705
- Lecher C, 'How Amazon Automatically Tracks and Fires Warehouse Workers for "Productivity"' (2019) *The Verge* <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> Erişim Tarihi 2 Aralık 2024.
- Lippert-Rasmussen K, *Born Free and Equal? A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination* (Oxford University Press 2013)
- Lord JE, Guernsey KN, Balfe M ve Karr VL, *Human Rights. Yes!: Understanding the Human Rights of Persons with Disabilities* (2. Bası, University of Minnesota Human Rights Resource Center 2012)
- Moeckli D, 'Equality and Non-Discrimination', *International Human Rights Law* (2. Bası, Oxford University Press 2014)
- Moss H, 'Screened Out Onscreen: Disability Discrimination, Hiring Bias, and Artificial Intelligence' (2021) 98 (4) Denver Law Review 775-805
- O'Neil C, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy* (Crown Publishing Group 2016)
- Oral T, 'Dijital Emek Platformlarında Algoritmik Yönetim ve Sendikalar' (2024) 11(1) Sağlık Akademisyenleri Dergisi 170-180
- Poyraz S, *İş İlişkilerinde Ayrımcılık Yasağı* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi 2022)
- Pugliese R, Regondi S ve Marini R, 'Machine Learning-Based Approach: Global Trends, Research Directions, and Regulatory Standpoints' (2021) (4) Data Science and Management 19-29
- Reuters, 'Amazon Scraps Secret AI Recruiting Tool That Showed Bias Against Women', <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2023

- Sarker IH, 'Machine Learning: Algorithms, Real-World Applications and Research Directions' (2021) (2) SN Computer Science 1-21
- Savage D ve Bales RA, 'Video Games in Job Interviews: Using Algorithms to Minimize Discrimination and Unconscious Bias' (2017) 32 (2) ABA Journal of Labor & Employment Law 211-228
- Scherer MU, King AG ve Mrkonich MN, 'Applying Old Rules to New Tools: Employment Discrimination Law in the Age of Algorithms' (2019) (71) South Carolina Law Review 555-584
- Seattle Times, 'Rights group files federal complaint against HireVue, a hiring company that uses artificial intelligence.' <<https://www.seattletimes.com/business/rights-group-files-federal-complaint-against-ai-hiring-firm-hirevue-citing-unfair-and-deceptive-practices/>> Erişim Tarihi 14 Aralık 2013
- Sonderling KE, Kelley BJ ve Casimir L, 'The Promise and The Peril: Artificial Intelligence and Employment Discrimination' (2022) 77 (1) *University of Miami Law Review* 1-87
- Sözer A N, 'AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler' (2006) 1(2) Sicil İş Hukuku Dergisi 184-208
- Süzek S, 'İşverenin Eşit Davranma Borcu' (2008) 3(12) Sicil İş Hukuku Dergisi 24-38
- Timmons KC, 'Pre-Employment Personality Tests, Algorithmic Bias, and the Americans With Disabilities Act' (2021) 125 (2) Penn State Law Review 389-452
- Todolí-Signes A, 'Algorithms, Artificial Intelligence and Automated Decisions Concerning Workers and the Risks of Discrimination: The Necessary Collective Governance of Data Protection' (2019) 25 (4) *European Review of Labour and Research* 401-493
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, *Temel Haklar Şartı ve Eşitlik ve Ayrımcılık Alanında Avrupa Birliği Direktifleri* (2019) https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551818880.pdf Erişim Tarihi 2 Aralık 2024
- Yasin U, Tuncer SÇ, 'İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi' (2020) 7 (2) Pamukkale Avrasya Sosyoekonomik Çalışmalar Dergisi 86-104
- Yıldız G B, *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu* (Yetkin Yayınları 2008)
- Yılmaz T, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk III: Büyük Veri, Platform Çalışanlarının Algoritmik Yönetiminde İtibar Profillerinin Yeri ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2021)
- Yüzer Eltimur D, 'İnsan Haklarının Korunması Bağlamında Yapây Zeka Uygulamaları' (2022) 12 (2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559-594
- Zengin S, *Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminatı Hükümleriyle Yarışması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2018)

İş İlişkisinin Tespitinde Takım Kılavuzu ve Alt İşverenlik Ayrımı (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi)^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Pelin TUAÇ YILMAZ^(**)

Öz

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2019/9-549 E, 2019/1058 K 15.10.2019 tarihli kararı ile 22. Hukuk Dairesinin 2020/189 E, 2020/2812 K 18.12.2020 tarihli benzer olaylara ait kararları, taraflar arasındaki ilişkileri tespit ederken, iş ilişkisi, alt işverenlik ilişkisi ve takım sözleşmesi bakımından ayrımlara ilişkin önemli değerlendirmeler içermektedir. İki kararda da davacıların iş ilişkisi nitelmesi ile talepte bulunması ve davalıların aradaki ilişkiyi alt işverenlik olarak nitelendirmesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta taraflar arasındaki ilişkiyi tespit etmek önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

İş ilişkisi, Alt işverenlik, Takım Kılavuzu.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.09.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 08.10.2024.

Atıf Şekli: Pelin Tuac Yılmaz, 'İş İlişkisinin Tespitinde Takım Kılavuzu ve Alt İşverenlik Ayrımı (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi)' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1887, 1916.

DOI: 10.52273/sduhfd..1541006.

^(**) Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye.

E-posta: pelin.tuac@deu.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3912-2569>.



Distinction between Gang Contract and Subcontracting Determining Employment Relationship (Evaluation of Decisions of the General Assembly and 22nd Civil Chamber of the Court of Cassation)

Abstract

The decision of the General Assembly of the Court of Cassation, numbered 2019/9-549 E, 2019/1058 K and dated 15.10.2019, and the decision of the 22nd Civil Chamber, numbered 2020/189 E, 2020/2812 K and dated 18.12.2020, regarding similar events, determine the relations between the parties contains important evaluations regarding distinctions in terms of employment relationship, subcontracting relationship and gang contract. In both decisions, it is important to determine the relationship between the parties in the dispute that arose when the plaintiffs made a request by characterizing the employment relationship and the defendants described the relationship as subcontracting.

Keywords

Employment Relationship, Subcontracting, Gang Contract.

Extended Summary

The legal issues examined by the Supreme Court of Appeals and the General Assembly of the Court of Cassation are whether the relationships established based on contracts made under the name of subcontractor are a team contract based on the employee-employer relationship or a real subcontractor relationship. In both of its decisions the main subject of the dispute is, examine the competent court after deciding on the quality of the relationship. Therefore, regarding the examination of the decisions in question, it is necessary to first focus on the legal quality of the relationship between the parties. When making an evaluation, an evaluation will be made without being limited to the qualifications made by the parties. Particularly focusing on the dependency element of the employment relationship or not, as well as the basic elements of subcontracting, the contract of construction and the elements of the team contract.

Presenting the relationship between the parties as subcontracting in order to conceal the purpose of recruiting workers is hypocritical and does not produce legal consequences. It is unthinkable that a person with the status of foreman, who operates under the instructions and control of the construction company and gathers and supervises the workers, can be considered as a subcontractor. Because this person, who is described as a subcontractor, is actually a person who does not have a separate organization, independence and expertise. If the person shown as the subcontractor is not working as an employee in construction, the relationship may be the supply of workers. However in both decisions of the courts, the people shown as subcontractors are themselves working in construction. In one of the decisions, a construction company transfers the entire rough construction, while in the other, an aluminum composite company transfers the aluminum composite assembly work. Therefore, the relationship in the case does not carry the element of subcontracting, which is that in order to establish a subcontracting relationship, the work given to the subcontractor must be a job that requires expertise due to the requirements of the business and the job and technological reasons in a part of the main work.

The decisions of the court do not focus on considering the relationship between them as turnkey. The person who does not have a separate organization, independence and expertise, who receives instructions from the employer in the execution of the work and Works under the supervision of the employer, as in the concrete case, is not a separate employer who receives turnkey work.

In the cases subject to decisions, it is concluded that the relationship between the company and the person who works as a dependent in the construction, receives instructions and is registered as a worker in the SSI records, although this is not alone effective in the decision. In concrete cases, the fact that these people, who are described as subcontractors, find workers, organize them, supervise them and pay them the wages they receive from the employer does not eliminate their qualification as workers. Thus, the HGK seems to have reached its conclusion on two main issues: First, undertaking only the rough construction works of a construction cannot be described as an auxiliary work of the main construction work or a main job that

requires expertise. The plaintiff does not have the legal and economic independence and separate work organization required to be a subcontractor. The necessary materials are also provided by the defendant company. In this state, despite the qualifications of the parties, the relationship is not a subcontracting. The second main issue focuses on dependent work: The element of dependency is realized for the plaintiff when the acts of rough construction works are carried out according to the instructions of the defendant company, the work process and results are inspected by the defendant company, and the plaintiff has the duty to supervise and supervise other workers and distribute their wages while working as a foreman. It is accepted that his/her responsibility is to act as a team guide and his/her status as a worker does not disappear. While making the evaluation, after focusing on the fact that all kinds of materials required according to the contract belong to the company, that the subcontractor is held responsible for the preservation of the materials, that the subcontractor can hire and employ workers, provided that they inform the company when necessary, it is concluded that the SSI of the subcontractor belongs to the company, and that despite the provisions of the contract, the plaintiffs are entitled to the SSI of the defendant company. It is emphasized that he should be reported as a worker. According to the statements of the witnesses heard during the trial, it is stated that the plaintiff worked as a foreman in the defendant company. Therefore, the Supreme Court's decisions that the employment relationship was formed because it did not fully bear the characteristics of the team manual, but fully contained the element of dependency, were accurate.

Giriş

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2019/9-549 Esas sayılı ve 15.10.2019 tarihli kararı ile 22. Hukuk Dairesi'nin 2020/189 Esas, 2020/2812 Karar sayılı ve 18.2.2020 tarihli aynı içerikli bir olaya dair kararı, iş ilişkisini tespit ederken alt işverenlik ilişkisi ve takım kılavuzu ayırımını yapmaya yönelik önemli ve isabetli değerlendirmeler içermektedir. Somut olaylardaki ilişki, usta başı veya takım lideri olarak nitelendirilen bir kişinin, bir grup işçiyi temin ederek aynı zamanda onlarla birlikte kendisi de inşaat işinde çalışarak bir inşaat şirketine iş görmesidir. İki kararda da davacıların iş ilişkisi tespiti ile talepte bulunması ve davalıların asıl-alt işverenlik savunması üzerine yaşanan uyuşmazlık, taraflar arasında bir iş ilişkisi olup olmadığı ve buna göre görevli mahkemenin tespiti hakkındadır. Bununla birlikte somut olayların bazı farklılıkları da bulunmaktadır. Çalışmamızda Yargıtay kararlarına konu ilişkiler tespit edilirken, Yargıtay kararlarında değinilen hususlara bağlı kalmadan bir değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle, karar metinleri çok uzun olduğu için metinlerin özetlerine yer verilecektir. Daha sonra, sırasıyla bağımlılık unsuru, eser sözleşmesi, takım sözleşmesi ve alt işverenlik sözleşmesi somut olaylar çerçevesinde incelenecektir.

I. Uyuşmazlığa Konu Olaylar ve Yargıtay Kararlarının Özetleri

A. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin Kararı

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi¹, sebep ve konusu aynı olan iki davaya bakan ve aynı yönde karar veren ilk derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen farklı Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairelerinin farklı kararları arasındaki çelişkiyi gidermek üzere uyuşmazlığa konu kararı vermiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu 04.11.2019 tarih ve 2019/23 sayılı kararı ile “*Uyuşmazlık konusu iki dava, aynı davalıya karşı, aynı sözleşmenin tarafı iki davacı şahıs tarafından açılmış, benzer talepleri içeren davalar*” olduğuna karar vermiştir.

Söz konusu kararlar; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 18.04.2019 tarihli ve 2018/196 E, 2019/922 K. sayılı kararı ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesinin 04.10.2017 tarihli ve 2017/1291 E,

¹ Yargıtay 22 HD, 189/2812, 18.02.2020. Kararın değerlendirmesi için bkz. Mustafa Alp, ‘Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (Onikilevha Yayıncılık 2022) 11-189.

2017/1887 K sayılı kararlarıdır. Her iki karara konu ilk derece mahkemelerinin davacıları aynı sözleşmeyi aynı sıfatla imzaladıkları halde davalı aleyhine ayrı ayrı farklı ilk derece mahkemelerinde alacak davaları açmaları sonucu farklı mahkemeler farklı kararlar vermiştir. Bu sebeple, 5. ve 6. Hukuk Dairelerinin aynı konuya ilişkin kesin kararları arasında çelişki doğmuştur.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, davacı ile davalı şirket arasındaki ilişkinin niteliği açısından davacının işçi mi taşeron mu olduğu hususunda var olan uyumsuzluğu karara bağlamıştır. 5. Hukuk Dairesi, taraflar arasında kurulan sözleşme taşeron sözleşmesi adını taşısa da asıl-alt işveren ilişkisinin kurulması için alt işverenin bağımsız işi ve işyeri olması gerektiğini ifade etmiştir. Daire kararına göre, davalının işi ve iş yeri olduğuna dair dosyada ticaret sicil kaydı, vergi kaydı vs. gibi bilgi ve belge bulunmamaktadır. Aksine davacı, davalı şirket nezdinde 4-a kapsamında sigortalı olup, hizmet cetvelinde kendi iş yeri olduğuna dair Bağkur kaydı da bulunmamaktadır. Davacının, 04.04.2015 tarihinden 21.05.2015 tarihine kadar davalı nezdinde sigortalı çalışmasının bulunduğu, sonrasında da başka şirketler nezdinde sigortasının bulunduğu, 2005 tarihinden itibaren sigortalı çalışan olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca daire, tanık beyanlarına göre davacının aylık ücret ile çalıştığı, ekip başı veya takım lideri denilen şekilde bir grup işçiyi temin ederek davalının işinde çalıştığı, bu nedenle davalılar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi veya alt işveren sözleşmesi niteliğinde olmadığına karar vermiştir. Bu doğrultuda davanın İş Mahkemesinde görülmesinin uygun olduğunu hükme bağlamıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, davacı ile davalı arasında imzalanan sözleşmenin taşeron sözleşmesi olduğuna kanaat getirmiştir. Daireye göre, sözleşmede projesinde yarı kapaklı cephe imalatının işveren üstün grup alüminyuma, montajı, cam kapakların sıkılması, silikon çekilmesi su yalıtımı ve kompozit panel imalat ve montajının taşeronu ait olduğunun ve sözleşmenin 7. maddesinde taşeronun işçi çalıştırabileceği ve istihdam edilen işçiler ile ilgili yükümlülüklerin düzenlendiği görülmüştür. Daire tarafından, *“özellikle taşeron sözleşmesi içeriği dikkate alındığında, davacı ile davalı şirket arasında hizmet sözleşmesi bulunmadığı, işçi işveren ilişkisi olmadığı yönündeki yerel mahkeme kararı isabetli bulunmuştur”*.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, somut uyumsuzluk değerlendirildiğinde, “Sosyal Güvenlik Kurum kayıtlarında davalı şirketin işçisi olarak kayıtlı olan davacının hukuki ve ekonomik bağımsızlığa ve ayrı bir iş organizasyonuna sahip olmadığını ve yaptığı işe uygun gerekli tesisatının bulunmadığını tespit etmiştir. Nitekim

işi yapmak için ihtiyaç olan malzemenin de davacı tarafından değil, davalı şirket tarafından tedarik edildiğinin dosya içeriğinde açık olduğu belirtilmiştir”.

Ayrıca, “davalı şirket tarafından, Sosyal Güvenlik Kurumuna kendi işçisi olarak bildirilen bir kimse ile aralarındaki ilişkinin alt işverenlik ilişkisi olduğunun ileri sürülmesinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği” kararda ifade edilmiştir.

Öte yandan, davacının gördüğü işin asıl işe yardımcı iş veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı göz önüne alındığında, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için gerekli olan “alt işverene verilen işin, iş yerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işi veya işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması” şartının, incelemeye konu olayda gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla Yargıtay, davalı şirkete ait inşaatta çalışacak işçileri bir araya getiren ve diğer işçiler adına hareket eden davacının bağımlı olarak iş gördüğü ve takım kılavuzu gibi davrandığı dolayısıyla taraflar arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi kurulmadığı, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin işçi-işveren ilişkisi olduğuna karar vermiştir. Sonuç olarak, davaya bakmakla görevli mahkeme de iş mahkemesi olarak karara bağlanmıştır.

B. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının² içeriğinden, davalı şirketin “kaba yapı ahşap kalıp ve demir işleri” için davacı ile imzaladığı “iş sözleşmesi” başlıklı sözleşmede, her türlü sarf malzeme ile ahşap kalıp malzemesinin davalı şirket tarafından karşılanacağı; davacı ve kendisine bağlı olarak çalışacak ekibinin Sosyal Güvenlik Kurumu primlerinin davalı şirket tarafından ödeneceği, resmi ödemelerin davacının hak edişinden mahsup edileceği, hükümlerine yer verilmiştir. Davacıya ait Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre, davacının, 16.09.2013-23.01.2014 tarihleri arasındaki çalışmasının davalı şirket tarafından Kuruma bildirim yapılmış olup, söz konusu dönemde davacı, davalı şirketin işçisi olarak kayıtlarda yer almaktadır. Davacı tanıkları, davacının davalı şirkette ustabaşı olarak iş gördüğünü, işçilerin ücretlerinin davalı şirket tarafından davacının hesabına yatırıldığını, davacının da yatırılan ücretleri işçilere dağıttığını ifade etmişlerdir.

² Yargıtay HGK, 9-549/1058, 15.10.2019. Kararın değerlendirmesi için bkz. İbid. 11-189.

Hukuk Genel Kurulu hukukî sorunun tespitini yaparken konuyu hem alt işverenlik hem de iş sözleşmesinin unsurları bakımından değerlendirmiştir.

“Kurum kayıtlarında davalı şirket işçisi olarak gözüken davacı M. K’nin, hukuki ve ekonomik bağımsızlık ile ayrı bir iş organizasyonuna sahip olmadığı ve işe uygun yeterli donanımının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim işin görülmesi için gerekli olan malzemenin de kendisi tarafından değil, davalı şirket tarafından temin edildiği açıktır.

Bununla birlikte, davalı şirket tarafından yapımı üstlenilen inşaat işinin kaba inşaatla ilişkin kısmının Mustafa Köse’ye verildiği, M. K’nin üstlendiği işin asıl işe yardımcı iş veya teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olmadığı da göz önüne alındığında, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde söz edebilmek için gerekli olan “alt işverene verilen işin, iş yerinde asıl işveren tarafından yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin yardımcı işi veya işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması” koşulunun, somut olayda gerçekleşmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Yargılama sırasında dinlenen tanıkların davacının ustabaşı olarak çalıştığına, ücretlerinin davacının hesabından kendilerine dağıtıldığına dair beyanlarına ve dosya içeriğine göre, davacının diğer işçileri gözetme ve denetim görevi, ücretlerinin ödenmesi görevlerini yerine getirdiği, bir anlamda takım kılavuzu olarak hareket ettiği, esasen kaba inşaat işlerinin yapımına dair edimin davalı şirketin talimatları çerçevesinde yerine getirildiği, iş sürecinin ve sonuçlarının davalı şirket tarafından denetlendiği anlaşılmaktadır. O hâlde, davacı ile davalı şirket arasında asıl-alt işverenlik ilişkisi kurulmadığı, takım kılavuzu gibi hareket eden davacının, davalı şirkete ait inşaatla çalışacak işçileri bir araya getirmesi ve diğer işçiler adına hareket etmesi hususlarının davacının işçi sıfatını ortadan kaldırmadığı, yukarıda ayrıntılı olarak izah edilen “bağımlılık” unsurunun da somut olayda gerçekleştiği dikkate alındığında, taraflar arasındaki hukuki ilişki işçi-işveren ilişkisi olduğundan, davaya bakmakla görevli mahkeme de iş mahkemesidir”.

II. Hukukî Sorun

Yargıtay dairesince ve Hukuk Genel Kurulunca incelenen hukukî sorunlar, taşeron sözleşmesi adı altında yapılan sözleşmelere dayanarak oluşturulan ilişkilerin işçi-işveren ilişkisi temeline dayanan bir takım sözleşmesi mi yoksa

asıl-alt işverenlik ilişkisi mi olduğu yönündedir. Yargıtay iki kararında da ilişkinin niteliğine karar verdikten sonra esas uyuşmazlık konusu olan görevli mahkemenin neresi olacağını incelemiştir. Dolayısıyla söz konusu kararların incelenmesi ile ilgili olarak öncelikle taraflar arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerinde durulması gerekmektedir. Değerlendirme yapılırken, tarafların yaptığı nitelendirme ile sınırlı kalmadan bir değerlendirme yapılacaktır. Özellikle iş ilişkisinin bağımlılık unsuru üzerinde durularak iş ilişkisi olup olmadığı değerlendirmesi ile birlikte alt işverenliğin temel unsurları, eser sözleşmesi ve takım sözleşmesinin unsurları değerlendirilerek taraflar arasındaki ilişkinin tespiti yapılacaktır.

III. Değerlendirme

A. İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Bakımından İlişkinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, iş sözleşmesi bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi yüklenmesinden oluşan bir sözleşmedir. Ayrıca İş Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında da işçi ile işveren arasında kurulan ilişki iş ilişkisi olarak tanımlanmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'nda bağımlılık unsuruna yer verilmemiş fakat o dönemde Anayasa Mahkemesi ve öğreti tarafından, iş sözleşmesinin "iş görme" ve "ücret" yanında "bağımlılık" da olmak üzere üç unsurdan oluştuğu kabul edilmiştir³. Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden bir unsurdur⁴.

4857 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir ücret karşılığında çalışma yükümü altına giren işçi işverene karşı bağımlı olarak işini görmektedir. Söz konusu bağımlılık, işçinin iş görme borcunu yerine getirirken işverenin talimatına bağlı olması, onun denetim ve gözetimi altında yerine getirmesi şeklinde anlaşılmalıdır⁵.

³ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayıncılık 2023) 168; Sarper Süzek, *İş Hukuku* (20. Bası, Beta Yayıncılık 2020) 225.

⁴ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta Yayıncılık 2018) 55; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 3) 170; Hamdi Mollamahmutoglu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku* (4. Bası, Lykeion Yayınları 2020) 87.

⁵ Yargıtay 9 HD, 31406/25286, 06.10.2008; Yargıtay HGK, 10-737.26, 2.2.2005; Ali Güzel, 'Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme', Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, (1997) 83, 106; Haluk Hadi Sümer, 'İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru', (2010) 5 (19) Sicil, 63, 68.

İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin öğretisi ve yargı kararları ile klasikleşmiş üç boyutu bulunmaktadır. Bunlar, ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve hukukî-kişisel bağımlılık şeklindedir. Hukukî bağımlılık, işverenin otoritesi altında, onun vereceği emir ve talimatlara uygun olarak iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesine bağımlılığıdır⁶. Hukukî bağımlılık, iş ilişkisi sürecinde işçinin çalışma şeklinin, yerinin, zamanının ve işyerindeki davranışlarının işverenin emir ve talimat verme yetkisi ile saptanmasıdır⁷. İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken, işveren tarafından işçinin edim borcunun planlanması hukukî bağımlılığın bir gereğidir⁸. Hukukî bağımlılık unsurunda, işçi işverene ait iş veya işletme faaliyeti ile bütünleşmiş olmalıdır⁹. Bu durumda, işverenin gözetim ve denetim yetkisi altında, çerçevesini çizdiği şartlarda onun yararına çalışıyor ve işverence belirlenen amaca hizmet ediyorsa hukukî bağımlılığın varlığından söz edilebilir. Ayrıca kural olarak, kendisine ait bir müşteri çevresi de bulunmamalıdır¹⁰.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, bağımlılık unsurunun bulunduğu haller şöyledir:

“a- İşin işyerinde yapıldığı, b- Malzemenin işveren tarafından sağlandığı, c- İş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat aldığı, d- İşin iş sahibi veya yardımcısı tarafından kontrol edildiği e- Sermaye koymadan kendisine ait iş organizasyonu olmadan faaliyet gösterdiği f- Ücretin ödeniş şekli... Bu durumlarda dahi çalışanın iş yerinde üretim araçlarına sahip olup olmamasına, kar ve zarara katılıp katılmamasına, karar verme özgürlüğüne sahip olup olmamasına göre “bağımlılık” unsurunun somut verilere göre değerlendirilmesi gerekir”¹¹.

⁶ Tankut Centel, *İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku*, (2. Bası, Beta Yayıncılık 1994) 82; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 87; Güzel, Bağımlılık (n 5) 106-107.

⁷ Centel (n 6) 82; Güzel, Bağımlılık (n 5) 106-107; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 3) 170; Sümer, (n 5) 69; Süzek, (n 3) 224.

⁸ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 89.

⁹ Hukukî bağımlılığı belirlerken, işçinin işverence belirlenen iş organizasyonuna katılıp bütünleşmesine İngiltere’de “bütünleşme testi” adı verilmektedir. Süleyman Başterzi, ‘Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2009* (Kamu-İş Yayını 2011) 3, 8.

¹⁰ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 90; Yargıtay 9 HD, 23561/10209, 1.10.2020; Yargıtay 9 HD, 23086/14507, 27.06.2019, Yargıtay 21 HD, 14072/6208, 07.04.2016; Yargıtay 7 HD, 21168/4359, 21.02.2014.

¹¹ Yargıtay 9 HD, 5973/24884, 1.10.2009.

İş ilişkisindeki bağımlılık kavramı mutlak değil, bağıntılı bir anlama sahiptir¹². Başka bir ifadeyle, bağımlılık ilişkisinin, işçilerin mesleklerine, tecrübelerine, gördükleri işin niteliğine ve işyerindeki hiyerarşik konumlarına göre farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle uzmanlık sahibi işçiler ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi iş görme edimi somutlaştığında zayıflayabilmektedir¹³. Ancak yapılan işin niteliği hukukî bağımlılığı ortadan kaldıracı bir faktör olarak kabul edilmemektedir¹⁴. Nitekim Yargıtay kararlarında, çalışma hayatı içinde ortaya çıkan atipik sözleşme ilişkileri, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisini zayıflatsa da görülen işin, işverenin iş organizasyonu içinde bir görülmesi halinde bağımlılık unsurunun varlığının kabulünün gerektiği belirtilmektedir¹⁵. Yargıtay bir başka kararında, iş organizasyonu içinde yer alsa dahi taraflar arasındaki ilişkide, davacının, yapılacak satışlar sonucu elde edilecek kazançtan belirlenen oranda bir pay almasının ve ekonomik risk kendisine ait olacak şekilde çalışmasının, işyerinde kendisine emir ve talimat veren kimse olmamasının ve davacının sigortalı olarak da gösterilmemesinin bağımlılık unsurunun var olmadığına işaret ettiğini belirtmiştir¹⁶.

Kararlara konu olan taraflar arasındaki sözleşmelerde, gerekli her türlü malzemenin şirket tarafından karşılanacağı, malzemelerin kullanılması sorumluluğunun sözleşmede taşeron olarak geçen kişiye ait olduğu hükümleri, taraflar arasındaki ilişkide teknik bağımlılığın olduğunu göstermektedir. Ayrıca yine taşeron olarak ifade edilen kişinin, şirketin işçisi olarak Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirildiği ve şirkette ustabaşı olarak çalıştığı, yargılama sırasında dinlenen tanıklar tarafından beyan edilmiştir. Kararlara konu olaylarda ustabaşı olarak geçen kişinin işe uygun yeterli bir donanımının bulunmadığı ve bağımsız bir iş organizasyonuna sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Ustabaşının iş görme edimini hangi zaman diliminde ifa edeceğine ilişkin sözleşmede bir açıklık bulunmamaktadır. Çalışma süresine ilişkin etkin bir talimat bulunmaması, bağımlılık ilişkisinin oluşmadığının tek başına göstergesi olmamaktadır¹⁷. Çalışma zamanının belirlenmesinde inisiya-

¹² Güzel, Bağımlılık (n 5) 108; Süzek, (n 3) 225; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 5) 87.

¹³ Süleyman Başterzi, 'Avukatla Bağitlanan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması', (2010) 5 (17) Sicil, 175, 181.

¹⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 3) 174; Güzel, Bağımlılık (n 5) 108; Sümer, (n 5) 70.

¹⁵ Yargıtay 10 HD, 2213/4590, 30.3.2022; Yargıtay 10 HD, 9399/8422, 16.6.2021; Yargıtay 9 HD, 1924/3388, 3.2.2021; Yargıtay 9 HD, 13369/7437, 3.4.2018.

¹⁶ Yargıtay 9 HD, 8783/4012, 16.2.2021.

¹⁷ Başterzi, 2009 (n 9), 10.

tifin “taşeron” da olması, bağımlılık ilişkisini zayıflatsa da işin işverenin iş organizasyonu içinde emir ve talimatlarla görülmesi, aradaki ilişkinin iş ilişkisine dayalı olduğu düşüncesine ağırlık kazandırmaktadır. Somut olayda, her ne kadar sözleşme, taraflar arasında taşeron sözleşmesi olarak adlandırılrsa da ilişkide bağımlılık unsurunun gerçekleştiği dikkate alınmalıdır.

Bağımsız çalışmayı, bağımlı çalışmadan ayıran en önemli unsur, kendi hesabına çalışma ve kendi isteği ile girişim riskini üstlenmedir¹⁸. Fakat bu ölçütler bir çalışanın işçi sayılmaması için yeterli değildir. Türk iş hukukunda yargı içtihatları yan ölçütlerle bir yaklaşım benimsemeye çalışmıştır. Yargıtay’ın benimsediği ölçütleri, bağımlı çalışma üzerinden başlık başlık ele alacağız.

2. Yargıtay’ın Bağımlılık Unsuru Hususunda Belirlediği Ölçütler

a. İşin Kontrol ve Denetimi

Söz konusu ölçütte önemli olan iş sahibine ait organizasyon içinde işi gören kişi üzerindeki kontrol ve denetim yetkisidir. Yargıtay’ın kararlarında da belirttiği gibi, “çalışan kişi işin yürütümünü kendi organize etse de, üzerinde iş sahibinin belirli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, doğrudan iş sahibinin otoritesi altında olmasa da bağımlı çalışan olduğu kabul edilebilir¹⁹”.

b. İş Görme Karar Verme Serbestisinin Bulunması

Yargıtay kararlarında ifade edilen bu ölçüt, çalışan kişinin işini kaybetme riski taşımaksızın verilen işi reddetme hakkına sahip olması durumunda, çalışanın bağımsız çalışan olduğunu kabul eden bir ölçüt olarak kullanılmaktadır²⁰. Söz konusu ölçüt, iş görme borcunu yerine getirirken işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla borcun yerine getirilmesi durumunda, aradaki ilişkinin iş ilişkisi olacağını da göstermektedir²¹. İncelememize konu Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararına konu sözleşmede, ustabaşı olarak ifade edi-

¹⁸ İbid 12.

¹⁹ Yargıtay 9 HD, 5973/24884, 01.10.2009; Yargıtay 9 HD, 23561/10209, 1.10.2020; Yargıtay 9 HD, 23086/14507, 27.06.2019, Yargıtay 21 HD, 14072/6208, 07.04.2016; Yargıtay 7 HD, 21168/4359, 21.02.2014.

²⁰ Yargıtay HGK, 9-3561/77, 24.01.2018; Yargıtay 9 HD, 23086/14507, 27.06.2019, Yargıtay 7 HD, 21168/4359, 21.02.2014.

²¹ Süleyman Başterzi, ‘Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi’, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2018* (Onikilevha Yayıncılık 2021) 21, 34.

len çalışanın üstlendiği üretimden sorumlu olduğu, üstlenilen üretimini belirli süre içerisinde teslim etme borcu olduğu, aksi takdirde ortaya çıkan gecikmenin taşeronun ücretinden kesileceği ifade edilmiştir. Taraflar arasındaki ilişkiden, iş gören kişinin işverenin talimat ve denetim yetkisi altında, işi görüp görmemeye ve çalışıp çalışmamaya karar verme hususunda bağımsız olmadığı anlaşılmaktadır.

c. Münhasıran Aynı İş Sahibi İçin Çalışma

Söz konusu ölçüt yine bağımlı çalışmayı tespit için tek başına yeterli bir husus değildir. İşçi kısmi zamanlı çalışabileceği gibi, bağımsız çalışan da tek işveren için çalışabilir. Yukarıda söz edilen Yargıtay kararlarında, “iş sahibinin çalışan üzerindeki kontrol derecesi” ve “iş riskinin kimin üzerinde olduğu”, “iş gören kişinin yardımcı eleman çalıştırıp çalıştırmadığı” gibi ölçütlerin de aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

d. İş Sahibi İçin Çalışan Kişinin Ücretini Kendisinin Ödediği Yardımcı Eleman Çalıştırıp Çalıştırmaması

Yargıtay kararlarında vurgulanan bir diğer ölçüt, bir iş sahibi için çalışan kişinin, ücretini ödediği yardımcı eleman çalıştırarak, işin görülmesi sırasında ondan yararlanıp yararlanmadığıdır. Taraflar arasındaki ilişkide böyle bir durumun söz konusu olması halinde, bağımsız çalışma mevcut olacaktır. Tek başına bir ölçüt olmamakla beraber böyle bir durumun varlığı ayrı bir organizasyonun oluşturulduğu yönündeki kanaati güçlendirecektir. Diğer yandan, işçi iş görme borcunu yerine getirirken, taraflar da işçinin bir yardımcıdan yararlanmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda Borçlar Kanununun 116. maddesi uyarınca bir ifa yardımcısından yararlanılmış olmaktadır²². İfa yardımcısı ile işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılmamaktadır.

e. Kullanılan Üretim Araçlarının Mülkiyeti

Çalışanın kullandığı araç, gereç ve malzemenin işveren tarafından temin edilmesi, mülkiyetinin işverene ait olması, sermaye koymadan ve kendine ait organizasyonu olmadan çalışması, taraflar arasında iş ilişkisinin bulunduğu dair ölçüt oluşturacak ilkeler arasında yer almaktadır²³. Borçlar Kanunu'nun 413.

²² Süzek, (n 3) 340.

²³ Alp, (n 1) 28; Yargıtay 9 HD, 4578/10266, 15.06.2021; Yargıtay 10 HD, 1184/6935, 24.5.2021.

maddesinin 1. fıkrası uyarınca, iş sözleşmesinde aksine düzenleme yoksa veya yerel âdet bulunmuyorsa, işveren işçiye işin görülmesi için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür. Ancak teknik bağımlılık gereği, üretim araçlarının mülkiyeti işi gören kişide olsa bile bu araçları kullanırken işverenin talimatlarıyla hareket ediyorsa, yine bağımsız bir ilişkiden söz edilemeyecektir²⁴.

f. Ücretin Ödenme Şekli

Ücretin ödenme şekli, Yargıtay kararlarında, kişisel bağımlılığı tespit ederken göz önünde bulundurulacak yardımcı ölçüt olarak belirtilmiştir²⁵. Bağımsız çalışanlar genellikle edim sonucu ortaya çıkan iş için toplu para almaktadırlar²⁶ ve işin görülmesinde meydana gelen bir gecikme veya başarısızlığa bağımsız olarak işi gören katlanmaktadır. Bu şekilde kurulan bağımsız çalışma ilişkileri genellikle eser sözleşmesi temelinde kurulmaktadır. Eser sözleşmesinin ücret unsuru hakkında Yargıtay kararlarında da *“Eser sahibi... sadece sözleşme ile üstlendiği eserin meydana getirilmesinden yani işin sonucundan sorumludur. İş sözleşmesinin varlığı, ücretin ödenmesini gerektirir. Eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde, iş sözleşmesinin aksine sosyal nitelikte edimlere ve koruma yükümlülüklerine rastlanmaz”* ifadelerine yer verilmiştir²⁷. Ancak değinmek gerekir ki, iş sözleşmeleriyle çalışanların da verime göre, diğer deyişle parça başına (akort) ya da götürü usûlü ücret almaları mümkündür²⁸. Dolayısıyla, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırmaya yarayan ücret ödeme şekli ölçütünü, diğer yardımcı ölçütlerden yararlanarak değerlendirmek gerekmektedir. İncelenen kararlarda, taşeron adıyla geçen iş görenin kendi el yazısıyla yazdığı taahhütnamelerde, bazı blok ve katların döşeme ve çatı katını belirli bir tarihte bitireceğini, başka tarihli yazısında ise personel sayısını arttıracığını taahhüt ettiği görülmektedir. Eser sözleşmesine benzer nitelikler gösteren söz konusu ilişkiler özellikle takım sözleşmesinin nitelikleri de göz önüne alınarak aşağıda değerlendirilecektir.

g. Aynı İşyerinde İşçi Olarak Başka Çalışanların da İş Görmesi

Söz konusu ölçüt, bağımlı ve bağımsız çalışmayı ayırt ederken Alman Federal İş Mahkemesi tarafından gazeteci ve radyocularla ilgili uyumsuzlukların çözülmesi

²⁴ Güzel, Bağımlılık (n 5) 122-123, Başterzi, 2018 (n 21) 35.

²⁵ Yargıtay 9 HD, 4578/10266, 15.06.2021; Yargıtay 10 HD, 1184/6935, 24.5.2021.

²⁶ Başterzi, 2009 (n 9) 18.

²⁷ Yargıtay 9 HD, 1924/3388, 03.02.2021.

²⁸ Başterzi, 2009 (n 9) 18.

sırasında karine olarak kullanılmıştır²⁹. Mahkeme eşitlik ilkesi gereği, çalışmasının bağımsız olduğunu ileri süren gazetecinin gördüğü işin aynı gazetede işçiler tarafından da görülmesinin tespiti halinde, işçi olarak kabul edilmesi sonucuna varmıştır. Aynı işyerinde aynı işi yapanların bir kısmının bağımlı bir kısmının bağımsız çalışan olarak kabul edilmesi eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür³⁰.

Ancak incelediğimiz kararlarda, inşaat yapı işleri gibi mesleki faaliyetleri gerçekleştirirken aynı işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan olabileceği gibi, özellikle ayrı bir uzmanlık gerektiren işlerde bağımsız çalışandan hizmet alınması mümkündür. Dolayısıyla bu ölçütün de, diğer ölçütlerle desteklenerek mesleki faaliyetin özelliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

h. Sosyolojik Yorum

Yukarıda sayılan ölçütleri sağlamanın yanında, yapılacak son değerlendirmede, işçi statüsünde kabul edilebilme için iş görenin iş sahibi karşısındaki sosyo-ekonomik durumu da dikkate alınmalıdır³¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu iş görenin iş sahibi karşısındaki sosyo-ekonomik durumunu dikkate alarak sosyolojik bir yorumla işçi niteliğinin tespitinde bulunmuştur³². Söz konusu karara göre, Yüksek Mahkeme limited şirkette müdür olmayan şirket ortağının, sosyolojik yorum yoluyla, şirketteki payının sembolik olması ve baskın faaliyetin iş sözleşmesiyle bağımlı çalışma teşkil etmesi sonucuna varmıştır^{33,34}.

B. Eser Sözleşmesi Bakımından İlişkinin Değerlendirilmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi uyarınca, "eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel

²⁹ Başterzi, 2009 (n 9) 20.

³⁰ Başterzi, 2009 (n 9) 20

³¹ Süzek, (n 3) 148, Gaye Baycık, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (Onikilevha Yayıncılık 2017) 7-357, 49.

³² Yargıtay HGK, 9-308/303, 16.04.2003 (kazanci.com.tr, 13.02.2023).

³³ Ömer Ekmekçi, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003' (2004) 9-59, 12, 13; Baycık, (n 31) 49.

³⁴ Yüksek Mahkeme kararında şu ifadeler yer vermiştir: "Bir kimsenin biçimsel anlamda limited şirket ortağı gözükmemesine karşın, bağımlı çalışma koşulları ve aldığı ücret, bağımsız çalışma ve kazanç sağlama durumundan baskınsa bu takdirde salt, ortaklık statüsünden hareketle sonuca gidilemez. Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin; şirket içerisindeki pozisyonu, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret birlikte değerlendirilerek ekonomik yaşamının ne şekilde sürdürüldüğü ortaya konularak sorun çözümlenir" Yargıtay HGK, 9-308/303, 16.04.2003 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 13 Şubat 2023.

ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Diğer bir deyişle, eser sözleşmesinde, ücret karşılığı bir eserin yapılması sözleşmenin konusunu oluşturmaktadır. İşin yapılmasında, nasıl yapıldığı ve yapılırken çalıştırılan kişiler iş sahibini ilgilendirmektedir. Yüklenici işi yapma borcu altında olup, sözleşme ile üstlendiği işin sonucundan sorumludur³⁵. Bu sorumluluğu yerine getirirken çalışma yöntemi ve zamanı bakımından iş sahibine bağımlı olmadan ve iş sahibinden talimat almadan serbestçe çalışabilir. İş sözleşmesinde ise işçi, işverenin talimatına bağlı olarak ve denetimi altında, belirli veya belirsiz sürede işini yerine getirir³⁶. Kural olarak, iş sözleşmesine göre çalışan işçi, çalışma yöntemini seçmekte serbest değildir. Fakat yukarıda açıkladığımız gibi, çalışan kişinin işin yürütümünü kendisinin organize etmesi halinde dahi iş sahibinin belirli sınırlarda talimat verme ve denetim yetkisi mevcutsa, iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, bağımlı bir çalışma olduğu kabul edilmelidir³⁷.

Yargıtay eser sözleşmesi ile iş sözleşmesi ayrımını yaptığı bir kararında, "iş sözleşmesi ile çalışan işçinin bu süre içinde işveren veya vekilinin buyruğu ve denetimi altında (bağımlı olarak) edimini yerine getireceğini ve burada söz konusu olan bağımlılığın ise her an ve durumda çalışana denetleme veya talimatına göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıdığını" ifade etmiştir³⁸. Yargıtay aynı kararında, "Eğer ki çalışan, işgücünü belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir" şeklinde ifade ederek iş sözleşmesi ve eser sözleşmesi ayrımını ortaya koymuştur.

Görüldüğü gibi Yargıtay, iş sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırırken, zaman ve bağımlılık unsurları yanında ekonomik risk unsurunun da ölçüt olarak dikkate alınması gerektiğini kararlarında vurgulamıştır. Yargıtay Hukuk Genel

³⁵ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 3) 172.

³⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 3) 172.

³⁷ Yargıtay 9 HD, 23561/10209, 1.10.2020; Yargıtay HGK, 9-3561/77, 24.01.2018. Yüksek Mahkeme bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: "Her iki sözleşmenin ayırt edilmesinde bağımlılık unsuru dışında farklı unsurlar da bulunmaktadır. İş sözleşmesinde işçi, belirli veya belirsiz süreli olarak işveren için çalışır. Eser sahibi ise kural olarak uzmanlığı bakımından iş sahibinin talimatları ile bağlı değildir. Sadece sözleşme ile üstlendiği eserin meydana getirilmesinden yani işin sonucundan sorumludur." Yargıtay 9 HD, 1924/3388, 03.02.2021, <Çalışma ve Toplum, 2021/3 (70), 2351-2355>

³⁸ Yargıtay 10 HD, 6872/1228, 04.02.2021.

Kurulu³⁹ bir kararında, “işçinin iş sözleşmesi ile üstlendiği edimin “iş görme edimi” olması, bu edimini işverenin gözetim ve denetimi altında, onun verdiği emir ve talimatlar doğrultusunda yerine getirmesi, kural olarak çalışılan yerin, çalışma saatlerinin işveren tarafından belirlenmesi, üretim araç ve gereçlerinin, mamul ve yarı mamul maddelerin işveren tarafından temin edilmesi karşısında iş sözleşmesinde ekonomik riskin işveren üzerinde olduğu açıktır” şeklinde ifade ettiği ekonomik riskin işveren üzerinde olmasını, işverenin emir ve talimat vermesine ve araç gereçlerin kendisi tarafından sağlanmasına bağlamıştır. Aynı kararında, “işverenin iş sözleşmesinde egemen olması, işçinin iş görme edimi nedeni ile ekonomik risk altına girmemesini gerektirir. Ekonomik riskin işverende olması, yapılan işin sonucunun işçiyi etkilememesi, işveren zarar etmiş olsa bile işçinin çalışmasının, yerine getirdiği iş görme ediminin karşılığı olan ücreti isteyebilmesi, işin kar ve zararının işveren üzerinde olması, işveren zarar etmiş olsa bile işçiye ücretini ödemesi anlamına gelmektedir” demek suretiyle ekonomik risk unsurunun işveren üzerinde olmasının, işçinin ücretinin işin sonucu nasıl olursa olsun ödenmesine bağlı olduğunu ifade etmiştir.

İncelediğimiz kararlara konu uyumsuzluk konusu sözleşmelerde, taşeron sıfatıyla hareket eden kişinin, işin bitimine ilişkin taahhütlerde bulunmasının, belirlenen üretimin kararlaştırılan zamanda teslim edilmesi yükümlülüğünün olmasının, aksi taktirde doğan gecikme ve işçilik hatalarının bedelsiz olarak taşeronun ücretinden kesilecek olmasının kararlaştırılması, aradaki ilişkinin eser ilişkisi olduğunu göstermemektedir. Söz konusu olaylarda taşeron olarak isimlendirilen kişinin ayrı bir iş organizasyonu ve işyerinin olmadığı ve edim sonucunu taahhüt eden bağımsız bir çalışan olmadığı sonucuna varılmaktadır.

C. Takım Sözleşmesi Bakımından İlişkinin Değerlendirilmesi

İş sözleşmelerinde işveren karşısında birden çok işçinin birlikte çalışmak için birleşmeleri ve gruplaşmaları söz konusu olabilir. Bu işçilerle işveren arasında veya birlikte çalışan işçiler arasında hukuki ilişkiler meydana gelebilir. Grup hizmet ilişkileri, Alman hukuk sisteminde İşletme Grubu, Özel Grup ve İş Paylaşımı (Job Sharing) adıyla üç farklı şekilde düzenlenmiştir. Türk hukuk sisteminde benzer düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen takım sözleşmesidir. Ayrıca toplu iş sözleşmelerine de bu tip hukuki ilişkiler hakkında özel hükümler koymak mümkündür⁴⁰.

³⁹ Yargıtay HGK, 9-7/848, 04.11.2020.

⁴⁰ Kenan Tunçomağ, ‘Takım Sözleşmesi’ (1970) 36 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 311 311.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde takım sözleşmesi "Birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle yaptığı sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Yapılması öngörülen bir iş sözleşmesinden kaynaklanacak iş görme edimini ifa edecek işçilerden oluşan bir takımı temsilen, aralarından bir işçinin işveren ile yaptığı sözleşme takım sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır⁴¹. Takım kılavuzunun o takımdan biri olması zorunluluğu bulunmaktadır. Böylece, bu hükümlerle iş aracılığı yapılması engellenmektedir⁴². Geçmişte bu uygulama *elçilik*, *dragoma*, *çavuş*, *bölük başı*⁴³ gibi isimlerle yapılmaktaydı⁴⁴. Bu ilişki biçimlerinde, araçlar, işverenlere karşı işçi sağlamayı taahhüt etmekte; diğer yandan, işveren ile çalışmaya başlayan işçilerin ücretlerinden, aracılık faaliyetinin karşılığı olarak kesintiler almaktaydılar. Fakat İş Kanundaki hükümlerde, takım kılavuzuna verilmek üzere diğer işçilerin ücretlerinden hiçbir şekilde kesinti yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Diğer yandan, takım sözleşmesi çerçevesinde işveren ile iş sözleşmesi yapan işçilerin ücretlerinin, her bir işçiye verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

⁴¹ Takım sözleşmesi ile temsil edilen işçilerin İş Kanunu kapsamındaki işçiler olması gerektiğine ilişkin Yargıtay Kararına göre; "takım sözleşmesini düzenleyen 1475 sayılı yasanın önerdiği işçi statüsünde olması zorunludur", Yargıtay HGK., 13-77/63, 09.02.2000, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2023; aynı yönde bir başka kararda, "İşçilerin tarla işinde çalıştığı tartışmasızdır. Dosya içeriğine göre, 50 işçiden az sayıda işçi çalışmıştır. İş Kanunu'nun 4.maddesine göre, tarım işinde çalışan işçilikte İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Öte yandan kabule göre de dava dilekçesinde "elçi" tabiri İş Kanunu'nun 16. maddesinde yer alan takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmelerinde yer alan takım kılavuzunu karşılamaktadır. Anılan düzenlemenin hüküm doğurabilmesi için çalışan işçiler İş Kanunu'na göre çalışmalıdır." Yargıtay 9. HD, 16864/11046, 02.05.2008, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2023.

⁴² Çenberci M, *İş Kanunu Şerhi* (6. Bası, Seçkin Kitabevi 1986) 268; Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Esra Baskan, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta Yayıncılık 2020) 94.

⁴³ Çenberci, (n 42) 267; Ufuk Aydın, '4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi' in Ali Cengizoğlu (ed), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu Kitabı* (AYBÜ Hukuk Fakültesi Yayını 2016) 221.

⁴⁴ Yargıtay bir kararında, ustabaşı olarak adlandırılan işçinin işveren ile arasındaki ilişkinin takım sözleşmesi olduğuna karar vermiştir. Karara göre, "davacı dava dilekçesinde taşeron olduğundan söz ederek eser sözleşmesine dayanmış ise de duruşmadaki beyanında taşeron olmayıp ustabaşı olduğunu beyan etmiş olup, mahkemece de bu beyan esas alınarak, taşeron olmadığı ve eser sözleşmesi ilişkisi bulunmadığı sonucu kabul edilerek davanın ispatlanmadığından reddine karar verilmiştir. Mahkemece de kurulan hükme gerekçe yapılan davalının taşeron olmayıp ustabaşı olduğu yönündeki beyanı karşısında, dayanılan ve hükme dayanak yapılan mahkemece esas alınan sözleşme, eser sözleşmesi olmayıp, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenen takım sözleşmesi niteliğindedir". Yargıtay 15 HD 3780/567, 14.02.2018, <legalbank.net> Erişim Tarihi 18 Temmuz 2023.

İş Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasına göre sözleşmeyi takım değil, "... *takımı temsilen bu işçilerden birinin, takım kılavuzu sıfatıyla...*" yapmaktadır. Takım, takıma dahil işçilerin iş sözleşmesi gerçekleştirme ortak amacını taşıyan ve bu amaçla bir araya gelen işçi grubunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla takımın hukukî niteliğinin adi ortaklık olarak kabulü mümkündür⁴⁵. Bu durumda, takımın tüzel kişiliği olmadığı için, takım kılavuzu ile takım arasındaki ilişkiyi temsil ile açıklamak mümkün görünmemektedir⁴⁶. Bu sebeple, madde 16/1'de geçen "takımı temsilen" ifadesini "takımı oluşturan işçileri" temsilen olarak anlamak gerekmektedir. Temsil yetkisi, takım sözleşmesinin yapılmasıyla sınırlıdır ve takımı oluşturan işçilerin çalışmaya başladıkları anda son bulmaktadır⁴⁷.

Takım sözleşmesinin hukukî niteliği üzerinde yıllardır bir görüş birliğine varılamamıştır. Kanunî tanımından anlaşılacağı üzere, takım sözleşmesi, grup iş ilişkisi kuran tek sözleşme türü olarak Türk hukukunda yer bulmaktadır⁴⁸. Ancak kanunî tanımından başlı başına bir iş sözleşmesi türü olmadığı sonucuna varılmaktadır⁴⁹. Doktrindeki baskın görüşe göre takım sözleşmesi, iş sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinden oluşmuş birleşik bir sözleşmedir⁵⁰. Takım sözleşmesinin birleşik sözleşme olduğuna dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "*davacı ile Dayıbaşı ve çalışanlar arasındaki hukuki ilişki, mevcut özelliklerine göre 1475 Sayılı İş Kanununun 10 ncu maddesinde öngörülen "takım sözleşmesi"ne dayanmaktadır. Takım sözleşmesinin hukuki niteliği ise, iki ayrı*

⁴⁵ Tunçomağ, Takım Sözleşmesi (n 40) 314-315; Çenberci, (n 42) 269; Tunçomağ ve Centel, (n 4) 78; Bilâl Toprak, 'Takım Sözleşmesi', (2022) Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, (2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, 1587 1615. Borçlar Kanunu'nun 620. maddesine göre, "*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir*".

⁴⁶ Tunçomağ ve Centel, (n 4) 78.

⁴⁷ Çenberci, (n 42) 269.

⁴⁸ Tunçomağ ve Centel, (n 4) 72; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 147.

⁴⁹ Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskın (n 42) 95; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal (n 4) 147. İş sözleşmesi türü olmayıp, iş sözleşmesinin kurallarını belirleyen bir çerçeve sözleşme olarak nitelendiren görüş için bkz. Eyrenci, Taşkent, Ulucan ve Baskın (n 42) 95. Takım sözleşmesinin bir iş sözleşmesi türü olduğuna dair görüşler için bkz. Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku* (19. Bası, Beta Yayıncılık 2016) 79.

⁵⁰ Çenberci, (n 42) 268; Tunçomağ, Takım Sözleşmesi (n 40) 320; Tunçomağ ve Centel, (n 4) 79; Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, (n 4) 147. Tarafların, en az iki bağımsız tipik sözleşmeyi - karakteristik özelliklerini bozmaksızın- birbirine bağlı kılarak birleştirmeleriyle ortaya çıkan sözleşmeler genel olarak "*birleşik sözleşme*" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) Cilt: I/1* (6. Bası, Evrim Basım, Yayın, Dağıtım 1990) 75-76; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)* (6. Bası, Beta Yayıncılık 2002) 19.

sözleşme tipinin birleşmesinden meydana gelmiş ve birleşik sözleşmedir ki, bunlar hizmet sözleşmesi ve başkasının fiilini taahhüttür ve bu iki sözleşme konusunda kendilerine has hükümler uygulanır⁵¹". Buna göre, hem takım kılavuzu ile işveren arasında bir "iş sözleşmesi" kurulmakta, hem de takım içerisinde sayılan diğer işçilerin işveren ile iş sözleşmesi yapacağına dair bir "üçüncü kişinin fiilini taahhüt" sözleşmesi kurulmaktadır. Burada sözleşmelerin "birlikte hüküm doğurması veya birlikte hükümden düşmesi" söz konusudur⁵². Ancak her sözleşme ayrı ayrı bağımsız birer tipik sözleşme olarak özelliklerini ve edimlerini korusa da aralarında ilişki olduğu için birisi ortadan kalktığında diğeri de hükümsüz kalacaktır⁵³.

Takım sözleşmesini düzenleyen 16. maddenin 3. fıkrasında ise bu sözleşme hakkında Borçlar Kanunu'nun 128. maddesinde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt hükmüne atıfta bulunulmuştur. Takım sözleşmesinde, takımdaki işçilerin işe başlamalarıyla işveren ile aralarında bağımsız birer iş sözleşmesi kurulmuş olup, işe başlamayan işçiler açısından takım kılavuzu üçüncü kişinin⁵⁴ fiilini taahhüt hükümleri ile sorumlu tutulmaktadır. Takımı oluşturan işçilerin işe başlamamaları halinde, takım kılavuzunun işverene bir tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Söz konusu tazminat müsbet tazminat olduğu için, takım kılavuzu, işverenin sözleşmenin ifasından beklediği yararları tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁵.

Takımı oluşturan işçilerin işe başlamaları ile kendileri ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirtilen koşullar altında, bir iş sözleşmesi oluşur. İşçilerden her biri ile işveren arasında doğrudan doğruya bir iş sözleşmesi kurulacağı için, "işe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır" (İş K. m. 16/IV c. 1). Çenberci'ye göre, işverenden aldığı ücreti takım kılavuzu işçiye ödemişse, bu durumda işveren vekili gibi hareket etmiş sayılacağından, işveren, ücret ödeme borcunu yerine getirmiş sayılacaktır⁵⁶. Takım kılavuzunun işveren vekili olarak hareket ettiğine dair güncel bir Yargıtay kararında, takım kılavuzunun işverene, kendi hizmeti yanında getirdiği işçilerle birlikte iş görmesinin, onlar adına hare-

⁵¹ Yargıtay HGK, 10433/15, 14.01.1987; Yargıtay 10 HD, 406/7244, 24.12.1985.

⁵² Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt: II (Sermet Matbaası 1977) 11.

⁵³ Tunçomağ, *Takım Sözleşmesi* (n 40) 320.

⁵⁴ Tunçomağ, *Takım Sözleşmesi* (n 40) 314-315; Tunçomağ ve Centel, (n 4) 78.

⁵⁵ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku (Genel Borç İlişkileri)*, Cilt: I (Sermet Matbaası 1976) 986.

⁵⁶ Çenberci, (n 42) 272.

ket etmesinin, ücretlerini alıp dağıtmasının, takım kılavuzuna işveren sıfatını vermeyeceğini ifade etmiştir⁵⁷ Bu hususta, işverenle takım kılavuzu arasında çıkacak uyuşmazlar, sebepsiz zenginleşme veya vekalet sözleşmesi çerçevesinde çözümlenebilir⁵⁸.

İncelemeye konu yargı kararlarında ustabaşı olan kişi tarafından diğer işçilere ücretlerin ödendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla takım kılavuzu olarak işveren vekili gibi hareket etmiş ve kendisine ödenen ücretleri işçilere ödemiş olması ustabaşı ile işveren arasındaki ilişkinin takım sözleşmesi olduğunu göstermektedir. Ayrıca inceleme konusu kararlardan anlaşıldığı üzere, ustabaşı olarak görev yapan kişi diğer işçilerin kontrolü, çalışma düzeninin sağlanması, barınma ve yemek ihtiyaçlarının karşılanması görevlerini de yerine getirmektedir. Takım kılavuzu gibi hareket ederek, işveren için işçi temin ettiği de ortadadır. Yargıtay'ın bazı kararlarında ekip halinde çatı yapım işini üstlenen işçilerin takım sözleşmesi ile çalıştığına hükmedilmiştir⁵⁹.

⁵⁷ Karara göre, "Diğer taraftan takım sözleşmesinde, takım klavuzu olarak hareket eden kişi, bir anlamda işveren vekili gibi hareket eder. İşveren konumunda olan bir işverene, kendi hizmeti yanında getirdiği işçilerle birlikte çalışması, onlar adına hareket etmesi, ücretlerini alıp dağıtması, işveren sıfatı kazandırmaz. Bunun tipik örneği 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 16. maddesi gereğince takım sözleşmesi ile oluşturulan iş sözleşmeleridir. Bu tür sözleşmede "İşçilerden biri, birden çok işçinin meydana getirdiği bir takımı temsilen, takım kılavuzu sıfatıyla işverenle sözleşme yapmaktadır" ve "İşe başlamasıyla iş sözleşmesi kurulan işçilere ücretlerini işveren veya işveren vekili her birine ayrı ayrı ödemek zorundadır." Takım kılavuzu ile sözleşme yapan kişinin işverenle aradaki ilişkisi iş ilişkisidir." Yargıtay 10 HD, 2295/3165 27.03.2023 <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 03 Ocak 2024.

⁵⁸ Çenberci, (n 42) 272.

⁵⁹ "Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre davacı 1994 tarihli inşaat ruhsatına istinaden kendi adına işyeri tescil ettirerek ve işçileri bildirerek inşaat işine başlamış ve inşaatı bölerek ve zaman dilimine yayararak kendisi yürüterek yapmaktadır. İnşaatın bodrum ve zemin katı daha önce bitirilmiş, 1. ve 2. kat kaba halinde iken üst çatısının tamamlanması için davacıların murisinin de bulunduğu üç kişilik bir ekiple (takım sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir) sözlü olarak anlaşmıştır. Bina inşaatında çalışan davacılar murisinin esnaf kaydı, dolayısı ile kendi nam ve hesabına çalıştığına dair kaydı bulunmamaktadır. İnşaat bölümü yaptıran ve işyeri tescilli yaptıran davacı olup, davacılar murisinin işin bir bölümü olan çatı işinin yapılması için davacı tarafından işe alındığı anlaşılmaktadır. Tüm bu açıklamalara göre işin yürütümü tamamen davacıda olup, davacı bu yönü ile 5510 Sayılı Kanunu'nun 12 ve 13. maddeleri kapsamında işverendir. Davacıların murisi takım sözleşmesi kapsamında çalışmakta olduğundan aradaki ilişki iş ilişkisidir." Yargıtay 10 HD, 1350/2441 14.03.2023 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024. Aynı yönde bkz., "vefat eden sigortalının takım sözleşmesi kapsamında (işçi olarak çalışmakta iken) takım kılavuzu sıfatına sahip olduğu ve olayın mesai saatleri içinde gerçekleştiği anlaşılmakla ..." Yargıtay 10 HD, 05.10.2023 8531/9244, <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024; Yargıtay 9 HD, 17950/1645 08.02.2023 <www.kazanci.com.tr> Erişim Tarihi 02 Ocak 2024.

D. Alt İşverenlik Bakımından İlişkinin Değerlendirmesi

Karar incelememizin bu bölümünde, alt işverenliğin unsurlarını, sadece uyuşmazlık konusu kararları ilgilendirdiği ölçüde ele alacağız.

1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında alt işverenlik müessesesi şöyle tanımlanmıştır; "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir." Asıl işveren alt işveren ilişkisini diğer üçlü iş ilişkilerinden ayıran en önemli husus, işin bir işverenden (asıl işverenden) alınmasıdır⁶⁰. 4857 Sayılı İş Kanunu anlamında, hukuken geçerli bir asıl işveren alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için alt işveren, asıl işverene karşı münhasıran onun işinde ve işyerinde bir işin ifasını üstlenmelidir⁶¹.

2. Ayrı Organizasyon Unsuru

Asıl işveren alt işveren ilişkisinin ilk ve temel unsuru bu ilişkinin her iki tarafında da işverenlik sıfatının aranmasıdır. Yargıtay'a göre de, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için ilk olarak mal veya hizmetin üretildiği bir işyeri olan işverenin varlığı gerekir. Bunun yanında, alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için işverene ait işyerinde iş alan ikinci bir işverenin varlığı gerekir⁶². Bir başka ifadeyle, alt işverenlik ilişkisi kurulduğu anda ilişkiye konu olan iş bakımından her iki tarafın da işveren sıfatını taşımaları gerekmektedir⁶³. Alt işverenin işverenlik sıfatına sahip olması için gereken hukukî bağımsızlık için uzmanlığı gerektiren donanıma sahip bir işyerine veya iş organizasyonuna sahip olması gerekmektedir⁶⁴. Söz konu-

⁶⁰ Talat Canbolat, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri* (Kazancı Yayıncılık 1992) 19-20.

⁶¹ İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu* (5. Bası, Seçkin Yayınları 2021) 187.

⁶² Yargıtay HGK, 877/54 08.02.2023; Yargıtay HGK, 1260/767 12.07.2023; Yargıtay 9 HD, 39308/39060 20.12.2010; Yargıtay 9 HD, 3836/15040 01.06.2009; 22 HD, 7276/20571 07.11.2019.

⁶³ Aydın (n 61) 197-198; Osman Güven Çankaya ve Şahin Çil, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler* (2. Bası, Yetkin Yayıncılık 2009) 20-21.

⁶⁴ Aydın (n 61) 191; Ali Güzel, 'İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları' (2004) 1, Çalışma ve Toplum, 31, 40.

su bağımsızlığa sahip bir alt işverenin asıl işverenden aldığı işin görüldüğü yer dışında mekân anlamında ayrı bir işyerine sahip olmasının bir şart olarak aranmasının kanunun amacına aykırı olacağı görüşündeyiz⁶⁵. Dolayısıyla, asıl işverene ait işyerinde üstlenilen bir işin, alt işverene bağlı işçiler tarafından asıl işverenin işyerinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca alt işverenin yanında çalışanlar, asıl işverenin değil alt işverenin işçileri olmalıdırlar. Bu durumda, asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverenin ayrı bir işveren olması beklenir. Her ne kadar, alt işveren işçileri asıl işverenin işyerinde çalışsa da, çalıştırdığı işçiler bakımından hukuken bağımsız bir işyerinin olması gerekmektedir⁶⁶.

Alt işverenlik ilişkisinde işçilere işin görülmesi ile ilgili talimatları verme yetkisi de alt işverende olmalıdır⁶⁷. Çünkü, işin görülmesi ile ilgili emir ve talimat verme yetkisi asıl işverene bırakılırsa gerçek bir alt işverenlik ilişkisinden söz edilemez⁶⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki, her iki işverenin aynı yeri işyeri olarak kullanması ve alt işveren işçisine asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği, işyerinin düzeni ve gözetimi gibi hususlarda genel nitelikte emir ve talimat vermesi; alt işveren işçisinin uğradığı bir iş kazasında asıl işverenin de birlikte sorumluluğu dikkate alındığına ilişkiyi muvazaalı hâle getirmez⁶⁹.

İş Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme (Alt İşverenlik Yönetmeliği⁷⁰ m. 5-6), "alt işverene, bu sıfatla mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyerinin tescili için yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirim yapma yükümlülüğü" getirmiştir⁷¹. Anılan hükme göre, "Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür." Bu maddenin gerekçesine göre de, "... Maddenin ikinci fıkrasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin oluşması halinde,

⁶⁵ Ercan Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2008) C: 1, 101.

⁶⁶ Canbolat, (n 60) 56; Sarper Süzek, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001* (Kamu-İş Yayını 2003) 1, 13; Aydın, (n 61) 192; Hande Bahar Aykaç, *İş Hukukunda Alt İşveren* (Beta Yayıncılık 2011) 408; Polat Soyer, '4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları' (2006) 1 (1) Sicil 16, 17.

⁶⁷ Süzek, (n 3) 175; Soyer, (n 66) 17.

⁶⁸ Soyer, (n 66) 17.

⁶⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, (n 3) 136; Güzel, (n 64) 57, 58.

⁷⁰ Alt İşverenlik Yönetmeliği, RG 27 Eylül 2008/27010.

⁷¹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 3) 116; Canbolat, (n 60) 51; Güzel, (n 64) 40.

alt işveren asıl işverenin işyerinde bir mal veya hizmet üretimine geçmek ve bunun için işçi ve diğer unsurlarıyla faaliyet göstermek üzere bir birim meydana getirdiği için, onun da kendi adına kurduğu bu işyeri için gerekli bildirimleri yapması öngörülmüştür...⁷²". Ayrıca Alt İşverenlik Yönetmeliği'nin 5. maddesinin son fıkrasında, bir işyerinde her ne suretle olursa olsun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmasının yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir.

Gerçekten, bir kimsenin başka bir işverenden aldığı iş için belirli uzmanlığa ve hukukî bağımsızlığı olan bir organizasyona sahip olmaması ve mal ya da hizmet üretimine ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemesi halinde, o kişinin alt işveren olduğundan söz edilemez. Böyle bir durumda asıl işverene işçi temini söz konusu olacak ve alt işverenlik ilişkisi geçersiz sayılacaktır⁷³. Ayrıca, asıl işverenin alt işveren işçilerinin işe alımı ve işten çıkarılmasında, disiplin cezası verilmesinde, ücretlerini belirleyip, ödemesinde bu işçilerin alacakları ücretin belirlenmesinde, işin yönetiminde, emir ve talimat verilmesinde söz sahibi olması halinde taraflar arasında muvazaanın olduğundan da söz edilecektir⁷⁴.

Alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olduğu ve asıl amacın işverenler arasında işçi temini olduğunun tespitine ilişkin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yeni tarihli bir kararı bulunmaktadır⁷⁵. Karara göre, işi alan işverenin işi yapabilecek ekonomik ve hukuki bağımsızlığı ile kendisine ait ayrı bir iş organizasyonunun bulunması ve işin yürütümünden dolayı emir ve talimat yetkisine sahip olması gerekmektedir. Karar, bir alt işverenlik ilişkisinin işçi temini olarak nitelendirilmesine ilişkin tespitinde şu unsurlara yer vermiştir; "... **Bir alt işveren, bir asıl işverenden sözleşme ile üstlendiği mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip değilse**, kısaca üretim

⁷² İş Kanunu tasarıları <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y1/T1/WebOnergeMetni/bbcd493c-2052-4c7d-9201-ac5f81107dfb.pdf>> Erişim Tarihi 24 Şubat 2024.

⁷³ Güzel, (n 64) 40; Soyer, (n 66) 17; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca, 136; Süzek, (n 4) 175. Ayrıca konu ile ilgili Yargıtay kararları için bkz.; Yargıtay HGK, 7-2134/2001 20.12.2018; Yargıtay 22 HD, 9334/18189 11.09.2018.

⁷⁴ Süzek, (n 4) 175; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 3) 136; Aykaç, (n 66) 408 vd.; Aydınli, (n 61) 240.

⁷⁵ Yargıtay HGK, 9-1247/54 09.02.2021. Kararın değerlendirmesi için bkz., Gaye Burcu Yıldız, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2021* (Onikilevha Yayıncılık 2023) 11, 29 vd.

ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmemişse olayda asıl işveren alt işveren ilişkisinden çok asıl işverene işçi temini söz konusu olacaktır". Söz konusu kararda, bir çatallı kaldıraç (forklift) operatörü olarak çalışan davacının "gelen malzemenin boşaltılması, istiflenmesi ve vagonlara yüklenmesi işini yaptığı ve davacı ile aynı işi yapan davalı işveren çalışanlarının da bulunduğu" ifade edilmiştir. Ayrıca kararda, "alt işveren işçilerinin işe alınmasında ve işten çıkarılmasında davalı işverenin söz sahibi" olduğu, emir ve talimatları asıl işverenin işçilerinden aldığı, işyerinde kullanılan çatallı kaldıraçların mülkiyetinin de işverende olduğu belirtilmiştir. Yargıtay kararında, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinden söz edebilmek için, alt işveren olarak gösterilen şirketlerin belirli bir organizasyona ve uzmanlığa sahip olması ve bağımsız bir yönetimi üstlenmiş olması gerektiğini vurgulamaktadır⁷⁶. Dolayısıyla, üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmeyen, bir işverenden aldığı iş için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip olmayan bir kişi alt işveren olarak nitelendirilmeyecektir. Söz konusu durumda, gerçek ilişki, eğer alt işveren olarak adlandırılan kişi, kendisi işçi olarak çalışmıyor ise işçi temini olabilecektir⁷⁷. Ayrıca alt işverenin böyle bir organizasyona sahip olmaması halinde, işçilerini asıl işverene ait

⁷⁶ Kararda şu ifadeler yer verilmiştir: "Ayrıca özellikle, davacı işçinin emir ve talimatları davalı işveren yetkililerinden alması, işe alım ve işten çıkarmada davalı işveren yetkililerinin söz sahibi olması, forklift temininin davalı işveren tarafından sağlanması hususları da gözetildiğinde, dava dışı şirketlerin sözleşme ile üstlendikleri mal veya hizmet üretimi için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve bağımsızlığa sahip olmadıkları; bir başka deyişle üretim ya da hizmet sunumuna ilişkin ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmedikleri hizmet alım sözleşmesinin işçi teminine yönelik olduğu ve yasanın aradığı unsurları taşımadığı açıktır." Yargıtay HGK, 9-1247/54 09.02.2021, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 04 Ocak 2024.

⁷⁷ Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 9 HD, 22857/3226, 23.02.2009; Yargıtay 9 HD, 41355/3468 22.12.2008, Ayrıca Yargıtay 9 HD, bir işverenin alt işveren olabilmesi için faaliyetin yönetimini üstlenmesi gerektiğini vurguladığı bir başka kararında şu ifadeler yer vermiştir: "...işçinin ihale ile alınan genel temizlik işinde çalıştırılması/genel temizlik işini ihale ile alan davalı İlmero şirketinin de üstlendiği genel temizlik işinde belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olması, kısaca bu faaliyetin yönetimini üstlenmesi gerekir. Somut uyuşmazlıkta davacı işçi genel temizlik işinde değil, başlangıçtan beri hastabakıcılık görevinde çalıştırılmıştır. Hastabakıcılık hizmeti ihale ile yüklenen genel temizlik işi dışındadır ve Üniversiteye ait hastanenin asıl işleri arasındadır. Diğer taraftan, genel temizlik işini ihale ile alan şirketin hastabakıcıları işyerine getirdikten sonra Üniversite görevlilerine teslim ettiği, bundan sonra karışmadığı, çalışacakları bölümleri ve mesailerini Üniversite görevlilerinin belirlediği saptanmıştır. Davalı şirketin davacı işçi açısından belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa da sahip olmadığı da anlaşılmaktadır. O halde davacı işçi başlangıçtan beri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/7 maddesi uyarınca davalı Üniversitenin işçisidir" Yargıtay 9 HD, 12808/16075 23.2.2009, <www.kazanci.com> Erişim Tarihi 1 Şubat 2024.

işyerinde çalıştırması, “geçici iş ilişkisi” kapsamında değerlendirilebilecek veya muvazaa biçiminde nitelendirilebilecektir⁷⁸. Şayet alt işveren olarak adlandırılan kişi, işyerinin bir bölümünde işi üstlenmekle birlikte bunu kendi başına yapsa bile alt işveren niteliği taşımayacaktır⁷⁹.

İncelemeye konu kararlarda, kendisi de işçi olarak çalışan ve taşeron olarak anılan kişinin kaba inşaatın yapımında çalıştığı, diğer bir kararda ise taşeron olarak anılan kişinin alüminyum kompozit işini yaptığı anlaşılmaktadır. Fakat her iki kararda da, taşeron olarak adlandırılan kişilerin söz konusu hizmetlerin ekonomik faaliyetinin bağımsız yönetimini üstlenmediği, işverenlerden aldığı işler için belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuki bağımsızlığa sahip olmadığı ifade edilmiştir⁸⁰. Dolayısıyla alt işverenliğin ön şartı olan ilişkinin tarafı olan alt işverenin işverenlik sıfatı taşıması sonucunda kararlarda söz edilen ilişkinin muvazaalı bir alt işveren ilişkisi olduğu ve işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçisi olduğu kabul edilmelidir. Benzer bir olayda Yargıtay, “işin sevk ve idaresinin asıl işveren olan davalı bakanlık tarafından yapıldığı, işin yapımındaki tüm araç gereç ve malzemenin asıl işverene ait olduğu, çalışma plan, süre ve koşullarının, fazla mesailerin ve izinlerin asıl işveren olan bakanlıkça belirlendiği, alt işveren değiştiği anda asıl işverene ait işyerinde çalışanların aynı şart ve koşullarda çalışmaya devam ettiği, hizmeti satın alınan alt işveren firmaların kendileri açısından işyeri oluşturabilecek ayrı bir iş organizasyonunun bulunmadığı, işe alım ve çıkarımlarda asıl işverenin söz sahibi olduğu, alt işveren ve asıl işveren işçilerinin birlikte çalıştıkları, yapılan işverenlik sözleşmelerinin muvazaalı olduğuna” karar vermiştir⁸¹.

3. Asıl İşin Bir Bölümü Unsuru

İncelemeye konu kararlarda görüldüğü üzere, uyumsuzluğa sebep olan husus, gerçekten bir alt işveren ilişkisi olup olmadığı noktasındadır. Ayrı bir organizasyona sahip olmadığı anlaşılan şirketlerin, alt işveren ilişkisinin iki tarafında da işveren bulunması şartını taşımadığı açıktır. Tarafardan biri ayrı bir işveren niteliği taşıyor olsaydı bile, asıl işin bir bütün olarak başka bir işverene verilmesi halinde de asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edilemeyecekti⁸². Bu nedenle,

⁷⁸ Güzel, (n 64) 40.

⁷⁹ Süzek, (n 4) 159; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 3) 136; Aykaç (n 66) 64 vd.

⁸⁰ Alp, (n 1).

⁸¹ Yargıtay 9 HD, 12251/18361 17.10.2019.

⁸² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat ve Özkaraca (n 3) 104.

işin belirli bir bölümünün değil de tamamının devredildiği durumlarda, bu işleri alan kimseler alt işveren olarak nitelendirilmeyecektir. Bu şekilde gerçekleşen anahtar teslim işte, anahtar teslimi işi veren bütünlüğü bozulmaması gereken işi bütünüyle bir başkasına yaptırmakta ve işin yapılması sırasında o iş alanında kendi işçilerini çalıştırmamaktadır⁸³.

Kararlardan birinde bir inşaat firması kaba inşaatın tamamını bir inşaat firmasına devrederken, diğerinde bir alüminyum kompozit firması, alüminyum kompozit montajı işini devretmektedir. Dolayısıyla, alt işverenliğin unsurlarından olan, asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması, unsurunu olaydaki ilişki taşımamaktadır.

Yargıtay bir kararında, işverenin asıl işi olan “kauçuk ve plastik hortum üretimi işinin davalı şirketin asıl işi olduğu, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş niteliğinde olduğunun” ispatlanamadığını belirterek, “söz konusu işin bölünerek alt işverene verilemeyeceği” şeklinde isabetli bir sonuca varmıştır⁸⁴.

Sonuç

İncelediğimiz Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararları kanımızca isabetlidir. Taraflar arasında işçi temini amacını gizlemeye dönük aradaki ilişkiyi alt işverenlik şeklinde göstermek muvazaalıdır ve hukukî sonuç doğurmamaktır. İnşaat şirketinin talimatları ve denetimi altında faaliyet gösteren ve işçileri toplayıp denetleyen ustabaşı statüsünde bir kişinin alt işveren olarak kabul edilmesi düşünülemez. Zira alt işveren olarak nitelendirilen bu kişi gerçekte ayrı bir organizasyona, bağımsızlığa ve uzmanlığa sahip olmayan bir kişidir. Bu durumda aradaki ilişkinin tespitinin araştırılması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, eğer alt işveren olarak gösterilen kişi kendisi işçi olarak inşaatta çalışmıyor ise aradaki ilişki işçi temini olabilir. Fakat iki kararda da alt işveren olarak gösterilen kişiler kendileri de inşaatta çalışmaktadır.

Kararlardan birinde bir inşaat firması kaba inşaatın tamamını bir inşaat firmasına devrederken, diğerinde bir alüminyum kompozit firması, alüminyum kompozit montajı işini devretmektedir. Dolayısıyla, alt işverenliğin unsurların-

⁸³ Levent Akın, *İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin Yayınları 2013) 177.

⁸⁴ Yargıtay 9 HD, 32217/3258 12.02.2007.

dan olan, asıl işin bir bölümünde alt işverenlik ilişkisi kurulabilmesi için, alt işverene verilen işin işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması unsurunu olaydaki ilişki taşıyamamaktadır. Kararlarda aradaki ilişkinin anahtar teslimi olarak değerlendirilmesi üzerinde durulmamasıyla birlikte, somut olayda olduğu gibi ayrı bir organizasyona, bağımsızlığa ve uzmanlığa sahip olmayan, işin görülmesinde işverenden talimat alan ve işverenin denetimi altında iş gören kişinin anahtar teslimi iş alan ayrı bir işveren olduğu da düşünülemez.

Kararlara konu olaylarda, inşaatta bağımlı olarak çalışan, talimat alan ayrıca tek başına karara etkili olmasa da SGK kayıtlarında işçi olarak kaydı bulunan kişi ile şirket arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olduğu sonucuna varılmaktadır. Somut olaylarda taşeron olarak nitelendirilen bu kişilerin işçileri bulması, onları organize etmesi, denetlemesi ve işverenden aldığı ücretleri onlara ödemesi işçi niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi kararlarında ilişkilerin takım sözleşmesi olması üzerinde durulmuştur. İlişkinin tespiti takım kılavuzu olarak yapılırsa bile takım kılavuzunun işçi olduğu yasada açıkça belirtilmiştir. İş Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlendiği gibi bir takımı temsilen sözleşme yapıldığını, olaylardan açıkça tespit etmek güçtür. Özellikle Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararına konu olayda olduğu gibi ücretin işçilere işveren tarafından ödenmeyip davacı aracılığıyla ödenmesi takım sözleşmesinin özelliğine uymamaktadır. İki kararda da uyumsuzluk konusu olan çalışma biçimlerinin bağımlılık unsurunu taşıdığı açıktır. Dolayısıyla takım kılavuzunun özelliklerini tam olarak taşımadığı fakat bağımlılık unsurunu tam olarak taşıdığı için iş ilişkisinin oluştuğu yönündeki Yargıtay kararları isabetlidir.

Kaynakça

- Akın L, *İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik* (Yetkin Yayınları 2013)
- Akyiğit E, *İş Kanunu Şerhi C: I* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2008)
- Alp M, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020* (Onikilevha Yayıncılık 2022) 11-189
- Aydın U, '4857 Sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi' in Ali Cengizoğlu (ed), *10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu Kitabı*, (AYBÜ Hukuk Fakültesi Yayını 2016) 202-228
- Aydınlı İ, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu* (5. Bası, Seçkin Yayınları 2021)
- Aykaç H B, *İş Hukukunda Alt İşveren* (Beta Yayıncılık 2011)
- Başterzi S, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2009* (Kamu-İş Yayını 2011) 3-131
- , 'Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukukî Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekâlet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması', (2010) 5 (17) Sicil, 175-198
- , 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2018* (Onikilevha Yayıncılık 2021) 21-142
- Baycık G, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2016* (Onikilevha Yayıncılık 2017) 7-357
- Canbolat T, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkileri* (Kazancı Yayıncılık 1992) 19-20
- Centel T, *İş Hukuku*, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku (2. Bası, Beta Yayıncılık 1994)
- Çankaya O G ve Çil Ş, *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler* (2. Bası, Yetkin Yayıncılık 2009)
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraça E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Bası, Beta Yayıncılık 2023)
- Çenberci M, *İş Kanunu Şerhi* (6. Bası, Seçkin Kitabevi 1986)
- Demircioğlu M ve Centel T, *İş Hukuku* (19. Bası, Beta Yayıncılık 2016)
- Ekmekçi Ö, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003* (2004) 9-59
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan E, *İş Hukuku* (10. Bası, Beta Yayıncılık 2020)
- Güzel A, 'Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme', *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, (1997) 83-126

- , 'İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Sınırları' (2004) 1, Çalışma ve Toplum, 31-65
- Mollamahmutoğlu H, Astarlı M ve Baysal U, *İş Hukuku Ders Kitabı* Cilt 1: Bireysel İş Hukuku (4. Bası, Lykeion Yayınları 2020)
- Soyer P, '4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları' (2006) 1 (1) Sicil 16-28
- Sümer H H, 'İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru' (2010) 5 (19) Sicil, 63-73
- Süzek S, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001* (Kamu-İş Yayını 2003) 1-59
- , *İş Hukuku* (20. Bası, Beta Yayıncılık 2020)
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)* Cilt: I/1 (6. Bası, Evrim Basım, Yayın, Dağıtım 1990)
- Toprak B, 'Takım Sözleşmesi' (2022) Prof. Dr. Fatih Uşan'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, (2), Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, 1587-1634
- Tunçomağ K ve Centel T, *İş Hukukunun Esasları* (9. Bası, Beta Yayıncılık 2018)
- Tunçomağ K, 'Takım Sözleşmesi' (1970) 36 (1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 311-322
- , *Türk Borçlar Hukuku (Genel Borç İlişkileri)*, Cilt: I (Sermet Matbaası 1976)
- , *Türk Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Cilt: II (Sermet Matbaası 1977)
- Yıldız G B, 'Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi', İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (ed) *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2021* (Onikilevha Yayıncılık 2023) 11-117
- Yavuz C, *Türk Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)* (6. Bası, Beta Yayıncılık 2002)

Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Fikret Sami TİYEK^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Kağan ZENGİN^(***)
Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL^(****)

Öz

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile birlikte dostane uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan arabuluculuk, yasal çerçevede hayatımıza girmiştir. Esasında ihtiyarî arabuluculuğa ilişkin hükümleri düzenleyen HUAK'a sonradan yapılan eklemelerle birlikte, belirli uyuşmazlık türleri için dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunlu hale gelmiştir. Tarafların, arabulucu nezdinde bir araya gelip uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmelerinin öngörüldüğü süreçte, zaman

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 05.12.2024.

Atıf Şekli: Fikret Sami Tiyek, Hüseyin Kağan Zengin ve Önder Topal, 'Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarına İlişkin Arabuluculukta İcra Edilebilirlik Şerhi Üzerine Düşünceler' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1917, 1989.
DOI: 10.52273/sduhfd..1566604.

(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye.

E-posta: fikretsamitiyek@karatekin.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6755-066X>.

(***) Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye.

E-posta: huseyin.zengin@gop.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8414-8739>.

(****) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, Türkiye.

E-posta: ondertopal61@trabzon.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1065-3884>.

içinde hem uyuşmazlık türleri genişletilmiş hem de arabulucuya çözüm önerisi getirme imkânı tanınmıştır.

Gittikçe genişleme eğilimi gösteren dava şartı arabuluculuk uygulaması kapsamına, HUAK m.18/B ile taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar dâhil edilmiştir. Özellikle taşınmazlar bakımından, kanunlarımızda yer alan çeşitli kısıtlayıcı hükümler çerçevesinde, dava şartı arabuluculuk uygulamasının tüm yönleriyle irdelenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının arabuluculuğa ne ölçüde elverişli olduğu ve özellikle arabuluculuk süreci sonunda taraflarca hazırlanacak anlaşma belgesinin hüküm ve sonuçları incelenmiştir. Nitekim kanun koyucu, tarafların anlaşması halinde hazırlanacak anlaşma belgesinin, taşınmazlar bakımından özel hükümlere uyularak hazırlanması gerektiğine işaret etmiştir. Buna ek olarak, anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için sulh hukuk mahkemesinden icra edilebilirlik şerhinin alınması şart koşulmuştur. Çalışmamızda, tüm güncel gelişmeler gözetilerek, anlaşma belgesinin ne şekilde icra edilebileceği, bu sebeple alınması öngörülen icra edilebilirlik şerhi ile ilgili açıklamalar ve değerlendirmeler yapılmıştır. Ayrıca, anlaşma belgesiyle birlikte resmî daire ve kurumlarda yapılabilecek işlemler, icra edilebilirlik şerhi alınması süreciyle birlikte değerlendirilip uygulamada yaşanan sorunlara somut çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İradi Sona Erme, Ortaklığın Giderilmesi, Dava Şartı Arabuluculuk, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, İcra Edilebilirlik Şerhi.

Thoughts on the Annotation of Enforceability in Mediation Regarding Disputes for Dissolution of Partnership with Immovable Property as Its Subject

Abstract

The Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes (LMCD) has brought mediation, one of the most effective amicable dispute resolution methods, into our legal framework. Some types of disputes must be referred to a mediator before filing a lawsuit.

The process involves the parties coming together to resolve their disputes. Over time, the types of disputes have been expanded, and the mediator can propose solutions. Article 18/B of the LMCD has expanded the scope of mediation as a condition for litigation to include disputes regarding movable and immovable property and the settlement of partnerships. This is a gradual process, especially regarding immovables.

This study will examine the suitability of mandatory mediation for disputes regarding the elimination of partnerships. It will also examine the agreement document prepared by the parties, at the end process of the mediation. The legislator has made it clear that this document must be submitted to the civil court for enforceability annotation before it can be enforced.

In our study, explanations and evaluations were made regarding the enforceability of the agreement document and the enforceability notation to be obtained for this reason. In addition, the transactions that can be carried out with the agreement document in official offices and institutions are evaluated together with the process of obtaining the enforceability annotation, and concrete solutions to the problems encountered in practice are proposed.

Keywords

Voluntary Dissolution, Dissolution of Partnership, Mediation as a Condition for Litigation, Mediation Agreement Document, Enforceability Annotation.

Extended Summary

In consequence of the amendments introduced to the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD) by Law No. 7445, disputes pertaining to the transfer of -immovable-property and the establishment of limited real rights on immovable property are now within the scope of mediation. Furthermore, the submission of a mediation application is a prerequisite for initiating litigation, as stipulated in Article 17/B and Art. 18/B of the LMCD. One such category of dispute is that pertaining to the division of movables and immovables, as well as the dissolution of a partnership. In the event that such a dispute arises between the parties, it is mandatory to submit an application to a mediator prior to filing a lawsuit. In the event that a lawsuit is filed without first applying for mediation, the lawsuit shall be dismissed on procedural grounds due to the lack of a cause of action.

The scope, content and enforceability of an agreement relating to the settlement of a partnership on immovable property will depend on the subject of the agreement in question. In other words, if the subject of the dispute is an immovable property, the direct execution of the agreement document issued at the conclusion of the mediation process is not currently feasible. Accordingly, an enforceability annotation must be appended to the agreement document by submitting it to the court. The conditions for the issuance of this annotation, the examination to be conducted by the court, and its consequences are analysed separately. Consequently, this study begins with general explanations regarding the transfer of immovables.

Subsequently, an analysis is presented of the extent to which disputes regarding the elimination of partnership disputes involving immovable property are suitable for mediation. In the context of our main subject of study, firstly, the mediation agreement document is analysed in terms of its legal nature, the manner of its preparation and the issues that may or may not be included in its content.

This paper discusses the enforceability annotation, which is required to be obtained within the scope of the limitation imposed by Article 18/B/3 of the LMCD in terms of the enforceability of the agreement document. This section presents an analysis of the legal nature of the enforceability annotation, the location and jurisdiction of the court that will issue this annotation, and the conditions required by law for the issuance of the annotation. Subsequently, the procedure to be followed by the civil court of peace, which will grant the annotation of enforceability, is elucidated, and the results are demonstrated. In the concluding section of the study, following the issuance of the enforceability annotation, the application area of this document and the agreement document is delineated within the framework of legal and actual limitations. The conclusions reached in the study are as follows:

In the event of a dispute between the parties regarding the termination of the partnership in relation to immovable property, the mediator may facilitate the issuance of a document of agreement. This document must comply with the legal limitations. For example, according to Article 7 of the Condominium Law, partition cannot be requested for immovable property subject to condominium ownership or

condominium easement; however, partition can be requested in the shared ownership relationship on the independent section.

It's mandatory, to obtain an annotation of enforceability for agreement document drafted by the parties in presence of the mediator (Art. 18/B/3 of the LMCD). An annotation of enforceability is a document issued by the court indicating that the mediation agreement documents, the subject matter of the dispute, are suitable for mediation and that the agreement reached is enforceable. In accordance with Article 18/B/3 of the Law on Mediation in Civil Disputes, the scope of the court's examination of the agreement documents pertaining to immovable property subject to the settlement of the partnership is restricted to the content of the agreement, its suitability for mediation and enforcement, and whether the limitations and procedures/principles imposed by the laws regarding immovable property have been complied with.

In the event that the parties agree on the settlement of the partnership by partition in kind, there are a number of possibilities with regard to the obtainability of an enforceability annotation and the means of enforcing it, which are discussed in the study.

One of the key findings is that if the parties are able to agree on a sale by auction or negotiate directly with each other without seeking the involvement of the mediator, they have the option of including these types of sales in the agreement made with the mediator.

Given the possibility of voluntary partition through the establishment of a condominium, it is similarly possible for the parties to agree to the same in mediation, a condition precedent to litigation.

In accordance with the provisions set forth in the LMCD, transactions pertaining to immovable property may be conducted directly with official agencies and institutions, such as the land registry office, upon the formal completion of the requisite documentation, provided that the court has issued a certificate of enforceability. In such instances, the absence of an official document registered with the land registry is not a prerequisite.

Given that the mediation agreement document with a certificate of enforceability is not included among the cases of unregistered acquisition of immovable property set forth in the Turkish Civil Code and other pertinent legislation, the transfer of immovable property may be conducted through registration until such time as a new legal regulation is enacted.

Giriş

7445 sayılı Kanun¹ ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda² (HUAK) yapılan değişiklikler sonrasında taşınmaz devrine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk kapsamına alınmış; hatta bazı uyuşmazlıklar bağlamında arabuluculuğa başvurulmuş olması, HUAK m. 17/B ve m. 18/B ile dava şartı olarak düzenlenmiştir³. HUAK m. 18/B hükmüyle birlikte, *“Kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanuna göre ilâmsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar; taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar; komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar”* dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Taraflar arasında bu tarz bir uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunludur. Dolayısıyla arabuluculuğa başvurunun zorunlu olduğu hallerde, tarafın, anılan uyuşmazlık türlerinden birisine ilişkin olarak doğrudan dava açma yoluna gitmesi halinde, davanın açıldığı mahkemenin, davayı dava şartının bulunmaması nedeniyle usulden reddi kararı vermesi gerekecektir. Taraflar, dava şartı (zorunlu) arabuluculuk kapsamında, arabuluculuğa başvurduktan sonra davacının, arabuluculuk sonucunda anlaşma sağlanamadığına ilişkin son tutanağın aslını ya da arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemesi gerekir. Eğer davacı, son tutanağı dava dilekçesine eklemeyi se, mahkemece son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, sunulmaması halinde davanın usulden reddedileceği yönündeki ihtarı içeren davetiyeyi davacıya gönderir. Davacı, bir haftalık kesin süre içerisinde son tutanağı sunmazsa, dava dilekçesi diğer tarafa tebliğ edilmeksizin, davanın usulden reddi yönünde hüküm kurulur (HUAK m. 18/A/2).

Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, hem ihtiyarî arabuluculuğun hem de dava şartı arabuluculuğun kapsamına giren uyuşmazlık türleri arasındadır. Bu bağlamda, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların konusunu taşınır veya taşınmazlar oluşturur. Ancak, bir taşınmazın ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların konusunu oluşturması halinde, arabuluculuk, kendine özgü durumlar arz etmektedir. Örneğin, uyuşmazlığın konusu taşınır bir mal olur ve bu taşınır malın mülkiyetinin kime ait olacağı yönünde arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşma

¹ 05.04.2023 tarih ve 32154 sayılı RG.

² 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı RG.

³ 7445 sayılı Kanun m. 34 ile eklenen HUAK m. 17/B ve m. 37 ile eklenen HUAK m. 18/B hükümleri 01.10.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

belgesi düzenlenerek icra edilebilirlik şerhi verilirse, söz konusu anlaşma belgesinin icrası, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁴ hükümlerine göre gerçekleştirilebilir. Zira, icra edilebilirlik şerhini içeren anlaşma ilâm niteliğinde belge sayılır (HUAK m. 18/2, son cümle). Ancak uyuşmazlığın konusu taşınmaz bir mal ise, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde, icra edilip edilemeyeceği ve icranın ne şekilde gerçekleştirilebileceği değerlendirilmelidir. Bu tür bir uyuşmazlıkta icra edilebilirlik şerhinin kendisine bağlanan sonuçları gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği incelenmesi gereken bir meseledir.

Yukarıda sayılan sebeplerden ötürü çalışmamızda öncelikli olarak taşınmazın devrine yer verilecektir. Nitekim taşınmazın genel hükümlere göre devri ile arabuluculuk süreci sonucunda devri arasında fark olup olmayacağı belirlenmelidir. Sonrasında, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların 7445 sayılı Kanun'dan önceki ve sonraki dönemde arabuluculuğa elverişliliği irdelenecektir. Son olarak ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk faaliyetine konu olması ve tarafların anlaşma sağlaması sonucunda, düzenlenecek olan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

I. Genel Olarak Ortaklığın Giderilmesine İlişkin Uyuşmazlıklar ve İradi Sona Erme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 4/1-b, m. 322/2 ve HUAK m. 18/B'de "*paylaştırılmasına ve ortaklığın giderilmesi*" kavramları kullanılsa da uygulamada ve doktrinde farklı kavramlara da yer verildiği gözlenmektedir. Bir başka ifadeyle birlikte mülkiyet çeşitlerinden paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdirilmesi bağlamında farklı ifade ve kavramlar kullanılabilir⁵. Elbirliği mülkiyetinde "*ortaklığın giderilmesi*", paylı mülkiyette "*paylı halin giderilmesi*" terimleri; birlikte mülkiyette ise üst kavram olarak "*birlikte mülkiyetin giderilmesi - sona erdirilmesi*" ya da "*ortaklığın giderilmesi ile paylaşılma*" terimleri kullanılmakta; anılan kavramların hem içerikleri itibarıyla hem de mevzuatta yer alan hükümler bakımından daha kapsayıcı olduğu ifade edilmektedir⁶. Biz de, yalnızca paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının varlığı halinde, söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyetin, sona erdirilmesi için önem arz etmesi ve kavram birliği sağlanması açısından, "*ortaklığın giderilmesi*" veya "*izale-i şüyu*"

⁴ 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı RG.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Önder Topal, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyu) Davası* (Yetkin 2020) 29-33.

⁶ Topal (n 5) 32.

kavramlarının tercih edilmesinin daha doğru olduğu kanaatindeyiz⁷. Öte yandan, paylı mülkiyette ve miras ortaklığında söz konusu olan elbirliği mülkiyette, nitelik yönünden farklılık bulursa da bir ortaklık söz konusudur. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, paylı mülkiyetin ve elbirliği mülkiyeti çeşitlerinden her ikisine de dahil olan miras ortaklığının sona erdirilmesi çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklar arasındadır.

Paylı mülkiyette ve miras ortaklığında söz konusu olan elbirliği mülkiyetinin, sonlandırılmasında asıl olan, iradî sona ermedir⁸. Bu kapsamda, paylı mülkiyette paydaşların, miras ortaklığıdaysa mirasçılardan, kendi aralarında anlaşarak söz konusu ortaklıklara son verebilirler ki onlardan beklenen de budur. Ancak, aralarında bir anlaşma sağlanamaması halinde, dava açılması suretiyle ortaklığın giderilmesi yoluna başvurulabilir. Çalışmamız açısından da iradî sona erme önem arz ettiği için, her iki birlikte mülkiyet hali üzerinde durulacaktır.

Paylı mülkiyetin iradî şekilde, yani paydaşların anlaşmasıyla sona erdirilmesi için ortakların, kendi içlerinde oy birliğiyle bir anlaşma/sözleşme (taksim / paylaşma / paylı mülkiyetin sona erdirilmesi sözleşmesi - ortaklığın giderilmesi sözleşmesi) yapmaları gerekmektedir (TMK m. 692/1). Anılan sözleşmenin şekli açısından bir belirleme yapmak gerekirse; sözleşmenin konusunun taşınır veya tapuya kayıtlı olmayan bir taşınmaz olması halinde, herhangi bir şekil şartı gerekmediği; sözleşmenin konusunun, tapuya kayıtlı bulunan bir taşınmaza ait olması halinde ise, burada artık resmî şekil şartının gerektiği ifade edilmelidir⁹ (TMK m. 706/1, 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26, 5051 sayılı Tapu Sicil Tüzüğü m. 57). Bahsi geçen sözleşme, resmî şekilde yapılmazsa geçersiz olacaktır¹⁰. Tapuya kayıtlı taşınmaz/taşınmazları

⁷ Topal (n 5) 32.

⁸ Paylı mülkiyetin sona erdiği haller için bkz. Topal (n 5) 48 vd

⁹ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2015) 336; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2023) 435; Turhan Esener ve Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2015) 195; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Barış 2015) 249; Kemal T. Gürsoy, Fikret Eren ve Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku* (Ankara Üniversitesi 1978) 454; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Eşya Hukuku* (Filiz 1989) 615; Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)*, İkinci Kitap Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi 1973) 42.

¹⁰ Uygulamada sözleşme yapılırken resmî şekil şartına uyulmamaktadır; fakat sözleşmeye istinaden, fiili olarak, bir paylaşma yapılmış, fiili paylaşmaya göre her paydaş kendisine özgülenen yerleri uzunca bir süre kullanmış ve söz konusu kullanım nedeniyle paydaşlar arasında herhangi bir uyuşmazlık çıkmamış ise Yargıtay ortaya çıkan duruma dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) çerçevesinde sonuçlar bağlamaktadır (Bu yönde Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 1 HD, 8913/9700, 11.09.1996, YKD., 23/1, 1997, 13-15; Yargıtay 1 HD, 3469/4827, 03.04.1995, YKD, 21/8, 1995, 1197-1199); Yargıtay 1 HD, 5844/8290, 13.07.2009, YKD, 36/8, 2010, 1400-1404).

konu alan paylı mülkiyet, resmî şekle tabi sözleşmeyi esas alan tescil talebi ve buna istinaden tescil işleminin gerçekleştirilmesiyle sona erecektir.

Miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin kısmen veya tamamen sona erdirilmesi¹¹, mirasçılarının kendi aralarında oy birliği¹² ile yapacakları sözleşmeyle mümkün olacaktır. Paylı mülkiyetten farklı olarak, anılan sözleşme “paylaşma sözleşmesi”¹³ başlığı altında, TMK m. 676’de düzenlenmiştir ve buna göre sözleşme, hiçbir şekle tabi olmayan “elden paylaşma sözleşmesi” ve yazılı şekle tabi olan “yazılı paylaşma sözleşmesi” olarak iki biçimde düzenlenmiştir.

Elden paylaşma sözleşmesi, tüm mirasçılar arasında yapılmakta ve paylaşma fiziken gerçekleşmektedir¹⁴. Elden paylaşmanın aynî bir etkiye sahip olduğu¹⁵ ve burada borçlandırıcı işlem ile kazandırıcı işlemin eş zamanlı olarak gerçekleştiği söylenebilir¹⁶. Başka bir anlatımla elden paylaşmanın, terekede yer alan malvarlığı unsurunun her birisinin niteliğine uygun düşen bir tasarruf işlemiyle [yani gayrimenkullerde tescille, menkullerde ise teslimle (zilyetliğin geçirilmesiyle), alacaklarda ise temlik işlemiyle] gerçekleşir¹⁷.

Adından da anlaşılacağı üzere, yazılı paylaşma sözleşmesi, tüm mirasçılarının oy birliği ile yazılı olarak yaptıkları sözleşmedir¹⁸. Yazılı paylaşma sözleşmesinin hu-

¹¹ Miras ortaklığı nedeniyle oraya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdiği diğer durumlar için bkz. Topal (n 5) 80 vd

¹² Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku*, Cilt IV Miras Hukuku, (Filiz 2016) 475 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Turhan 2015) 409; Tolunay Ozanemre Yayla, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011) 173-174; Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, (9. Baskı, Bilge 2015) 545.

¹³ “Ortaklığın giderilmesi sözleşmesi” kavramının kullanılması yönündeki görüş için bkz. Topal (n 5) 87.

¹⁴ Fikret Eren, ‘Mirasın Paylaşılması’ Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) 513; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2012) 508-509; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku* (Vedat 2009) 467-468; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1984) 418-419; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Der 2016) 465; Dural ve Öz (n 12) 475; Kılıçoğlu (n 12) 391-392, 436-437; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987) 721-727; Mehmet Özgür Avcı, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (On iki Levha 2014) 49-50.

¹⁵ Kılıçoğlu (n 12) 436.

¹⁶ Peter Hauser, *Erbteilungsvertrag* (Schulthess 1973) 56-57; Lionel Harald Seeberger, *Die richterliche Erbteilung*, (Universtätsverlag Freiburg Schweiz 1993) 17; Kılıçoğlu (n 12) 436; Serozan ve Engin (n 14) 509.

¹⁷ Dural ve Öz (n 12) 475; Kılıçoğlu (n 12) 436; Oğuzman, *Miras* (n 14) 418; Eren, *Mirasın Paylaşılması* (n 14) 513.

¹⁸ Yazılı paylaşma sözleşmesi, mirasçılarının tamamının katılımıyla tam paylaşma sözleşmesi veya objektif, sübjektif yahut karma kısmi paylaşma sözleşmesi şeklinde yapılabilir [Eren, *Mirasın Paylaşılması* (n 14) 515].

kuki niteliği konusunda doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre¹⁹ anılan sözleşme borç doğurucu etkiye sahipken, azınlıkta kalan diğer görüşe göre²⁰ ise, aynı niteliğe sahip bir sözleşmedir. Hakim görüş, yazılı paylaşma sözleşmesiyle mirasçılarının, terekenin paylaşılması noktasında bir gerçekleştirme borcu altına girdiğini ve borcun ifasının da sonraya bırakıldığını ifade etmektedir. Bu sebeple mirasçılarının da, sözleşmenin gereğini ifayla sorumlu olmaları söz konusudur²¹.

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığında birlikte mülkiyet, paydaş ve mirasçılarının iradelerine dayalı olarak, yani onların oybirliği ile aralarında anlaşmaları/sözleşme yapmaları ile sona ermektedir. Anılan sözleşmelerin, tarafların arasında bir borç doğuran sözleşme niteliğinde olduğu; bu kapsamda da borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin işlerlik kazanacağı söylenebilir²². Dolayısıyla taraflar, yani paydaş veya mirasçılar, üzerine düşen edimi yerine getirmezse Türk Borçlar Kanunu²³ (TBK) m. 112 ve devamında yer alan hükümler uygulanacaktır. Bu itibarla bir davanın açılması gündeme gelirse, bu dava, ortaklığın giderilmesine yönelik bir dava değil, sözleşmenin ifa edilmesi amacıyla açılan eda davası vasfını taşıyacaktır²⁴. Ancak, paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin konusunu bir taşınmaz oluşturur ve bu taşınmazı konu alan sözleşme hükümleri taraflarca yerine getirilmezse, yani yükümlü olan taraf ferdi mülkiyete geçilmesi yönünde bir tescil talebinde bulunmazsa, açılacak olan dava, kanaatimizce tescile zorlama davasıdır. Alman ve İsviçre hukuklarında borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken dava bir eda davası olarak öngörülmüş ve mahkemenin vereceği karar da irade beyanı yerine geçen bir karar olacaktır (dZPO §894, sZPO Art. 344²⁵). Nitekim, borçlunun irade beyanında bulunması için açılan

¹⁹ Seeberger (n 16) 17; Hauser (n 16) 101 vd; Kılıçoğlu (n 12) 391-392, 438-440; Dural ve Öz (n 12) 478; Oğuzman, Miras (n 14) 420; Kocayusufpaşaoğlu (n 14) 728; Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 515; Serozan ve Engin (n 14) 508; Antalya (n 14) 469.

²⁰ Werner Hecht, 'Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs' (1950) 69 (3) ZSR 381; Arthur Jost, *Der Willensvollstrecker* (Zürich 1953) 5-7; David Stokar, *Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs* (Schaffhausen 1954) 18.

²¹ Yazılı paylaşma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olduğu ve bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerinin bunlara uygulanabileceği ifade edilmektedir (Kılıçoğlu (n 12) 396; Dural ve Öz (n 12) 478-479; Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 517).

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Topal (n 5) 65-69, 86-90, 399-400.

²³ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

²⁴ Topal (n 5) 401.

²⁵ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peter Messerli, *Vollstreckung des Urteils Abgabe enier Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozessordnung* (Bern Stämpfli

davada mahkeme, borçlunun irade beyanında bulunmasına hükmetmişse, kararın kesinleşmesi ile birlikte beyanda bulunulmuş sayılır (dZPO §894/1, karşı. sZPO Art. 344/1). Ayrıca, irade beyanının bir resmî sicile (tapu sicili ve ticaret sicili gibi) yönelik olması durumunda, mahkeme, ilgili sicile gerekli talimatları verecektir (sZPO Art. 344/2). Mahkemelerin irade beyanı yerine geçen kararlarının icrası ise Alman ve İsviçre hukuklarında dZPO §894, sZPO Art. 344 çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Türk hukukunda anılan düzenlemelere benzer bir hüküm bulunmamaktadır²⁶.

II. Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik

A. 7445 Sayılı Kanun'un 34. ve 37. maddeleri ile Getirilen Değişiklik Öncesi Dönem

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun²⁷ (HUAK) 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”*dir.

7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile değişiklik yapılmadan önce paylı mülkiyet halinde ve miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliği mülkiyeti halinin, sona erdirilmesinde ve mülkiyetin konusu olan şeyin, ortaklar ya da paydaşlar arasında paylaşılmasının, arabuluculuk yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceğinin tespiti noktasında değerlendirme yaparken, önceki durumların ele alınması gerekir. Nitekim, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²⁸ (HMK) muhtelif hükümlerinde, yargılamayı sevk ve idare eden hâkime, uyuşmazlığın taraflarını sulhe ya da arabuluculuğa teşvik etme ödevi

1983) 38 vd; Volker Grau, *Die Bedeutung der §§ 894, 895 ZPO für die Vollstreckung von Willenserklärung* (Bielefeld: E. und W. Gieseking 2001) 57 vd; Mine Akkan, *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası* (On iki Levha 2020) 238 vd.

²⁶ Türk hukuku bakımından sorunun çözümü için bkz. aşağı. IV-A-2.

²⁷ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı RG.

²⁸ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

yüklenmiştir (HMK m. 137, m. 140 ve m. 320). Hâkimin sulhe ve arabuluculuğa teşvik ödevinin kapsamına, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının dahil edilmesine engel teşkil eden bir kanun hükmü mevcut değildir. Ancak, bu hususta bir tespit yaparken, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yer alan düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Nitekim, HUAK m. 1/2'ye göre "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir". Bu hüküm çerçevesinde arabuluculuğun, sadece tarafların üzerinde özgürce tasarruf edebilecekleri (yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere), yani sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri iş ya da işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanma kabiliyeti bulabileceği ifade edilmelidir²⁹. Dolayısıyla, tarafların, belirli bir hususta mahkemenin vereceği karara gerek duyulmadan, kendi hür iradeleriyle anlaşarak, hukuki sonuç elde etmeleri mümkünse, o konunun arabuluculuk yoluyla çözüme elverişli olduğu da söylenebilir³⁰. Esasen arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş bulunan tarafların, kendilerinin yapacağı müzakereler neticesinde bir sonuca ulaşamamaları durumunda işlerlik kazanan, dostane bir uyuşmazlık çözüm yoludur³¹. HUAK m. 1/2 bağlamında kamu düzeninden sayılan ve tarafların da sulh olmak suretiyle üzerinde -serbestçe-tasarrufta bulunmalarına imkan vermeyen hukuki ilişkiler kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde, arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmayacaktır³².

²⁹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1'in Hükümet Gerekçesi için bkz. <<https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

³⁰ Alper Bulur, '6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2015) 499.

³¹ Arabulucunun söz konusu faaliyetteki temel ve öncelikli misyonu, tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak üzere bir araya getirmek, birbirlerini anlamalarını ve kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştırmaktır. 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17. maddesiyle HUAK m. 2/1,b'de yapılan değişiklik ve aynı Kanun'un 22. maddesiyle HUAK m. 15'e eklenen yedinci fıkra ile arabulucular, artık tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde, bir çözüm önerisinde bulunabileceklerdir. HUAK'ta yapılan bu değişikliklerle klasik anlamda arabuluculuk modelinden kısmen kopulmuştur. Bu yeni hüküm dışında, kural olarak arabulucu, tarafların arasındaki hukuki uyuşmazlıklar hakkında karar veren, delil değerlendirmesinde bulunan, haklılık temelli inceleme ve irdeme yapan, taraflara çözüm önerileri sunan ve sunulan bu çözüm önerileri üzerine müzakere edip biri üzerinde mutabakata varmalarını hedefleyen bir kişi değildir; bu tarz faaliyette bulunan kişinin yapmış olduğu faaliyet arabuluculuk faaliyeti de değildir.

³² Süha Tanrıver, 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açından İr-

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında ise, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesinin mümkün bulunduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Nitekim, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarını nihayete erdirmek amacıyla mutlaka bir ortaklığın giderilmesi davası açılması gerekmekte; tarafların kendi aralarında sözleşme yapmaları da yeterli olmaktadır³³. Dolayısıyla tarafların sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri, yani üzerinde serbestçe tasarrufta edebilecekleri bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Sonuç itibarıyla ortaklığın giderilmesini konu alan uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişlidir.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığının konusunu taşınmazların oluşturması halinde de, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesinin mümkün olduğunu söylemek gerekir³⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408. maddesine bakıldığında da, tahkim bağlamında getirilen kısıtlamanın aksine, burada engel teşkil edecek bir düzenleme mevcut değildir. Paylı mülkiyet ve miras ortaklığının sona ermesinde, paydaşlar veya mirasçılar kendi aralarında yapacakları sözleşme ile bir taşınmazın paylaşılması noktasında anlaşabilirler³⁵; dolayısıyla taraflar, mutlaka ortaklığın giderilmesi davası açmak zorunda değildir. Bu bağlamda, taraflar serbest iradeleri ile taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabildiğine göre, söz konusu taşınmazlar, HUAK m. 1/2'ye göre arabuluculuk faaliyetine de konu edilebilirler. Ancak, Tapu Sicili Tüzüğü³⁶ (TST) m. 20/1'de yer alan düzenlemeye göre, resmî senet düzenlenmesi gerekmeyen hallerde tapu sicilinde işlem yapılabil-

delenmesi ve Değerlendirilmesi', Makalelerim II, (Adalet 2011) 248-249; Cenk Akil, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 78-82.

³³ Bkz. yuk. I.

³⁴ Bu yönde bkz. Akil (n 32) 86-87; Bulur (n 30) 503; Doktrinde ileri sürülen bir görüş ise, HMK m. 408/1 taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan doğan uyuşmazlıkları açıkça tahkim dışı bıraktığını, fakat HUAK m. 1/2'de böyle bir sınırlandırma açıkça yapılmadığı için taşınmazın aynından doğan bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluna çözümlenebileceği düşünülebilirse de söz konusu uyuşmazlıkların tapu kaydının düzeltilmesi, *taksim gibi* eğer kamu düzenine ilişkinse, arabuluculukla çözümlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak, bu görüş, taşınmazın aynından doğmakla birlikte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardaki uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesine bir engel olunmaması gerektiğini de ifade etmektedir (Ömer Ulukapı ve Emre Kıyak, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 2 (Yetkin 2015) 1665). Sonuç itibarıyla bu görüş, taşınmazların taksimini kamu düzenine ilişkin görmekte ve bu nedenle, taksimin arabuluculuk sonucu ile yapılamayacağını ileri sürmektedir. Fakat yukarıda açıkladığımız nedenlerle bu görüşe katılmamaktayız.

³⁵ Topal (n 5) 65-69, 86-90.

³⁶ 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı RG.

mesi için “*miras taksim veya miras payının devri sözleşmesinde tescil yetkisini içerir noterce düzenlenmiş sözleşme, miras taksim sözleşmesi mirasçılar arasında yazılı olarak yapılmış olup da mirasçıların imzaları noterce onaylanmamışsa tüm mirasçıların; imzaların bir kısmı onaylanmış ise imzaları onaylanmamış olanların istemleri*”, “*Mahkeme kararına dayalı tescillerde; kesinleşmiş mahkeme kararı*”, “*Cebrî icra veya ortaklığın giderilmesi yoluyla yapılan satışlarda; gerçek kişi ihale alıcısının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralı nüfus bilgilerini ve fotoğrafını içeren, tüzel kişi ihale alıcılarında ise kanunlarda yazılı mercilerden alınmış yetki belgesi ile birlikte ihale alıcısı tüzel kişiliğin unvanını içeren ihalenin kesinleştiğini ve tescili belirten yetkili merciin yazısı*” gibi hususlar aranmaktadır. Anılan hüküm kapsamında, arabuluculuk neticesinde anlaşmanın sağlanması durumunda, salt anlaşma belgesine dayanarak tarafların kendi adına tescil istemeleri halinde, uygulamada tapu memurlarının işlem yapmaktan kaçındıkları bilinmektedir. Nitekim 7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile getirilen değişikliklerden önceki dönemde tapu memurları, tapu sicilinde işlem yapılması için kural olarak tapuda hak sahibi görünenlerin istemde bulunabileceği (TST m. 16, m. 17. m. 18) hükmünü esas alarak işlem tesis etmekte ve arabuluculukla ilgili kanunlarda ve TST’de bir düzenleme olmadığı için işlem yapmaktan kaçınılmaktaydı.

Öte yandan, arabuluculuk sürecinde hukuken bağlayıcılık taşıyan bir sonuca ulaşılmada kural, yalnızca taraf iradelerinin egemenliği, yani gönüllülük esasıdır (HUAK m. 3/1). 7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile değişiklik yapılmadan önce ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmadığı için, bu dönem itibarıyla işlerlik kazanacak olan arabuluculuk türü ihtiyarî arabuluculuktur.

B. 7445 Sayılı Kanun’un 34. ve 37. maddesi ile Getirilen Değişiklikler Sonrası

7445 sayılı Kanun m. 34 ve m. 37 ile HUAK’a 17/B ve 18/B maddeleri eklenmiştir. HUAK m. 17/B/1’e göre “*Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlidir*”. Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında, HUAK m. 17/B/1 hükmü değerlendirildiğinde:

Paylı mülkiyet veya miras ortaklığında bir taşınmaz, kanunî sınırlamalar çerçevesinde (tarım arazileri için 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.8/3) aynen paylaşma (paylaştırma) suretiyle belirli parçalara bölünerek, her bir parça üzerinde paydaş veya mirasçılar adına tapu siciline ayrı ayrı

mülkiyet hakkı tescil edilebilir³⁷. Yine, miras ortaklığı bakımından, terekede birden çok sayıda taşınmazın bulunması ve taşınmazların da her birisinin tümünün mülkiyetinin mirasçılara ayrı ayrı verilmesi şeklinde de (*tabii paylaşma/paylaştırma*) paylaşma söz konusu olabilir. Bu son duruma ilişkin olarak TMK m. 642/2’de yer alan “*Mirasçılardan birinin istemi üzerine hâkim, terekenin tamamını ve terekedeki malların her birini göz önünde tutarak, olanak varsa taşınmazlardan her birinin tamamının bir mirasçıya verilmesi suretiyle paylaşmayı yapar*” hükmüyle de tabii paylaşım tarzının kanunen benimsendiği açıktır. Yine bir yapı, üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli nitelikte ise paydaş veya mirasçılar, kendi aralarında anlaşarak paylaşmayı kat mülkiyeti kurulması suretiyle de gerçekleştirebilirler³⁸. Paydaş veya mirasçıların, aralarında anlaşarak taşınmaz üzerinde bulunan paylı mülkiyeti veya elbirliği mülkiyetini kat mülkiyeti kurulması suretiyle sona erdirmesiyle her paydaş veya mirasçı, kendisinin payına düşen bağımsız bölüm/bölümler üzerinde tek kişi mülkiyetini kazanır. TMK m. 704/1, 3; m. 998/1, 3 hükümlerine göre, “*üzerinde kat mülkiyeti kurulmuş olan her bağımsız bölüm, bağımsız bir taşınmaz mal sayılarak kat mülkiyeti kütüğünün ayrı bir sayfasına kaydedilir*”. Dolayısıyla her bir bağımsız bölüm üzerinde ayrı ayrı aynî hak, yani mülkiyet hakkı kurulmaktadır.

Taşınmaz, ister parçalara ayrılarak aynen paylaşılsın ister miras ortaklığında olduğu gibi tabii şekilde paylaşılsın isterse de kat mülkiyeti kurulmak suretiyle paylaşılsın, her paydaş veya mirasçının kendisine düşen taşınmaz parçası veya taşınmaz yahut bağımsız bölüm üzerinde tek kişi mülkiyeti kazanmaktadır. Bu sebeple anılan durumlarda, taşınmaz parçaları veya taşınmazlar yahut bağımsız bölüm üzerinde paylaşma ile aynî hak, tek kişi mülkiyeti (hakkı) kurulmakta ve HUAK m. 17/B/1 kapsamında bu hususa ilişkin uyuşmazlıklar, arabuluculuğa elverişli konular arasında yer almaktadır. Dolayısıyla paydaş veya mirasçılar, kendi aralarında yapacakları sözleşme ile aynen veya tabii paylaşma suretiyle taşınmaz üzerindeki uyuşmazlığı giderebilecekleri gibi arabulucu aracılığıyla da söz konusu uyuşmazlık çözüme kavuşturabilir. HUAK m. 17/B/1 hükmü getirilmemiş olsa dahi, paylı mülkiyet veya miras ortaklığı bağlamında ortaya çıkan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları arabuluculuk kapsamında değerlendirilebilirdi. Zaten, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere³⁹, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, HUAK m. 1/2 çerçevesinde tarafların üze-

³⁷ Topal (n 5) 507.

³⁸ Topal (n 5) 517.

³⁹ Bkz. yuk. II, A.

rinde serbestçe tasarruf edebileceği, yani sulh olmak suretiyle sona erdirebileceği uyuşmazlıklar arasında yer aldığı için arabuluculuğa elverişlidir. Ancak, uygulamada ortaya çıkan sorunların önüne geçilmesi açısından HUAK 17/B/1 hükmünün getirilmesinin isabetli olduğu kanaatindeyiz.

HUAK m. 18/B'de kendisine yer verilen yeni hüküm ile bazı uyuşmazlıklar açısından arabulucuya başvurulmuş bulunması, dava şartı olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm bağlamında, arabulucuya başvurunun dava şartı olarak düzenlendiği uyuşmazlık türlerinden birisini de *"taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar"*, yani ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Yine aynı hükümde yer alan *"23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar"* da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Paylı mülkiyet veya miras ortaklığına dahil ve üzerinde kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir taşınmaz, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığına konu edilirse, bu durumda da 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu⁴⁰ (KMK) m. 10/5 çerçevesinde ortaklığın giderilmesi davası açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması bir dava şartıdır. Bu son durumda, dava şartı arabuluculuğun ortaya çıkması HUAK m. 18/B/1-b'den dolayı değil HUAK m. 18/B/1-c'den kaynaklanmaktadır. Her iki bent arasındaki farklılık da bu şekildedir.

Her ne kadar ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuk kapsamına alınsa da, paydaş veya mirasçıların ihtiyarî arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırmalarında bir engel yoktur. Ancak, taraflar kendi aralarında anlaşamaz ve dava açma yoluna gitmek isterlerse -dava şartı olması sebebiyle- arabulucuya başvurmak zorundadırlar.

Dava şartı arabuluculuk kapsamında, paydaş veya mirasçılar tarafından, arabulucuya başvurulmadan dava açılırsa, davanın herhangi bir işlem yapılmaksızın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddi gerekir. Paydaş veya mirasçılar arabulucuya başvurur ve arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşama sağlanmazsa, davacı paydaş veya mirasçı, son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemelidir. Aksi halde mahkeme, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiğini, sunulmadığı takdirde davasının usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderir ve fakat söz konusu evrak verilen süre içinde sunulmazsa, dava dilekçesinin, diğer tarafa tebliğine gerek olmaksızın, davanın dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddi söz konusu olur (HUAK m. 18/A/1).

⁴⁰ 02.07.1965 tarih ve 12038 sayılı RG.

Paydaş veya mirasçılar arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varırsa anlaşma belgesi⁴¹, kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenmelidir (HUAK m. 17/B/3; m. 18/B/2). Anılan durumda paydaş veya mirasçıların anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhi⁴² alması kanunî bir zorunluluk arz eder (HUAK m. 17/B/4; m. 18/B/3).

III. Arabuluculuk Anlaşma Belgesi

A. Genel Olarak

Arabuluculuk faaliyeti sonunda arabulucu, bir son tutanak hazırlamak zorundadır⁴³; ancak arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşmak mecburiyetinde değildir⁴⁴. Taraflar, arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşmaya varmaları halinde bir anlaşma belgesi düzenleyebilirler. Anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde, tarafların ortak bir çözüm üzerinde uzlaştıkları sonucuna varılır⁴⁵. Bu belgede, tarafların ve arabulucunun imzası yer alır⁴⁶ (HUAK m. 18/1). Tarafların anlaşması durumunu genel olarak düzenleyen HUAK m. 18’de ifade edilen “arbuluculuk anlaşma belgesi⁴⁷”, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde

⁴¹ Bkz. a.ş.a. III.

⁴² Bkz. a.ş.a. IV.

⁴³ Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018) 97.

⁴⁴ Azaklı Arslan, Betül, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018) 234; Elif Kismet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Adalet 2014) 183; Arabuluculuk süreci sonunda taraflar her zaman bir anlaşmaya varmasalar da amaç anlaşmanın gerçekleşmesidir. Ömer Ekmekçi, Muhammet Özeker, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (On İki Levha 2019) 108. Arabuluculuk süreci anlaşmayla sona ermesine bile taraflar birbirlerinin taleplerini öğrenmiş olur. Seda Özmumcu, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)* (On İki Levha 2013) 348.

⁴⁵ Kekeç (n 44) 179. Taraflar bu anlaşma belgesini kendi iradeleriyle meydana getirdikleri için, belgedeki borçları da ifa etme eğilimindedirler. Bu irade uyuşmasına rağmen taraflar anlaşma belgesine uymayabilir. Başka bir anlatımla taraflar sözleşmeye aykırı davranabilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin bağlayıcı niteliğinin tespit edilmesi bu noktada önem arz etmektedir. bkz. Azaklı Arslan (n 44) 43.

⁴⁶ Arabulucunun imzası, belgenin arabulucu nezdinde hazırlandığını gösterir. Büyükkay (n 43) 104. Taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuda kendi aralarında sözleşme yapabilirler. Ancak arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaya varmış olsalar da salt tarafların imzasıyla ortaya konulan bir anlaşma arabuluculuk anlaşma belgesi olarak adlandırılmamalıdır.

⁴⁷ Kanun’da “anlaşma belgesi” olarak ifade edilen belgenin başka belgelerle karıştırılmaması için çalışmamızda “arbuluculuk anlaşma belgesi” ifadesi tercih edilmiştir.

tarafaların açıklamış oldukları birbirine uygun iradelerine sonuç bağladığı için sözleşme⁴⁸ niteliğine sahiptir. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesi, Kanun'da ismen geçmesine rağmen sözleşmenin unsurlarına Kanun'da yer verilmediği için atipik bir sözleşmedir⁴⁹ ve usul hukuku açısından da bazı sonuçlar doğurmaktadır⁵⁰. Arabuluculuk anlaşma belgesi, atipik bir sözleşme olsa da, Kanun'da arabuluculuğun tarafları ve tarafların anlaşma esasları bir oranda belirlenebilir niteliğe sahip olduğu için, bu sözleşmenin unsurları ve hukuki niteliği de ortaya konulabilir. Anlaşma belgesinin asıl işlevi ise, ileride taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları engellemektir⁵¹.

Anlaşma belgesi, yazılı⁵² olarak hazırlanmalıdır⁵³. Ancak, bu anlaşma adi yazılı şekilde yapılabileceği gibi, noterde düzenleme veya onaylama biçiminde de yapılabilir⁵⁴. Anlaşma belgesinin yazılı olması, ileride çıkabilecek ihtilafların engellenmesine hizmet eder⁵⁵. Taraflar, dilerse anlaşmanın gizli kalmasını da isteyebilirler⁵⁶. Tarafların uzlaştıkları metin açık, anlaşılır⁵⁷ ve tarafları bağlayıcı⁵⁸ bir şekilde kaleme alınmalıdır⁵⁹. Her iki tarafın da kendi lehine yorum yapabileceği

⁴⁸ Azaklı Arslan (n 44) 236; Büyükay (n 43) 108.

⁴⁹ Aynı yönde: Emel Badur, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 58; Nesibe Kurt Konca ve Emel Badur, 'Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi' (2023) (56) TAAD 548; Borçlar Hukukunda sözleşme için belirlenen sınırlar arabuluculuk anlaşma belgesi bakımından da geçerlidir. Azaklı Arslan (n 44) 236. Taraflar tipik bir sözleşmeyi de yapabilir. Büyükay (n 43) 108.

⁵⁰ Akkan, Mine, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2, 1) DEÜHFD 16.

⁵¹ Büyükay (n 43) 98.

⁵² Ancak tarafların kendi arasında yazılı olmayan bir anlaşma yaparak da uyuşmazlığı çözmeleri mümkündür. Zira uyuşmazlık çözümlenmişse arabuluculuk süreci sonundaki nihai amaca ulaşılmıştır. Taraflar bu anlaşmayı yazılı hâle getirebilirler. Bkz. Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012) 184.

⁵³ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 191. Kanun'da öngörülen şekil şartı TBK m. 12/2 bağlamında bir geçerlilik şartıdır.

⁵⁴ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 109.

⁵⁵ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 108; Azaklı Arslan (n 44) 236; Kekeç (n 44) 185; Ancak anlaşmaya varılmış olması taraflar arasında hiçbir zaman ihtilaf çıkmayacağı anlamına gelmez. Kekeç (n 44) 183.

⁵⁶ Ekmeççi, Özokes, Atalı ve Seven (n 44) 108.

⁵⁷ Yanlış anlaşılmaya mahal vermeyen bir anlaşma yapılmalıdır: Kekeç (n 44) 181.

⁵⁸ Büyükay (n 43) 102.

⁵⁹ Kekeç (n 44) 180; Azaklı Arslan (n 44) 235; Büyükay (n 43) 102. Kısaltmalar mümkünse hiç kullanılmamalı ve metinde karalama yapmaktan kaçınılmalıdır [Kekeç (n 44) 181].

belirsiz ifadelerden kaçınmak gerekir⁶⁰. Anlaşmanın uygulanması şansını artıracak iyileştirmeler de anlaşma belgesine eklenebilir⁶¹. Ayrıca önemle ifade edilmelidir ki, anlaşma belgesinde, belirlenen edimin ifasının⁶² nasıl gerçekleşeceğinin yer alması, ortaya çıkabilecek belirsizlikleri engeller⁶³. Arabulucu bakımından ise, anlaşma belgesini saklama yükümlülüğü mevcuttur⁶⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, anlaşma belgesinin kim tarafından hazırlanması gerektiği hususunda bir netlik bulunmasa da, hazırlanma aşamasında arabulucu tarafından destek verilerek hazırlanan bir anlaşma belgesi, açıklık ve netliği sağlamada daha etkili olacaktır. Anlaşma belgesinin arabulucu tarafından hazırlanması sayesinde taraflar arasındaki eşitlik dengesi de korunmuş olur⁶⁵. Bir anlaşmanın, ilâmlı icraya konu olabilmesi için belirli bir edimin ifasına yönelik bir anlaşmaya ihtiyaç vardır⁶⁶. Başka bir anlatımla anlaşmanın içeriği bir eda emri içermeli ve cebrî icraya elverişli olmalıdır⁶⁷. Doktrindeki hâkim görüş, arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğinin, mahkeme dışı sulh olduğu yönündedir⁶⁸. Bu belge için şerh alınmakla birlikte anlaşma belgesi ilâm niteliğinde belgeye dönüşmektedir⁶⁹.

B. Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği

Arabuluculuk anlaşma belgesinin daha önce de ifade edildiği üzere bir sözleşme olduğu kabul edilmelidir⁷⁰. Buradan hareketle tarafların anlaşmaya uy-

⁶⁰ Genel ifadeler ve temennilerden kaçınılmalıdır [Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven (n 44) 109].

⁶¹ Kekeç (n 44) 180.

⁶² Anlaşma belgesi edimin ifasına yönelmelidir [Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192].

⁶³ Büyükkay (n 43) 103.

⁶⁴ Arabulucunun sona erme tutanağını saklama yükümlülüğü olduğu gibi anlaşma belgesini de saklama yükümlülüğü bulunmalıdır [Büyükkay (n 43) 99].

⁶⁵ Büyükkay (n 43) 101.

⁶⁶ Azaklı Arslan (n 44) 235; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192.

⁶⁷ Özmumcu (n 44) 346. Anlaşma metni bir mahkeme hükmü gibi kaleme alınmalı, kayıt ve şarta tabi tutulmayan bir eda emri içermelidir. Zira mahkeme hükümleri de kayıt ve şarta tabi değildir [Kekeç (n 44) 182].

⁶⁸ Azaklı Arslan (n 44) 237; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 184.

⁶⁹ Büyükkay (n 43) 109.

⁷⁰ Taşpolat Tuğsavul'a göre arabuluculuk süreci sonunda tarafların üzerinde uydukları anlaşma belgesinin hukuki niteliği hakkında kesin bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Çünkü bu konuda taraflar irade serbestisi çerçevesinde anlaşma metninin hukuki niteliğini kendileri belirler. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 190.

gun hareket etmemesi halinde⁷¹, borca aykırılıktan doğan sorumluluklarının gündeme geleceği söylenebilir. Borçlar Hukuku bağlamında sözleşme için aranan kurucu, geçerlilik ve etkinlik unsurları, anlaşma belgesi bakımından da aranmalıdır⁷². Arabuluculuk anlaşma belgesi, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olmamalıdır. Ayrıca, anlaşma belgesinin konusu arabuluculuğa elverişli bir uyumsuzluk olmalıdır⁷³. Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğini doğuracak herhangi bir eksikliğin varlığı halinde bu eksiklikle ilgili olarak tarafların dava açabilmesi gerekmektedir⁷⁴. Bunların yanı sıra irade sakatlığı ve aşırı yararlanma⁷⁵ hallerinde de anlaşma belgesinin iptali istenebilir⁷⁶. HUAK m. 18/5 anlaşma belgesinin geçersizliği konusunda dava açılmasına engel teşkil etmez⁷⁷. Öte yandan arabuluculuk anlaşma belgesi bir mahkeme hükmü olmadığı için bu belgeye ilişkin tarafların kanun yoluna başvurusu mümkün değildir⁷⁸. Ancak, arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilmesi için icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerektiğinden, bir çekişmesiz yargı faaliyetine konu edilmesi mümkündür.

Kanun koyucu, HUAK m. 18/4'te icra edilebilirlik şerhinin alınması mecburi olan haller hariç olmak üzere; taraflar arasındaki anlaşmanın icra edilebilir olması bakımından anlaşmaya taraf vekillerinin katılıp katılmadığına göre bir ayırım yapmıştır. Avukatın anlaşmaya katılması halinde icra edilebilirlik şerhine ihtiyaç yoktur⁷⁹. Ancak taşınmazlar bakımından HUAK m. 17/B/4'te icra edilebilirlik şerhinin alınması zorunluluğu getirilmiş ve "*taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyumsuzluklar*" bakımından icra edilebilirlik şerhi alınması gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Şerh için mah-

⁷¹ Beklenti tarafların anlaşmaya uymasındır. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 115.

⁷² Aynı yönde Kekeç (n 44) 184; Ayşe Karaca Öz, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali', (2023) 11 (2) SÜHFD 1408.

⁷³ Büyükay (n 43) 103.

⁷⁴ Aynı yönde bkz.: Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 22; Azaklı Arslan (n 44) 246; Kekeç (n 44) 185; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 184.

⁷⁵ Karaca Öz (n 72) 1420 vd.

⁷⁶ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 198; Özmumcu (n 44) 346.

⁷⁷ Bu düzenleme bir temenni hükmünden öteye geçemez. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 114.

⁷⁸ Arabuluculuk faaliyeti bir yargılama faaliyeti değildir. Tarafların anlaşması da bir mahkeme hükmü değildir. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 197.

⁷⁹ Kekeç (n 44) 186; Bu düzenlemenin faydalı bir fazlalık olduğu yönündeki düşünce için bkz. Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 112.

kemenin sınırlı bir inceleme yapma yetkisi olup⁸⁰ içerik denetimi yapılması mümkün değildir. İcra edilebilirlik şerhi incelemesinde mahkeme, anlaşmanın içeriğinin cebrî icraya elverişli olup olmadığını inceler ve anlaşma içeriğinin kamu düzeni ve emredici hükümlere uygunluğunu resen araştırır⁸¹. İcra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin kararın istinaf yoluyla bölge adliye mahkemesi önüne götürülmesi halinde, mahkemenin vereceği karar kesindir⁸².

Anlaşma belgesi usul hukuku açısından ilâm niteliğinde belgedir⁸³; ancak maddî anlamda kesin hüküm değildir⁸⁴. Çünkü, arabuluculuk sonunda varılan anlaşma, bir mahkeme hükmü değildir ve bu anlaşma çerçevesinde hazırlanan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi işi de, çekişmesiz yargı işidir. Yani, anlaşma belgesi kesin hüküm teşkil etmese de kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır⁸⁵.

C. Anlaşma Belgesinde Şekil Unsurunun Konusu Taşınmaz Olan Ortaklığın Giderilmesi Uyuşmazlıkları Bakımından İncelenmesi

Borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında kural olarak şekil mecburiyeti bulunmasa da, bazı hukuki işlemlerin geçerli bir hukuki sonuç doğurması için belirli bir şekilde yapılması gerekliliği kabul edilmiştir⁸⁶. Arabuluculuk anlaşma belgesi, yazılı şekil şartına tabi kılınsa da arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlık hakkında tarafların kendi arasında bir sözleşme yapmak istemeleri halinde, bu sözleşmenin resmî şekilde yapılması gerekliliği öngörülen hallerde, arabuluculuk anlaşma belgesinin resmî şekle tabi olup olmadığı meselesi belirsizlik arz etmektedir⁸⁷.

Çalışmamız itibarıyla konusu taşınmaz olan paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda ortaklığın giderilmesi anlaşmasının taşınmazın devri sonucu doğurması ihtimali dikkate alındığında, bu konuda arabuluculuk anlaşma belgesi hazırla-

⁸⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 112.

⁸¹ Azaklı Arslan, (n 44) 240; Taşpolat Tuğsavul (n 52) 195.

⁸² Azaklı Arslan (n 44) 242. İstinafta kamu düzeni açısından bir inceleme yapılabilir; ancak içerik denetimi yapılamaz. Taşpolat Tuğsavul (n 52) 197.

⁸³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven (n 44) 116; Özmumcu (n 44) 345; Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 6.

⁸⁴ Azaklı Arslan (n 44) 242.

⁸⁵ Azaklı Arslan (n 44) 243; Ayrıca bkz. aşağıda III, A.

⁸⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin 2015) 240.

⁸⁷ Bkz. Büyükay (n 43) 105.

nırken, resmî şekil şartına uyulması meselesinin tartışmalı olduğu söylenebilir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁸⁸, taşınmazın devrini sağlayan bir anlaşma belgesinin geçerli sonuç doğurması için resmî şekil koşuluna uyulması gerekir ve resmî şekle uyulmadan yapılan bir anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilemez. Doktrinde ifade edilen başka bir görüşe göre, arabuluculuk anlaşma belgesinin yazılı olarak hazırlanması ve icra edilebilirlik şerhinin alınması, tapu sicilinde tescil işlemine dayanak bir belge olması açısından yeterlidir. Ayrıca, anlaşma belgesinde arabulucunun da imzasının bulunması sebebiyle, belgenin resmî şekilde düzenlendiğini düşünülebilir⁸⁹. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüş⁹⁰, arabuluculuk faaliyetinin sonucunda, uyuşmazlığın taraflarının, taşınmazın devrine yönelik olarak anlaşmalarından sonra, taşınmazın devrinin ve tescilinin cebri icra konusu edilmeye elverişli olmaması gerekçesiyle, mahkemeden, bu konuda icra edilebilirliğe ilişkin bir şerhin verilmesinin istenemeyeceği yönündedir. Dolayısıyla taşınmazlarının devrine ve tesciline ilişkin işlemlerin taraflarca bizzat gerçekleştirilmesi gerektiği; mutlaka hukuken bağlayıcı bir anlaşma yapılmak isteniyorsa da, dava açılmadan önce gerçekleştirilecek arabuluculuk faaliyeti kapsamında anlaşmanın taraflarca noter huzurunda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılacak düzenlenebileceği ve hatta, taraflarca bu sözleşmenin tapuya da tescil ettirilebileceği ya da anlaşma belgesinde cezai şartın kararlaştırılarak veya doğrudan doğruya tapuda devir işlemlerini gerçekleştirebileceklerini; şayet dava açılmasından sonra arabulucuya başvurulmuşsa, bu kapsamda yapılacak taşınmaz devrini öngören anlaşmanın, bir mahkeme içi sulh şeklinde kabul edilip HMK m. 315/1 uyarınca hükme geçirilebileceği ve ilâm hâline getirilebileceği ileri sürülmektedir.

Taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında anlaşma belgesinin şekline ilişkin olarak bir belirleme yapmak için, bu durumda tarafların kendi aralarında sözleşme yapmaları halinde, anılan sözleşmenin şekline de bakılması ve bundan yola çıkarak bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz. Taşınmaz mülkiyetinin, hak sahibi kimseden üçüncü bir kimseye geçişi, devri konu edinen bir sözleşmeyle ve tescil işleminin yapılmasıyla gerçekleşir. TMK m. 706/1 hükmüne göre de, devri konu edinen sözleşmenin, resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Bu devir sözleşmesine resmîyet kazandıracak kişi ise, tapu müdürü ya da tapu memurlarıdır (TK m. 26/1). Başka bir ifadeyle, taşınmazın üzerinde yer

⁸⁸ Büyükay (n 43) 106.

⁸⁹ Badur (n 49) 64 vd.

⁹⁰ Bulur (n 30) 503-504.

alan aynî haklara ilişkin yapılacak resmî senetlerin, tapu müdürü veya tapu memurlarınca düzenlenmesi gerekir (TK m. 26/1). Paylı mülkiyetin veya miras ortaklığı sebebiyle ortaya çıkmış olan elbirliği mülkiyetinin, yani birlikte mülkiyetin, sona erdirilmesi ve birlikte mülkiyetin konusunu oluşturan taşınmazın paylaşılması için, taşınmaz mülkiyeti üzerinde değişiklik gerçekleştirecek işlem/işlemler yapılır. Her durumda doğrudan taşınmaz mülkiyetinin devri gerçekleşirse de, (Örneğin tabii paylaşmada devirden bahsedilir) taşınmaz mülkiyetinde değişikliğe yol açacak bir işlem, kural olarak mevcuttur. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyeti üzerinde değişikliğe yol açacak işlemlerin (taşınmazın devri de dahil olmak üzere) resmî şekle uygun yapılması elzemdir. Bu açıdan bakıldığında, paylı mülkiyette, taşınmazdaki paylı mülkiyet halinin, ferdi/bireysel mülkiyete dönüşmesi amacıyla yapılacak sözleşme, resmî şekle tabidir. Ancak, miras ortaklığının varlığı halinde meydana gelen elbirliği mülkiyetinin, ferdi/bireysel mülkiyete dönüştürülmesi amacıyla yapılacak sözleşme bakımından aynı durum geçerli olmayacaktır. Nitekim miras ortaklığı bakımından durumu farklılaştıran hususlar, TMK m. 676/3'de yer alan *"Paylaşma sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır"* hükmü ile *"Düzenleme şeklinde yapılması zorunlu olan işlemler"* başlığı altında 1512 sayılı Noterlik Kanunu⁹¹ (NK) m. 89'da *"Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir"* hükmüdür. Görüldüğü üzere her iki düzenleme birbirine zıt ifadeleri içermektedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe ve Yargıtay'ın 26.11.1980 tarih ve 5/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre, *"...NK m 89, TMK m. 676'yı değiştirmiş değildir; zira bu kanun, mirasçılardan sözleşmeyi noterler huzurunda yapmaya karar vermeleri halinde noterlerin nasıl davranması gerektiğini belirlemektedir. Dolayısıyla taşınmazların paylaşılması hususunda TMK m. 676'ya göre adi yazılı şekilde yapılan sözleşmeye dayanılarak, taşınmazın mülkiyeti resmî şekil aranmaksızın, tescil ile birlikte devredilebilir..."*⁹² Nitekim, Kanun tarafından aranan geçerlilik şekli, adi yazılı şekildir ve eğer miras ortaklığı sebebiyle oluşan elbirliği mülkiyetinin sona ermesi ve bunun zorunlu sonucu olarak mülkiyet konusu malın paylaşılması, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan anlaşma ile yapılmışsa, taşınmazın devri için adi

⁹¹ 05.02.1972 tarih ve 14090 sayılı RG.

⁹² Kılıçoğlu (n 12) 417-420. Ayrıca bkz. Süha Tanrıver, 'Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89'uncu Maddesi', (2017) (2) TNBHD 23-30.

yazılı şekil ve HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3 çerçevesinde alınması zorunlu olan icra edilebilirlik şerhinin de alınmasıyla taşınmaz, mirasçı/mirasçılar adına tescil edilebilir. Ancak, paylı mülkiyet konusu taşınmaz/taşınmazların paylaşılması bağlamında; tapuya kayıtlı taşınmazların paylı mülkiyete konu teşkil etmesi halinde yapılacak olan ortaklığın giderilmesi (paylaşma) sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerektiğinden (TK m. 26) ve her payın, bağımsız olarak tapu kütüğüne kayıt ve daha sonra paydaş adına tescili gerektiğinden, yukarıdaki açıklamalardan farklı bir durumun varlığına işaret etmek gerekir. Paylı mülkiyete çevirme konusunda paydaşların, arabuluculuk süreci sonunda anlaşmaları ihtimalinde, arabuluculuk faaliyetin sonunda kanunun aradığı şekilde ortaya çıkan anlaşmanın, resmî şekle uyulmaksızın yapıldığı ortadadır. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşma sağlanması tek başına yeterli olmayıp, icra edilebilirlik şerhinin de alınması mecburidir (HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3). Bu çerçevede, devlet mahkemelerince anlaşma belgesinin icra kabiliyetine haiz olduğunu gösteren icra edilebilirlik şerhinin verilmesiyle birlikte, tapuda tescil işlemi yapabilmek için varlığı aranan resmi şekil koşulunun gerçekleştiği kanaatindeyiz. Nitekim, mahkemeden alınması zorunlu olan icra edilebilirlik şerhiyle birlikte, arabuluculuk sürecinde yapılan anlaşmanın, resmi bir nitelik kazanması sebebiyle, mahkemece şerh verilerek ilam niteliği kazanan anlaşmanın, tapuda tescil işleminin yapılabilmesi için geçerli bir neden oluşturduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla, hukuk kurallarını tarafsız ve bağımsızlık niteliklerine uygun şekilde somut olaya uygulayan hâkimin (mahkemenin), yargılama faaliyeti kapsamında şerh vermek suretiyle icra edilebilir olduğunu tescillediği bir sözleşmeyle tapuda her bir paydaş adına taşınmazın paylaşılmış bölümlerine ilişkin olacak tescil işlemi geçersiz kabul etmek; buna mukabil bir tapu memurunca resmiyet kazandırılmış sözleşmeyle tapuda paydaşlar adına tescil işlemi kabul etmek, sağlıklı ve doğru bir yaklaşım biçimi oluşturmaz.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 18/5'e⁹³, 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanun m. 24 ile "*arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz*" hükmü eklenmiştir⁹⁴. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk faaliyeti neticesinde anlaşma sağlanıp düzenlenen ve icra edilebilirlik şerhi

⁹³ Dava şartı olduğu yönünde bkz. Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti (n 50) 17 vd.

⁹⁴ Bu hükümle temel hak ve hürriyetler arasında yer alan hak arama özgürlüğünün fiili olarak gerçekleşmesi için hak sahibine, anayasal güvence ile sağlanmış dava hakkı, Anayasa'nın 13. maddesine uygun olmayan şekilde sınırlandırılmıştır.

alınmış olan anlaşma belgesi bulunması sebebiyle üzerinde uzlaşmaya varılmış bulunan konularda, yeniden dava açılmasının mümkün olmaması dikkate alındığında, tapu müdürü ya da memuru tarafından resmî şekilde düzenlenmiş senedin/sözleşmenin, tescil bağlamında taşıdığı niteliğin, icra edilebilir niteliğe sahip anlaşma belgesine de tanınması gerektiği görüşünderiz. Ayrıca, 7036 sayılı Kanun m. 24 ile eklenen ve 7445 sayılı Kanun m. 35 ile değişikliğe uğrayan HUAK m. 18/4'de yer alan "*Kanunlarda icra edilebilirlik şerhi alınmasının zorunlu kıldığı haller hariç, taraflar ve avukatları ile arabulucunun, ticari uyuşmazlıklar bakımından ise avukatlar ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilâm niteliğinde belge sayılır*" hükmü taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bakımından HUAK m. 17/B/4 ile m. 18/B/3 nedeniyle uygulanma alanı bulmayacaktır.

Sonuç itibarıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar, taşınmazın konu olduğu ve taşınmazın aynına ilişkin sonuç doğuran ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında da tapuda ya da noterde bir sözleşme yapmaya gerek olmaksızın arabulucunun imzasıyla bir anlaşma yapabilirler. Bu anlaşma, tarafların ve arabulucunun imzasıyla birlikte anlaşma için aranan geçerlilik şekil şartını yerine getirmektedir. Bu bağlamda, arabuluculuk anlaşma belgesinin ortaklığın giderilmesine konu taşınmaz için hazırlanması durumunda da geçerlilik şekline aykırılık teşkil etmediği kabulü edilmelidir. Nitekim kanunda açıkça ortaklığın giderilmesi için arabuluculuğa başvurulması dava şartı arabuluculuk kapsamında öngörülmüş ve arabulucunun diğer faaliyetlerinde olduğu gibi bu faaliyeti neticesinde de anlaşma belgesi hazırlayabileceği kabul edilmiştir. Bu belge de icra edilebilirlik şerhiyle birlikte ilâm niteliğinde belge niteliğini haiz olabilir ve icra edilebilirlik şerhinin alınmasıyla birlikte tescile dayanak bir belge⁹⁵ özelliğini taşıyabilir. Aksinin kabul edilmesi, yani taşınmazın konu olduğu ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında mutlak surette tapuda veya noterde bir anlaşma yapılması şartının aranması, arabuluculuk sürecini etkisiz kılar. Ancak taraflar anlaşma belgesi düzenlemek yerine, tapuda bir anlaşma da yapabilir⁹⁶.

⁹⁵ Arabuluculuk anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alınmadıkça tescile dayanak bir belge teşkil etmez.

⁹⁶ Aynı yönde Kurt Konca ve Badur (n 49) 562.

D. Anlaşma Belgesinin Kanunî Sınırlar İçinde Hazırlanması

Mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir (AY. m. 35/2). Ayrıca HUAK m. 17/B-3⁹⁷ ve m. 18/B-2⁹⁸ de tarafların anlaşması hâlinde anlaşma belgesinin⁹⁹ taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uyulması gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda arabuluculuk anlaşma belgesi mülkiyet hakkının kanunî sınırlamalarına uygun olmalıdır. Borçlar hukukunun temel anlayışı içerisinde sözleşme serbesti ilkesi hâkim olsa da kanun belirli sınırlamalar öngörmektedir. Dolayısıyla her şeyden önce anlaşma belgesi TBK m. 27'deki sınırlamalara uygun olmalıdır. Başka bir anlatımla arabuluculuk anlaşma belgesi kanuna, emredici hükümlere, ahlaka, kişilik haklarına, kamu düzenine aykırı olmamalı ve anlaşma belgesinin konusu imkânsız olmamalıdır. Aksi hâlde anlaşma belgesi kesin hükümsüz olur.

Konumuz itibarıyla anlaşmaya konu olan taşınmaz üzerindeki mülkiyet, elbirliği ya da paylı mülkiyet şeklindedir. Bu bağlamda anlaşma belgesinde ger-

⁹⁷ “Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazın devri veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasıyla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.”

⁹⁸ “Arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi, taşınmazla ilgili olarak kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslar gözetilmek suretiyle düzenlenir.”

⁹⁹ 14.11.2024 tarihli ve 32722 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 17/B maddesine altıncı fıkra; 18/B maddesine ise beşinci fıkra eklenmiş olup, tapu müdürlüğünce resmi senet düzenlenmeksizin, arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflardan birisinin tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabileceğine işaret edilmiştir. Bunun üzerine 29.11.2024 tarihinde Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından, Tapu Sicilinde Arabuluculuk Uygulamaları Konulu 2024/5 sayılı Genelge çıkartılmıştır. Genelge için bkz.: <https://www.tkgm.gov.tr/tapusicilinde-arabuluculuk-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 01.12.2024). Bu Genelge’ye göre anlaşma belgesinde; *tarafların kimlik bilgilerine (T.C. kimlik numarası, ad soyad, anne ve baba adı, doğum tarihi, T.C. kimlik kartı seri numarası), anlaşma belgesi vekil tarafından imzalanmış ise vekaletin ait olduğu notere, vekaletname tarihi ve yevmiye numarasına, taşınmazın tanımlayıcı bilgilerine (il, ilçe, köy/mahalle, ada-parcel, varsa blok, kat ve bağımsız bölüm numarası, taşınmaz hisseli ise anlaşmaya konu hisse miktarı), anlaşma bedeline, taşınmaza ait güncel tapu kaydında yer alan takyidlere (ipotek, şerh, beyan, hak ve mükellefiyetler vb.) ve tarafların ve arabulucunun ıslak imzalarına* yer verilir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde anlaşmaya ilişkin hususlar, açıkça, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak bir şekilde belirtilir; anlaşma belgesi, tarafların taşınmazın tesciline dair kabul beyanlarını da içerir. Taşınmazın güncel tapu kaydında yer alan takyidlere arabuluculuk anlaşma belgesinde yer verilmeyerek belgeye ek yapılması halinde söz konusu belgede kaydın ek yapıldığının belirtilmesi ve eklerin de tarafların tamamı ve arabulucu tarafından imzalanması gerekmektedir.

¹⁰⁰ Her iki kanun hükmünün de kanun sistematığı açısından birbiriyile tutarlı olduğunu belirtmek gerekir.

çeleştirilen anlaşma; elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet için kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır. Paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşmayı isteme hakkına¹⁰¹ getirilen sınırlamalar başta olmak üzere mülkiyet hakkına getirilen özel nitelikli sınırlamaları incelemekte fayda vardır. Paylaşmayı isteme hakkına TMK kapsamında getirilen sınırlamalar; paydaşlar arasında idame-i şüyu anlaşması, uygun olmayan zamanda paylaşmanın istenememesi ve paylı malın bir devamlı amaca özgülendiği bulunması şeklinde sıralanabilir¹⁰². Paylı mülkiyet ilişkisinin devamına ilişkin idame-i şüyu anlaşmasının varlığına rağmen tarafların, oybirliğiyle bu anlaşmayı bertaraf ederek paylaşmayı gerçekleştirebilmeleri mümkündür¹⁰³. Arabuluculuk anlaşma belgesinde de taraflar oybirliği ile anlaşarak paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirebilirler. İdame-i şüyu anlaşması, paylaşmayı isteme hakkına getirilen bir sınırlama olsa da bu sınırlamanın irade özgürlüğü çerçevesinde oybirliğiyle anlaşma sağlanarak ortadan kaldırılabileceği kabul edildiğinden idame-i şüyu anlaşması, arabuluculuk anlaşma belgesinin paydaşların oybirliği ile hazırlanmasına bir engel teşkil etmez. Uygun olmayan zamanda paylaşmanın istenememesi durumu dürüstlük kuralının uygulama alanının özel bir görünüm halidir¹⁰⁴. Paydaşlardan birisi uygun olmayan zamanda paylaşmayı isteme hakkını kullanırsa, dürüstlük kuralı uyarınca bu talebi mahkeme huzurunda kabul görmez. Ancak paydaşlar, oybirliği ile anlaşmaya vardıkları takdirde, bu şekilde uygun bulunmayan bir zamanda paylaşım iddiasından bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinde paydaşlar oybirliğiyle anlaşarak paylaşmayı kabul ederse anlaşma belgesi, diğer hukuka uygunluk sebeplerini taşıyorsa tarafların iradesine göre hazırlanmalıdır. Doktrinde, paylı bir malın sürekli amaca özgülendiğinden söz edebilmek için, paylı mülkiyetin, eşyaya bağlı mülkiyet şeklinde kurulması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁵. Eşyaya bağlı mülkiyet ilişkisini taraflar oybirliği ile sona erdirirse, pay-

¹⁰¹ Paylaşmayı isteme hakkı paylı mülkiyet ilişkisinde her paydaşa tanınmış paya bağlı bir haktır. Sirmen (n 9) 410. Paylaşmayı isteme hakkı kanundaki sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla paydaşlar tarafından her zaman kullanılabilir.

¹⁰² Sirmen (n 9) 411 vd.

¹⁰³ Haklı sebepler varsa anlaşma süresi bitmeden önce de paylaşma istenebilir. Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016) 71; C. Wieland, *Kanunu Medenide Aynı Haklar* (Çeviren: İ. Hakkı Karafakı) (1946) 86; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku (Aynî haklar)* (1954) 249-250; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 9) 423; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 609; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 9) 277.

¹⁰⁴ Akipek (n 9) 41; Ayan, Mülkiyet (n 103) 74.

¹⁰⁵ Sirmen (n 9) 412; Akipek (n 9) 40; Ayan, Mülkiyet (n 103) 73; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 610.

laşmayı isteme hakkının kullanılmasının önünde bir engel yoktur¹⁰⁶. Böylece arabuluculuk anlaşma belgesi de tarafların oybirliğiyle anlaşması üzerine hazırlanabilir.

Paylaşmayı isteme hakkının sınırları TMK hükümlerinde belirtilenlerden ibaret değildir¹⁰⁷. KMK m. 7'ye göre kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olan taşınmazda paylaşma istenemez; ancak bağımsız bölüm üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşma istenebilir. Buradaki kanunî sınırlama, arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması için de bağlayıcı niteliktedir. Arabulucu, KMK m. 7'deki sınırlamaya aykırı olarak bir anlaşma belgesi hazırlayamaz. Öte yandan ana taşınmazdaki kat mülkiyeti ya da kat irtifakı ilişkisi sona erdirilirse paylaşmanın gerçekleşmesinin önünde bir engel yoktur.

775 sayılı Gecekondu Kanunu¹⁰⁸ m. 34/I-d ile m.34/III hükümleri uyarınca özgülenen taşınmazlarda, tahsis tarihinden itibaren 10 yıllık süre için paylaşmayı isteme hakkı ortadan kaldırıldığı için burada ortaklığın giderilmesi davası açılmasının da söz konusu olamayacağı ifade edilmelidir¹⁰⁹. Bu nedenle arabulucunun, anlaşma belgesini hazırlarken, taşınmazın kanunda belirtilen niteliğe sahip olup olmadığı durumunu da irdelemesi gerekir. Paylaşmaya engel bir başka husus ise 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun¹¹⁰ m. 6'da düzenlenmiştir. Bu hükmün kapsamında değerlendirilen ve paylı mülkiyet hükümlerine tabi bulunan taşınmazlarda, kanunda sayılmış olan işlemler salt çoğunlukla yapılabileceğinden, ortaklığın giderilmesi isteme hakkı da bu taşınmazlar bakımından kullanılamaz; ortaklığın giderilmesi davası da açılmaz¹¹¹. Ancak böyle bir durumda arabuluculuk anlaşma belgesinin paydaşların oybirliğiyle hazırlanmasının önünde hiçbir engel yoktur.

Paylaşmayı isteme hakkının kullanılamaması durumunun yanı sıra, paylı mülkiyete konu taşınmazın hukuken bölünememesi meselesinin de incelenme-

¹⁰⁶ Sirmen (n 9) 413.

¹⁰⁷ Ayan, Mülkiyet (n 103) 74.

¹⁰⁸ 30.07.1966 tarih ve 12362 sayılı RG.

¹⁰⁹ İlgili kanun m. 34/3 bağlamında, 20 yıllık süre içinde borçlanma bedellerinin tamamının ödenmesi halinde tüm sınırlamaların kalkacağı ve bu çerçevede ortaklığın giderilmesini isteme hakkının kullanımı ve dolayısıyla arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması da mümkün olacaktır.

¹¹⁰ 31.05.2012 tarih ve 28309 sayılı RG.

¹¹¹ Oğuzman, Selici ve Oktay Özdemir (n 9) 331, dn. 227a; Ergun Özsunay, *6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat 2015) 25.

si gerekir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazların asgari yüzölçümünü belirleyen 3194 sayılı İmar Kanunu¹¹² ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu¹¹³ (TKAKK) düzenlemelerine aykırı bir paylaşma usulü benimsenemez. İmar Kanunu uygulamalarına göre inşaat alanı için belirlenmiş asgari yüzölçümünün altında bir paylaşma usulü belirlemek mümkün değildir. Asgari ölçülerde parsel elde edebilmek için İmar Kanunu m. 18 kapsamında paylı hale getirilen taşınmazlarda paylaşma ancak satış suretiyle mümkündür¹¹⁴ (İmar Kanunu m. 16/5). Yine tarımsal arazilerin asgari yüzölçümü büyüklüğünü belirleyen TKAKK m. 8 hükmü de dikkate alınmalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesinde TKAKK m. 8 kapsamında belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında bölünme gerçekleştirilemeyeceği için paydaşlara asgari tarımsal arazi büyüklüğünün altında bir taşınmaz özgülenemez.

Paylaşma yapılırken dikkate alınması gereken bir başka kanunî düzenleme ise TMK m. 699'dur. Paylaşma kural olarak aynen bölüşme şeklinde gerçekleştirilmelidir. Ancak yukarıda ifade edilen sınırlandırmalar da dikkate alınarak hukukten bölünmeye müsait olmayan bir taşınmaz varsa, aynen paylaşma gerçekleştirilemez. Ayrıca, paylara para eklenmesi de mümkündür. Öte yandan, bazı paydaşlara yalnızca mal ve bazılarında da para verileceği yönünde bir paylaşım biçimi, arabuluculuk anlaşma belgesinde kabul edilmemelidir. KMK m. 10/7'ye göre kat mülkiyeti kurulmaya elverişli bir bina söz konusu ise aynen bölüşme, kat mülkiyetine çevirme ve paydaşlara bağımsız bölüm özgülleme de mümkündür¹¹⁵. Arabuluculuk anlaşma belgesinde paylı malın satışına da karar verilebilir.

Elbirliği mülkiyetinde, paylı mülkiyetteki gibi bir pay kavramı yoktur; ancak elbirliği ortaklığında da ortakların tasfiyeden kendilerine düşecek payı isteme yetkileri vardır¹¹⁶. Bu kapsamda ortaklığın giderilmesini de isteyebilirler. Ancak öncelikle aralarındaki ortaklık ilişkisinin sonlandırılması gerekir. Elbirliği mülkiyeti ilişkisinde miras ortaklığında kendine özgü durumlar olduğu için, öncelikle miras ortaklığına özgü kanunî sınırlamalar değerlendirilecektir.

Miras ortaklığından kaynaklı uyuşmazlıklarda paylaşmaya konu terekenin mirasçıları arasında ceninin bulunması, mirasçılar arasında idame-i şüyu veya

¹¹² 09.05.1985 tarih ve 18749 sayılı RG.

¹¹³ 19.07.2005 tarih ve 25880 sayılı RG.

¹¹⁴ Sirmen (n 9) 416.

¹¹⁵ Sirmen (n 9) 417.

¹¹⁶ Akipek (n 9) 48.

miras ortaklığının devam anlaşması, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ve TMK m. 642/3 kapsamında mahkeme kararının varlığı, arabuluculuk anlaşma belgesi hazırlanırken dikkate alınması gereken meselelerdir.

Mirastan pay alma ihtimali olan bir cenin varsa mirasın paylaşılması cenin doğumuna kadar ertelenir (TMK m. 643/1¹¹⁷). Mirasçı olma ihtimali bulunan cenin, miras ortaklığının ceninin doğumuna kadar ertelenmesine ve buna bağlı olarak da paylaşmaya engel olmasına neden olan bir hal olduğu için, bu kural arabuluculuk anlaşma belgesinde dikkate alınması gereken bir sınırlamadır. Ayrıca TMK m. 642/3: *“Paylaşmanın derhâl yapılması, paylaşım konusu malın veya terekenin değerini önemli ölçüde azaltacaksa; sulh hâkimi, mirasçılardan birinin istemi üzerine bu malın veya terekenin paylaşılmasının ertelenmesine karar verebilir”* düzenlemesi kapsamında, mahkeme kararı varsa arabuluculuk anlaşma belgesinde erteleme kararına uymayan bir paylaşma yapılamaz. Yine paylı mülkiyette olduğu gibi miras ortaklığında da mirasçılar arasında ortaklık ilişkisinin devamına yönelik bir anlaşma gerçekleştirilmiş olabilir. Bu anlaşmanın oybirliği ile kaldırılması sonucunda, arabuluculuk anlaşma belgesinde bir paylaşımın gerçekleştirilmesinin önünde bir engel yoktur.

Mirasbırakan, tasarruf özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufla, malvarlığının ölüm sonrası akıbetini serbestçe belirleyebilir¹¹⁸. Mirasbırakan paylaşma kuralları çerçevesinde mirasın belirli bir süre paylaşılmasının engellenmesini isteyebilir. Ancak mirasçılar oybirliğiyle anlaşarak bu belirlemenin dışına çıkılabilir¹¹⁹. O halde mirasbırakan, paylaşma kuralı olarak, mirasın paylaşılmasının belirli süre ertelenmesine karar vermişse miras-

¹¹⁷ Bu hüküm emredici nitelikte bir hükümdür ve aksi kararlaştırılmaz [Eren, Mirasın Paylaşılması (n 14) 509; Peter C. Schaufelberger und Katrin Keller Lüscher, *Basler Kommentar Honnig-Vogt-Geiser Hrsg.*, *Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB)* (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2015) 754].

¹¹⁸ Zarife Şenocak, ‘Mirasbırakanın Paylaşma Kuralları’, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan (Şekin 2009) 601.

¹¹⁹ TMK m. 646/2 *“Aksine düzenleme olmadıkça mirasçılar, paylaşmanın nasıl yapılacağını serbestçe kararlaştırırlar.”* ifadesiyle mirasçıların paylaşmada irade özgürlüğüne işaret etmektedir. TMK m. 647/II’de ise mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuyla koyduğu paylaşma kuralının mirasçılar açısından bağlayıcı olduğu ifade edilmektedir. Bu ifadeden söz konusu paylaşma kurallarının emredici nitelik taşıdığı düşünülebilir. Mirasbırakanın paylaşma kurallarına emredici nitelik verildiği takdirde mirasçılarının paylaşmada irade özgürlüğüne bir sınırlama getirilir. Ancak mirasbırakanın paylaşma kuralları emredici niteliğe haiz değildir. Mirasçılar oy birliği ile anlaşarak mirasbırakanın paylaşma kurallarını bertaraf edebilir. Aynı yönde bkz. Şenocak (n 118) 607; Antalya (n 14) 456; İnan, Ertaş ve Albaş (n 12) 554.

çılar buna uymak zorundadır; ancak oybirliğiyle bir anlaşma yaparak bu belirlemeden önce bir paylaşmayı arabuluculuk anlaşma belgesiyle sağlayabilmelidir.

Miras ortaklığı dışında diğer elbirliği mülkiyeti ilişkilerinde de ortaklığın sona erdirilmesi öncelikle bu ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesine bağlıdır. Ortaklık ilişkisinin sona erdirilmesi, her ortaklık için ayrı hükümlere tabidir¹²⁰. TMK m. 703/2’de paylı mülkiyete, “Paylaştırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır” düzenlemesiyle atıf yapılmıştır. Bu bağlamda elbirliği ortaklığıyla ilgili hükümlerde bir boşluk bulunması hâlinde paylı mülkiyete ilişkin kurallar geçerli olur. Paylı mülkiyete ilişkin yukarıdaki açıklamalar bu kapsamda elbirliği ortaklığı için de geçerlidir.

III. İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesi

A. İcra Edilebilirlik Şerhinin Hukuki Niteliği

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 18. maddesi uyarınca, arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde bir anlaşmaya varmaları halinde, kapsamı ve içeriği taraflarca belirlenmiş olan anlaşma belgesi, uyuşmazlığın tarafları, varsa vekilleri ve arabulucu tarafından imzalanır. Kural olarak tarafların, arabuluculuk faaliyeti neticesinde vardıkları anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekir (HUAK m. 18/2). Böylece icra edilebilirlik şerhini içeren anlaşma belgesi, ilâm niteliğinde belge hükmünü kazanır. Ancak burada, anlaşma belgesini imzalayan kişilerin kim olduğuna göre, kanun koyucu ayrıca bir belirleme yapmıştır. Bu çerçevede, mevzuatta icra edilebilirlik şerhinin alınması şart koşulan haller istisna olmak üzere, kural, taraflar ve avukatları ile arabulucu/arabulucuların birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınmadan da ilâm niteliğinde bir belge niteliğine sahip bulunduğuudur. Ancak ticari uyuşmazlıklar bakımından bir istisna getirilmiş olup, sadece taraf avukatlarıyla arabulucunun birlikte imzaladığı anlaşma belgesine, icra edilebilirlik şerhi alınmaksızın ilâm niteliğinde belge vasfı kazandırılmıştır (HUAK m. 18/4). Ayrıca, aynı Kanun’un 18/B maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde işaret edilen taşınır ve taşınmazların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları bağlamında düzenlenecek anlaşma belgesinin, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, kim tarafından imzalanmış olursa

¹²⁰ Sirmen (n 9) 430.

olsun mutlaka icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu tutulmuştur. Dolayısıyla burada öncelikle arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesinin ilâm niteliğinde belge sayılabilmesi için gerekli olan icra edilebilirlik şerhiyle ilgili açıklamalar yapılmalıdır.

Öncelikle, ilâm niteliğinde belgelerin nelerden ibaret bulunduğu konusunda hem özel kanunlarda hem de İcra ve İflas Kanunu'nda¹²¹ (m. 38, m. 150/h) hükümler sevk edilmiştir. İlâm niteliğinde belgeler, icra edilebilirlik bağlamında mahkeme hükümleriyle eş değer bir etkiye sahip olup, alacağın doğrudan ilamlı icra yoluyla takibine olanak tanır. Ancak burada önemle ifade edilmelidir ki, ilâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler tümüyle aynı hüküm ve sonuçları doğurmaz, sadece icra edilebilirlik bağlamında benzer etkiye sahiptirler¹²². İlâmlar ile ilâm niteliğinde belgeler arasındaki temel farklılık, ilâmların kural olarak maddî anlamda kesin hüküm gücüne¹²³ sahip olmaları yanında, ilâm niteliğinde belgelerin bu vasfa sahip bulunmamalarıdır¹²⁴. Nitekim ilâm kavramı, mahkemelerin vermiş olduğu nihai kararların davanın taraflarına verilen onaylı suretini ifade eder. İlam niteliğinde belge ise, ilâmın doğurduğu hukuki sonuçları doğurmayıp, onunla sadece icra edilebilirlik bağlamında aynı doğrultuda hüküm ve sonuç doğuran bir belgedir.

İlâmların cibrî icra konusu edilebilmesi için; icra edilebilir olması, uyumsuzluğu esastan çözümlenmesi ve yargılamaya son verecek nitelikte bulunması gerekir. İlâmlar; verme, yapma ya da yapmama gibi bir edimi içermesi koşuluyla eda emrini içeriyorsa icra edilebilir nitelik taşır¹²⁵. İlâm olmayıp da ilâm niteliğinde olduğuna işaret edilen belgeler bakımından ise, icra edilebilirlik bağlamında hak sahibi olanların, haklarının açık, kesin ve hiçbir tereddüt uyandırmayacak şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir¹²⁶. Dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonucunda taraflarca veya vekillerince ya da birlikte imzaladık-

¹²¹ 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı RG.

¹²² Sûha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996) 83; Mustafa Serdar Özbek, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3 (2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 75.

¹²³ Anlaşma belgelerinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından kesin hüküm etkisinin tanınmamasının eksiklik teşkil ettiği yönünde bkz.: Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, (Adalet 2020) 73.

¹²⁴ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 83; Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 75.

¹²⁵ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 43.

¹²⁶ Tanrıver, İlamlı İcra (n 122) 83.

ları, arabulucunun da imzasının yer aldığı anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilebilmesi bağlamında, bu belgenin kesin ve şüpheye mahal vermeyecek açıklıkta olması gerekir. Zira bu belge ilâm niteliğinde belge hükmüne sahip olacak ve icra edilebilirlik şerhi alındıktan sonra, ilâmların tabi olduğu prosedürlere göre ilâmlı icra takibi başlatılabilecek ve takip hukuku bağlamında kullanılacaktır. Taşınmazın aynında değişikliğe yol açabilecek anlaşma belgesinin tapuda doğrudan işleme konulabilmesi için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi alınmasını öngören HUAK m. 17/B ve 18/B maddelerindeki hükümlerin getiriliş amacı da arabulucunun veya tarafların dikkatinden kaçmış olabilecek eksikliklerin yahut hukuka aykırılıkların, mahkeme tarafından denetlenmesi suretiyle giderilmesidir¹²⁷. Ancak, bu konuda verilecek olan icra edilebilirlik şerhinin, gerçek anlamda anlaşma belgesini ilâmlı icraya konu kılıp kılamayacağı tartışılabilir¹²⁸.

Tüm bu açıklamalardan yola çıkılarak, icra edilebilirlik şerhinin, arabuluculuk anlaşma belgelerinin, uyumsuzluk konusunun arabuluculuğa elverişli ve varılan anlaşmanın icra edilebilir nitelik taşıdığını gösteren, mahkemece verilen bir belge olduğu söylenebilir¹²⁹. İcra edilebilirlik şerhi, Almanya, Fransa ve İngiltere gibi ülkelerde ilâmlara icra gücünü kazandırmak amacıyla ilâma yahut icra edilebilir bir belgeye eklenen şerh şeklinde hazırlanırken; Türkiye ve İtalya gibi ülkelerde, mahkeme kararlarına ya da ilâm niteliğindeki belgelere ayrıca eklenmesine gerek yoktur¹³⁰. Bununla birlikte hukukumuzda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK m. 17/A, m. 17/B, m. 18 ve 18/B) ilâ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK m. 414/2) icra edilebilirlik şerhinin alınması gereken hallere işaret edilmiş ve belirli usuller öngörülmüştür.

B. İcra Edilebilirlik Şerhi İçin Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda, arabuluculuk faaliyeti sonunda hazırlanan anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verecek mahke-

¹²⁷ Kurt Konca ve Badur (n 49) 549-550.

¹²⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. aşa. IV-A-2 vd.

¹²⁹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 550; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (5. Baskı, Yetkin 2022) 1715; Büyükay (n 43) 130.

¹³⁰ Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 72. Ayrıca bkz. Michele Angelo Lupoi, 'Civil Enforcement in Italy: A Comparative Perspective', (ed. R. Stürner & M. Kavano, *Comparative Studies on Enforcement and provisional Measures*), (Mohr Siebeck 2011) 90 ff; Elisabetta Silvestri, 'The devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures', (Ed. C. H. Van Rhee & A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability*) (Intersentia 2010) 207 ff.

meye ilişkin farklı belirlemeler yapılmıştır. Buna göre, anılan Kanun'da çalışma konumuz itibariyle önem arz eden taşınmazın devri veya taşınmazın üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasını konu alan uyuşmazlıklar (HUAK m. 17/B, IV) ile taşınır veya taşınmaz malların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarını konu edinen anlaşma belgelerine, bu belgeyi imzalayanların kim olduğuna bakılmaksızın, icra edilebilirliğe ilişkin şerh alma zorunluluğu getirilmiştir (HUAK m. 18/B, III). Yine, az önce sayılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak düzenlenmiş anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi verilmesi talebi, taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesine yöneltilecektir. Görev ve yetkiye ilişkin olarak, Kanun'un 18/B maddesinde sayılmış olan ve icra edilebilirlik şerhinin alınmasının zorunlu hale getirildiği uyuşmazlıklardan, konusu taşınmaz olmayanlar bakımından arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesi¹³¹ yetkili ve görevli mahkeme olarak belirlenmiştir.

Görevli mahkeme olarak belirlenen sulh hukuk mahkemesi, çekişmesiz yargı işi olarak bakacağı icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinde, tek görevli mahkeme konumunda değildir. HUAK m. 18/2'ye göre, davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması halinde, anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine karar verecek mahkeme, davanın görüldüğü mahkemedir. Ancak burada önemle ifade edilmelidir ki, Kanun'un 18. maddesi ile 17/B ve 18/B maddesi hükümlerine bakıldığında bir tereddüt doğması muhtemeldir. Zira Kanun'un 18. maddesi, davanın görüldüğü sırada icra edilebilirlik şerhini vermekle görevli mahkemenin davanın görüldüğü mahkeme (örneğin, asliye hukuk mahkemesi) olduğunu düzenlerken, taşınmazlarla ilgili 17/B ve 18/B maddelerinde birbirine paralel olarak yalnızca taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesinden bahsedilmektedir. *Özbek*, derdest bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlık hakkında icra edilebilirlik şerhinin verilmesinde, başka bir mahkemenin, yani davanın görüldüğü mahkeme dışındaki bir organın yetkili ve görevli olmayacağını ifade etmiştir¹³². Ancak sonraki tarihli özel hüküm niteliğinde olan HUAK m. 17/B, IV ile HUAK m. 18/B/3 hükümleri açıktır. Anılan hükümler bağlamında taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusuysa, görülmekte

¹³¹ Doktrinde, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında, görevli mahkemenin icra hukuk mahkemesi olarak belirlenmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bu görüşe dayanak olarak, icra mahkemelerinin ilgili alanda uzman oldukları, incelemenin kapsamının anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlı bulunduğu ve uyuşmazlığın esas bakımından bir inceleme yapılmaması yani şekli bir inceleme yapılması gösterilmiştir; *Özbek*, İcra Edilebilirlik (n 122) 78-81.

¹³² *Özbek*, İcra Edilebilirlik (n 122) 82.

olan bir davanın bulunup bulunmamasına ilişkin bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla sonraki tarihli özel hüküm niteliğindeki HUAK m. 17/B, IV ile HUAK m. 18/B/3 hükümlerinin uygulanması ve taşınmazın bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹³³. Öte yandan, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında görevli mahkemeler ile icra edilebilirlik şerhinin verileceği mahkeme arasında farklılıklar bulunabilir. Ancak aynı şeyi taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar noktasında söylemek mümkün değildir. Zira ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir (HMK m. 4/1-b). Dolayısıyla, taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda derdest bir dava varsa, anılan davaya bakacak olan mahkeme¹³⁴ ile arabuluculuk süreci sonunda imzalanmış bulunan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme, uyuşmazlık konusu taşınmazın bulunduğu yerdeki sulh hukuk mahkemesidir. Fakat HUAK m. 18/A/2 son cümle bağlamında böyle bir durumun ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira anılan hükme göre, “arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir¹³⁵.” Dolayısıyla taşınmazı konu alan ortaklı-

¹³³ Benzer yönde bkz. Kurt Konca ve Badur (n 49) 553-554.

¹³⁴ Ortaklığın giderilmesine davasında görevli mahkemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Topal (n 5) 159 vd.

¹³⁵ HUAK m. 18/A/2 bağlamında doktrinde ve yargı kararlarında farklı yaklaşımların bulunduğuna değinmekte fayda vardır. Anılan hüküm bağlamında “Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir”. Bu hüküm lafzen incelendiğinde, arabulucuya başvurunun zorunlu olması/ dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı açıktır. Bu sebeple konuya ilişkin HMK m. 115/2 hükmü uygulama alanı bulamayacak ve arabulucuya başvurulması için mahkemece süre verilemeyecektir (Benzer yönde bkz. Süha Tanrıver, ‘Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler’, (2020) (147) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 112; Mustafa Yavuz, ‘Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk’, (2019) 5 (15) Gümrük Ticaret Dergisi 54; İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019) 48; Anıl Köroğlu, *Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)*, (Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliği Tam Metin Kitabı, Nobel 2020) 524; Servet Kantarcıoğlu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının*

ğın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar dava şartı arabuluculuk kapsamında yer aldığı için, doğrudan sulh hukuk mahkemesinde dava açılması durumunda mahkeme başkaca bir işlem yapmaksızın davanın usulden reddine karar verecektir ve görülmekte olan bir dava söz konusu olmayacaktır. Tüm bu anlatılanlar ışığında, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında (dava şartı) arabuluculuk kapsamında tarafların anlaşma sağlamaları halinde, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkeme sulh hukuk mahkemesidir.

Yetkili mahkeme bağlamında ise, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili mahkeme olarak belirlendiğinden, bu konuda doğabilecek sorunlar, birden fazla taşınmazın söz konusu olduğu daha karmaşık uyuşmazlıklarda ortaya çıkabilir. Her ne kadar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 12. maddesinde, bir kesin yetki kuralı ihdas edilmiş ve birinci fıkrada taşınmazın aynından doğan davalarda yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak gösterilmişse de; taşınmazın aynından kaynaklanan davalarda birden fazla taşınmazın söz konusu olması halinde, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerdeki mahkeme de, yetkili olacaktır. Dolayısıyla hakkında ortaklığın giderilmesi talep edilen birden fazla taşınmazın söz konusu olması halinde, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca icra edilebilirlik şerhinin isteneceği mahkeme olarak gösterilen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yanında, taşınmazlardan herhangi birinin bulunduğu

İncelenmesi (On İki Levha 2024) 250; Özbek, Uyuşmazlık Çözümü (n 129) 1574). Anılan hükmün isabetli bir hüküm olmadığı kanaatindeyiz. Yazılı yargılama usulünde HMK m. 140 ile basit yargılama usulünde HMK m. 320'de yer alan hâkimin açılmış ve görülmekte olan bir davada tarafları sulhe ve arabuluculuğa teşvik ödevine ilişkin hüküm mevcutken, dava şartı arabuluculuk da HUAK m. 18/A/2 nedeniyle hâkimin taraflara arabulucuya başvuramaması kanun yapma tekniği bağlamında doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyebilir. HUAK m. 18/A/2, hükmü kanunda yer almasaydı HMK m. 115/2 hükmü uygulanacaktı ve anılan hüküm, hâkimin arabuluculuğa teşvikine ilişkin hükümlerle uyum içerisinde olacaktı. Öte yandan hâkimin taraflara süre vermeden davayı doğrudan reddedecek olması, düzgün, etkin ve verimli işleyen bir arabuluculuk sisteminde usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecek niteliktedir (benzer yönde görüşler için bkz. Ali Cem Budak, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (1) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 27-28; Azaklı Arslan (n 44) 144-147). Bu sebeple HUAK m. 18/A/2'de yer alan "Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir" hükmünün kaldırılması kanaatindeyiz. Yeri gelmişken HMK m. 115/3 hükmünün arabuluculuk bağlamında uygulanmasına bir engel yoktur. Dolayısıyla dava açılmadan önce arabulucuya gidilmemiş ve mahkeme tarafından da fark edilmeden davanın esasına girilmişse ve fakat hüküm anında bu eksiklik giderilmişse başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden dolayı dava usûlden reddedilmemelidir (135 ibid 27).

yer mahkemesinin de yetkili olacağıın Kanun'da yapılacak bir değişiklikle eklenmesi, bu hususun açıklığı kavuşturulması bakımından önem arz etmektedir. Bu yönde yapılacak düzenlemenin gerekçesi ise kesin bir yetki kuralı ihdas edilmiş olmasıdır ve kesin yetki kuralları kamu düzeninden sayılmaları sebebiyle yorum ya da kıyas yoluyla genişletilip daraltılamazlar¹³⁶. İcra edilebilirlik şerhi verilmesi işi, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde sayılmasa da, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca çekişmesiz yargı işi olarak belirlenmiştir¹³⁷ ve medeni yargılama hukuku bağlamında çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK m. 384'e göre, kanunlarda aksine hüküm bulunan hallerin saklı tutulması ve çekişmesiz yargı işlerine ilişkin yetki kuralının bu maddede sadece *"talepte bulunan kişinin ya da ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi"* olarak belirlenmesi sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetkiye ilişkin diğer kurallarına müracaat edilmesi mümkün gözükmemektedir.

C. İcra Edilebilirlik Şerhinin Verilebilirlik Şartları

Çalışmamız bağlamında, konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesi amacıyla mahkeme tarafından yapılacak incelemenin çerçevesini, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B ve 18/B maddelerinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle çizmek mümkündür.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrasıyla mahkemenin, ortaklığın giderilmesi konusu olan taşınmazlarla ilgili yapılan anlaşma belgeleri üzerinde yapacağı incelemenin kapsamı, anlaşmanın içeriği, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişliliği, taşınmazla ilgili kanunlarla getirilen sınırlama¹³⁸ ve usul/esaslara uyulup uyulmadığıyla sınırlı tutulmuştur. İcra edilebilirlik şerhinin konusunu bir taşınırın paylaşılması veya üzerindeki ortaklığın giderilmesi oluşturuyorsa, bu inceleme dosya üzerinden ve anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığıyla sınırlıdır (HUAk m. 18/3, c.3).

¹³⁶ Kurt Konca ve Badur (n 49) 554.

¹³⁷ Taşpolat Tuğsavul (n 52) 192-193.

¹³⁸ Anlaşma belgesinin hazırlanmasında dikkat edilecek ve hâkimin de incelemesi gereken kanunî sınırlar için bkz yuk. III-D.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17/B maddesinin dördüncü fıkrası ile icra edilebilirlik şerhi verilmesi talep edilen anlaşma belgesinin konusunun, taşınmaz/taşınmazların devrine ya da taşınmaz/taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklardan oluşması halinde, yapılacak incelemenin, anlaşmanın içeriği, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişliliği ve taşınmazın devri ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulumu ile ilgili olarak mevzuatta getirilen sınırlamalarla usul ve esaslara uyulup uyulmadığı konularında yapılacağına işaret edilmiştir. Her iki düzenlemenin öngördüğü şekilde, anlaşmanın içeriği, anlaşmanın arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı, taşınmazla ilgili kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esaslara uygun olup olmadığı mahkemece incelenecektir (HUAK m.17/B, IV; m.18/B/3).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında işaret edilen hususların yanında, doktrinde de haklı biçimde ifade edildiği üzere, mahkemenin yapacağı incelemeye, arabuluculuk süreci sonunda imzalanan anlaşma belgesinin şeklen değerlendirilmesi, tarafların dava ve taraf ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı, varsa vekilin yetkili olup olmadığı, arabulucunun Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak tutulan sicilde kayıtlı resmî bir arabulucu olup olmadığı, anlaşma belgesinde bulunması gereken fiziki yahut elektronik imzaların tam olup olmadığı da dahil olmalıdır¹³⁹. Bu itibarla, anlaşma belgelerinde mutlaka dava şartı arabuluculuk başvuru formunun verildiği arabuluculuk bürosunun isminin, dosya ve arabuluculuk numarasının, taraflar gerçek kişi ise isimleri, soy isimleri ve T.C. Kimlik Numaralarının, taraflar tüzel kişi ise ticari unvanlarının ve vergi kimlik numaralarının, anlaşma belgesinin imzalandığı tarihin, hangi konularda anlaşıldıysa buna ilişkin bilgilerin de açıkça ve tereddüt uyandırmayacak biçimde gösterilmesi gerekmektedir. Bu belgenin tarafların iradelerinin ürünü olduğunu gösteren fiziki imzaların yahut güvenli elektronik imzayla imzalanmışsa buna ilişkin bilgiye de mutlaka yer verilmelidir. Nitekim, tarafların anlaşma yönünde sergiledikleri iradeyi gösterecek imzaların bulunması ve varsa gizlilik kaydı kaldırılarak sürece katılan üçüncü kişilerle Adalet Bakanlığı'nda tutulan resmî sicile kayıtlı arabulucunun imzasının bulunması, belgenin geçerlilik vasfı taşıdığıнын en önemli göstergeleri arasında yer alır.

¹³⁹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555. İncelemenin kapsamının sadece Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen hallerle sınırlı olduğu yönündeki aksine görüş için bkz. Eminoğlu ve Erdoğan (n 123) 71.

Tüm bu hususların yanında, arabuluculuğa usulüne uygun şekilde başvuru yapılan tarih ve sürecin Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK m. 18/A, 9) ve ilgili Kanunlarda (örneğin İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/10 ve Türk Ticaret Kanunu m. 5/A/2) öngörülen süreler içerisinde yapıldığını gösteren sürecin başlama ve bitiş tarihleri de anlaşma belgesinden anlaşılıyor olmalıdır. Bu noktada, kanunlarda ilgili uyuşmazlıklar bağlamında öngörülen (3+1) ve (6+2) haftalık sürelerle aykırılık bulunması halinde anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin ne şekilde tutum takınması gerektiğinin tespiti gerekir. Kanaatimizce, mahkemenin yapacağı içerik incelemesi sırasında, bahsi geçen süreler kanunda her ne kadar emredici şekilde düzenlenmiş olsa da, arabuluculuk süreci sebebiyle tarafların bir hak kaybına uğramasının engellenmesi adına arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için aranan şartlar mevcutsa şerh verilmesine, süreler bağlamında temel sorumluluğun arabulucuda olması sebebiyle arabulucunun hukukî ve disiplin sorumluluğunun doğabileceğine işaret etmek gerekir. Ancak, yine de bu hususun uygulamada mahkemelerce ne şekilde değerlendirileceğini ve arabuluculuk sürecinden beklenen etkinin yaratılabilmesi adına, süre aşımı olsa da buna cevaz verileceğini ya da kanun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalıp içerik incelemesi sırasında arabuluculuk süresinin aşılması halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmemesinin mi söz konusu olacağı noktasında ilk ihtimalin daha güçlü olduğu kanaatindeyiz.

Yapılacak incelemenin kanunî kapsamına dâhil olan içerik incelemesinde ise, anlaşmanın cibrî icraya elverişli olup olmadığı meselesi üzerine yoğunlaşılır. Bu kapsamda, anlaşma belgesine ilâm niteliğinde belge hükmünün tanınabilmesi için, anlaşma belgesinin cibrî icraya elverişli olması gerekir¹⁴⁰. Bunların yanında, anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi verilmek suretiyle ilâm niteliğinde belge vasfı kazanabilmesi için kamu düzenine aykırı bir nitelik taşımadığının da mahkemece tespit edilmesi önemlidir¹⁴¹. Yine, anlaşma belgesinde taraflara yüklenen edimlerin açık, anlaşılabilir ve icraya elverişli olması, bir başka ifadeyle belli bir edimin ifasına yönelik hazırlanması gerekir¹⁴². Bu kapsamda, taşınmazlar hakkında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olamayabilecek tarafların, hak sahiplerinin korunması amacıyla kanun koyucu tarafından tüm anlaşma belgelerine icra edilebilirlik şerhi alınması zorunluluğunun getirilmesi ve içerik

¹⁴⁰ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁴¹ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁴² Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

denetimine izin verilmesi de, mahkemelerin daha titiz ve detaylı bir inceleme yapmasını gerektirecektir. Bu durum ise, mahkemelere başvuru öncesinde zorunlu olarak tüketilmesi gereken bir yol olarak öngörülen arabuluculuk sürecinden beklenen verimin alınamamasına, etkisinin zayıflamasına yol açacak bir nitelik taşısa da, özellikle taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak kurulması veya mülkiyet hakkı değişikliğine yol açabilecek ve nihayetinde tapu sicilinde değişikliğe izin veren anlaşma belgelerinin sıhhatinin doğru bir biçimde değerlendirilmesi gerçeği karşısında mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim kanun koyucu tarafından 7445 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen HUAK m.17/B ve 40. maddesiyle eklenen HUAK m.18/B hükümlerinin gerekçesine bakıldığında, *"...anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerhi verecek olan mahkemeye içerik denetimi yapma yetkisi verildiği, bu sayede de tarafların hak ve menfaatlerinin korunması ile olası hak kayıplarının önlenmesinin amaçlandığına..."* açıkça işaret edilmiştir¹⁴³. Yine bu hükümlerle, taşınmaz hukukuna ilişkin hukuki rejimin korunması da amaçlanmaktadır. Ancak, icra edilebilirlik şerhinin alınması noktasında, bu belgenin cibrî icraya elverişli olup olmadığı, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları açısından önem ifade eder.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, ya tarafların (paydaş veya mirasçılarının) taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyetine son verilip, aynen taksim suretiyle her bir paydaş adına tapuda tescil işlemi yapılacak ya da satış veya diğer bir paylaşım tarzı öngörüülecektir. Tarafların aynen taksim dışında öngöreceklere bir paylaşım tarzında icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesi bağlamında, anlaşma belgesinin cibrî icraya elverişliliği noktasında bir sorun ortaya çıkmayabilir. Örneğin, paylı mülkiyete konu bir taşınmaz üzerindeki payını taraflardan biri diğerine belirli bir ücret karşılığında satma konusunda anlaşmış olabilir. Bu noktada taşınmaz üzerinde tek başına mülkiyet hakkı tesisi sağlandıktan sonra satış bedeli ödenmezse, arabuluculuk anlaşma belgesine, diğer şartları da sağlaması halinde cibrî icraya elverişli bir edimi bünyesinde barındırdığı için, icra edilebilirlik şerhi verilebilir ve ilâmlar gibi cibrî icraya konulabilir. Ancak aynı şeyi taşınmaz mülkiyetinin devri konusunda doğrudan söylemek mümkün değildir. Benzer şekilde, taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyetin aynen taksim suretiyle giderilmesi halinde de durum aynıdır. Bu hususu, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz¹⁴⁴.

¹⁴³ İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve gerekçesi için bkz. <<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y6/T2/WebOnergeMetni/b7ba55be-5858-4208-904c-731a3b425ac6.pdf>> (Erişim Tarihi: 23 Eylül 2024).

¹⁴⁴ Bkz. a.ş.a. IV-A.

D. Yargılama, Karar ve Kararın Kesinleşmesi

Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir ve kural olarak mahkemenin dosya üzerinden inceleme yapması yeterlidir¹⁴⁵ (HUAK m. 18/3). Ancak, taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yol açabilecek bazı uyuşmazlıklarla taşınırıların ve taşınmazların paylaşılmasıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, kira uyuşmazlıklarında, Kat Mülkiyeti Kanunu ve komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bağlamında mahkemenin ihtiyaç duyması halinde duruşma açması mümkündür¹⁴⁶ (HUAK m. 17/B, IV; m. 18/B/3). Dolayısıyla mahkemeye bir takdir hakkı verilmiş olup, yapılacak incelemenin gerektirmesi halinde icra edilebilirlik şerhinin verilmesi talebinin duruşma açılmak suretiyle değerlendirilebilmesi mümkün olduğu gibi, duruşma açılmasına gerek görülmeyen hallerde dosya üzerinden de karar verilmesi mümkündür¹⁴⁷.

Çekişmesiz yargı, mahkemelerce, objektif hukuk kurallarının, kanunlarda açık biçimde çekişmesiz yargı işleri arasında yer aldığı ifade edilmiş hususlar ile ilgililerin arasında bir uyuşmazlığın bulunmadığı haller, ilgililerce ileri sürülecek herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ile hâkimin/mahkemenin re'sen harekete geçtiği hallerin birisine ya da birkaçına göre, bu kapsamda değerlendirilebilecek işlere uygulanması şeklinde ifade edilebilir¹⁴⁸. Mahkemenin icra edilebilirlik şerhi hakkında vereceği karar, "*ilgililer*" arasındaki uyuşmazlık hakkında verilmez¹⁴⁹, zaten çekişmesiz yargı alanında "*ilgililerin*" aralarında teknik anlamda var olan bir uyuşmazlıktan da bahsedilemez. Ancak, çekişmesiz yargıda bazı çekişmeli uyuşmazlıklar da mevcut olabileceğinden uyuşmazlık yokluğu kriteri her zaman mutlak olarak işlerlik kazanamasa da uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işlerinde bir karşı tarafın varlığından bahsedilemez¹⁵⁰ ve farklı konumda bulunan ilgililer değişik talepleri öne sürse de aralarında belli bir husus üzerinde uyuşmazlık bulunduğu söylenemez¹⁵¹. Çekişmeli

¹⁴⁵ Arabuluculuğa elverişli bulunan aile hukuku uyuşmazlıklarında, icra edilebilirlik şerhi verilmesi işinin mutlaka duruşma açılarak yapılması gerekir (HUAK m. 18/3, c.2).

¹⁴⁶ Sûha Tanrıver, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Yetkin 2023) 119.

¹⁴⁷ Kurt Konca ve Badur (n 49) 554-555; Tanrıver, *Uyuşmazlık Çözümleri* (n 146) 119.

¹⁴⁸ Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, (Ankara Üniversitesi 1961) 39.

¹⁴⁹ Kuru (n 148) 16.

¹⁵⁰ İlhan E. Postacioğlu, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan 1975) 27; Kuru (n 148) 18-19.

¹⁵¹ Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2012) 96.

yargı, mevcut hakların tespit ve korunması, çekişmesiz yargı ise hukuki ilişkilerin belirlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması konusunda işlev görür¹⁵². Çekişmesiz yargı alanında kazâî rüşt, evlenmeye izin verilmesi, isim değişikliği ve mahkemenin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi vermesi gibi konularda inşaî etkinin var olduğu ifade edilmektedir¹⁵³. Özellikle icra edilebilirlik şerhi bakımından bu görüşün dayanağı olarak anlaşma belgesine ilâm niteliğinde belge vasfının kazandırılması, tapu sicilinde taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliğine yol açabilecek bir vasfa haiz olması ve ilâmlı icra konusu edilebilmesi gösterilebilir¹⁵⁴.

İcra edilebilirlik şerhini vermekle görevlendirilmiş mahkemenin, HUAK m.17/B ve HUAK m. 18/B kapsamındaki incelemesinin gerektirdiği ölçüde özel ya da kamu kurumları ya da kuruluşlarından bilgi ya da belgeleri talep etme imkânı ve gerekli görürse duruşmalı şekilde inceleme yapma imkânı da bulunmaktadır¹⁵⁵.

Kural olarak anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında içerik denetimi yapılmaması esas olsa da, kanunda açıkça belirtildiği üzere, anlaşma belgesinin içeriğine ilişkin bir inceleme yapılmalıdır. Burada güdülen amaç, anlaşma belgesinin uyumsuzluğun taraflarının hak kaybı yaşamalarına sebep olmaması ve bilakis, usulüne uygun bir biçimde hazırlanarak mahkemece icra edilebilir belge niteliği kazandırılabilmesidir¹⁵⁶. Mahkemece verilecek icra edilebilirlik şerhinde de taraflara, varsa vekillerine, alınması gereken harçların yatırıldığına, üzerinde anlaşılan uyumsuzluk konusuna ve icra edilebilir olduğuna mahkemenin bu kararına karşı istinaf yolunun açık olduğuna işaret edilerek (HUAK m. 18/3, c.4, 5) hâkim ve kâtip tarafından imzalanarak anlaşma belgesine şerh verilebilir¹⁵⁷.

¹⁵² Kuru (n 148) 29-30.

¹⁵³ Kuru (n 148) 29-30; Kurt Konca ve Badur (n 49) 556; Melis Taşpolat Tuğsavul, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 364.

¹⁵⁴ Kurt Konca ve Badur (n 49) 556.

¹⁵⁵ Örnek olarak, mahkemenin Tapu Bilgi Sistemi üzerinden kayıtları incelemesi gösterilebilir. Yine, tapu müdürlüklerinden, yazı yazılmak suretiyle taşınmaza ait bilgiler talep edilebilir [Kurt Konca ve Badur (n 49) 555].

¹⁵⁶ Kurt Konca ve Badur (n 49) 555.

¹⁵⁷ İcra edilebilirlik şerhi örneği için bkz.: Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 74.

Arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin, inceleme yaparken, tapu müdürlüklerinde işlem yapılacağını da gözeterek titiz davranması, taraflara yüklenen edimlerin yahut üzerinde anlaşılan hususların belirsizlik içermesi halinde icra edilebilirlik şerhi vermekten kaçınması gerekir. Nitekim kanun koyucu tarafından taşınmazların ortaklığın giderilmesi yoluyla paylaştırılmasına ilişkin olarak yürütülecek arabuluculuk süreci sonunda hazırlanan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında özel hükümler sevk edildiği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu vesileyle ifade edilmelidir ki, mahkemenin yapacağı iş, anlaşma belgesinde yer verilen hususlar hakkında yeniden bir yargılama yapıp karar vermek ya da tarafların beyanlarını alarak anlaşma belgesinde yer almayan hususları eklemek, anlaşma belgesinin içeriğini değiştirerek cibrî icraya elverişli hale getirmek değildir¹⁵⁸. Bu yapılmak istenseydi, kanunda açıkça işaret edilmesinin gerekmesi yanında, uyuşmazlıkların devlet yargısı önüne götürülmesinden önce bir dostane uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemine işlerlik kazandırılmasının etkisiz bir yol olmasından bahsedilebilirdi.

Konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarına ilişkin arabuluculukta icra edilebilirlik şerhi verilmesi işlemi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre bir çekişmesiz yargı işi olarak öngörülmüş ve verilen inşaî nitelikteki karara¹⁵⁹ karşı istinaf yolu açık tutulmuştur. Buna ilişkin düzenleme, Kanun'un 17/B ve 18/B maddelerinde yer almasa da, 17/B maddesinin beşinci fıkrasıyla 18/B maddesinin dördüncü fıkrasının yapmış olduğu yollama nedeniyle aynı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasından anlaşılabilir. İstinaf yoluna başvuru ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çekişmesiz yargı işlerinde verilecek kararlara karşı başvuru yolunu öngören 387. maddesi uyarınca, hukuki yararı bulunan ilgililer tarafından, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde yapılabilir. İcra edilebilirlik şerhini verecek olan mahkemenin kabul veya ret kararına karşı, ilgililerin yapacağı istinaf başvurusu nisbi değil maktu harca tabidir (HUAK m. 18/3, c.4).

¹⁵⁸ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2023) 815; Kurt Konca ve Badur (n 49) 556.

¹⁵⁹ Bu karar anlaşma belgesinin ilâmlı icra takibine konu edilebilmesini sağlamaktadır (Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (n 129) 1261; Cengiz Topel Çelikoğlu, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 708. Ayrıca bkz. Kurt Konca ve Badur (n 49) 556; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşmanın Hukuki Niteliği (n 153) 334 vd.

Bölge adliye mahkemesinin icra edilebilirlik şerhi hususunda vereceği karar kesindir¹⁶⁰. Burada bahsedilen kesinlik, şekli anlamda kesinlik olup şekli anlamda kesin hüküm kavramı, bir hükme karşı gidilebilecek kanun yolunun ya hiç olmaması ya da var olan yolların tüketilmiş bulunması ile ortaya çıkar¹⁶¹. Nitekim mahkemelerin çekişmesiz yargı işleri hakkında verdikleri kararlarına karşı da istinaf kanun yoluna başvuru yapılması, istinaf incelemesini yapacak bölge adliye mahkemelerinin vereceği kararın temyiz kanun yoluna başvuru suretiyle Yargıtay'ın önüne götürülemeyeceğine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde açıkça vurgu yapılmıştır. Çekişmesiz yargıya ilişkin mahkeme kararları, kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz (HMK m. 388). Dolayısıyla icra edilebilirlik şerhine ilişkin karar veren mahkemenin, istisnaen de olsa gerekçesini göstermek suretiyle vermiş olduğu kararını değiştirmesi veya iptal etmesi mümkündür¹⁶². Dolayısıyla, kural olarak, icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin mahkeme kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceklerinden, anılan kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması da mümkün değildir¹⁶³.

Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında ilk derece mahkemesi tarafından verilecek karara karşı istinaf yoluna gidildiğinde, istinaf incelemesinin ne şekilde yapılacağı, hangi unsurları kapsayacağı konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde, istinaf incelemesinin sebebe bağlı olması kuralının¹⁶⁴, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi hususunda, arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişlilik konusuyla taşınmazlara ilişkin kanunlarda yer alan sınırlar ve usul ve esaslara uygunluğun dikkate alınmasının kamu düzeninden olduğu, bu sebeple de istinaf dilekçesinde ayrıca belirtilmemiş olsalar da bölge adliye mahkemelerince re'sen incelenmeleri

¹⁶⁰ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 815-816.

¹⁶¹ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 719.

¹⁶² Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 778.

¹⁶³ Büyükay (n 43) 280; Özbek, İcra Edilebilirlik (n 122) 75; Kurt Konca ve Badur (n 49) 557. Yine, bir hükmün verilmesinden sonra, hükme esas alınmış bulunan temel şartlarda meydana gelecek değişimler sonucunda maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden bir hükmün, gözden geçirilmesi ve değişen şartlara uyumlaştırılmasının sağlanması amacıyla başvurulabilecek ve kanunlarda açıkça öngörülmesi gereken bir hukuki çare olan değişiklik davası da, zaten hâkimin vermiş olduğu çekişmesiz yargıya ilişkin kararı maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediği için, sonradan değiştirmesinin mümkün olmasından bahisle, işlerlik kazanamayacaktır [Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 741].

¹⁶⁴ Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz ve Hanağası (n 158) 655.

gerektiği öne sürülmüştür¹⁶⁵. Gerçekten de, bölge adliye mahkemesi, istinaf incelemesini istinaf dilekçesinde gösterilmiş olan sebepler çerçevesinde inceleyecektir (HMK m. 355). Yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355. maddesiyle bu kurala, "kamu düzeni" gibi soyut bir kavram eklenerek istisnaen de olsa bölge adliye mahkemesine kamu düzenine aykırılık hallerinin var olup olmadığı re'sen gözetme imkânı getirilmiştir. Ancak bu istisnanın geniş yorumlanmaması, oldukça sınırlı hallerde işlerlik kazanması gerektiği de ifade edilmelidir. Keza, bölge adliye mahkemesi, icra edilebilirlik şerhi verilmesi bağlamında re'sen araştırma ilkesi (HMK m. 385/2) çerçevesinde bir inceleme yapacak ve kamu düzenine aykırı gördüğü bir hususu re'sen dikkate alacaktır. Örnek olarak, konusu taşınmaz olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında hazırlanacak anlaşma belgesinde, miras hukuku hükümlerine riayet edilmemiş olması, hiç gerçekleşmeyecek bir şarta bağlı edimlerin ifasının öngörülmesi, gerçekte var olmayan bir kişi adına taşınmazların tescil edilmek istenmesi ya da tarım arazilerinin paylaşılmasına ilişkin kısıtlamalara aykırılık gibi durumlarda, bu eksiklikler ilk derece mahkemesinin gözünden kaçsa bile, bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen incelenmelidir.

IV. Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhinin Sonucu

A. İcra ve İflas Kanunu Hükümlerince İcra Edilebilirlik Sağlayıp Sağlamaması Açısından

1. Genel Olarak

Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında tarafların (paydaş veya mirasçıların) arabulucu huzurunda anlaşmaları, yani taşınmaz üzerindeki birlikte mülkiyete son verme türleri çeşitlilik arz edebilir.

Paylı mülkiyette paylaşma, farklı biçimlerde gerçekleştirilebilir. Bu konuda öncelikle maddi hukuk düzenlemelerine bakmak gerekirse, paylaşmanın nasıl yapılacağı, sınırlı sayıda olmayacak şekilde¹⁶⁶, Türk Medeni Kanunu'nda açık biçimde düzenlendiği görülebilir. TMK m.699/1 hükmüne göre, "*paylaşma, malın aynen bölüşülmesi veya pazarlık ya da artırımla satılarak bedelinin*

¹⁶⁵ Kurt Konca ve Badur (n 49) 557; Taşpolat Tuğsavul, Anlaşmanın Hukuki Niteliği (n 153) 368.

¹⁶⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 615; Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Aydın Aybay, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966) 10-11; Wieland (n 103) 9, 91-92; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2016) 123; Zekeriyâ Kurşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008) 242-243.

bölüşülmesi biçiminde gerçekleştirilir". Dolayısıyla tarafların, ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak yapacakları anlaşmada, TMK'da belirtilmiş bulunan "aynen paylaşma" ya da "nakden paylaşma" yöntemlerinin birisini seçmeleri mümkündür.

Aynen paylaşma yönteminin seçilmesi halinde, paydaşlardan her birine tahsis edilen kısmın sözleşmede açıkça gösterilmesi gerekir ve payların karşılığında değer farkının olması halinde, bu fark parayla kapatılmalıdır (TMK m. 699/2). Bu yöntemin uygulanması sırasında, paylı mülkiyetin konusunu teşkil eden taşınmazda, paydaşlara özgülenmiş olan parçaların tapu kütüğüne kaydedilmesi ve bu itibarla hak sahipliğinin belirlenerek tescil yapılmasının sonucunda, paylı mülkiyet ilişkisinden, ferdi mülkiyet ilişkisine geçilir¹⁶⁷.

Nakden paylaşma yönteminin seçilmesi halinde, paylı mülkiyetin konusunu oluşturan eşya, pazarlık yahut artırma suretiyle paraya çevrilip, elde edilen para, paydaşların arasında paylaştırılmaktadır. Burada işaret edilen artırma, yalnızca paydaşlara özgülenerek onlar arasında ya da herkesin katılımına açık artırma biçiminde yapılmalıdır¹⁶⁸. Bununla birlikte paydaşların, anlaşmak suretiyle paylı mülkiyetin konusunu oluşturan eşyanın, içlerinden birine ya da birkaçına özgülenmesini sağlamaları da mümkündür¹⁶⁹.

Türk Medeni Kanunu m. 699/1 hükmünde, paylaşma yöntemlerine dair kısıtlayıcı bir hüküm bulunmadığından, tarafların, kat mülkiyetine geçişi, malın paydaşlar arasından birisine ya da bir vakfa tahsisi, bir diğer mal ile trampa yapılmasını, adi ortaklığa sermaye şeklinde konulup elbirliği mülkiyetine geçiş gibi çeşitli paylaşma yöntemlerinin tercih edilmesi de söz konusu olabilir¹⁷⁰.

Miras ortaklığında ise, TMK m.646/2 uyarınca, aksi yönde bir belirleme yapılmadıkça, mirasçılarının tamamının oybirliğiyle kendi aralarında yapacakları bir sözleşmeyle mirasın ne şekilde paylaşılacağını; yani paylaşma tarzını serbestçe kararlaştırmaları mümkündür. Bu itibarla mirasçılar tarafından, objektif veya subjektif kısmi paylaşma, terekenin tümünün belli ya da belirlenmesi mümkün

¹⁶⁷ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Yılmaz Özgür, *Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi* (Kazancı 1995) 79.

¹⁶⁸ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Eren, Mülkiyet Hukuku (n 166) 123; V. Ahsen Coşar, 'Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri II', (1985) (4) Ankara Barosu Dergisi 618; Özgür (n 167) 79.

¹⁶⁹ Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Özgür (n 167) 79.

¹⁷⁰ Aybay (n 166) 10; Gürsoy, Eren ve Cansel (n 9) 455; Ayan, Mülkiyet (n 103) 107; Akipek (n 9) 42; Eren, Mülkiyet Hukuku (n 166) 123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 9) 615; Özgür (n 167) 79-80.

bir bedel karşılığında mirasçılardan birisine özgülenmesi, terekedeki borçların paylaşma kapsamında ödenememesi, bütün terekenin aynen paylaşımına ya da paraya çevirme suretiyle elde edilecek bedelin paylaşılması ya da karma paylaşım, üçüncü kişi ya da kişiler tarafından paylaşımın gerçekleştirilmesi yönünde karar verilebilir^{171,172}. TMK m. 703/2’de yer alan “*Paylaştırma, aksine bir hüküm bulunmadıkça, paylı mülkiyet hükümlerine göre yapılır*” hükmü atfıyla elbirliği mülkiyetinin türlerinden birisi olan miras ortaklığında paylı mülkiyete ilişkin TMK m. 699 hükmü uygulanabilecektir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında, hem paylı mülkiyet ilişkisinin hem de miras ortaklığının sona ermesinde esas olan iki paylaşım yöntemi aynen paylaşım ve nakden/satış suretiyle paylaşmadır. Ancak paydaş veya mirasçılar yukarıda ifade ettiğimiz üzere diğer paylaşım türlerini de aralarında kararlaştırabilirler.

Aynen paylaşım, satış suretiyle paylaşım ve hatta kat mülkiyeti kurulması suretiyle paylaşım noktasında tarafların arabulucu huzurunda anlaşma sağlamaları durumunda, düzenlenen anlaşma belgelerinin icra edilebilir olup olmadıkları ve bu çerçevede icra edilebilirlik şerhi verilip verilmeyeceği aşağıda incelenecektir.

2. Aynen Paylaşım Halinde

Taşınmazları konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar arabulucuya başvurup taşınmaz veya taşınmazların aynen paylaşılması noktasında anlaşabilirler. Tarafların aynen paylaşım üzerinde uzlaşmaları¹⁷³ ile arabuluculuk prosedürü çerçevesinde anlaşması belgesi düzenlenir ve taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Örneğin A, B ve C arasında paylı mülkiyete konu bir taşınmazın aynen paylaşılması mümkün ise kanunî sınırlar içerisinde yapılan anlaşma ile her bir paydaş, kendi hissesi oranında gerekli işlemlerin (tescil) yapılması ile taşınmaz üzerinde ferden malik olacaktır. Benzer şekilde miras ortaklığında bulunan bir veya birden fazla taşınmaz mirasçı A, B ve C arasında aynen paylaşılması mümkün ise mirasçılardan anlaşması ve gerekli (tescil)

¹⁷¹ Peter Tuor und Vito Picenoni, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (2. Auflage, Bern 1964) 860 vd.; Fahrettin Aral, *Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası* (Ankara Üniversitesi 1979) 43-44; Kocayusufpaşaoğlu (n 14) 704-707; Kılıçoğlu (n 12) 341; Dural ve Öz (n 12) 471; İmre ve Erman (n 14) 456; Avcı (n 14) 30-31, 62-67.

¹⁷² Miras ortaklığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyeti bütün ortakların aralarında anlaşması ile paylı mülkiyete çevrilmesi halinde de sona erer.

¹⁷³ Bkz. yuk. III.

işlemlerinin yapılmasından sonra her bir paydaş tapuda ferden malik olacaktır. İşte arabulucu huzurunda yapılan bu anlaşmanın ve anlaşma belgesinin cebri icraya elverişli olup olmadığı üzerinde durulması gerekmektedir. Zira taşınmazı konu alan paylı mülkiyette, paydaşların tek başına kendi hissesi oranında malik olabilmesi için aynî akit ile tescil talebi ve tescilin yapılması gerekir. Tarafların arabulucu huzurunda yaptıkları sözleşmeyi aynî akit kabul edersek, her bir paydaşın da diğeri üzerinde tescilin yapılması için tescil talebinde bulunması gerekecektir. İşte bu noktada anlaşma belgesi düzenlenip imzalandıktan sonra, paydaşlardan biri veya birkaçı tescil talebinde bulunmazsa, sulh hukuk mahkemesi bu tür arabuluculuk belgesine icra edilebilirlik şerhi verebilecek midir? İcra edilebilirlik şerhi verilmiş olursa anlaşma belgesi icra edilebilirlik açısından kendisinden beklenen etkiyi gösterebilecek midir? Benzer sorunlar miras ortaklığında yer alan taşınmaz veya taşınmazların aynen paylaşılması durumunda da ortaya çıkacaktır. Bu sebeple paylı mülkiyet ve miras ortaklığı arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Taraflar arasında her ne kadar bir arabulucu huzurunda yapılmış ve ihlali mümkün olan bir anlaşma/sözleşme bulunsa da, bu durumda doğrudan bir edimin ifasında söz edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle tescil talebinde bulunma eyleminin bir edim, hatta yapma edimi olup olmadığının ortaya koyulması gerekir. Edim, borcun konusudur ve alacaklının borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu verme, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkan bir davranış tarzına denir¹⁷⁴. Bir davranışın edim olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurları bünyesinde barındırması gerekmektedir. Bu unsurların büyük bir kısmı TBK m. 27’de ifade edilmektedir. Anılan hüküm bağlamında edim, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ya da imkânsız olmamalıdır¹⁷⁵; aksi halde sözleşme kesin olarak geçersiz olur. Öte yandan edim, alacaklıya hukuken korunan bir (maddî ya da manevî) menfaat sağlamalıdır¹⁷⁶. Tüm bu unsurlar açısından ele alındığında tescil talebinde bulunma davranışı edim olarak nitelendirilebilir. Edim türleri açısından da tescil talebinde bulunma, olumlu bir davranış

¹⁷⁴ Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat H. Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On iki levha 2016) 40; Eren, Genel Hükümler (n 86) 96; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (8. Baskı, Sayram 2015) 21; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (Filiz 2014) 9; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Filiz 2014) 33; M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2014) 6.

¹⁷⁵ Eren, Genel Hükümler (n 86) 99-100; Akıncı (n 174) 22.

¹⁷⁶ Eren, Genel Hükümler (n 86) 99; Akıncı (n 174) 23.

biçimi olduğu için yapma edimi kapsamında değerlendirilebilir. Yapma borçları, bir işin yapılması ya da borçlu tarafından irade beyanında bulunması biçiminde ortaya çıktığından¹⁷⁷ tescil talebinde bulunma, bir irade açıklaması, irade beyanıdır. Dolayısıyla arabuluculuk prosedürü çerçevesinde tarafların aynen paylaşma hususunda uzlaşım anlaşma belgesi düzenlemesi halinde tarafların edim yükümlülüğü de irade beyanında, yani tescil talebinde bulunma olarak karşımıza çıkmaktadır.

İrade açıklaması olan tescil talebinde bulunma ediminin cibrî icrasının mümkün olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir satım sözleşmesinde alıcının edimi, satılanın bedelini satıcıya ödemek; satıcının edimi ise satılanı ayıpsız bir şekilde alıcı teslim etmektir. Taraflardan herhangi biri edimi gereği gibi ifa etmezse, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmesinden dolayı TBK m. 112 vd. hükümleri çerçevesinde sorumluluğuna gidilir. Ancak taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında (*arabulucuya başvuru olmadan kendi aralarında sözleşme yapmaları halinde*) aynen paylaşmanın gerçekleşmesi için gereken tescil talebinde bulunma ediminin yerine getirilmemesinin eda davasına değil¹⁷⁸; Türk Medeni Kanun m. 716'da düzenlenen ve inşâî nitelikteki tescile zorlama davasına¹⁷⁹ vücut vereceği kanaatindeyiz. Zira Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken davanın bir eda davası olacağı ve mahkemenin vereceği kararın da irade beyanı yerine geçen bir karar (dZPO §894, sZPO Art. 344) olacağına ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır¹⁸⁰. Alman ve İsviçre hukuklarında borçlunun irade beyanında bulunması için açılan davada mahkeme, borçlunun irade beyanında bulunmasına hükmetmişse, kararın kesinleşmesi ile birlikte beyanda bulunmuş sayılır (dZPO §894/1, karşı. sZPO Art. 344/1). İrade beyanının bir resmî sicile (tapu sicili ve ticaret sicili gibi) yönelik olması durumundan mahkeme ilgili sicile gerekli

¹⁷⁷ Akkan, İlamların İcrası (n 25) 238; Ersin Erdoğan, 'Yapma Borçlarının İcrası ve Temel Bazı Sorunlar', (2017) 75 (2) Ankara Barosu Dergisi 149, 162.

¹⁷⁸ Ancak irade açıklamasında bulunmaya ilişkin açılacak davaların eda davası olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir (Akkan, İlamların İcrası (n 25) 239, dp. 325'deki yazarlar).

¹⁷⁹ Aynı yönde bkz. Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244. Doktrinde ağırlıktaki görüş irade beyanında bulunulmasına yönelik açılan davanın bir eda davası olduğu yönündedir. Bu görüşler için bkz. Akkan, İlamların İcrası (n 25) 240-241, 243.

¹⁸⁰ Messerli (n 25) 38 vd.; Münchener Kommentar zum ZPO, Band II, München 2012 (MüKoZ-PO/Gruber, § 894, Rn. 1); Grau (n 25) 57 vd.; Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit und Rolf Lackmann, *Zivilprozessordnung* (C. H. Beck 2015), § 894, Rn. 1; Akkan, İlamların İcrası (n 25) 238 vd.

talimatları verir (sZPO Art. 344/2). Mahkemelerin irade beyanı yerine geçen kararlarının icrası ise Alman ve İsviçre hukuklarında dZPO §894, sZPO Art. 344 çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple Türk hukuku bağlamında, taraflar aralarındaki sözleşmeye ilişkin olarak ancak tescile zorlama davası açabilirler ve tescile zorlama davasında mahkemenin vereceği inşaî hükmün şeklen kesinleşmesi ile aslında taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanılır (TMK m. 705/1); dolayısıyla hükmün cebren icrası söz konusu olmayacaktır¹⁸¹. Bir başka ifadeyle, mahkemenin hükmü doğrudan borçlunun irade beyanı yerine geçerek hükmün taşınmazın kazanılmasını sağlamakta ve bu ilâm tapu siciline gönderilmek suretiyle icra organlarına başvuruya gerek kalmaksızın hüküm ve sonuç doğurabilmektedir¹⁸².

Türk hukuku bağlamında tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye riayet etmemeleri halinde açılacak olan tescile zorlama davasından önce artık arabulucuya başvurulması, kanaatimizce dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayacaktır ve buna gerek kalmayacaktır. Nitekim taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile aslında ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığını sona erdirmiş olacaklardır ve bu tür bir uyuşmazlık kalmadığı için dava şartı arabuluculuk kapsamında arabulucuya başvuru zorunlu olmayacaktır. Ancak tescile zorlama davasından önce tarafların ihtiyarî arabuluculuk sürecine işlerlik kazandırıp arabulucu huzurunda anlaşmayı yenilemeleri ve bu kapsamda süreci ilerletmeleri mümkündür. Bu yol tercih edilirse, dava şartı arabuluculukta tarafların anlaşmasında olduğu gibi süreç aynen ilerleyecektir.

Arbuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinden sonra tarafların anlaşmanın gereğini yerine getirmemesi de muhtemeldir. Tescil talebinde bulunma edimi yukarıdaki durum göz önünde bulundurulduğunda eda davasına vücut vermeyeceği için bu bağlamda cebrî icrasının da mümkün olamayacağı ve bu nedenle mevcut anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Ancak, tescil talebinde bulunma edimini konu alan anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınması ihtimalinde yapma edimlerine ilişkin ilâmların icrasına ilişkin İİK m. 30 çerçevesinde icrası mümkün olabilir. İrade beyanında bulunma borcu niteliğinde olan tescil talebinde bulunma, başkası tarafından yapılamayan bir iş niteliğindedir¹⁸³. Bu sebeple, an-

¹⁸¹ Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244.

¹⁸² Akkan, İlamların İcrası (n 25) 244.

¹⁸³ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, 2004) 376; Oğuzman ve Öz (n 174) 375.

laşma belgesine cebrî icraya elverişlilik şartını sağladığından bahisle icra edilebilirlik şerhi verilip ilâm niteliğinde belge vasfını kazanıp İİK m. 30 çerçevesinde icrası istenebilir. Bu çerçevede borçluya bir icra emri gönderilerek irade beyanında bulunması emredilir. Fakat borçlu beyanda bulunmaktan kaçınırsa onun İİK m. 343 çerçevesinde üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılması akla gelebilir ancak, ilgili hüküm ilamlara ilişkindir. Bu sebeple cezalandırılmaya ilişkin İİK m. 343 burada uygulanamayacaktır. Dolayısıyla ilam niteliğindeki bu belgenin icrasında sorun bulunmaktadır. İrade beyanında bulunma borcunun icrasına ilişkin olarak yeni İcra ve İflâs Kanunu içerisine Alman veya İsviçre hukuklarındaki benzer bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

Dava şartı arabuluculuğa başvurulup anlaşma sağlandıktan sonra taraflar anlaşmanın gereğini yerine getirmese, tescile zorlama davası açılması akla gelebilecek olsa da, bu düşünce, dava şartı arabuluculuk kurumunun mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu tür uyuşmazlıklarda, arabulucu huzurunda anlaşma sağlansa bile sonrasında dava açılmasının ihtimal dâhilinde olması, dava şartı arabuluculuğun varlık nedeninin sorgulanmasına neden olabilecektir. Anılan ihtimal, usul ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil edecek ve hak sahiplerinin haklarına kavuşması, dolayısıyla adalete erişim hakları da engellenmiş sayılabilir. Öte yandan, icra edilebilirlik şerhinin verilmesinden sonra, arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesinin, ilâm niteliğindeki belge vasfını kazanacak olması da sonradan dava açılmasına engel teşkil eder. Zira dava açılmasında hukuki yarar yoktur. Tüm bu sebeplerle, taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında, tarafların arabulucu huzurunda anlaşmaya varması halinde, anlaşmanın ihlali durumunda tescile zorlama davası açılmayacağı, açılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Buraya kadar anlatılanlar 7531 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁸⁴ 26. maddesi ile HUAK m. 18/B'ye ek fıkra eklenmeden önceki duruma ve icra edilebilirlik şerhi verilebilmesinin mümkün olabilmesi haline ilişkindir. Değişiklikten önce arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesi mahkeme tarafından onaylandıktan sonra, yani ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında uzman sulh hukuk mahkemesi, taşınmazın paylaşılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmanın, kanunun öngördüğü usulde ve sınırlar içerisinde hazırlandığını tespit edip onayladıktan sonra, taraflardan her birinin kendi payını adına tescili için tapuda işlem yapabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin kanunda

¹⁸⁴ 14.11.2024 tarih ve 32722 sayılı RG.

yer almasının gerekliliği mevcuttu. Hatta arabulucuların, anlaşma belgesinin mahkemece onaylanması halinde taraflardan her birinin kendi başına tapuda işlem yapabileceği yönünde tapuya bildirimde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme de kanuna eklenmesi gerekliliği doğmuştu. Nitekim 7531 sayılı Kanun m.26 ile eklenen HUAK m. 18/B/5 bu doğrultudadır: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir.”* Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur. Ancak tescil ilkesinden ayrılma durumu söz konusu değildir. Çünkü tescil ilkesinin istisnasından bahsedebilmek için kanunda bu duruma ilişkin açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır¹⁸⁵. Başka bir anlatımla tescil yapılmadan aynı hak kazanılmamıştır ve arabuluculuk anlaşma belgesine dayanarak tapu müdürlüğünün yapacağı tescil kurucu mahiyettedir.

3. Satış Suretiyle Paylaşma Halinde

Ortaklığın giderilmesi uyumsuzluklarında taraflar, kendi aralarında anlaşarak, yani sözleşme yaparak, birlikte mülkiyetin satış suretiyle giderilmesini kararlaştırabilirler. Bu noktada birlikte mülkiyet konusu taşınmazın satılması ile elde edilecek paranın paylar oranında paylaşılması söz konusu olacaktır. Yukarıda ifade edildiği üzere, her ne kadar sınırlayıcı olmasa da satış, (TMK m. 703/2’inde atfı ile) TMK m. 699¹⁸⁶ hükmüne göre pazarlık veya açık arttırma suretiyle yapılabilecektir. Kanunda yer almasa da, bütün payların ücreti karşılığında taraflardan birine devredilmesi şeklinde bir satış türüne karar verilmesi de mümkündür¹⁸⁷.

Taşınmaz, tarafların kendi aralarında kararlaştırdıkları satış şekline göre satılacaktır. Anılan satışın gerçekleştirilmesi, bir mahkeme kararının icrası olma-

¹⁸⁵ Sirmen (n 9) 263.

¹⁸⁶ Miras ortaklığına ilişkin olarak satışın yapılabileceğine ilişkin TMK m. 651 ve 653’de de hükümler bulunmaktadır.

¹⁸⁷ Kurşat (n 166) 279, 363-364.

dığı ve kanunun da atıf yapmaması nedenleriyle taşınmazın pazarlık suretiyle ve açık arttırma ile satışı çerçevesinde TBK hükümlerine göre yapılması gerekir. Birlikte mülkiyet sahibi bütün tarafların katılımı ile birlikte mülkiyet konusu malın üçüncü bir kişiye serbestçe satılması pazarlık suretiyle satış olarak ifade edilmektedir¹⁸⁸. Tarafların satış konusunda üçüncü kişi ile yapacakları sözleşme TBK'da düzenlenen satış sözleşmesidir ve burada TBK m. 237 vd. hükümleri uygulanacaktır. Yine buradaki açık arttırma ile satış cebrî açık arttırma niteliğinde değildir ve anılan satışa İİK hükümleri değil; TBK m. 274 vd. hükümleri uygulanacaktır. Ancak ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar paylaşma türünde anlaşma sağlayamazsa ve bu kapsamda mahkemeye (TMK m. 699, m. 703/2) başvurursa mahkeme, açık arttırmayla satışa karar verip HMK m. 322/2 çerçevesinde satış için bir memur görevlendirebilir ve satış İİK hükümlerine göre yapılır.

Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabulucuya başvurulması halinde, tarafların taşınmazın açık arttırmayla veya pazarlık suretiyle satışı noktasın anlaşma yapıp yapamayacaklarını irdelemek gerekir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında aslanan, tarafların kendi aralarında uzlaşmaya varmaları ve kanunî sınırlar çerçevesinde serbestçe paylaşma tarzını belirlemeleridir. Bu noktada taraflar, arabulucuya başvurmaksızın kendi aralarında açık arttırma veya pazarlık suretiyle satışa karar verebiliyorlarsa, arabulucu huzurunda yapılan anlaşmada da bu tür satış tarzlarını kararlaştırmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır; zira kanun da (TMK m. 699, m. 703/2) buna cevaz vermektedir.

Bir istinaf başvurusunda İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi (2024/1092 E., 2024/1275 K.) "*Ortaklığın giderilmesi konulu davalarda arabuluculukta sonuca varılabilmesi için aynen taksim yoluyla ortaklığın giderilmesi ya da belli bir kişiye belirli bedelle satışı üzerinde anlaşma yapılabilir. Ortaklığın ihale yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamaz. Bu durumda taraflar anlaşmamış sayılmalı anlaşmama tutanağı tutulmalıdır. Ortaklığın giderilmesinin ihale usulüyle satışına ancak mahkeme karar verebilecektir. Söz konusu açıklamalar karşısında mahkemenin dava şartı oluşmadığı gerekçesiyle ret yönündeki kararında usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır*" şeklinde karar vermiştir.

¹⁸⁸ Kurşat (n 166) 279.

Aynı konuya ilişkin olarak başka bir istinaf başvurusu üzerine Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi (2024/2464 E., 2024/1857 K.) “*Gelibolu Arabuluculuk Bürosu’nun 2023/XX büro dosya numarası ile yapılan arabuluculuk görüşmeleri sonucunda Gelibolu İlçesi, Karainebeyli Köyü’nde bulunan 9 adet taşınmazda taraflar arasındaki ortaklığın taşınmazların satışı suretiyle giderilmesi hususunda anlaşmanın sağlandığı görülmektedir. 27.10.2023 tarihinde düzenlenmiş olan anlaşma belgesinde parsel numaralan anlaşma belgesiyle gösterilmiş olan 9 adet taşınmazın tüm takyidatları ile birlikte, genel açık arttırma suretiyle satılması, bedelinin paydaşlara tapudaki paylan oranında paylaşılması, satış işlemlerinin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılması, satış memuru olarak Gelibolu Adliyesi Yazı İşleri Müdürü’nün yetkili olduğu hususlarında anlaşmaları görülmektedir. 11.06.2024 tarihinde Gelibolu Sulh Hukuk Mahkemesine başvuran paydaşlardan XXX anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesini istemiş, mahkemece talep dosya üzerinden değerlendirilerek 14.06.2024 tarihli karar ile talebin reddine karar verilmiştir. Öncelikle taraf teşkili hususunda tapu kayıtları çıkartılarak dairemizce yapılan incelemede, anlaşma belgesinin tapu kayıtlarında paydaş olarak görülen 11 kişi asil birlikte imzalanmış olduğu, göre taşınmazlarda paydaş olan kişilerin tamamının anlaşma belgesinin oluşturulması sırasında anlaşmaya katıldıkları görülmektedir. Ancak, anlaşma belgesinin imza tarihinden sonra paydaşlardan’un vefat ettiği, mirasçılık belgesinin talep dilekçesi ile birlikte dosyaya sunulduğu görülmektedir. Vefat eden paydaş kişi mirasçılarının tamamının aynı zamanda taşınmazda paydaş oldukları ve 27.10.2023 tarihli anlaşma belgesinde imzalarının bulunduğu görülmektedir. Bu durumla ilgili tüm paydaşların icra edilebilirlik şerhi verilmesine ilişkin bu talep yönünün taraf olarak gösterildiği anlaşılmaktadır. Ancak mahkemece dosyaya sunulan anlaşma belgesi, geçerli bir anlaşma olarak kabul edilmediğinden karşı tarafa tebliğatların çıkartılmadığı ve dairemiz kararında üstte açıklanan ilkelere karşı tarafların hukuki dinlenilme hakkının sağlanmadığı görülmektedir. **Bu nedenlerle dairemizce, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların 6325 sayılı Kanun uyarınca arabuluculuk aşamasında ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin uzlaşmalarının geçerli olduğu ve bu tür bir uzlaşma sağlandığında düzenlenen anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilebileceği kabul edilmekle, talep dilekçesi ve ekinde sunulan anlaşma belgesi tüm taraflara tebliğ edilerek hukuki dinlenilme haklarının sağlanması için kararın kaldırılması ile dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekir**”.*

Görüldüğü üzere aynı konuda iki bölge adliye mahkemesinin farklı kararları bulunmaktadır. İzmir BAM 6. HD. kararında, ortaklığın giderilmesinin açık arttırma

yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamayacağını ve buna ancak mahkemenin karar verebileceğini ifade etmektedir. İzmir BAM 6. HD.'nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira hem TMK m. 699/1 uyarınca paylı mülkiyette, hem de miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyette TMK m. 703/2'nin atfıyla TMK m. 699/1 uyarınca paydaş veya mirasçılar taşınmazın artırma ile satışı konusunda anlaşabilirler. Dolayısıyla İzmir BAM 6. HD.'nin ifade ettiği gibi, sulh hukuk mahkemesi, ortaklığın giderilmesi davasında sadece ortaklığın satış yapılmak suretiyle giderilmesi kararı vermemekte, taraflar da bu konuda anlaşma sağlayabilmektedir. Bu doğrultuda Bursa BAM 4. HD.'nin kararı daha isabetlidir.

Üzerinde durulması gereken husus, tarafların arabulucu huzurunda taşınmazın açık arttırma ile satışının kararlaştırılmasında icranın mevcut düzenlemeler çerçevesinde nasıl olacağıdır. Taraflar kendi aralarında taşınmazın (isteğe bağlı) açık arttırma yoluyla satışı noktasında anlaşılırsa arttırma TBK m. 274 vd. hükümleri çerçevesinde olacaktır. Taşınmazın isteğe bağlı açık arttırma yoluyla satışında açık arttırmanın yapılacağı yer, zaman ve arttırma koşulları önceden belirlenerek ve ilan (gazete, el ilanı, radyo, televizyon¹⁸⁹, internet veya sosyal medya gibi araçlarla) yoluyla duyurulacaktır. Arttırma şartnamesindeki şartları sağlayan herkes bu satışa katılabilir. Bu arttırmayı yönetecek kişi, yani arttırma görevlisi olacaktır. Arttırma görevlisinin kim olacağı hususunda Kanun'da bir belirleme yapılmamıştır. Bu sebeple arttırma görevlisi satıcının bizzat kendisi olabileceği gibi, kendisinin yetkilendireceği bir kimse ya da işletme de olabilir. Örneğin, açık arttırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerinin gerçekleştirilmesinde müzayede işletmeleri¹⁹⁰ yetkilendirilebilir. Arttırma görevlisi olarak eğer bir kişi veya işletme yetkilendirilirse, görevli, satıcı adına hareket edecektir ve satıştan kaynaklı ayıptan veya zapttan doğan sorumluluk satıcıya ait olacaktır. Arttırma görevlisi, satıcı arttırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, arttırma için belirlenen yer ve zamanda orada bulunan herkes arasından en yüksek bedeli önerene ihale etmesiyle satış sözleşmesini kurmuş olur (TBK m. 275). Arttırma görevlisi, satış tutanağında gösterilen taşınmazın alıcı adına tescilini hemen tapu idaresine bildirir. Arttırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer (TBK m. 279). Açık arttırmanın türlerinden birisi olan isteğe bağlı açık arttırma bu şekilde olmaktadır.

¹⁸⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2014) 261; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (14. Baskı, Yetkin 2021) 235.

¹⁹⁰ Müzayede işletmeleri gündelik hayatta daha sıklıkla "müzayede evleri" olarak da adlandırılmaktadır.

Arabulucu huzurunda yapılan satış suretiyle paylaşmayı konu alan sözleşmede, satışın kim tarafından, ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği hususları, özellikle arttırma şartnamesi gibi hususlar en ince ayrıntısına kadar, hatta bir uzman yardımı da alınarak hazırlanırsa, yukarıda ifade ettiğimiz şekilde taşınmazın satışı TBK m. 274 vd. uyarınca gerçekleştirilebilir. Arttırma şartnamesi, arttırma yer ve zamanı, arttırma görevlisi hususları kararlaştırılmadan bir sözleşmenin yapılması ihtimalinde sözleşmenin ifasında problemler ortaya çıkabileceği akla gelebilir. Ancak anılan hususların (TBK m. 274) kararlaştırılmasının, sözleşmenin asli şartları olduğu düşünüldüğünde, yapılan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmayacağı ve bunun ifasından söz edilemeyeceği söylenebilir.

Taraflar, arabulucu huzurunda yapacakları satış suretiyle paylaşmayı içeren anlaşmada, HMK m. 322/2 uyarınca satışın satış memuru aracılığıyla İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılmasını kararlaştırabilirler mi? Ortaklığın giderilmesi (izale-i şuyu) davasına ilişkin olan anılan hükmün, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan satış suretiyle paylaşmaya ilişkin anlaşma belgesinin yerine getirilmesinde doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Anılan hüküm çerçevesinde, sulh hukuk mahkemesi hâkimi, satışa karar verdikten sonra kendisi bizzat satış için bir memur tayin etmekte ve bu memur da satış, İİK hükümleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Dolayısıyla arabulucunun, hâkim yerine geçerek satış için memur tayin edebileceğine ilişkin bir hüküm HUAK'ta bulunmamaktadır. Hatta HUAK m. 15/4 uyarınca, “...niteliği gereğince yargısal bir yetkinin kullanımı olarak yalnızca hâkim tarafından yapılabilecek işlemler...”, arabulucu tarafından da yapılamayacaktır. Bu konuda, arabulucuya kanunla özel bir yetkilendirme yapılmadığı sürece arabulucu, satış için bir memur görevlendiremez. Tarafların da bu şekilde bir görevlendirme yapmasının mevcut düzenlemeler kapsamında mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü kendisinden görüş talep edilmesi üzerine, TMK 698, m. 699, HMK m. 322, HUAK m. 18/1ve 4, m. 18/B, 492 sayılı Harçlar Kanunu¹⁹¹ m. 2/1, m. 15, Harçlar Kanunu (1) Sayılı Tarifinin “Yargı Harçları” bölümünün “Karar ve ilâm harcı başlıklı” III-b hükümleri ele alınarak “*Taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin gerçekleştirilen arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin 6100 sayılı Kanunun 322 nci maddesi uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi*

¹⁹¹ 17.07.1964 tarih ve 11756 sayılı RG.

esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir” şeklinde görüş bildirmiştir¹⁹². Anılan görüşe mevcut düzenlemeler kapsamında katılmak mümkün değildir. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü’nün ele aldığı hükümler kapsamında bildirmiş olduğu görüş anılan hükümlerle örtüşmemektedir. Zira az önce ifade edildiği üzere sulh hukuk mahkemesinin kanunen satış memuru görevlendirmesi, ortaklığın giderilmesi davasında satış kararının yerine getirilmesi halinde mümkündür. Zira satışı yerine getirecek olan satışa karar veren mahkemedir. Fakat arabuluculukta satışa karar veren tarafların kendisidir. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek olan sulh hukuk mahkemesine, satış için memur tayinine ilişkin olarak, kanunen verilen bir görev söz konusu değildir. Mahkemelerin görev ve yetkileri ancak kanunla düzenlenebilir (HMK m. 1). Bu noktada kıyas yoluyla da bir uygulamanın yapılması söz konusu değildir. Tüm bunlar göz önüne alındığında, sözleşmenin onaylanması sırasında, tarafların arabulucu huzurunda satış suretiyle paylaşmaya karar vermeleri ve bu noktada, satışın bir memur tarafından ve İİK hükümleri çerçevesinde yapılmasını istemeleri halinde sulh hukuk mahkemesinin, bu talep noktasında satış için bir memur görevlendirebileceğine ya da HMK m. 322/2 hükmünün uygulanacağına ilişkin olarak özel bir düzenlemeye HUAK m. 18/b’de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özel bir uyuşmazlık türü olan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında bu tür özel düzenlemelere yer verilmesi sorunların en aza indirilmesine yardımcı olacaktır. Aksi görüşün savunulması halinde ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının dava şartı arabuluculuk kapsamından çıkarılması gerekecektir.

Uygulamada tarafların, arabulucu huzurunda, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi konusunda anlaşması halinde, icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesi, icra edilebilirlik şerhine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, kararın talep halinde dosyanın sulh hukuk mahkemesi satış memurluğuna gönderilmesine karar vermektedir. Bu kapsamda taraflar, icra edilebilirlik şerhi verildikten sonra, satışın gerçekleştirilmesi için sulh hukuk mahkemesine başvurmakta; mahkeme de dosyayı satışın gerçekleştirilmesi için satış memuruna göndermektedir. Bu durum, uygulamada sorun çıkarmamaktadır ve pragmatisttir. Fakat bu

¹⁹² Adalet Bakanlığı’nın 15.02.2024 tarih ve E-73640249-045.02[02]-9-2024-136/5056 sayılı yazısı.

uygulama, teorik açıdan mevcut yasal düzenlemelere uygun değildir; uygun olması için, yeni kanunî düzenlemeler yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Ortaklığın giderilmesi gibi uyumsuzluklarda cebren icrası mümkün olmayıp, sadece mahkemece onaylanmasının faydalı olacağı bazı durumlarda, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi şeklinde değil de anlaşmanın/sözleşmenin kanunî sınırları içerisinde yapıldığının onaylanması şeklinde ayrıca bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Hem aynen paylaşım hem de satış suretiyle paylaşım açısından bu husus önem ifade etmektedir. Zira aynen paylaşımaya ilişkin arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın mahkemece kanunî sınırları çerçevesinde yapıldığının onaylanması ve mahkeme onayını içeren sözleşme ile taraflardan her birinin kendi adına tescil yapabileceğine ilişkin bir hükmün kanuna eklenmesi yukarıda yer verdiğimiz bütün sorunları çözecektir. Aynı şekilde satış suretiyle paylaşmaya yönelik arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın, usulüne uygun şekilde yapıldığı ve tarafların istemesi halinde onaylama yapan sulh hukuk mahkemesinin, satış yapılabilmesi amacıyla görevlendireceği bir memur vasıtasıyla satışın yapılabilmesine ilişkin bir hükme kanunda yer verilmesi de bu konuda ortaya çıkacak bütün sorunları çözecek niteliktedir.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin mahkemece verilen kararın bile cebri icraya elverişli bir karar olup olmadığı tartışmalıyken¹⁹³, bu konuda arabulucu huzurunda yapılacak anlaşmanın doğrudan cebri icraya elverişli olduğu ifade edilip icra edilebilirlik şerhi verilebilir denilmesi doğru değildir. Nitekim ilâmlı icra yoluyla icra edilebilecek hükümler, çoğunlukla davayı kaybeden tarafın edimde bulunma yükümlülüğü altında olduğu hükümler, eda hükümleridir; inşaî hüküm veya tespit hükmü değildir. Örneğin, ilâmlı icrada, borçlunun ifa etmesi gereken borcu yerine getirmemesi halinde, söz konusu borç, icra organları tarafından (icra dairesince) zorla yerine getirilir. Borç, para borcu ise, borçlunun borca yetecek ölçüde malı haczedilir ve sonrasında satış yapılır ve satıştan elde edilen bedel paylaşılır. Ancak, bu durum, ortaklığın giderilmesi davası sonunda verilen satış suretiyle paylaşım ve ortaklığın giderilmesi yönündeki karar ile ortaya çıkmaz. Nitekim ortaklığın giderilmesi davası sonucunda verilmiş hükmün gereğinin ya-

¹⁹³ Ortaklığın giderilmesi davasında verilen inşaî hükümlerin ilâmlı icraya konu olması mümkün değildir ve fakat anılan davada sulh hukuk mahkemesi, satış suretiyle paylaşım ile ortaklığın giderilmesi kararı vermesi, satış için bir memur tayin etmesi ve memurun satışı icra ve İflas Kanunu ilgili hükümleri çerçevesinde yerine getirecek olması nedeniyle söz konusu hükmün ilâmlı icraya konu olup olmayacağına ilişkin bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Topal (n 5) 553-562.

pılması bakımından **ilâmlı icra ile ayniyet gösteren tarafı, yalnızca taşınır ya da taşınmazların satılmasıdır**. Üstelik, bu kurumların niteliklerinin birbirinden farklı olması sebebiyle paraların paylaşılması aşamasında dahi farklılıklar mevcuttur. Yine, ilâmlı icra yolunda hacze iştirak kurumundan bahsedilebilir ve satılan malların bedelinin, alacağın tümünü karşılamaya yetmemesi halinde, sıra cetveli düzenlenir ve bu şekilde paralar paylaşılır. Ancak, birlikte mülkiyet halinde, söz konusu mal satılırken, satış sonrasında elde edilen paranın paydaş ya da mirasçılara, oluşturulan paylar nispetinde verilmesi söz konusudur. Dolayısıyla satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hükümleri için dahi, doğrudan icra edilebilir hükümler olduğu ifade edilemezken, arabulucu huzuruyla yapılan satış suretiyle anlaşma belgelerinin cebrî icraya elverişli hükümler olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada sadece satışın gerçekleştirilmesi noktasında (eğer özel hüküm konulursa) ayniyet olabilir.

4. Kat Mülkiyeti Kurulması Suretiyle Paylaşma Halinde

Taşınmaz üzerinde birlikte mülkiyet sahipleri (paydaş veya mirasçılar), taşınmazın kat mülkiyeti kurulmasına elverişli olması halinde, birlikte mülkiyetin kat mülkiyeti kurulması suretiyle sona ermesi konusunda sözleşme yapabilirler. Kat mülkiyetinin iradî olarak kurulmasında sözleşme (resmî senet) ve kat mülkiyeti kütüğüne tescil aranır (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/1). İlk olarak malik veya bütün paydaş/mirasçıların Kat Mülkiyeti Kanunu m. 12’de yer alan belgelerle birlikte ana taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesi hususunda tapu memurluğundan istemde bulunması gerekir. Tapu memuru kendisine verilen belgelerin tam, usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra, kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasına dair resmî sözleşmeyi düzenler. Görüldüğü üzere kat mülkiyeti kurulurken gereken resmî sözleşmenin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu sözleşme tescil istemi sayılır (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13/1). Kat mülkiyeti kurulurken paydaş ya da mirasçıların biri ya da birkaçının varlığı yetmez; bunların tamamının sözleşmede bulunması gerekir. Aksi halde kat mülkiyeti kurulamaz. Kat mülkiyeti, kat mülkiyeti kütüğüne tescil edilir ve bu kütüğe tescil edilen bağımsız bölümlerden her biri ayrı gayrimenkul niteliğine haiz olur (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13). Paydaş veya mirasçılar bu şekilde kat mülkiyetine elverişli bir taşınmazı kendi aralarında paylaşabilirler.

Paydaş ya da mirasçıların, kat mülkiyeti kurma yoluyla taşınmazın paylaşımına ilişkin anlaşmayı, arabulucu huzurunda yapıp yapamayacaklarını değerlendirmek gerekir. Öte yandan Kat Mülkiyeti Kanunu m. 10/7 uyarınca “*Kat mülkiyetine konu*

olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi davalarında, mirasçılardan veya ortak maliklerden biri, paylaşmanın, kat mülkiyeti kurulması ve bağımsız bölümlerin tahsisi suretiyle yapılmasını isterse, hâkim, o gayrimenkulün mülkiyetinin, 12 nci maddede yazılı belgelere dayanılarak kat mülkiyetine çevrilmesine ve paylar denkleştirilmek suretiyle bağımsız bölümlerin ortaklara ayrı ayrı tahsisine karar verebilir". Anılan hüküm de dikkate alındığında kat mülkiyetine konu olmaya elverişli bir gayrimenkul üzerindeki ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığı ortaya çıktığında dava şartı arabuluculuk çerçevesinde arabulucuya başvurunun zorunlu olup olmayacağına da değerlendirilmesi gerekecektir. Bu noktada, ortaklığın giderilmesi davalarında uyuşmazlığın kat mülkiyeti suretiyle giderilmesi istense bile, ortada bir ortaklığın giderilmesi uyuşmazlığı söz konusu olduğu ve bu kapsamda HUAK m. 18/B/1-b hükmü açık olduğu için dava şartı arabuluculuk işlerlik kazanacaktır. Hatta aynı hükmün (c) bendinde de "23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar" bağlamında da dava şartı arabuluculuğun işlerlik kazanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Tarafların iradî olarak kat mülkiyeti kurma suretiyle paylaşma yapmalarını mümkün olduğu için (dava şartı) arabuluculuk açısından, arabulucu huzurunda da aynı şekilde anlaşmaları mümkündür. Bir başka ifadeyle tarafların kat mülkiyetine elverişli taşınmaz üzerinde kat mülkiyetinin kurulması ve bağımsız bölümlerin kendi adlarına tescili şeklinde anlaşmaları mümkündür. Fakat bu anlaşmanın icrasının nasıl olacağı konusu tereddüt uyandırmaktadır. Bu hususta, yukarıda¹⁹⁴ aynen taksim suretiyle paylaşma konusunda tarafların anlaşması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile icrası noktasındaki tespitlerin bu durum açısından da aynen geçerli olacağını söylemek mümkündür.

Öte yandan bir taşınmaz üzerinde kat mülkiyeti kurulması ve tescil işleminin yapılabilmesi için tüm paydaş ve mirasçıların katılımı ile tapu memurunca düzenlenen resmî senet aranmaktadır. Arabulucu huzurunda yapılan anlaşmanın bu resmî şekli sağlayıp sağlamadığı hususu önem ifade etmektedir. Tarafların arabulucu huzurunda yaptıkları sözleşmenin kanunî sınırlar içinde yapıldığının tespiti ve mahkemece onaylanması/icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile aranan resmî şekil şartının yerine getirileceği ileri sürülebilir. Bu tarz bir kabul çerçevesinde, taraflardan her birinin, anılan anlaşma belgesine istinaden tapuda kat mülkiyetinin kurulmasını ve belirlenen bağımsız bölümün kendi adına tescilini isteyebileceği söylenebilir. Kaldı ki 7531 sayılı kanunla eklenen HUAK m.

¹⁹⁴ Bkz. yuk. IV-A-2.

18/B/5'de yer alan "Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir." hükmü bu doğrultudadır. Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur.

B. Şekil Şartının Sağlanıp Sağlanmaması Açısından

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığı açısından paylaşma hususunda tarafların yapacakları anlaşmanın şekil şartı yukarıda incelenmiştir¹⁹⁵.

Tarafların, arabulucu huzurunda imzaladıkları taşınmazın devrini ve taşınmazın üzerindeki aynî hak sahipliğinde değişiklik yapılmasını öngören anlaşma belgeleri, HUAK'ta öngörülen şekilde, usulüne uygun düzenlenmiş ve mahkemeye de icra edilebilirlik şerhi verilmek/onaylanmak suretiyle şekli anlamda kesin hüküm niteliği kazanmışsa, doğrudan tapuda işlem yapılması mümkün olmalıdır. Burada ayrıca tapuda düzenlenen bir resmî senedin varlığına gerek kalmaz¹⁹⁶. Daha önce de ifade edildiği üzere, mahkemeler tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmiş bulunan anlaşma belgelerinin, tapuda tescil işleminin gerçekleştirilebilmesi bağlamında gereken resmi şekil koşulunu sağladığı kanaatindeyiz. Zira bu şerhin verilmesiyle anlaşmaya resmîyet kazandırılmaktadır ve tapuda tescil işleminin yapılabilmesi amacıyla geçerli sebep teşkil etmektedir. Dolayısıyla hâkim/mahkeme tarafından şerh verilerek onaylanan bir sözleşme ile tapu memuru tarafından resmîyet kazandırılmış bir sözleşmeyle dahi gerçekleştirilebilen her bir paydaş adına taşınmazın paylaşılan kısımlarının tescili işlemi yapılabilmesi, geçerli olarak kabul edilmelidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere¹⁹⁷ doktrinde, arabuluculuk faaliyetinin sonunda, taraflarca yapılan taşınmazın devri anlaşmasından sonra, taşınmazın devir

¹⁹⁵ Bkz. yuk. III-C.

¹⁹⁶ Tanriver, Uyuşmazlık Çözümleri (n 146) 120, dn.203.

¹⁹⁷ Bkz. yuk. III-C.

ve tescilinin, konu itibarıyla cebrî icraya elverişli olmaması sebebiyle mahkemedен, icra edilebilirlik şerhinin verilmesini istenemeyeceği; taşınmazın devir ve tescili işlemlerinin taraflarca sağlanması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmektedir. Aslında bu ve buna benzer görüşler, anlaşmanın cebrî icrasında ortaya çıkan sorunlar¹⁹⁸ açısından kısmen haklılık taşımaktadır. Özellikle aynen paylaşma ve kat mülkiyeti kurulması (hatta satış) suretiyle paylaşımın cebrî icrasında ortaya çıkan sorunlar göz önüne alındığında, icra edilebilirlik şerhi noktasında ayrı, özel bir kanunî düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, arabulucu huzurunda yapılabilecek icrası mümkün olmayan ya da problemler yaratan bütün anlaşmalara ilişkin olarak mahkemece, “anlaşmanın/anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi” kavramı değil de “anlaşmanın/anlaşma belgesinin usulüne uygun şekilde yapıldığının onaylanması” kavramının ayrıca kullanılacağı ve “onaylanan anlaşma ile doğrudan resmî kurum ve kuruluşlarda işlem yapılabileceği” hükmünü de içeren yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Anılan hüküm şu şekilde olabilir:

“Tarafların arabulucu huzurunda usulüne uygun düzenlenen ve cebrî icraya elverişli olmayan anlaşma belgelerine ilişkin işlem yapılabilmesi için mahkemece onaylanmasını talep edebilirler. Anlaşmayı onaylayacak olan mahkeme, icra edilebilirlik şerhi verecek olan mahkemedir.

Onaylamanın yapılması, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığı ve anlaşmanın usulüne uygun şekilde yapılabildiği hususlarıyla sınırlıdır.

Resmî şekilde yapılması aranan sözleşmelerin, arabulucu huzurunda yapılması ve mahkemece onaylanması halinde, resmî şekil şartı yerine getirilmiş kabul edilir. Onaylanan anlaşma belgesi ile resmî daire ve kurumlarda doğrudan işlem yapılabilir”.

İcra edilebilirlik şerhine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde onaylama için de uygulanır”.

¹⁹⁸ Bkz. yuk. IV.

C. Aynî Hak Kazandırıp Kazandırmaması Açısından

Daha önce de belirtildiği üzere, tapu sicilinde ayrıca bir işlem yapılmasına gerek kalmadan icra edilebilirlik şerhi alması mahkemece uygun bulunan (kanaatimizce onaylanan) anlaşma belgeleri, tapu müdürlüğünde yapılacak tescil taleplerinde resmî senet yerine geçecek bir belge niteliği taşımaktadır¹⁹⁹.

Arabuluculuk anlaşma belgesinde taşınmazın mülkiyetinin geçişine yönelik bir irade uyuşması ancak borçlandırıcı işlem niteliği taşır. Tescil işlemi ise, taşınmaz mülkiyetinin geçişini sağlamaya yönelik tasarruf işlemidir. Taşınmaz mülkiyetinin geçişi kural olarak tescille mümkündür (TMK m. 705/1). Tescil kuralının istisnaları ise ancak kanunla belirlenebilir. Nitekim TMK m. 705/2/c.1: *“Miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır.”* düzenlemesini içermektedir. Bu hükümde sayılan hallerden mahkeme kararı arabuluculuk anlaşma belgesinin niteliğine yakın görülebilir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi bu belgeye mahkeme kararı niteliği de vermez. O halde icra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi TMK ve diğer kanunlarda sayılan taşınmazın tescilsiz kazanım hallerinden birisine dâhil olmadığından bu anlaşma belgesinin yapılması durumunda da taşınmaz mülkiyeti ancak tescille el değiştirebilir.

Sonuç

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, 7445 sayılı Kanun’un 34. ve 37. maddeleriyle HUAK m.17/B; m.18/B’de yapılan değişiklikle zorunlu/dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmiştir. Ancak söz konusu uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuğa dahil edilmesiyle birlikte birçok sorun da ortaya çıkmıştır. Bu sorunlar, özellikle anlaşma belgesi ve icra edilebilirlik bağlamında kendisi göstermiştir. Çalışmamızda vardığımız sonuçlar şu şekildedir:

1. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının kapsamına, paylı mülkiyet ilişkisi ve miras ortaklığının varlığı halinde söz konusu olan elbirliği mülkiyeti girmektedir. Kavram birliğinin sağlanması açısından paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sonlandırılması bakımından *“ortaklığın giderilmesi (izale-i şü-yu)”* teriminin kullanılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

¹⁹⁹ Özge Yenice Ceylan, ‘Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk’ (2023) 14 (2) inÜHFD 523.

2. Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları, 7445 sayılı Kanun'un 34. ve 37. maddeleri ile HUAK m. 17/B-18/B'de değişiklik yapılmadan, yani dava şartı arabuluculuk kapsamına sokulmadan önce de ihtiyarî arabuluculuğa tabi konulardandır.
3. Taşınmazı konu alan ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında taraflar, arabulucu huzurunda anlaşıp, anlaşma belgesi düzenleyebilirler; aslında anlaşma belgesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurdukları bir sözleşmedir. Anlaşma belgesi düzenlenirken tarafların kanunî sınırlamalara riayet etmesi gerekecektir. Bir başka ifadeyle anlaşma belgesinde gerçekleştirilen anlaşma; elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyeti için kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır.

TMK'da yer alan sınırlamaların haricinde diğer kanunlarda da özel düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin, KMK m. 7'ye göre kat mülkiyetine veya kat irtifakına konu olan taşınmazda paylaşma istenemez; ancak bağımsız bölüm üzerindeki paylı mülkiyet ilişkisinde paylaşma istenebilir. Buradaki kanunî sınırlama arabuluculuk anlaşma belgesinin hazırlanması için de bağlayıcı niteliktedir. Yine, 775 sayılı Gecekondu Kanunu m. 34/I-d ve III hükümlerine göre özgülenmiş taşınmazlarda tahsis tarihinden itibaren işlemeye başlayan 10 yıllık sürede paylaşmayı isteme hakkı kaldırılmakta ve ortaklığın giderilmesi davası açılması söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle arabulucunun anlaşma belgesini hazırlarken taşınmazın kanunda belirtilen niteliğe sahip olması durumunu da irdelemesi gerekir. Miras ortaklığından kaynaklı uyuşmazlıklarda paylaşmaya konu terekenin mirasçıları arasında ceninin bulunması, mirasçılar arasında idame-i şüyu veya miras ortaklığının devam anlaşması, miras bırakanın ölümü bağlı tasarrufu ve TMK m. 642/3 kapsamında mahkeme kararının varlığı arabuluculuk anlaşma belgesi hazırlanırken dikkate alınması gereken meselelerdir.

4. Tarafların arabulucu huzurunda düzenledikleri anlaşma belgesi kim tarafından (avukatlar huzuruyla da olsa) imzalanmış olursa olsun mutlaka icra edilebilirliğine ilişkin şerhin alınması zorunlu tutulmuştur (HUAK m. 18/B/3). İcra edilebilirlik şerhinin, arabuluculuk anlaşma belgelerinin, uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli ve varılan anlaşmanın icra edilebilir nitelik taşıdığını gösteren, mahkemece verilen bir belge olduğu söylenebilir.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/B maddesinin üçüncü fıkrasıyla mahkemenin, ortaklığın giderilmesi konusu olan taşınmazlarla ilgili yapılan anlaşma belgeleri üzerinde yapacağı incelemenin kapsamı, anlaş-

manın içeriği, arabuluculuğa ve cebri icraya elverişliliği, taşınmazla ilgili kanunlarla getirilen sınırlama²⁰⁰ ve usul/esaslara uyulup uyulmadığıyla sınırlı tutulmuştur.

Ancak ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında özellikle aynen veya satış suretiyle paylaşma konusunda imzalanan anlaşma belgesinin cebren icrası mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Bu kapsamda da icra edilebilirlik şerhi verilmesine mevcut düzenlemeler bağlamından uygun olmadığı; bu sebeple kana, bu tür anlaşma belgelerinin “onaylanması” şeklinde bir düzenlemenin eklenmesi düşünülebilir.

Arabuluculuğa başvuruya ilişkin süreç ve sürelerle ilişkin olarak (HUAK m. 18/A/9; TTK m. 5/A/2; İŞMK m. 3/10;) kanunlarda ilgili uyuşmazlıklar bağlamında öngörülen (3+1) ve (6+2) haftalık sürelerle aykırılık bulunması halinde, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verecek mahkemenin yapacağı içerik incelemesi sırasında, tarafların bir hak kaybına uğramasının engellenmesi adına arabuluculuk anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için aranan şartlar mevcutsa şerh verilmelidir. Nitekim, süreler bağlamında temel sorumluluk arabulucudadır ve burada arabulucunun hukukî ve disiplin sorumluluğunun doğabilecek olması farklı bir meseledir.

5. Tarafların, ortaklığın aynen paylaşım suretiyle giderilmesi konusunda anlaşmaları durumunda, icra edilebilirlik şerhi alınıp alınamayacağı; alınması halinde nasıl cebren icraya konulacağı hususları konusunda;
 - Taşınmazı konu alan paylı mülkiyette, paydaşların tek başına kendi hissesi oranında malik olabilmesi için aynî akit ile tescil talebi ve tescilin yapılması gerekir. Tescil talebinde bulunma, olumlu bir davranış biçimi olduğu için yapma edimi yani, borçlunun bir irade beyanında bulunması olarak karşımıza çıkar; tescil talebinde bulunma bir irade beyanında bulunmadır. Dolayısıyla arabuluculuk prosedürü çerçevesinde tarafların aynen paylaşım hususunda uzlaşıp anlaşma belgesi düzenlemesi halinde tarafların edim yükümlülüğü de irade beyanında, yani tescil talebinde bulunma olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade açıklaması olan tescil talebinde bulunma ediminin cebren icrasına ilişkin olarak Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi borçlunun irade beyanında bulunmaktan kaçınması halinde açılması gereken davanın bir eda davası olacağı ve mahkemenin vereceği kararın da

²⁰⁰ Anlaşma belgesinin hazırlanmasında dikkat edilecek ve hâkimin incelemesinin de kapsamını belirleyen kanunî sınırlar için bkz. yuk. III-D.

irade beyanı yerine geçen bir karar (dZPO §894, sZPO Art. 344) olacağına ilişkin açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Tescil talebinde bulunma edimi eda davasına vücut vermeyeceği için bu bağlamda cebrî icrasının da mümkün olamayacağı ve bu nedenle mevcut anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin verilmesinin söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Ancak, tescil talebinde bulunma edimini konu alan anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi alınması ihtimalinde yapma edimlerine ilişkin ilâmların icrasına ilişkin İİK m. 30 çerçevesinde icrası mümkün olabilir. İrade beyanında bulunma borcu niteliğinde olan tescil talebinde bulunma başkası tarafından yapılamayan bir iş niteliğindedir. Bu sebeple, anlaşma belgesine cebrî icraya elverişlilik şartını sağladığından bahisle icra edilebilirlik şerhi verilip ilâm niteliğinde belge vasfını kazanıp İİK m. 30 çerçevesinde icrası istenebilir

İrade beyanında bulunma borcuna icrasına ilişkin olarak yeni İcra ve İflâs Kanunu içerisine Alman veya İsviçre hukuklarındaki benzer bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

- Dava şartı arabuluculuğa başvurulup anlaşma sağlandıktan sonra taraflar, anlaşmanın gereğini yerine getirmezse tescile zorlama davası açılması akla gelebilir. Fakat bu düşünce, dava şartı arabuluculuk kurumunun mantığı ile bağdaşmamakta ve dava şartı arabuluculuğun önemini azaltmakla birlikte usul ekonomisi ilkesine de aykırılık arz etmekte; hak sahiplerinin haklarına kavuşması, dolayısıyla adalete erişim hakkını da engeller niteliktedir. Öte yandan, arabulucu huzurunda düzenlenen anlaşma belgesinin, icra edilebilirliğe ilişkin şerhin verilmesinden sonra, ilâm niteliğindeki belge vasfını kazanacak olması da sonradan dava açılmasına engel teşkil eder; zira dava açılmasında hukuki yarar yoktur.
- Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında uzman sulh hukuk mahkemesi taşınmazın paylaşılmasına ilişkin olarak yapılan anlaşmanın, kanunun öngördüğü usulde ve sınırlar içerisinde hazırlandığı tespit edip “onayladıktan” sonra, taraflardan her birinin kendi payını adına tescili için tapuda işlem yapabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin kanuna eklenmesi isabetli olacaktır. Hatta arabulucuların, anlaşma belgesinin mahkemece “onaylanması” halinde taraflardan her birinin kendi başına tapuda işlem yapabileceği yönünde tapuya bildirimde bulunabileceğine ilişkin bir düzenleme de kanuna eklenebilir.

7531 sayılı Kanun m.26 ile getirilen HUAK m. 18/B/5 şu şekildedir: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin an-*

laşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir.” Bu bağlamda anlaşma taraflarından her biri, icra edilebilirlik şerhini alarak tapudan tescil talebinde bulunabilecektir. Bu talebi alan ilgili tapu müdürlüğü, gerekli incelemeleri yaptıktan sonra resmi senet hazırlamadan tescil talebinin gereğini yerine getirecektir. İcra edilebilirlik şerhi alınmış olan arabuluculuk anlaşma belgesi, ilgili kanuni düzenleme ile birlikte tescile dayanak bir belge olmuştur.

6. Taraflar, arabulucuya başvurmaksızın kendi aralarında açık arttırma veya pazarlık suretiyle satışa karar verebiliyorlarsa, arabulucu huzurunda yapılan anlaşmada da bu tür satış tarzlarını kararlaştırmalarında hiçbir engel bulunmamaktadır; zira kanun (TMK m. 699, m. 703/2) buna cevaz vermektedir. Ancak, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi (2024/1092 E., 2024/1275 K) **ortaklığın ihale yoluyla satışı yönünde anlaşma yapılamayacağına karar vermiş;** Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi (2024/2464 E., 2024/1857 K.) ise isabetli olarak satış suretiyle anlaşma yapılacağına karar vermiştir. İzmir BAM 6. HD.’nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira öncelikle TMK m. 699/1 uyarınca paylı mülkiyette, ikinci olarak da miras ortaklığı sebebiyle söz konusu olan elbirliğiyle mülkiyette TMK m. 703/2’nin atfıyla TMK m. 699/1 uyarınca paydaş veya mirasçılar taşınmazın arttırma ile satışı konusunda anlaşabilirler.
- Arabulucu huzurunda yapılan satış suretiyle paylaşmayı konu alan sözleşmede, satışın kim tarafından, ne zaman ve nerede gerçekleştirileceği hususları, özellikle arttırma şartnamesi, gibi hususlar en ince ayrıntısına kadar, hatta bir uzman yardımı da alınarak hazırlanırsa, taşınmazın satışı, teorik çerçevede TBK m. 274 vd. uyarınca gerçekleştirilmesi gerekir.

Arttırma görevlisi, satıcı arttırma koşullarında aksi yönde bir irade açıklamasında bulunmamışsa, arttırma için belirlenen yer ve zamanda orada bulunan herkes arasından en yüksek bedeli önerene ihale etmesiyle satış sözleşmesini kurmuş olur (TBK m. 275). Arttırma görevlisi, satış tutanağında gösterilen taşınmazın alıcı adına tescilini hemen tapu idaresine bildirir. Arttırmadan alınan taşınmazın mülkiyeti, ancak tapu siciline tescille alıcıya geçer (TBK m. 279). Arttırma şartnamesi, arttırma yer ve zamanı, arttırma görevlisi hususları kararlaştırılmadan bir sözleşmenin yapılması ihtimalinde sözleşmenin ifasında problemler ortaya çıkabileceği akla gelebilir. Ancak anılan hususların (TBK m. 274) ka-

rarlaştırılmasının sözleşmenin asli şartları olduğu düşünüldüğünde, yapılan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olmayacağı ve bunun ifasından söz edilemeyeceği söylenebilir

- Ortaklığın giderilmesi davasına ilişkin olan HMK m. 322/2 hükmünün, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan satış suretiyle paylaşmaya ilişkin anlaşma belgesinin yerine getirilmesinde doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkün değildir. Anılan hüküm çerçevesinde, sulh hukuk mahkemesi hâkimi satışa karar verdikten sonra, kendisi bizzat satış için bir memur tayin etmekte ve bu memur satışı da İİK hükümleri çerçevesinde yerine getirmektedir. Dolayısıyla arabulucunun sulh hukuk hâkimi gibi satış için memur tayin edebileceğine ilişkin bir hüküm HUAK'ta bulunmamaktadır.

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, kendisinden görüş talep edilmesi üzerine, *“arabuluculuk süreci sonunda düzenlenen anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren sulh hukuk mahkemesinin HMK m. 322 uyarınca satış için bir memur görevlendirmesi gerektiği, icra edilebilirlik şerhi verilmesi esnasında satış memuru görevlendirilmemiş ise bu eksikliğin her zaman alınabilecek bir ek karar ile giderilebileceği, ilgili sulh hukuk mahkemesi tarafından satış memuru görevlendirmesi yapılmayan hallerde satış için doğrudan satış memurluğuna başvurulmasının mümkün olmadığı değerlendirilmektedir”* şeklinde görüş bildirmiştir. Anılan görüşe mevcut kanunî düzenlemeler kapsamında katılmak mümkün değildir. Uygulamada satışın yapılması noktasında bu prosedür izlenmektedir. Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün bildirmiş olduğu görüş, dayandığı hükümlerle örtüşmemektedir. Sözleşmenin onaylanması sırasında tarafların arabulucu huzurunda satış suretiyle paylaşmaya karar vermemeleri ve bu noktada, satışın bir memur tarafından ve İİK hükümleri çerçevesinde yapılmasını istemeleri halinde sulh hukuk mahkemesinin, bu talep noktasında satış için bir memur görevlendirebileceğine ya da HMK m. 322/2 hükmünün uygulanacağına ilişkin olarak özel bir düzenlemeye HUAK m. 18/B'de yer verilmesi, ortaya çıkacak sorunları çözebilecek niteliğe sahiptir.

Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin mahkemece verilen kararın dahi, cibrî icraya elverişli bir karar olup olmadığı tartışmalıyken, bu konuda arabulucu huzurunda yapılacak anlaşmanın doğrudan cibrî icraya elverişli olduğu söylenerek icra edilebilirlik şerhi verilebilir denilmesi doğru değildir. Satış suretiyle ortaklığın giderilmesi hükümleri için bile doğrudan icra edilebilir hükmündedir denilemezken, arabulucu huzuruyla yapılan satışa yönelik anlaşmaların cibrî

icraya elverişli hükümler olduğunu söylemek mümkün değildir. Burada sadece satışın gerçekleştirilmesi noktasında (eğer özel hüküm konulursa) ayniyet olabilir.

7. Tarafların iradî olarak kat mülkiyeti kurma suretiyle paylaşma yapmaları mümkün olduğu için (dava şartı) arabuluculuk açısından arabulucu huzurunda da aynı şekilde anlaşmaları mümkündür. Aynen taksim suretiyle paylaşma konusunda tarafların anlaşması ve icra edilebilirlik şerhi verilmesi ile icrası noktasındaki tespitlerin, bu durum açısından da aynen geçerli olacağını söylemek mümkündür.
8. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda öngörülen şekilde, *“taşınmaz devrini ve taşınmaz üzerinde aynî hak sahipliğine ilişkin”* değişiklik yapılmasını içeren anlaşma belgeleri, usulüne uygun düzenlenmiş ve mahkemece de icra edilebilirlik şerhi verilmek/onaylanmak suretiyle şekli anlamda kesin hüküm niteliği kazanmışsa, doğrudan tapuda işlem yapılması mümkün olmalıdır. Bu kapsamda yapılan değişiklik şu şekildedir: *“Taşınmazın devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin anlaşma belgesinin taraflarından biri, icra edilebilirlik şerhi verilmesinden sonra tapu müdürlüğünden tescil talebinde bulunabilir. Tapu müdürlüğünce taşınmaza ilişkin mevzuatta öngörülen gerekli inceleme ve değerlendirme yapıldıktan sonra resmi senet düzenlenmeksizin tescil talebi yerine getirilir. (HUAK m. 18/B/5)”*
9. Aynen paylaşma ve kat mülkiyeti kurulması (hatta satış) suretiyle paylaşmanın cebren icrasında ortaya çıkan sorunlar göz önüne alındığında, icra edilebilirlik şerhi noktasında ayrı, özel bir kanunî düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda, arabulucu huzurunda yapılıp cebren icrası mümkün olmayan ya da problemler yaratan anlaşmalara ilişkin olarak mahkemece, *“anlaşmanın/anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi”* kavramı değil de *“anlaşmanın/anlaşma belgesinin usulüne uygun şekilde yapıldığının onaylanması”* kavramının kullanılacağı ayrı ve *“onaylanan anlaşma ile doğrudan resmî kurum ve kuruluşlarda işlem yapılabileceği”* hükmünü de içeren yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.
10. İcra edilebilirlik şerhi alınmış arabuluculuk anlaşma belgesi, TMK ve diğer kanunlarda sayılan taşınmazın tescilsiz kazanım hallerinden birisine dahil olmadığından, bu anlaşma belgesinin yapılması durumunda da taşınmaz mülkiyeti ancak tescille el değiştirebilir. Ancak özel bir kanunî düzenleme getirilmesiyle birlikte arabuluculuk anlaşma belgesinin, tescilsiz kazanım hali olarak öngörülebilmesi mümkün hale gelir.

Kaynakça

- Akinci Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi* (8. Baskı, Sayram 2015)
- Akil C, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı' Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 75-137.
- Akipek J G, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İkinci Kitap Mülkiyet (2. Baskı, Ankara Üniversitesi 1973)
- Akkan, M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2, 1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-31
- , *Bir İşin Yapılması veya Yapılmamasına İlişkin İlamların İcrası* (On İki Levha 2020)
- Antalya G, *Miras Hukuku* (Vedat 2009)
- Aral F, *Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası* (Ankara Üniversitesi 1979)
- ve Ayrancı H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (14. Baskı, Yetkin 2021)
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (9. Baskı, Yetkin 2023)
- Avcı M Ö, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (On iki Levha 2014)
- Ayan M, *Eşya Hukuku -II- Mülkiyet* (9. Baskı, Seçkin 2016)
- Aybay A, *Müşterek Mülkiyette Taksim* (Sulhi Garan 1966)
- Azaklı Arslan B, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk* (Yetkin 2018).
- Badur E, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi' (2021) (18) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49-87
- Budak A C, 'Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 15 (1) Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi 25-40
- Bulur A, '6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2015) 499-514
- Büyükcay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi* (Adalet 2018)
- C. Wieland, *Kanunu Medenide Ayni Haklar* (Çeviren: İ. Hakkı Karafakı) (1946)
- Coşar V A, 'Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri II', (1985) (4) Ankara Barosu Dergisi 616-630)
- Çelikoğlu C T, '6325 Sayılı HUAK'a göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usûlleri ile İlişkisi', Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Cilt 1 (Yetkin 2014) 669-723
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku*, Cilt IV Miras Hukuku, (Filiz 2016)
- Ekmekçi Ö, Özkes M, Atalı M ve Seven V, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk* (On İki Levha 2019)
- Eminoğlu C ve Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, (Adalet 2020)

- Erdoğan E, 'Yapma Borçlarının İcrası ve Temel Bazı Sorunlar', (2017) 75 (2) Ankara Barosu Dergisi 145-175
- Eren F, 'Mirasın Paylaşılması' Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (2017) 495-523
- , *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Yetkin 2015)
- , *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Yetkin 2014)
- , *Mülkiyet Hukuku* (4. Baskı, Yetkin 2016)
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku* (12. Baskı, Barış 2015)
- Esener T ve Güven K, *Eşya Hukuku* (6. Baskı, Yetkin 2015)
- Grau V, *Die Bedeutung der §§ 894, 895 ZPO für die Vollstreckung von Willenserklärung* (Bielefeld: E. und W. Giesecking 2001)
- Gürsoy K T, Eren F ve Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, (Ankara Üniversitesi 1978).
- Hauser P, *Erbteilungsvertrag* (Schulthess 1973)
- Hecht W, 'Die gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruchs' (1950) 69 (3) ZSR 381.
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (12. Baskı, Der 2016)
- İnan A N, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, (9. Baskı, Bilge 2015)
- Jost A, *Der Willensvollstrecker* (Zürich 1953)
- Kantarcıoğlu S, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. Maddesi Çerçevesinde Medenî Usûl Hukukunda Dava Şartlarının İncelenmesi* (On İki Levha 2024)
- Karaca Öz A, 'Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Aşırı Yararlanma Sebebiyle İptali', (2023) 11 (2) Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1406-1428
- Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (3. Baskı, Alternatif 2012)
- Kekeç E K, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler* (2. Baskı, Adalet 2014)
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku* (Turhan 2015)
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1987)
- , *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Filiz 2014
- Koçyiğit İ ve Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı 2019)
- Köroğlu A, *Görevsizlik Kararının Dava Şartı Arabuluculuk Üzerindeki Etkileri (Arabuluculuğa Başvurunun Zorunlu Olmadığı Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğa Başvurmak Zorunlu Mudur?)*, (Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Nobel 2020) 521-535
- Kurşat Z, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008)

- Kurt Konca N ve Badur E, 'Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi' (2023) (56) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 539-568
- Kuru B, *Nizasız Kaza* (Ankara Üniversitesi 1961)
- Lupoi M A, 'Civil Enforcement in Italy: A Comparative Perspective', (ed. R. Stürner & M. Kavano, *Comparative Studies on Enforcement and provisional Measures*), (Mohr Siebeck 2011) 90-101
- Messerli P, *Vollstreckung des Urteils Abgabe enier Willenserklärung nach Art. 407/408 der Bernischen Zivilprozessordnung* (Bern Stämpfli 1983)
- Musiellak H J, Voit W und Lackmann R, *Zivilprozessordnung* (C. H. Beck 2015)
- Münchener Kommentar zum ZPO, Band II, München 2012 (MüKoZPO/Gruber, § 894, Rn. 1)
- Oğuzman M K, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Filiz 1984)
- ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Vedat 2014)
- , Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2015)
- Ozanemre Yayla T, *Mirasın Paylaşılması* (Turhan 2011)
- Özbek M S, 'Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme' (2017) 3(2) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69-86
- , *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, (5. Baskı, Yetkin 2022)
- Özgür Y, *Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi* (Kazancı 1995)
- Özümücü S, *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu Çerçevesinde)* (On İki Levha 2013)
- Özsunay E, *6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler* (Vedat 2015)
- Postacioğlu İ E, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (6. Baskı, Sulhi Garan 1975)
- Saymen F H ve Elbir H K, *Türk Eşya Hukuku (Aynî haklar)* (1954)
- Schaufelberger P C und Lüscher K K, *Basler Kommentar Honsell-Vogt-Geiser Hrsq.*, *Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB)* (5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2015)
- Seeberger L H, *Die richterliche Erbteilung*, (Universtätverlag Freiburg Schweiz 1993)
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2012)
- , *Borçlar Hukuku Genel Bölüm III İfa Engelleri Haksız Zenginleşme* (Filiz 2014)
- Silvestri E, 'The devil is in the Details: Remarks on Italian Enforcement Procedures', (Ed. C. H. Van Rhee & A. Uzelac, *Enforcement and Enforceability*) (Intersentia 2010) 207-215

- Sirmen L, *Eşya Hukuku* (11. Baskı, Legem 2023)
- Stokar D, *Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches* (Schaffhausen 1954)
- Şenocak Z, 'Mirasbırakanın Paylaşma Kuralları', Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan (Seçkin 2009) 601-628
- Tanrıver S, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi* (Yetkin 1996)
- , 'Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açıdan İrdelemesi ve Değerlendirilmesi', *Makalelerim II*, (Adalet 2011) 243-257
- , 'Mirasın Paylaşılması Sözleşmeleri ve Noterlik Kanunu'nun 89'uncu Maddesi', (2017) (2) *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 23-30
- , 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler', (2020) (147) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 111-142
- , *Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri* (Yetkin 2023)
- Taşpolat Tuğsavul M, *Türk Hukukunda Arabuluculuk* (Yetkin 2012)
- , 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği', (2019) (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 333-379
- Tekinay S S, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Eşya Hukuku* (Filiz 1989)
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On iki Levha 2016)
- Topal Ö, *Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-î Şüyû) Davası* (Yetkin 2020)
- Tuor P und Pıcenoni V, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB* (2. Auflage, Bern 1964)
- Ulukapı Ö ve Kıyak E, 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi', Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt 2 (Yetkin 2015) 1645-1698.
- Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (8. Baskı, 2004)
- Yavuz M, 'Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk', (2019) 5 (15) *Gümüş Ticaret Dergisi* 52-61
- Yenice Ceylan Ö, 'Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk' (2023) 14 (2) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 510- 525)

Hanefi Yargılama Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak “Taraf Yemini”

-Mezhep Öğretileri Işığında Teorik Bir İnceleme-^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar BÖLÜKBAŞI^(**)

Öz

Çalışmamızın amacı, İslam yargılama hukukunda ispat vasıtası olarak davalı tarafın yaptığı yeminin, yani taraf yemininin Hanefi mezhebi özelinde teorik olarak incelenmesi ve Türk hukuk yargılaması ile genel mukayeseler yapılmasıdır. Çalışma, İslam hukuku gibi maddi yaptırım yanında manevi yaptırım gücünün benimsendiği bir hukuk sisteminde, yemin gibi uhrevi müeyyidesi olan bir kavramın hukuki çözümlerde nasıl tatbik edileceğini görme açısından dikkat çekicidir. Konunun başlıkları ve içeriği, Hanefi mezhep kitapları etrafındaki detaylı okumalar neticesinde şekillenmiştir.

Yapılan araştırma neticesinde, uzun asırlar boyu uygulama alanı bulan Hanefi hukuk doktrininde, yeminle ilgili pek çok ayrıntının düzenlendiği görülmüştür. Türk medeni usul hukukunun yürürlük kaynağı olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile yapılan genel karşılaştırma neticesinde, Hanefi ekolünün hükme bağladığı pek çok meselede HMK’da herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı, buna mukabil, HMK’nın hakkında çeşitli hükümler öngördüğü bazı konulara ise Hanefi doktrin kitaplarının temas etmediği görülmüştür. Son bölümde, yeminle alakalı kaynaklarda geçen terminolojiye dair kısa bir sözlük eklenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İslam Hukuku, Hanefi Yargılama Hukuku, Beyyine, İspat, Yemin.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 07.12.2024.

Atıf Şekli: Ali Haydar Bölükbaşı, ‘Hanefi Yargılama Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak “Taraf Yemini” -Mezhep Öğretileri Işığında Teorik Bir İnceleme-’ (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1991, 2038.

DOI: 10.52273/sduhfd..1563949.

^(**) Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye.

E-posta: alihaydar.bolukbas@erdogan.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4214-1165>.

“Party Oath” as a Means of Proof in Hanafi Law of Civil Procedure

-A Theoretical Examination in the Light of Sectarian Teachings-

Abstract

The aim of our study is to examine the oath taken by the defendant party, that is, the party’s oath, as a means of proof in trial law, specifically in the Hanafi school, and to make general comparisons with Turkish Civil Procedure Law. The study is remarkable in terms of seeing the effect of a concept such as oath, which has otherworldly sanction power, on legal solutions in a legal system where spiritual sanction power is adopted, such as Islamic law. The titles and content of the subject were shaped as a result of detailed readings around Hanafi doctrine books. As a result of the comparison with the Civil Procedure Code No. 6100 (HMK) it has been observed that many details regarding the oath are regulated in the Hanafi law doctrine.

Keywords

Islamic Law, Hanafi Civil Procedure Law, Evidence, Oath, Oath of Defendant Party.

Extended Summary

In our study, the oath made by the defendant as a means of proof has been investigated in the Hanafi madhhab. Brief comparisons of the results with the Turkish jurisdiction law have been made. This study is remarkable in terms of seeing the effect of a means of proof with moral sanctioning power such as oath on legal solutions. The fact that the sanctioning power of the oath has hardly been the subject of an independent study in the context of Islamic law has prompted us to conduct this study. The titles and content of the subject have been shaped as a result of detailed concept searches around the Hanafi doctrinal books.

An oath is a way of supporting one's righteousness by holding sacred values as witnesses. In all faiths, oaths have a significant impact on their followers. This is because human beings often do not have the evidence they can rely on in their quest for rights. Sometimes there may be no witnesses to the event. In such a case, the only thing to rely on is the support of the belief values that people ascribe sanctity to. This situation is remarkable in terms of seeing the relationship between law and morality and the effect of moral sanctioning power.

Islamic law is one of the leading legal systems in which the legal power of the oath is felt. Both the Qur'an and the Hadiths regulate the judicial function of the oath. In addition, oath is an important concept in Judaism and Christianity before Islam. Today's Code of Civil Procedure also recognizes the oath as a means of proof. An in-depth and comparative study of such an important and technical subject is important for both judicial and comparative law research.

In Islamic law, oaths have an important place and legal repercussions in the adjudication of cases. This is because oath is one of the means of proof in judicial law. An oath refers to the declaration of the plaintiff or defendant about the truth of an event by invoking the name of Allah. In order to understand the oath of a party, it is necessary to present Islam's conception of the oath, and to do so, it is necessary to examine the oath-related teachings. First of all, in Islam, in principle, a false oath leads a person to spiritual ruin.

The evidence is based on verses 106-108 of Surah al-Ma'idah and the Prophet's Hadith¹: *"The evidence must be presented by the claimant and the oath must be taken by the denier."* In another hadith, the Prophet said, *"Allah forbids Paradise to a person who takes the right of a Muslim by swearing falsely."* The Companions asked, *"Even if he obtains something simple in this way?"* The Prophet pointed to a small piece of the miswak tree (Erak) and said, *"Even if it is a twig!"*².

In another narration, there is an anecdote about the oath being evidence: *Ash'ath ibn Qays*, one of the Companions who had a dispute with a Jew about the use of a well, brought the case to the Prophet. The Prophet asked *Ash'ath*, *"Do you have witnesses*

¹ البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ Tirmizî, 'Ahkâm', 12 (Çağrı, 1981).

² ibn Mâce, 'Ahkâm', 8 (Çağrı, 1981).

or does your opponent swear an oath?" Ash'ath replied that he had no witnesses or evidence. The Prophet then offered the Jew an oath. When Ash'ath asked the Prophet, "What if the man swears falsely?" the Prophet replied, "Whoever swears falsely and gains property in a lawsuit by this oath commits a great sin. On the Day of Reckoning, he will find Allah angry with him³." So Allah supported His Messenger with the verse, "They sell their promises and their oaths in the name of Allah for simple benefits! There is a painful punishment for them⁴." In another hadith, the Prophet said: "Whoever has the opportunity to take the property of a Muslim through his oath, Allah will make Paradise unlawful for him and Hell obligatory⁵." These hadiths are an indication of how effective the dual sanction of worldly and ethereal, which is the unique aspect of Islamic Law compared to other legal systems, is in solving legal issues. In fact, it is this belief and fear of Allah that guarantees the healthy functioning of the oath system. This example is also remarkable in terms of showing the boundaries of the relationship between law and morality and the background of oaths in Islamic law as a basis for rulings.

As a result of the study, it has been observed that many issues addressed in the Hanafi jurisdiction law, which has been in practice for centuries, have not been codified in Turkish jurisdiction law. Likewise, it has been observed that some issues that are regulated in Turkish civil procedure law are not addressed in the Hanafi legal doctrine. Since Islamic law is a legal system based on religion and an oath is accepted as a means of proof with moral sanctions, it is possible to infer that the Hanafi doctrine deals with the subject in detail with a casuistic approach.

This is because an oath is a means of proof with a moral sanction. The party oath, which has a unique place in the field of proof, which is an important area of procedural law, has shed light on many disputes throughout history. In a party oath, the plaintiff who does not have the evidence to prove his claim may ask the defendant to take an oath through the judge. The defendant's refraining from the oath reveals the plaintiff's rightfulness. On the contrary, if the defendant fulfills the oath offered to him, the plaintiff has no other recourse.

³ Buhârî, 'Tevhit', 24 (Çağrı, 1981).

⁴ Âli İmrân Sûresi, (3) 77.

⁵ Müslim, 'İmân', 61(Çağrı, 1981); *مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ فَقَدْ اُوجِبَ لَهُ النَّارُ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ* bk. Nesaî, 'Adâbu'l-kudat', 30 (Çağrı, 1981).

Giriş

Bu çalışmada, Hanefi yargılama hukukunda, ispat vasıtası olan taraf yemine dair hükümlerin derli toplu bir şekilde teorik çerçevesinin çizilmesi hedeflenmiştir. Yeminin hukuki anlaşmazlıklara olan etkisine dair Osmanlı tatbikatında pek çok örnek bulunmaktadır. Fakat yalnızca teorik çerçevesi 46 sayfa tutan bir çalışmaya, mahkeme kayıtlarını eklemek uygun görülmemiştir. Bu çalışmayla teorisi verilen konunun uygulamadaki yansımaları, daha sonra yapılması planlanan çalışmalara bırakılmıştır. Yeminle alakalı İslam hukuku bağlamında bugüne kadar pek çok araştırma varken ispat vasıtası olan yeminle alakalı özellikle iki müstakil çalışmadan söz edilebilir. Bunlardan, Hüseyin Tekin Gökmenoğlu'nun "*İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Yemin*" adlı makalesi ile Yılmaz Yurtseven ve Naci Çevik'in yaptığı "*İslam Muhakeme Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Yemin Müessesesi*" adlı makaleyi zikretmekte fayda vardır. Bu çalışmalara bakıldığında, bunların yakın dönemde bu alanda yapılmış ilk çalışma kabul edilen Abdülaziz Bayındır'ın "*İslam Muhakeme Hukuku*" adlı doktora çalışmasının başlıkları üzerinden konunun ele alındığı görülmektedir. Ayrıca gerek Bayındır gerekse diğer çalışmalarda, Mecelle şerhi *Dürerü'l-hükkâm* ve Ömer Nasuhi'nin *Hukuk-u İslamiyye* adlı kitaplarının sistematigi içerisinde konuların işlendiği görülmektedir. Bizim çalışmamızda ise tüm bunlar nazarı dikkate alınmakla birlikte, Hanefi fūrû kitaplarında, taraf yemini ile alakalı ulaşılabilen tüm farazi örnekler üzerinden daha detaylı bir başlık kurgulaması ve derine inen bir içerik sunulmaya çalışılmıştır. Böylece, taraf yeminine dair ayrıntılı ve farklı yönlere temas eden bir teori çizilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, benzeyen konuların bulunması durumunda, Türk hukuk yargılaması üzerinden mukayeseler yapılmaya ve dipnotlarda kanun maddeleri verilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte, tüm karşılaştırmalı hukuk çalışmalarında, iki hukuk sisteminin bütün konularının örtüşmesi, beklenen bir durum değildir. Dolayısıyla çalışmanın asıl eksenini, Hanefi yargılama hukukudur. Türk hukuk yargılaması ile alakalı bölümler yazıldıktan sonra, bu alanda uzman bir doçent Usul hocasının tetkiklerine sunulmuş ve gerekli tashihler dikkate alınmıştır.

Yemin, kişinin haklılığını kutsal saydığı değerler üzerine, onları şahit tutarak desteklemesidir. Tüm inançlarda, yeminin kendi inanç mensupları üzerinde ciddi etkisi söz konusudur. Zira insanoğlu, bazen hak arayışında dayanabileceği kanıtlara sahip olamaz. Kimi zaman ise yaşanan olayın tanıkları olmayabilir. Böyle bir durumda, esas alınacak tek şey, insanların kutsiyet atfettikleri inanç değerlerinden destek almaktır. Bu durum Hukuk-ahlâk ilişkisini ve manevi yaptırım gücünün etkisini görmek açısından dikkate değerdir.

Yeminin hukuki gücünün hissedildiği hukuk sistemlerinin başında, İslam hukuku gelmektedir. Gerek Kur'ân-ı Kerîm gerekse de Hadislerde yeminin günlük hayattaki ve yargısal fonksiyonu düzenlenmiştir. Ayrıca İslamiyet'ten önceki dinler olan Yahudilik ve Hristiyanlıkta da yemin önemli bir kavramdır. Günümüz Hukuk Muhakemeleri Kanunu da yemini bir ispat vasıtası olarak tanımıştır. Konunun ana eksenini Hanefi yargılama hukuku olsa da benzer hükümlerin düzenlendiği tüm konularda iki hukuk sisteminin kıyaslamaya gayret ettik. Yöntem olarak, akıcılığı bozmamak için uzun HMK maddeleri, çoğu zaman dipnotta verilmiştir. Böylesine önemli ve teknik bir konunun kısa da olsa mukayeseli olarak çalışılması hem yargılama hem de karşılaştırmalı hukuk araştırmaları için katkı sunacağı umulmaktadır.

I. İslam Hukukunda Yalan Yere Yapılan Yeminin Manevi Yaptırımı

İslâm hukukunda, yeminin davaların hükme bağlanmasında önemli bir yeri ve hukuki yansımaları vardır. Zira yemin, muhakeme hukukundaki ispat vasıtalarından biridir. Yemin, davacı veya davalı tarafın bir olayın doğruluğu hakkında Allah'ın adını anarak beyanda bulunmasını ifade eder⁶. Elbette günlük hayatta yalan yere yemin ile mahkemede yalan yere yemin yapmanın farklı neticeleri vardır. Fakat iki yeminin de manevi müeyyidesinin olması, Müslüman fertlerde bir otokontrol sağlamaktadır. Bunun mahkeme ayağında, sair delillerle çözülemeyen davaların, kişilerin inançlarından yararlanarak çözüldüğü görülmüştür. Manevi yaptırım gücü, sağlam bir irade ile dini öğretilere bağlanma hissi ve uygulama kabiliyeti verip toplum düzeninin sağlanmasına katkıda bulunur⁷.

Taraf yeminini anlayabilmek için İslam'ın hayatın her alanındaki yemine bakışını, bilhassa yalan yere yapılan yeminin sonuçlarını ortaya koymak, bunun için de yeminle ilgili nasları ele almak gerekir. Tabii buradaki örneklerin çoğu mahkemede yapılan yemini kapsamasa da yemin konusundaki hassasiyeti görme açısından önemlidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki ilkesel olarak, İslam dininde yalan yere yapılan yemin, kişiyi manevi helake sürükler. Naslara bakılacak olursa, Mâide suresi 106-108. ayetler ve Hz. Peygamber'in "*Delili iddia sahibinin sunması, yemini de inkâr edenin yapması gerekir.*" hadisine⁸ dayanmaktadır. Başka bir hadiste, Hz. Peygamber, "*Allah, yalan yere yemin ederek bir*

⁶ Ertuğrul Boynukalın, 'Yemin', DiA, (TDV, 2013) Cilt 43, 417-419.

⁷ Abdurrahman Candan, 'İslam Hukukunda Yemin ve Ahlakilik', (2010), (15) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 431, 438.

⁸ البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ Tirmizî, 'Ahkâm', 12.

Müslümanın hakkını alan bir kişiye cenneti haram kılar." buyurmuştur. Bunun üzerine sahâbîler, "Bu yolla basit bir şey elde etse de mi?" diye sormuşlardır. Hz. Peygamber, yerden misvak ağacından (Erak) küçük bir parçayı göstererek "Bir dal parçası olsa bile!" diye karşılık vermiştir⁹. Yine başka bir rivayette, yeminin delil oluşu ile alakalı olarak şöyle bir anekdot vardır: Su kuyusunun kullanımıyla alakalı bir Yahudi ile anlaşmazlık yaşayan sahâbeden Eş'as b. Kays, durumu Hz. Peygamber'e ulaştırmıştır. Hz. Peygamber de "Şahitlerin var mı ya da hasmın yemin ediyor mu?" diye sormuştur. Eş'as, şahidi, yani delilinin olmadığını ifade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber, Yahudi'ye yemin teklif etmiştir. Adamın yemin etmesi konusunda Eş'as, "Ya adam, yalan yere yemin ederse?" diye aklına takılan soruyu Hz. Peygamber'e yöneltince, Hz. Peygamber de "Kim yalan yere yemin eder ve yaptığı bu yemin neticesinde davada bir mal kazanırsa büyük günaha girer. Hesap günü, Allah Teâlâ'yı kızgın bir şekilde karşısında bulmuş olur." buyurmuştur¹⁰. Nitekim bu olay üzerine, Allah Teâlâ indirmiş olduğu, "Onlar, Allah için verdikleri sözleri ve yapmış oldukları yeminleri basit menfaatlere satıyorlar! Onlara acı bir azap vardır"¹¹. âyetiyle peygamberini desteklemiştir. Yine bir hadiste, Hz. Peygamber şöyle buyurmuştur. "Kim, yaptığı yeminle bir Müslümanın malını alma imkânı elde ederse Allah, ona cenneti haram, cehennemi vacip kılar"¹². Bu hadisler, İslam Hukukunun diğer hukuk sistemlerine göre özgün yanı olan, dünyevi ve uhrevi şeklindeki ikili yaptırımının hukuki meselelerin çözümünde ne kadar etkili olduğunun bir göstergesidir. Esasında, yemin sisteminin sağlıklı çalışmasının teminatı da bu inanç ve Allah korkusudur. Bu örnek, aynı zamanda, hukuk-ahlak ilişkisinin sınırlarını görme ve İslam hukukunda yeminin hükümlere mesnet teşkil etmedeki arka planını göstermesi açısından dikkat çekicidir. Bir Müslüman, günlük yaşamında yalan yere yemin etmekten kaçınır. Bunu ifade etmek ve kişinin iddiasının yalan olmadığını belirtmek için Anadolu'da "Yemin yapsam karnım/başım ağrımaz." deyişi meşhurdur.

Hanefi doktrininde mahkemede yalan yere yemin ederek bir hak iktisap eden kişinin uhrevi yaptırımından bahsedilmekle birlikte, Osmanlı uygulaması hariç, failin dünyevi anlamda cezasının ne olduğuna dair bir düzenlemeye rast-

⁹ İbn Mâce, 'Ahkâm', 8.

¹⁰ Buhârî, 'Tevhit', 24.

¹¹ Âli İmrân Sûresi, (3) 77.

¹² Müslim, 'İmân', 61; Nesaî, 'Adâbu'l-kudat', 30. مَنْ اقْتَطَعَ حَقَّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ فَقَدْ أُوجِبَ اللَّهُ لَهُ النَّارَ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ

lanılamamıştır. Buna karşın Türk hukukunda yalan yere yemin yapan kişinin cezası TCK'da bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak düzenlendiği görülmektedir. Yargılama usulü açısından da yalan yere yeminin söz konusu olduğu davanın tekrar görülmesi, yani yargılamanın yeniden iadesi söz konusudur. Hanefi doktrininde yargılamanın yenilenmesi (iâde-i muhâkeme) konusunda açık bir ifadeye rastlanılamamakla birlikte 1879 tarihli Usûl- Muhakeme-i Hukûkiyye Kanununun 202. maddesinde, davanın yenilenmesi sebepleri arasındaki bir madde, yalan yere yemini de kapsayan bir hüküm içermektedir. Şöyle ki “*davanın görülmesi sırasında, karşı taraftan mahkemenin sonucuna etkili bir hilenin doğmuş olması*” maddesi, İslam hukuk usulü açısından yalan yere yapılan yeminin bir müeyyidesi olarak değerlendirilebilir. Ayrıca İslam ceza hukuku açısından bakıldığında, yalan yere yemin yapan ve bilhassa bunu adet haline getiren kişinin cezasının had suçları kapsamında değil, tazir suçu kapsamında değerlendirilen bir suç olduğunu ve hukuk otoritesinin faile münasip bir cezayı takdir edeceğini belirtmek gerekir. Fakat çalışmamız, Osmanlı tatbikatını içermeyen için bunla ilgili örneklere temas edilmemiştir¹³.

II. Yemin Çeşitleri, Çalışmanın Kapsamı ve Yeminin Hükümü/Hukuki Sonucu

İslam hukukunda yemini genel hatlarıyla; *günlük yaşamda yemin ve yargı sahasındaki yemin* olarak ikiye ayırabiliriz. Etkileri ve sonuçları itibarıyla en etkili yeminin yargılama alanındaki yemin olduğu söylenebilir¹⁴. Yargı sahasındaki yemin de bilhassa Türk özel hukuk yargı sisteminde kesin delil özelliğine sahip olan “*taraf yemini*” ve takdiri delil özelliği taşıyan “*bilirkişi yemini*” olarak ikiye ayrılır. Bizim çalışmamızın eksenini, kesin delil nitelikli olan “*taraf yemini*” oluşturmaktadır¹⁵. Yargı alandaki yemin; *ispat vasıtası olarak yemin* ile *kasâme* ve *liân* müesseselerindeki yemin olmak üzere üçe ayrılır. İspat vasıtası olarak kullanılan yemin de *ispat yükü üzerinde bulunan tarafın (müddeî) teklif ettiği yemin* (Hanefi mezhebine göre yemin teklifini davacı, yemini ise davalı yapar.)

¹³ Bkz. TCK md. 275/1: ‘Hukuk davalarında yalan yere yemin eden davacı ve davalıya bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir’. Belirtmek gerekir ki, hukuk davasında lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması HMK m. 375/1(g)’de bir yargılamanın iadesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Ayrıca bk., Ejder Yılmaz, *Yemin*, (3. Baskı, Yetkin 2021) 255; Ekrem Buğra Ekinci, ‘Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları’, (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1996) 173.

¹⁴ Bu yorum için bk. Ali Türkmen, ‘Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi’, (2015), (1), *International Journal of Legal Progress*, 107, 121.

¹⁵ Türkmen (n 14), 107, 131.

ile *hâkim tarafından re'sen teklif edilen yemin* olmak üzere ikiye ayrılır¹⁶. Çalışmamızın çerçevesi, ispat vasıtası olan yemin türlerinden davacı tarafın teklif edip hâkimin davalıya önerdiği yemini, yani *taraf yemini*ni kapsamaktadır.

Araştırmamızı Hanefi mezhebi ile sınırladığımız için taraf yemini ifadesinden Hanefiler'in ne anladığına bakmak gerekir. Hanefi mezhebine göre taraf yemininden anlaşılan, davalı tarafın savunma vasıtası olarak yapmış olduğu yemindir. Şöyle ki iddiasını başka delillerle ispatlayamayan davacı (müddeî), hâkimden davalıya yemin vermesini teklif edebilir. Davalı, yemin yapmaktan kaçınırsa (nükûl) bu, iddia sahibi davacının haklı olduğuna dair bir karine oluşturur. Bundan dolayıdır ki Hanefî mezhebinde¹⁷ yemin, bir savunma vasıtası kabul edilmiştir¹⁸.

İslam hukukunda yeminin hükmü konusundaki genel kurallar şu şekildedir:

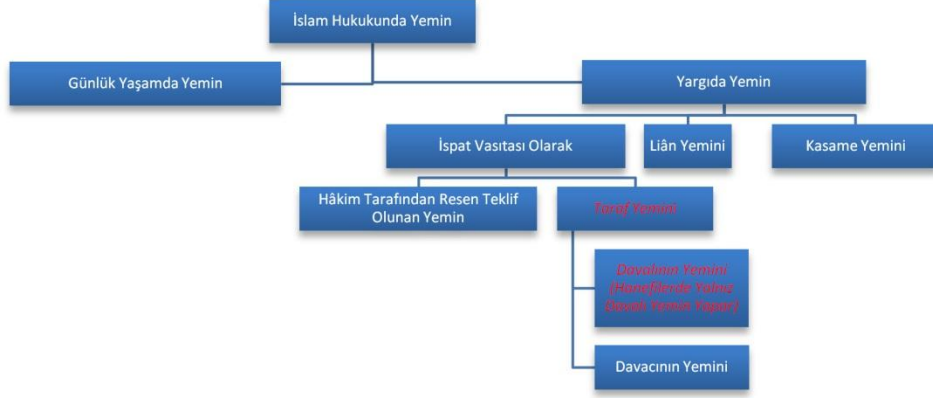
Hanefî, Malikî ve Hanbelî mezhebinde yemin etmek, mubah kapsamında bir fiildir. Gereksiz yere ve sıklıkla yemin etmek, Allah'ın adına karşı saygısızlık kabul edilmiştir. Çünkü insanın basit işlerine, azamet ve kudret sahibi Allah'ın ismi ile inandırıcılık kazandırmaya çalışmaması gerekir. Bunun için takva ya da diğer kitaplardaki ifadesiyle, salahıyla meşhur kişiler, tağlîz kalıbında (mekan ve söz ile yeminin vurgulanması) olmasa bile her türlü yemin etmekten uzak dururlar. Ayrıca gereksiz yere, sözün doğruluğunu teyit etmek için yapılan yeminler, mekruh kabul edilmiştir. Şâfiîler'e göre ise yemin etmek, kural olarak mekruh olup ihtiyaç dışında yemin etmeye cevaz verilmemiştir. Bunun içindir ki yeminin iadesi bölümünde izah edileceği üzere, Şafiî mezhebinde, taraf yemininde hâkimin yemin verdiği kişinin yeminden kaçınması, hakkındaki iddiayı

¹⁶ Bu tasnifle ilgili olarak bk. Recai Ögük, 'İslam Fıkında Yemin' (Yüksek Lisans Tezi, 19 Mayıs Üniv. 2011).

¹⁷ Siddika Ayaş, 'İslam Muhakeme Hukukunda Tek şahit ve Yeminle Hüküm' (Yüksek Lisans Tezi, Necmettin Erbakan Üniv. 2014), 23.

¹⁸ Bunun sonucu olarak ispat aracı olarak hukuken kabul edilen yemin, davalının (müddeâ aleyh) yani savunma makamının görevidir. Bu noktada HMK ile bazı farklar var. Şöyle ki; HMK'da taraf yemini her iki taraf için de söz konusu olabilir. Yani, davacı davalıya yemin teklif edebildiği gibi davalı da dayandığı ve ispat yükü üzerine düşen bir vakıa ile ilgili olarak davacıya yemin teklif edebilir. İkinci olarak, HMK'da başkaca delili olan taraf da (mesela senet, tanık...) yemin teklif edebilir. Ancak yemin teklif ettiğinde karşı taraf yemini eda edeceğine bildirdikten sonra, teklifinden geri dönüp diğer delillere artık dayanamaz. Bu husus Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. bk. HMK md. 227: 'Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez.'

kabul ettiği manasına gelmezken Hanefî mezhebinde bu, zimnen bir ikrar olarak değerlendirilir¹⁹.



Şekil 1: İslam Hukukunda Yemin Çeşitleri

A. Kişilere Göre Taraf Yemini Türleri

1. Davalının (Münkir) Yemini (Aslî Yemin/Vacip Yemin/Müdafaa Yemini)

Konumuzun asıl eksenini oluşturan ve İslam hukukunda yemin denince akla gelen yemin türü budur. Bu yemini, davalı taraf bir savunma mekanizması olarak ifâ eder. Zira yemin, davacının hakkı, davalının hüccetidir²⁰.

a. Yemin Formülleri “Sebebe ve Hâsıla (Hükme/Neticeye) Yemin”

Bir konunun gerçekleşip gerçekleşmemesine, *sebebe yemin* denir. Bir konudaki hükmün hali hazırda veya sonuçta (hâsıl) devam edip etmediğine dair yemin ise *hâsıla yemin*dir. Dolayısıyla hâkim, davalının inkâr ettiği şeyin türüne göre bunlardan biri için yemin metnini hazırlamalıdır. Sebebe yemin yapılması gereken bir meselede hâsıla, hâsıla yemin verilmesi gereken bir yerde sebebe yemin verilmesi, manevi yaptırımı gerektiren maddi bir hatadır²¹. Mesela bir kişi, diğerine borç verdiğini iddia edip tahsil etmek istese, diğeri de borç almadığını iddia etse, davalının karşı iddiası, bir şeyin gerçekleşip gerçekleşmemesi ile alakalı olduğu için ona sebebe yemin teklif edilmesi gerekir. Dolayısıyla borç

¹⁹ Boynukalın, (n 6) 418. Meri hukuktaki uygulama da Hanefî öğretisindeki gibidir. Yani, kendisine yemin teklif edilen kimse yeminden kaçırırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır.

²⁰ Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku* (İSAV 1986), 205.

²¹ Bayındır, (n 20) 217.

almadığını iddia eden davalı, “*Vallâhi, bu kişi bana borç vermedi.*” diye yemin yapar. Eğer davalı, borcunun olmadığına dair genel bir karşı iddiada bulunursa hâsılı inkâr etmiş olacağı için “*Vallâhi, benim bu kişiye borcum yoktur.*” diye hâsıla yemin yaptırılır. Bu savunmaya sahip davalıya, yukarıdaki gibi sebebe yani “*Vallâhi bana borç vermedi.*” şeklinde yemin teklif edilse davalı bundan manevi zarar görebilir. Çünkü yemin edip hânis olur yani yalan bir konuda yemin etmiş olacağı için günahkâr olabilir. Zira gerçekten o kişiden borç almış olup borcunu ödemiş yahut borç veren borcunu ibrâ etmiş ve davalı, bunları ispat etme kudretine sahip de olmayabilir. Böyle bir borç vermediğine ya da borç almadığına yemin etse yalan yere yemin etmiş (hânis) olacaktır²². Görüldüğü gibi hâkim, yemin teklifini davalının karşı iddiasına göre verir.

Dava türlerine göre hâsıla yemine dair diğer misaller şu şekildedir: Bir kişi diğerinin zilyetliğinde olan malı, ondan bir tarihte satın almış olduğunu iddia ederse davalı, “*Allah’a yemin olsun ki aramızda bir satım akdi yoktur.*” der. Bu yemini sebebe yaparsa yani “*Vallahi, ben ona malı satmadım!*” derse sağlıksız bir yemin ifa etmiş olur. Çünkü malı satmış ve sonradan karşılıklı olarak sözleşmeyi fesh etmiş olabilirler. Kadın, evlilik birliğinin devam ettiğine ve buna mebni olarak nafaka davası açtığına davalı koca, “*Vallahi, aramızda bir nikâh sözleşmesi yoktur!*” der. Burada sebebe yani “*Vallahi ben onla nikâh sözleşmesi yapmadım!*” demez. Çünkü belki evlenmiş ama sonradan boşanmıştır. Bir kişi filancadaki malı, ona kendisi emanet (vedia) olarak verdiğini iddia etse davalıya şöyle yemin verdirilir: “*Vallahi, elimde bulundurduğum malı, emanet olarak verdiğini iddia eden şahsa ne söz konusu mal ne de benim zilyetliğimde olan başka bir mal aittir.*” Para borcu (karz) iddiasında bulunan kişiye karşı davalı, “*Vallahi, benim bu kişiye az ya da çok hiçbir borcum yoktur.*” şeklinde yemin verdirilir²³.

b. Betâte ve Adem-i İlme Yemin

Yemin *betâte* ve *adem-i ilme* yapılır. *Betâte yemin*, “*elbette*” kelimesinde olduğu gibi, kesinlik ifade eder. Yani bir konudaki fiilin kendisine ait olduğuna ya da olmadığına kesin bir dille yemin etmektir. Mesela bir kişi, filan şahıstan şu

²² Küçük Ali Haydar Efendi, *Dürerü’l-hükkâm Şerhu Mecelleti’l-ahkâm* (TDV 2020) 3152, 3154; Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-u İslâmiyye* Cilt 8 (Enes Sarmaşık t.y.) 182; Bayındır, (n 20) 217.

²³ Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik* Cilt 4 (Dârü’l-Ma’rife 1314), 301; Şeyhîzâde Dâmâd, *Mecma’u’l-enhur* Cilt 2 (Dâru İhyâi’t-turasi’l-Arabî t.y.) 260.

kadar meblağ borcu olmadığına dair yaptığı yemin, betâte yemindir. *Adem-i ilm*, bir şeyi bilmemek demektir. Yani davalının iddia edilen hak ile ilgili bilgisinin bulunmadığına dair yaptığı yemindir. Mesela bir kişi, vefat etmiş bir kişiden belli bir miktar borcu olduğunu iddia etse, davalı ölü olduğu için mirasçıları, miras bırakan yakınlarının (müverris) filan kişiye adı geçen miktarda borcu olduğunu bilmediklerine dair yaptıkları yemin, ikincisine girer. Burada kural olarak betâte yemin, kesinlik içermesi açısından kuvvetli olduğu için ikinci örnekteki gibi, adem-i ilme yemin etmesi gereken kişi, betâte yemin ederse yemini geçerli olurken tam tersi geçerli olmaz. Zira zayıf yemin etmesi gerekenin kuvvetli olan delili tercih etmesi, evleviyetle geçerlidir²⁴. HMK'ya göre de bir tarafa bir olayı bilmediğine ilişkin yemin teklif edilebilir²⁵.

2. Davacının (Müddeî) Yemini

Davacının yemini; töhmet yemini, yemin-i calibe ve istîsak (güven tesis etme) ya da diğer ifadesiyle istizhâr yemini olmak üzere üç çeşittir. Kural olarak, bir ispat vasıtası olan yemin, Hz. Peygamber'in hadisine binaen²⁶ taraf yemini, yani davalının yeminidir. 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun aksine HMK, ispat yükü üzerine düşen tarafın karşı tarafa teklif ettiği yemini (taraf yemini) kabul etmiş, buna mukabil, hâkimin resen teklif ettiği yemine yer vermemiştir²⁷. Böylelikle, hukuk yargılamasında ispat yükü üzerine düşen ve fakat iddiasını yemin dışındaki delillerle tam olarak ispatlayamayan tarafın, hâkimin resen teklif ettiği yemini eda etmek suretiyle iddiasını ispatlaması mümkün değildir. Aksi durumda, bir kişiden hak iddia eden herkes, iddiasını yeminle destekleyerek lehine hüküm elde edileirdi ki bu durum öğretilerinde *Ejder Yılmaz*'ın deyimiyle, 'yemin delilinin *günümüzdeki çürüklüğü*' dikkate alındığında ciddi hak kayıplarına sebebiyet verebilirdi²⁸. Bu yönüyle de HMK'nın Hanefi mezhebiyle aynı görüşte olduğu görülmektedir.

²⁴ Bilmen, (n 22) 181.

²⁵ İlhan Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, (8. Bası, Vedat 2020), 677.

²⁶ 'Delili (beyyine), iddia eden taraf sunmalı, yemini ise inkâr eden taraf yapmalıdır.' bk. Buhârî, 'Rehin', 6.

²⁷ HMK m. 220/2 düzenlemesinin bir istisna olup olmadığı tartışmaya açık olmakla birlikte, çalışma konumuzun kapsamını aşması bakımından bu ayrıntıya girilmeyecektir.

²⁸ Yılmaz, (n 13) 88.

- a. **Yemin-i calibe/Yemin-i merdûde:** Davalının yeminden kaçınması gibi durumlarda davacıdan istenilen yemindir. Ya da tek şahidi olan davacının şahit delilini yemin ile desteklemesidir.
- b. **Töhmetyemini:** Davacının davasını çözüme kavuşturamaması durumunda yeminin davacı, yani iddia sahibine döndürülmesidir. Malikîler ve Zeydîler bunu delil olarak kabul ederler²⁹.
- c. **İstisak/İstizhâr yemini:** Davacının delilleri sunduktan sonra bunların sıhhatine dair güvenilirliğini ispat ve töhmetten kurtulmak için hâkimin resen teklifiyle yapmış olduğu yemindir. Delillerin güvenilirliğini tamamlayan bir unsurdur. Konumuz, davalının yapmış olduğu yemin olduğu için bu yemin türlerinin ayrıtısına girmiyoruz³⁰.

3. Hâkim Tarafından Resen Teklif Olunan Yemin (Yemin-i İstizhâr/Yemin-i İstibrâ/Yemin-i İstisak/Mükemmil-i hüccet)

Her ne kadar kural olarak yemin, davacının teklifi ve hâkimin marifetiyle davalıya yapılsa da Hanefî ve Malikî mezhebinde, bazı davalarda hâkim, delil sunan davacıya resen yemin etmesini teklif edebilir. Genel kural ise hâkimin resen yemin teklif edememesidir. Yukarıda kısaca izah edildiği üzere, 1086 sayılı mülga kanundan farklı olarak HMK'da re'sen teklif edilen yemine yer verilmiş, sadece taraf yemini kabul edilmiştir³¹. Konumuz, taraf yemini yani davalının yemini olduğu için resen teklif olunan yemine sadece bir misal vermekle yetinilecektir. Şöyle ki bir kişi, vefat etmiş bir kişiden alacağı olduğunu iddia edip buna yönelik delilini ortaya koysa alacaklı kişiye yani davacıya, hâkim "Bu hakkı kısmen veya tamamen müteveffadan kendisi almadığına, vekili almadığına, kısmen veya tamamen borcunu bağışlamadığına (ibrâ), bu borcun kısmen veya tamamen başkasına havale edildiğini kabul etmediğine, bu borcun bir başkası tarafından kısmen veya tamamen ödenmediğine ve bu borcun karşılığında müteveffanın kendisinde rehni olmadığına Allah adına yemin eder misin?" diye yemin teklif eder. Davacı, yemin yaparsa hakkını alır. Yeminden kaçınırsa bir şey alamaz. Böyle bir durumda, davacı alacağını yemin etmeden almış olursa iade edilir. Hâkimin resen teklif edeceği yemin, ihtiyat ilkesi gereğidir.

²⁹ Eğer yemin konusu vakia her iki taraf için ortak vakia ise, HMK'da da bu şekilde yeminin iadesi mümkündür.

³⁰ Vehbe Zuhaylî, *el-Fikhu'l-İslâmî ve Edilletühü* Cilt 8 (Dârü'l-Fikr t.y.) 6078; Ayaş, (n 23) 23.

³¹ Boynukalın, (n 6) 417-419; Ahmet Akman, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı ve Yargılama Hukuku* (Yetkin 2022), 146; Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 676.

Zira terekeden başka alacaklılar veya vasiyet lehtarları çıkabileceği ve ölen kişinin borcunu ölmeden ödemiş olma ihtimaline mebnidir³².

4. Karşılıklı Yemin (Tehâlûf)

Bazı davalarda taraflardan ikisinin yemin etmesi gerekebilir. Bunlar özel durumlar olup Mecelle’de izah edilmiştir. Örnek babında bu durumlardan birine yer vermekle yetiniyoruz. Şöyle ki satım akdinin tarafları; malın cinsi, miktarı ve vasfında ihtilaf etseler aleyhine delil öne sürülen taraf lehine dava sonuçlanır. İki taraf da delil öne sürerse, delili güçlü olan taraf lehine hüküm verilir. İki taraf da davasını ispat edemezse hâkim, taraflardan her birine karşı taraf lehine davadan çekilmeyi teklif eder. Bunu da kabul etmezlerse karşı tarafın davası üzerine yemin teklif eder. Bu durumda yemin ifası, önce müşteriden başlar. Bir taraf yeminden çekinirse (nükûl) dava, diğer taraf lehine sonuçlanır. İki taraf da yemin ederse hâkim alış verişi fesh eder. Çünkü bu son durumda, ortada taraflardan birinin iddiası kalmayacağı ve alış verişi belirsiz olduğu için hâkim anlaşmazlığı önleme adına akdi fesheder³³.

B. Muhteva ve Geçerlilik Şartlarının Göre Yemin Türleri

1. Yemin-i Mün’akide/Ma’kûde

Bu yemin türü, geleceğe yönelik yapma ya da yapmama vaadi içeren yemindir. Vaat gerçekleşmezse kefarete ödenmesi gerekir. Yemin kefareti olarak imkân ölçüsünde, sırasıyla şunlardan biri yapılır: Köle azat etmek, on fakire birer fitre miktarı para, bir fakire on gün boyunca her gün bir fitre miktarı para, on fakire sabah akşam yemek yedirmek veya on fakirin temel kıyafet ihtiyacını karşılamaktır. Buna imkânı olmayanlar, aralıksız üç gün oruç tutmak zorundadırlar³⁴.

2. Yemin-i Gâmus (Yalan Yere Geçmişteki Bir Eyleme Yönelik Yapılan Yemin)

Bu yemin türü, yargılama alanındaki yeminin de kapsamına girdiği yemin türüdür. “Gâmûs”, sözlükte daldıran, sokan anlamlarına gelmektedir. Çünkü yalan yere yapılan yemin, sahibini büyük günaha sokar. İslamiyet’te yalan yere

³² Ali Haydar Efendi, (n 22) 3149; Bilmen, (n 22) 180; Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, ‘İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak’, (1994), (3) Selçuk Üniversitesi Selçuk Bilimler Enstitüsü Dergisi, 179-187.

³³ Ali Haydar Efendi (n 22) 1778, Gökmenoğlu (n 32) 189.

³⁴ Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük İslam İlmihali* (Çelik 2014) 327.

yemin etmek büyük günahlardan sayılmaktadır³⁵. Kur’ân-ı Kerim’de bunla ilgili çarpıcı uyarılar bulunmaktadır. “Allah’a verdikleri sözleri ve yeminlerini az bir menfaat için değiştirenler... Onların ahirette bir karşılığı yoktur. Allah, kıyamet günü onlarla konuşmayacak, yüzlerine bakmayacak ve onları aklamayacaktır. Onları, çok acı veren bir azap beklemektedir.” (Âl-i İmrân 3/77). Esasında konumuzu ilgilendiren yemin çeşidi budur. Haksız olduğu bir konu üzerine yalan yere haklı olduğuna dair kendi iradesine dayalı olarak yemin etmektir. İslamiyet’te yalan yere yemin etmek, büyük günah kabul edilmiş olup kişiye manen felakete sürükleyen bir davranıştır. Böyle bir yeminin affedilmesi için kefarete kâfi gelmez. Dolayısıyla haksız yere yemin yapıp bir menfaate ulaşan kişi, samimi bir tövbe ve istiğfâr yapacak, haksızlığı telafi ederek sahibinden helallik alması gerekecektir. Bu, cumhurun görüşü olup Şafî mezhebinde kişinin bunlardan sonra kefarete ödemesi de gerekecektir³⁶.

Son dönem İslam hukukçularından Ömer Nasuhi Bilmen, yalan yere yemin eden kişinin üç suçu işlemiş olacağından bahsetmektedir. Şöyle ki öncelikle, bu kişi yalan söylemiştir ve yalan söylemek dinde haram ve büyük günah sayılan bir fiildir. Yaptığı yeminiyle dinen haram ve sorumluluğu ağır olan başkasının hakkına tecavüz etme eylemini gerçekleştirmiştir. Son olarak da bütün bilinmeyenleri ve sırları bilen, *el-Âlîm* olan Allah’ın mukaddes ismini, basit bir çıkarına alet etmiş olmak ise büyük bir ahlaksızlıktır. Allah’ı bilip sağlam bir inanca sahip olan bir insan, böyle bir işe nasıl cüret edebilir? Bu, dinen ve ahlaken düşük karakterli bir davranıştır. Allah korkusundan mahrum olanların yapabileceği bir davranıştır³⁷. Ayrıca, söz verdiğinde sözünü tutmamak ve konuştuğunda yalan söylemek, Hz. Peygamber’in hadislerinde münafıklık alameti olarak gösterilmiştir³⁸. Başka bir hadiste yalan yere yemin etme alışkanlığının toplumlarda ekonomik çöküntüye sebep olacağından haber verilmektedir³⁹. Buradan da yalan yere yapılarak elde edilen kazancın fakirleşme sebebi olduğu anlaşılmaktadır.

3. Yemin-i Lağv

Ağz alışkanlığı olarak, yanlışlıkla yahut doğru olduğu sanılarak yapılan yemindir. Mesela Doğu ve Güney Doğu bölgelerindeki Anadolu insanının “He

³⁵ Adil Bebek ‘Kebîre’, DİA, Cilt 25, (TDV 2022) 163-164.

³⁶ Meydânî, *el-Lübâb Fi Şerhi’l-Kitâb* (Mektebetü İlmî’l-hadîs 2002), 541.

³⁷ Bilmen, (n 22) 189, 190.

³⁸ Buhârî, ‘İmân’, 24.

³⁹ Ebû Bekir Abdullah b. Muhammed İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, (Dârü’t-te’sîl 2013), 225.

vallah!" ya da gençlerin "*Valla mı?*" şeklinde bilinçsizce, ağız alışkanlığı olarak yaptığı yeminlerdir. Aynı şekilde hataen yapılan, mesela en son balkonda kitap okuduğunu net bir şekilde hatırlayıp gözlüğünü evde bıraktığına dair yemin eden, fakat bu olaydan sonra okula gözlükle geldiğini hatırlamayan kişi, hakikatte ters bir durum üzerine yemin yapsa da bu, kefareti olmayan yemîn-i lağv kısmına girer. Çünkü yalan yere yemin etme gibi bir kastı olmayıp balkon sonrasında okula gözlükle geldiğini hatırlayamamakta, yani haksız yere değil, hatalı bir yemin etmektedir.

Bir ve üçüncü maddedeki yemin türleri, daha çok yargılama sahası dışında, gündelik hayatta başvuru alan yemin türleridir.

III. Yemin Süreci ve Yeminin Unsurları

İslam hukukunda yemin sürecine giden yol şu şekildedir: Davacı, bir takım iddialarla mahkemeye başvurur. Hâkim, dava edilen şahsa (davalıya), hakkındaki iddialar hususundaki düşüncesini sorar. Davalı, iddiaları kabul ederse suçunu ya da haksızlığını ikrar etmiş olacağı için dava karara bağlanır. İddiaları kabul etmezse bu sefer hâkim, davacıya iddialarını ispat etmesi için delilinin olup olmadığını sorar. Şahit, karine-i katîâ (kesin delil) gibi delillerin ikâme edilmesi durumunda hâkim, olayı karara bağlamaya çalışır. Davacının öne süreceği bir delili yoksa kendi talep etmesi şartıyla ya da hâkimin davacıya yemin teklif etme hakkını hatırlatmasıyla hâkim, davalıya yemin teklif eder⁴⁰.

A. Yemin Teklif Edecek Taraf

Bazı istisnai durumlar dışında, Hanefî mezhebinde davacıya yemin teklif edilemez. Çünkü o, davasını yemin ile değil, delil ile ispat etmek zorundadır⁴¹. Zira bu, *nastan ("Beyyine müddeî için ve yemin münkir üzerindedir"⁴²)* elde edilmiş bir hukuk kuralıdır⁴³. Bununla birlikte, her zaman gerek yemin, davalının; gerekse de ispat külfeti, davacının yükümlülüğünde değildir⁴⁴. Yeminin iadesi

⁴⁰ Burada 'hâkimin davalıya yemin vermesi' tabiri ile kastedilen, davacının davacıya yemin teklif etmesi üzerine yürütülen yemin prosedürüdür. Yoksa hâkimin (resen) davalıya yemin teklif etmesi değildir. Yani, teklif edilen yemin elbette tarafın teklif ettiği yemindir.

⁴¹ Meydânî, (n 36) 556, 557; Bayındır, (20) 205, 206.

⁴² Buhârî, 'Eymân', 17; Tirmizî, 'Ahkâm', 12.

⁴³ Bk. Mecelle md. 77.

⁴⁴ Yılmaz Yurtseven-Naci Çevik, 'İslam Muhakeme Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Yemin Müessesesi', Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020) 8 (15)

hükümleri istisna tutulduğunda HMK’da da taraf yemini, ispat yükü üzerine düşmeyen tarafın eda ettiği yemindir. Eğer, ispat yükü üzerine düşen tarafın iddiasının doğruluğu, yapacağı yemine bağlı olsaydı, birçok kişi başkasından hak iddiasında bulunur, bunu desteklemek için de yemin yapardı. Bu durumda hukuk, en temel vazifesi olan adaleti tesis edemezdi⁴⁵.

B. Davalı (Kendisine Yemin Teklif Olunan Taraf/İspat Yükü Üzerinde Bulunmayan Taraf)

Davalı, davacının hâkim kanalıyla kendisine yönelttiği, yemin teklifi/talebi doğrultusunda yemin ederek savunmasını yapmış olur. Yemin etmeme hususunda ısrarcı olan kişi (nükûlde bulunan taraf/yeminden kaçınan taraf), üzerine atılı olan iddiayı kabul etmiş olur.

HMK’da yemin, davacı ya da davalı olsun “taraf” teklif olunur. Bunun neticesinde karşı taraf, yemini ya *eda* eder yahut da *iade* eder. Davanın tarafların dışındaki bir şahsa yemin yönlendirilmez⁴⁶.

1. Davalıya Yemin Teklif Etmek (Tevcih) İçin Gerekli Şartlar (Yemin Süreci)

İslam muhakeme usulünde, yeminin ne zaman verdirileceği, önem arz etmektedir. Mecelle’de bu süreç şu şekilde ifade edilmiştir. “*Müddei, davasını ispattan acz eylediği takdirde, onun talebiyle müddeâ aleyhe yemin verilir*”⁴⁷. Yani iddiasını delillerle ispatlama imkânı olan kişi, yemin teklif etme hakkını kullanamaz. Yemin sürecinin unsurları şu şekilde incelenebilir:

a. Uyuşmazlık Konusunun Belirtildiği Bir Davanın Açılmış Olması Gerekir

Muhakeme edilmeye değer (mesmû) olduğu bir davanın çekişmeli olması ve taraflar arasında uyuşmazlık konusu nesnenin cinsi, vasfı ve miktarı gibi hususların ayrıntılı bir şekilde belirtilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, bu *yük* HMK m. 194/1’de *somutlaştırma yükü* olarak karşılık bulmaktadır⁴⁸. Çünkü dava açmanın amacı, deliller ortaya koyarak karşı tarafın haksızlığını ortaya çıkar-

⁴⁵ Yılmaz, (n 13) 1, 65.

⁴⁶ Türkmen, (n 14), 124. Bk. HMK md. 231/1

⁴⁷ Bk. Mecelle md. 1742; Bilmen, (n 22) 179.

⁴⁸ Taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. bk. HMK md. 194. Ayrıca ‘Hâkim eksik olan noktaları tamamlamak veya açık olmayan hususları aydınlatmak için yemin konusu ile bağlantılı gördüğü soruları yemin eden kimseye sorabilir.’ bk. md. 237; Türkmen, (14), 122.

maktır (ilzâm). Hangi hususta davacı olunduğu bilinmeyen bir konuda haklı ya da haksız çıkılması mümkün değildir. Hatta uyuşmazlık konusunun aynı bir hak olması durumunda muhâkeme esnasında kendisine işaret edilmesi için davalıdan bunu mahkemeye getirmesi istenir. Dava konusu malın telef olması durumunda ise kıymetinin zikredilmesi gerekir. Dava konusu malın gayr-ı menkul olması halinde ise yüz ölçümü ile ada ve parselinin yani sınırlarının beyan edilmesi gerekir⁴⁹.

Davaya konu olan durumun tam olarak bilinmemesine karşı, sahih bir dava açma hakkının sabit olduğu durumlar mevcuttur. Bunlar:

- a. Hâkimin yetimin vâsisini haksızlıkla suçlaması davasında,
- b. Hâkimin bir vakfın mütevellisini haksızlıkla suçlaması davasında,
- c. Miktarı belli olmayan bir şeyin rehin olarak verildiğinin iddia edilmesi davasında,
- d. Miktarı belli olmayan bir malın çalınması durumunda hırsıza,
- e. Gasp davasında gasp eden kişiye,
- f. Emanetçinin güveni kötüye kullanması durumunda (emanete hıyanet) emanetçiye yemin ettirilebilir⁵⁰.

b. Davalı Kendisine Atılan İddiayı Ret/İnkâr Etmelidir

Bir kişi hakkında bir iddia ile dava açılması, davalının cevap hakkını doğurur. Cevap, ya inkâr ya da ikrar şeklinde olmak durumundadır. Davacının talebiyle davalıya yemin teklif edebilmek için hakkındaki iddiayı inkâr etmiş olması gerekir. İddiayı yani davayı kabul ederse zaten uyuşmazlık sona ermiş olacağı için dava son bulur. Çünkü kişinin kendi aleyhine ikrarda bulunması konusunda yalan söyleme şaibesi/töhmetsöz konusu olamaz. İkrarının kabul edilebilmesi için ikrarda bulunanın hür, akli melekeleri yerinde ve ergenlik yaşına gelmiş olması gerekir⁵¹.

⁴⁹ Meydânî, (n 36) 556; Bayındır, (20) 207; Gökmenoğlu, (n 32) 184. 'Yemin edecek kimse yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse, hâkim karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhal bu konuda kararını verir.' bk. HMK 233/3. Ayrıca bk. Yılmaz, (n 13) 201.

⁵⁰ Bayındır, (20) 207.

⁵¹ Kasânî, *Bedâi'ü's-sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'* (Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye 2010), 422; Gökmenoğlu, (n 32) 184.

Yemin deliline başvurulabilmesi için davalının üzerine atılı iddiayı inkâr etmiş olması gerekir. İnkâr iki türlü olur: *a. Sarih inkâr*, *b. Delâleten inkâr*. Sarih, yani açıkça üzerine atılı iddiayı reddetmek iken delâleten inkâr ise konuşma ve işitme engeli olmaksızın (âfet) davacının iddiasına karşı susmak şeklinde cereyan eder. Davalının üzerine atılı iddia karşısında susmasının iddiayı inkâr etmesi manasına yorumlanması daha uygundur. Zira dindar ve akıllı bir Müslüman, başkasının hakkı olan bir konu kendisine sorulunca susup kayıtsız kalamaz. Çünkü bunun manevi yaptırımından çekinir. Ama kendi hakkını aramak konusunda bazen susabilir ve bunun üzerine düşmez⁵². HMK m. 128/1’de “Süresi içinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalı, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılır” denilmek suretiyle, süresinde cevap dilekçesi verilmemesine *davanın inkârı* sonucu bağlanmıştır.

Davalı, “*Ne inkâr ederim ne de ikrâr!*” der ve hakkındaki iddiayı ne kabul edeceğini ne de reddedeceğini söylerse Ebû Hanîfe’ye göre bu iki seçenekten birini tercih edene kadar hapsedilebilir. İddia üzerine susarsa bu durum Ebû Yûsuf’a göre, hapse atılması için yeterli bir sebeptir. İmam Muhammed’e göre ise susmasının altında bir işitme ya da konuşma engelinin (âfet) olup olmadığı araştırılır. Böyle bir engeli yoksa yine kendisine iddia hatırlatılır. Davalı, yine susmayı seçerse davayı inkâr etmiş sayılır. Bu durumda da kendisine yemin verilebilmesinin önündeki engel kalkmış olur⁵³.

c. Davacının Davasını Diğer Delillerle İspat Etmede Yetersiz Kalması (İzhâr-ı Acz)

İslam Hukukunda, davalıya yemin teklifinde bulunabilmek için öncelikli şart, davayı ispatla mükellef olan davacının davasını delil ile ispat etmede yetersiz kalması, Mecelle’nin ifadesiyle *izhâr-ı acz* eylemesidir. Böyle bir yetersizlik durumuna düşen kişinin yemin teklif etme hakkı vardır⁵⁴. İddiasını, güçlü kanıt sınıfına giren beyineler, yani haklı ile haksız ayıran delillerle ispatlayıp davayı aydınlatan kişinin yemin teklif etme hakkı yoktur. Buna lüzum da yoktur. Çünkü bu durumda dava zaten kabul edilecektir⁵⁵. HMK’da yemin iddia edilen vakianın ispatı için yargılamada en son başvurulacak olan delildir. Bununla birlikte, uyumsuzluk konusu olayın ispatı için yeminden başka delili olduğunu bildi-

⁵² Kasânî, (n 47) 422.

⁵³ Kasânî, (n 47) 422; Bayındır, (20) 207; Gökmenoğlu, (n 32) 184.

⁵⁴ ‘Bir müddeî, davasını beyyine ile ispattan izhar-ı acz edince onun talebiyle müddeâaleyhe yemin verdirilir.’ bk. Bilmen, (n 22) 179.

⁵⁵ Merginânî, *el-Hidâye* (Dârü’Erkâm, t.y.) 153; Dâmâd Efendi (n 23) 253.

ren taraf dahi yemin etme hakkına sahiptir. (HMK m. 227/1). Bu durum, diğer delillerinden vazgeçtiği manasına yorulmaz. Çünkü iddiasını başka delillerle ispatlayamayan veya bu delilleri kullanmayan bir kişi yemin deliline dayanmış kabul edilir⁵⁶. Bununla birlikte, karşı tarafa yemin teklif edilmesi ve karşı tarafın yemini eda etmeye hazır olduğunu bildirmesi ihtimalinde, yemin teklif eden taraf, artık dönüp diğer delillere dayanamaz (HMK m. 227/2). Fakat yemin edecek tarafın yemini eda etmeden önce ölmesi veya fiil ehliyetini kaybetmesi bunun bir istisnasıdır. Zira bu ihtimalde, HMK m. 231/1 gereğince yemin teklif edilmemiş sayılacağı için, diğer delillere başvurmak mümkün hale gelecektir⁵⁷.

İmâmeyn'e göre, kural olarak davalının yemin etmiş olması, davanın sona ermesine/reddedilmesine sebep olur. Bununla birlikte, davacının bir daha delil öne sürme hakkını ortadan kaldırmaz. Mesela davacı, yemin teklifinde bulduktan sonra mahkemenin görüldüğü yerde, yani yargı çerçevesi içerisinde, delilinin mesela şahidinin olduğunu söyleyebilir. Ebû Hanîfe'ye göre ise bu durumda davacının yemin hakkı düşer. Çünkü delili olanın ikincil bir argüman olan yemine başvurması yersizdir. Zira yemin, delil ortaya konmadığı durumlarda devreye giren tali bir mekanizmadır. Bunun içindir ki alt derecede bir kanıt yöntemi olan yemin, en güçlü ispat vasıtası olan şahit delilini öne sürme hakkını ortadan kaldırmaz. Mahkemeye yakın bir konumda ikamet eden şahidin bir sonraki duruşmada mahkemeye çağrılması mümkündür. Nitekim Hz. Peygamber, davacıya önce şahitlerinin yani delilinin olup olmadığını sormuş, sonrasında karşı tarafa yemin teklif edebileceğini hatırlatmıştır⁵⁸. Ebû Hanife, bu nassın mefhum-u muhalifinden, delili/shahidi olanın yemin deliline başvuramayacağı kuralını çıkarmıştır⁵⁹. İmâmeyn'e göre ise ancak şahidin yani beyyinenin ikame edilmesi, yemin hakkını düşürür. Tek başına şahit öne sürme ihtimali ya da imkânı yemin hakkını kaldırmaz. Mezhepte ve Mecelle'de tercih edilen görüş Ebû Hanîfe'nin görüşüdür⁶⁰. HMK'da kendisine yemin teklif olunan taraf, yemini eda etmeye hazır olduğunu bildirdikten sonra, yemin teklif eden taraf artık diğer delillerine dayanamayacağı gibi yeni bir delil de gösteremez (HMK m.

⁵⁶ 'Uyuşmazlık konusu vakianın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir.' bk. HMK m. 227/1; Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 678, 681.

⁵⁷ Türkmen (n 14), 122.

⁵⁸ Müslim, 'Eymân', 139, İbn Mâce, 'Ahkâm', 10.

⁵⁹ Mevsîfî, el-İhtiyâr fî Ta'lîlî'l-Muhtâr (Çağrı 1980), 112.

⁶⁰ 'Müddeî, davasını ispattan izhâr-ı acz eylediği takdirde onun talebiyle müddeâ aleyhe yemin verilir.' bk. Mecelle md. 1742.

227/2). Yani (yemin teklif eden taraf) iddiasının ispat edilip edilmeyeceğini karşı tarafın yeminli ifadesine bağlamış olur. Lakin kendisine yemin teklif olunan tarafın yemini eda etmeden önce ölmesi yahut fiil ehliyetini kaybetmesi bundan müstesnadır (HMK m. 231/1). Yani bu ihtimallerde, yemin teklif edilmemiş sayılacaktır ki, artık yemin teklifi hükümsüz hale gelen başkaca delillere dayanması -teksif ilkesi çerçevesinde- mümkün olacaktır. Bunların dışında, elbette kendisine yemin teklif olunan taraf, yemini eda etmeye hazır olduğunu bildirmemişken, yemin teklif eden taraf, bu teklifinden vazgeçerek tanık gibi başka bir delile dayanabilecektir⁶¹.

İslam muhakeme hukukunda, şahitlerin şehir dışında olması, yani eski zamanlarda ulaşım vs. zorluklardan dolayı, davacının iddiasını yemin dışında başka bir delille ispatlayamaması manasına geleceği için ittifakla yemin teklif etme hakkı geçerli kabul edilmiştir. Aynı şekilde, davacının delil olarak şahidinin olmadığını söyleyip daha sonra şahit olarak birini mahkemeye sunması ve "*Filancadan başka şahidim yoktur.*" dedikten sonra mahkemeye başka bir şahit sunması, Ebû Hanîfe'ye göre geçerlidir⁶².

Müddeînin İddiasını İspat Etmede Yetersiz Kalabileceği Durumlar:

- a. Müddeinin hiç şahidinin olmaması
- b. Şahidinin olup bu kişilerin şahitlik yapmaktan çekinmeleri
- c. Şahitlerin çok uzak mesafelerde olması⁶³.

d. Davaya Konu Olan Hakkın Devredilebilir/Feragat Edilebilir Bir Hak Olması Gerekir

Davalar genel itibarıyla; mülkiyet davası, zilyetlik davası ve hak davaları şeklinde olur⁶⁴.

İslam hukukçularına göre yemin, bilhassa malî haklara ait davalarda davalı, yani iddiayı inkâr eden tarafın delili, hüccetidir. Bu hususta ittifak bulunmakla birlikte, kısas ve nikâh gibi malî olmayan haklara yönelik davalarda; yemin teklif

⁶¹ 'Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez.' bk. HMK md. (227)/2; Postacioğlu ve Altay, (n 25) 680, 681; Yılmaz, (n 13) 215.

⁶² Zeylaî, (n 23) 296, 300; Meydânî, (n 36) 557; Ali Haydar Efendi, (n 22) 3159.

⁶³ Ali Haydar, (n 22) 3139.

⁶⁴ Kasânî, (n 51) 436.

edilip edilmeyeceği, hangilerinde teklif yapılacağı, davalının yemin etmekten kaçınması durumunda yeminin iddia sahibi davacıya çevrilip çevrilmeyeceği ve hangi durum ve davalarda yemin teklif edileceği konularında görüş ayrılığı söz konusudur⁶⁵. HMK'da da yemine konu olmayacak vakıalar belirtilmiştir. Genel olarak bunlar; soy bağı gibi, davanın taraflarının üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konular, geçerliliği şekle tabi sözleşmelerde, söz gelimi bir kişiye, karşı tarafta cinsel tacizde bulunduğu dair yemin yaptırılması gibi, yemin edecek kişinin namus ve onurunu etkileyecek ve onu ceza soruşturması ve kovuşturması altında bırakacak olaylar, hukuki sebepler ve kanun hükümleri yemine konu olamaz⁶⁶.

Hanefî ve Malikî mezhebine göre, bir iddianın yemine konu olabilmesi için davanın devredilebilir ve feragat edilebilir türden bir dava olması gerekir. Şafîî mezhebinde ise böyle bir ayırım yoktur. Allah haklarına taalluk etmeyen her konuda yemine başvurulabilir⁶⁷.

HMK'da, (yemin delilinin cari olduğu) taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda da her vakia yemine elverişli görülmemiştir. HMK m. 226'da bu vakıalar üç bent halinde sayılmıştır: (1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, (2) Bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller, (3) Yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar.

i. Konusu İkrar Edilebilen Davalar

Davaliya yemin teklif edildiğinde davalının üzerine atılı iddiayı kabul yani ikrar etme ihtimali davanın sonuçlanmasına sebep olur. Davalı ikrar etmezse o zaman kendisine yemin teklif edilir. Böyle bir durumda ikrar, yemin sürecinin doğal bir unsuru olduğu için ikrar etmeye müsait olmayan davalarda yemin delilinin kullanılması da mümkün olmaz.

⁶⁵ Boynukalın, (n 6) 419.

⁶⁶ bk. md. 226. a. Tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, b. Bir işlemin geçerliliği için kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği haller, c. Yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ve kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar. Türkmen, (14), 107, 122.

⁶⁷ Gökmenoğlu, (n 32) 185.

ii. Konusu Devredilebilir Davalar

Ebû Hanîfe'ye göre, sadece talep edildiğinde dava konusu hakkın devredilebilir ve feragat edilebilir olduğu davalarda yemin deliline başvurulabilir. Buna göre, nikâh, îlâ, ric'ât, nesep, istilâd ve velâ gibi konusu mal olmayan bazı davalarda yemine başvurulamaz⁶⁸. Çünkü bunlar, devredilemez haklardır. İmâmeyn ve üç mezhebe göre bu, caizdir. İmâmeyn, had ve liân davaları hariç mezkûr davalarda yemin deliline başvurulabileceğini savunmaktadır. Zira inkâr ya da ikrâr yapılabilen her şey, yemine konu yapılabilir. Buna karşın, hadlerde yemin deliline başvurulamaz. Çünkü had cezaları, şüphe ile düşer. (Sanık, şüpheden yararlanır.) Had konusunda yemin teklifi neticesinde davalı nükûlde bulunursa nükûl, tabiatı itibarıyla şüphe barındıran bir şey olduğu için bunla suçun cezası düşmüş olur. Ebû Hanîfe'ye göre, bu konularda yeminin geçerli olmaması, bu konularda yeminden kaçınmanın hakkından feragat etme (bezl⁶⁹) manasında olması ve bu hakların bezli imkânsız yani feragat edilemez olması ile ilgilidir. Mezhepte tercih edilen görüş (müftâ bîh) İmâmeyn'in görüşüdür⁷⁰. Had davaları, genel itibarıyla kamu davası niteliğinde davalardır. HMK'da da kural olarak yemin konusu, yemin edecek kimseyi ceza soruşturması ya da kovuşturması altında bırakabilecek davalarda yemin deliline başvurulamayacağıdır. Çünkü kamu düzenini ilgilendiren ve kendiliğinden araştırma ilkesinin esas alındığı davalarda yemin deliline başvurulamaz. Ayrıca böyle bir durumda bulunan kişi yalan yere yemin yapabilir⁷¹.

Bu konularla ilgili ayrıntılar konumuzu doğrudan ilgilendirmediği için yalnızca bir örnek vermekle yetiniyoruz: Bir adam, filanca kadınla evli olduğunu iddia edip kadın, bunu kabul etmese davalı olması hasebiyle kadının adamla evlilik yapmadığına dair yemin yapması istenemez. Kadının erkeğe böyle bir iddiada bulunması da aynı hükme tabidir. Yine bir adam, filanca kişinin kendi oğlu olduğu yönünde bir iddiada bulursa davalı olan çocuğa yemin ederek kendisini savunması teklif edilemez. Bununla birlikte, nikâh ve nesep alanında, dava konusunun nikâhta mehir, nesep te ise nafaka talebine yönelik mala dair uyuşmazlıkların olduğu davalarda ise davalılara yemin teklif edilebilir. Yine bir kişi, filancanın kölesi olduğunu ya da efendisi olduğunu iddia ettiği davalarda

⁶⁸ Boynukalın, (n 6) 417-419.

⁶⁹ Mevsilî, (n 59) 112; 'Bezli, hakkından feragat etme manası yönüyle bir anlamda üzerine atılı iddiayı ikrar veya yemin teklifine nükûl bulunma hükümlerine tabidir.' bk. Zeylâî, (n 16) 297.

⁷⁰ Kasânî, (n 51) 422, 425; Zeylâî, (n 23) 297; Dâmâd, (n 23) 255.

⁷¹ Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 677.

yemin deliline başvurulamaz⁷². Türk hukukunda Ebû Hanîfe'nin bakış açısını görmek mümkündür. Zira bu konu, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar kavramıyla ifade edilir. Misal olarak boşanma ve velâyet haklarının bu kapsama girmesi dikkat çekicidir.

iii. Konusu Kul Haklarına Dair Olmayan (Kamu Hakları) Davalar

Hadler ve namaz, zekât gibi ibadetlerle alakalı konular, Allah haklarıyla ilgili yani sırf Allah hakkı ve Allah hakkının baskın olduğu, kul hakkı oranı düşük davalardır. Bundan dolayı bu konularda yemin deliline başvurulamaz. Mesela bir zekât memuru bir kişi aleyhine, zekât vermesi gereken nisaba ulaşan malı olduğuna dair dava açsa bu konuda yemin deliline başvurulup ilgili kişiden nisaba ulaşan malı olmadığına dair yemin etmesi istenemez. İmameyn ve İmam Şafîî ise bu konunun her ne kadar Allah haklarıyla alakalı olan bir konu olmasına karşın zekât verilecek kişiler açısından konuya yaklaşıldığında dava konusunu insan hakları (hukûku'l-âdemî) olan bir dava olarak gördükleri için bu davalarda yemin delilinin kullanılmasını meşru kabul etmişlerdir. Yine bir kişi, filancanın zina cezasına (had) çarptırıldığını iddia etse davalıya yemin teklif edilemez⁷³.

Hadlerde yemin deliline başvurulamamasının gerekçesi şudur: Davalı nükûlde bulunduğu, üzerine atılı iddiayı ikrar etme hususunda güçlü bir karine ortaya çıkar. Durum böyle olmakla birlikte, netice itibariyle bu, ihtimal barındıran bir husustur. İhtimal ve şüphe de had cezalarını düşürdüğü için yeminden nükûl eden bir kişinin suçunu ikrar ettiği anlamı, kesin bir şekilde çıkmaz. Buna karşın, hadlerde yemin delilinin kullanılmasına imkân sunan tek suç tipi hırsızlıktır. Hırsızla çaldığı mal konusunda yemin teklif edilir. Yemin etmeye yanaşmazsa çaldığı malı tazmin etmesine hükmedilir. Şüphe, had cezalarını düşüren bir etken olduğu için el kesme cezası düşeceği için taziren bir ceza terettüp eder⁷⁴.

2. Davalının Yemininin Makbul Olmasının Şartları

a. Davacı/Müddeî Yemin Teklifini İstemelidir

Yemin teklifinden söz edebilmek için müddeinin yani ispat yükü kendisine düşen tarafın böyle bir talepte bulunması gerekir. Bu taraf, olağan dışı bir durumu iddia eden kişi, yani müddei/davacı olup iddiasını, beyyine yani şahit,

⁷² Ali el-Kârî, *Fethu Bâbi'l-'inâye* Cilt 3 (Dârü'l-Kütübi'l-'ilmiyye 2009), 242, 243; Dâmâd, (n 23) 255.

⁷³ Dâmâd, (n 23) 256; Gökmenoğlu, (n 32) 186.

⁷⁴ Bayındır, (20) 212, 213.

belge gibi diğer delillerle ispatlayamamıştır. Beyyine ortaya koymanın müddei/davacı tarafa yüklenmesinin sebebi, davacının ortaya konup incelenmesi gereken, bilinmeyen (gizli) bir hak iddia etmesidir. Bunu da ancak beyyine, onun olmadığı yerde de yemin ortaya çıkarır. Çünkü beyyinenin hakikati ortaya çıkarma özelliği vardır⁷⁵. Nitekim Hz. Peygamber, "Davalıya yemin teklif etmek, senin hakkındır." buyurmuştur. Davacının karşı taraf için dini hassasiyetleri çok olmayan biri olduğunu hatırlatması üzerine Efendimiz, "Senin bundan başka dayanacağı delilin yoktur." buyurmuşlardır⁷⁶. Ayrıca bu hadiste اليمين ifadesindeki *elif lam* takısı, Arapça dil bilgisi açısından, yeminin bütün fertlerini içine alacak manada (istiğrâk) kullanılmıştır. Yemin deliliyle hakkını savunmak, davacının hakkı olduğu için onun talebi olmadan hâkim veya bir başkası, davalıya yemin verdiremez. Onun talebi olmadan hâkim, yemin teklif etse de davacının yemin teklif etme hakkı ortadan kalkmaz. Esasında, müddeinin talebi olmadan yemin verilememesi, yemin delilinden istifade etme hakkının müddeîye ait olduğunu göstermektedir⁷⁷. Bununla birlikte beş yerde davacının talebi olmadan hâkim, davalıya yemin teklif eder⁷⁸. Buna ilaveten, davacı vekillerinin de yemin teklif etme hakkı bulunduğunu belirtmek gerekir⁷⁹. HMK'da da yemin teklifini ancak ispat yükü üzerine düşen taraf yapabilir. İspat yükü üzerine düşmeyen tarafın yaptığı yemin, hukuki netice doğurmaz. Dolayısıyla HMK'da be-nimsenen tek yemin türünün, taraf yemini olduğu söylenebilir⁸⁰.

Davacı, "Davalıyı yeminden ibrâ ettim.", "Yeminini ona bağışladım." gibi cümlelerle yemin talep etme hakkından feragat etse bu hak düşmez. Yine de davalıya yemin teklif edebilir. Zira yemini davalıya yaptırıp yaptırmama hakkı en nihayetinde hâkimin tasarrufundadır⁸¹.

⁷⁵ Kasânî, (n 51) 411.

⁷⁶ *فَلَاك بِيَمِينِهِ* diğer hadiste ise *لَا ذَلِكْ لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ* şeklinde geçmektedir. Müslim, 'Eymân', 139.

⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsût* Cilt 14 (Dârü'l-Ma'rife, t.y.) 117; Kasânî, (n 51) 418.

⁷⁸ Bunlar, hâkim tarafından resen teklif edilen yemin bölümünde işlenecektir. Ali Haydar Efendi, (n 22) 3148; Bilmen, (n 22) 180; Yılmaz, (n 13) 45.

⁷⁹ Merginânî, (n 55) 154; Mevsilî, (n 59) 112.

⁸⁰ 'Yemin teklifini ispat yükü kendisine düştüğü halde iddiasını ve savunmasını başka delillerle ispat edememiş taraf yapar.' bk. Yarg. HGK. 03.02.2010 T., 2010/13-50 E., 2010/47 'Yeni kanunun sadece taraf yemini yeminini kabul etmesinin nedeni ise ispat yükü kendisine düşen tarafın bu ispat yükünü yerine getirememesi nedeniyle anılan hususun ispatını münhasıran karşı tarafın vicdanına bırakması dolayısıyla bu riskin sadece yemin edecek tarafça göze alınmasının ve üstlenilmesinin daha doğru ve isabetli olacağı düşüncesidir.' bk. Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 676; Yılmaz, (n 13) 60.

⁸¹ Bayındır, (20) 218.

Yemin teklifini yapan tarafla ilgili bir kural da şudur. Malı elinde bulunduran kişi (zilyed), davacı/müddeî olamaz. Aksi durumda bir malı haksız yollardan mülkiyetine geçiren kişiler yemin yaparak mal üzerindeki tasarruflarını hukuki hale getirmiş olurlardı⁸².

b. Yemin Hâkim veya Yetkili Memur (Nâib) huzurunda Onun Teklifiyle Yapılmalıdır

Sağlıklı bir yemin süreci için yemin teklifi talebinde, davacının bulunması gerekir. Davacı istemeden hâkim, davalıya yemin teklif edemez. Davacının yemin teklifinde bulunabilmesi için de davalının hâkim ya da onun yetkilendirdiği kişilerin talebi doğrultusunda, onların huzurunda yemin etmesi gerekir. Hâkim veya mahkemeye gelemeyenler için, yetkili memurunun yanında yapılmayan yeminler geçerli değildir⁸³. Tekrar hâkimin huzurunda yemin edilmesi gerekir. Yeminin hâkim huzurunda yapılmasının sebebi, yeminin taraflar arasındaki husumeti ortadan kaldırmak (kat') için yapılması gerektiğidir. Hâkim veya onun naibinin dışında yapılan bir yemin, uyuşmazlığı ortadan kaldırmaz. Aynı şekilde hâkim, yemin teklif etmeden davacının talebiyle davalı yemin etse bu yemin geçerli değildir. Bunun için bir daha yemin etmesi gerekir⁸⁴. HMK'da da benzer hükümler söz konusudur⁸⁵.

c. Yemin Bizzat Davalıya Teklif Edilmelidir.

Hanefi mezhebine göre, kendisine yemin teklif edilen kişi, davalıdır. Diğer üç mezhebe göre, davacıya da yemin teklif edilebilir. Buna *yemin-i merdûde* denir. Bununla birlikte bu mezhepler arasında ne tür davalarda davacıya yemin teklif edileceği hususu tartışmalıdır. Hanefî ve Malikî mezhebine göre, bazı davalarda hâkim, delil ikame eden davacıya resen yemin teklif edebilir. Buna, daha önce de konusu geçtiği üzere, *yemin-i istihzâr*, *yemin-i istibrâ*, *mükemmil-i hüccet* dendiği daha önce ifade edilmişti.

⁸² Kasânî, (n 51) 437.

⁸³ 'Yemin mahkeme huzurunda eda olunur.' bk. HMK md. 233.

⁸⁴ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3146; Bilmen, (n 22) 179, 181.

⁸⁵ Yemin edecek kimsenin mahkemenin yargı çevresi dışında olması

MADDE 236-(1) Mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorundadır. Ancak, yemin edecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkün değil ise istinâbe yolu ile yemin ettirilir.'

Davalı, teklif edilen yemini yaparsa üzerine atılan iddianın hakikat payının olmadığı ortaya çıkacağı için dava reddedilir. Çünkü bu durumda ne davacının başka bir delili vardır ne de davalının ikrar manasına gelen nükûlü söz konusudur. Hüccet olmadan muhâseme olmaz⁸⁶. Davalı, yemin teklifini geri çevirirse yemin davacıya yöneltilir. Davacı, yemin ederse iddiasında haklı olduğu ortaya çıkar. Davalı yemin yaptığında husumet, yeni deliller çıkana kadar ortadan kalır. Kimi fakihlere göre ise yeminin yapılması durumunda, yeni deliller ileri sürülse de dava açılmaz⁸⁷.

Hâkim, kural olarak davalının bizzat kendisine yemin teklifinde bulunur. Davacı lehine; veli, vası ve mütevellî gibi kişilere davalıyı temsilen yemin teklif edilemediği yukarıda geçmişti⁸⁸.

Müvekkile yemin teklif edildiği zaman onların bizzat yemin etmeleri gerekir. Bununla birlikte asıl hakkında ikrarlarının geçerli olduğu durumlarda vekile de yemin teklif edilebilir⁸⁹.

d. Yemin Mutlak Surette Allah Adına Yapılmalıdır

Yemin müessesinden yeminin neye, hangi kutsala yapılacak olması önem arz etmektedir. Kendisine yemin teklif edilen taraf, hangi dine mensup olursa olsun yeminini “Allah” lafzına ya da “Rahmân’a yemin olsun ki...” onun isimlerinden birine yahut “O’nun azametini yemin olsun ki...” sadece Allah’a mahsus sıfatları üzerine yapmalıdır. Bunun delili, “Onlar, sizi hoşnut etmek için Allah’a yemin ederler.” ayetidir. (et-Tevbe, 9/62.) Bu konuda Hz. Peygamber’in birçok uyarısı bulunmaktadır: “Yemin edecek olan yalnızca Allah adına yemin yapsın. Kureyşliler geçmiş atalarını anarak yemin ederlerdi⁹⁰.” Konuyla ilgili pek çok nebevi düzenleme vardır. Bu bağlamda, Hz. Ömer’in aktardığına göre, Hz. Peygamber, Hz. Ömer’in, babasının üzerine yemin ettiğini duyunca şöyle buyurmuştur: “Allah Teâlâ, insanın atalarının üzerine yemin etmesini yasaklamıştır.” Hz. Ömer, bu yasaktan sonra bir daha bu şekilde yemin etmediğini ifade etmiştir⁹¹. Boşanma (talak) ve köle azadı (i’tâk) üzerine yeminin caiz olmayışı da bu hadiste yeminin

⁸⁶ Serahsî, (n 77) 117.

⁸⁷ Boynukalın, (n 6) 417-419.

⁸⁸ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3147, 3151.

⁸⁹ Boynukalın, (n 6) 417-419.

⁹⁰ Nesâî, ‘Eymân’, 3, 4.

⁹¹ Buhârî, ‘Eymân’, 4; Müslim, ‘Eymân’, 1.

mutlak surette Allah adına yapılması ile alakalıdır⁹². Hz. Peygamber kendisi de genellikle, “*Nefsimi elinde bulundurana yemin ederim ki...*” şeklinde yeminler yapardı⁹³. Yemin, Allah adına yapıldıktan sonra, bunun hangi dille yapıldığının bir önemi yoktur. Mesela Türkçe olarak “*Allah’a and içiyorum.*”, Farsça olarak ise aynı manaya gelecek şekilde, “*Be Hudâ sevgend mîhorem.*” Bunun dışında, yalan söylemesi durumunda kişinin evlilik bağını bitirmesine yönelik yahut köle azadına yönelik yemin yaptırılmaz. Bunların üzerine yemin teklif olunup davalı, nükûlde bulunup aleyhine hüküm verilse bu karar, geçerli olmaz. Ali el-Kârî, kendi dönemindeki toplumsal değişime dikkat çekerek insanların Allah adına yemin etmekten sakınmadıklarına, boşanma ve köle azadı yani “*Eğer yalan söylüyorsam evliliğimiz bitsin!*” veya “*Karım benden boş olsun!*” gibi hususlarda yemin etmeye ise yanaşmadıklarını belirterek mezhepte yaygın olmayan görüşe göre, böyle ortamlarda, vurgulu bir şekilde rahatça yemin yapan⁹⁴ kişilere adı geçen konular üzerine yemin yaptırılabilirliğini, bununla birlikte bu konularda yeminden kaçınmanın nükûl anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir⁹⁵. Bu takdirde talak üzere yemin yaptırılmasının faydasının ne olacağı konusu açık değildir. Bu konu, *fesâd-ı zaman*, yani toplumsal değişim ve çöküntünün hukuki hükümlere yansımaları göstermesi açısından önemlidir.

Allah’ın kelam sıfatının bir yansıması olduğu için Kur’ân-ı Kerîm üzerine de yemin yapılır. “*Rabbe yemin olsun ki!*” gibi; “*Rab*”, “*Mevlâ*” ve “*Melik*” gibi insanlar için de kullanılabilen ifadeleri yemin olarak seçmede niyete bakarak geçerli gören âlimler bulunmaktadır. Bunun dışında kutsal sayılsa bile; “anne, baba, oğul, peygamber, melek, melek, namaz oruç, Kâbe, zenzem, mezar ve minber” gibi bu şeyler üzerine yemin etmek, haramdır⁹⁶.

Arapçada yemin manasını sağlayan harfler üç tanedir. “Vav, Bâ ve Tâ”, yani “Vallâhi”, “Billâhi”, “Tallâhi” ifadelerinin hepsi, “*Allah’a yemin olsun ki!...*” manasını ihtiva eder. Nitekim Anadolu’da da yemin etmek, “*yemin billah etmek*” şeklinde ifade edilir.

⁹² Zeylaî, (n 23) 301.

⁹³ Ağırakça, Ayşe Esra, ‘Hadislerde Yemin Lafızları’ (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniv. 1998), 55. Konumuz, Hz. Peygamber’in yeminleri olmadığı için ayrıntıya girilmemiştir. İlgili konu için bu teze bakılabilir.

⁹⁴ Metinde *أكد وبالغ* şeklinde geçen yer, ‘rahatça ve vurgulu bir şekilde’ şeklinde tercüme edilmiştir.

⁹⁵ Ali el-Kârî, (n 72) 244; Meydânî, (n 36) 542; Ali Haydar, (n 22) 3144.

⁹⁶ Meydânî, (n 36) 542.

Türk yargılama hukukundaki yeminin formu, mülga ve yürürlükteki kanunlara göre değişiklik arz etmektedir. Mülga HUMK’da yemin “Allah ve namus” üzerine formüle edilmişken HMK’da “Namus, şeref ve kutsal sayılan bütün değerler üzerine” şeklinde değiştirilmiştir⁹⁷. Bu da İslam yargılama hukukundaki yeminin mutlak surette “Allah” lafzına yapılması gerektiği kuralı ile taban tabana zıt bir uygulamadır. Türkmen, 2011’deki bu düzenlemenin, muhtemelen İsviçre anayasası 49. maddesindeki “Kimse dinsel yemine zorlanamaz.” maddesinden mülhem olduğunu, 2011’e kadar Allah adına yapılan yeminin kaldırılmasının, neredeyse tamamı Müslüman olan bir ülke için isabetsiz bir uygulama olduğuna dikkat çekmektedir⁹⁸. Hakikaten bakıldığında, İslam hukukuna göre, bir Hristiyan’a, kendi inanç sistemlerindeki kutsallar üzerinden yemin yaptırılması gerekiyorken büyük çoğunluğu Müslüman olan bir ülkedeki halkın en birincil kutsalı olan “Allah” lafzının kaldırılması, yemin gibi manevi etkisinin hukuki vakıaların çözümüne etkili olduğu bir müessesinin işlevine menfi tesir edeceği ve kesin bir delil türü olan yemin delilinin güvenilirliğini sarsacağı aşikârdır. Çünkü insanların yemin metni değiştikçe, yemini ifa ve yeminden kaçınma durumları değişebilmektedir.

C. Hâkim

Hâkim, yemin verme, yani davalıya yemin teklif/tevcih etme hakkının olduğunu davacıya hatırlatan kişidir. Hâkim, yemin delilini hatırlatmadan, iddiasını delillerle ispatlayamayan davacı, karşı tarafın yemin etmesini isteyemez. Hâkim de davacının talebi olmadan davalıya yemin teklifinde bulunamaz. Bununla birlikte Hanefî ve Malikî mezhebinde bazı davalarda delil sunan davacıya hâkim resen yemin etmesini teklif edebilir⁹⁹. HMK’da ise yemin teklif edilebilmesi ve hâkimin tarafa yemin hakkını hatırlatabilmesi için tarafın dava dilekçesinde yemin deliline dayanmış olması gerekmektedir. Dilekçesinde yemin deliline dayanmayan taraf, sonradan yemin teklif edemez. Hatta Yargıtay İBK’na göre dava dilekçesinde açıkça yemin deliline dayanacağını belirtmeyip “sair deliller, her türlü delil” gibi ibarelerin bulunması, tarafın yemin deline başvurmuş sayılması için yeterli görülmemiştir. Bu ifadelere istinaden hâkim de ispat yükü üzerine düşen tarafa yemin teklif edemez¹⁰⁰.

⁹⁷ bk. HMK md. 233; Yılmaz, (n 13) 208.

⁹⁸ Türkmen, (n 14), 107, 128, 129.

⁹⁹ Boynukalın, (n 6) 417-419.

¹⁰⁰ Yılmaz, (n 13) 82, İBK, 03.03.2017, 2/1.

D. Davacı (Yemin Teklif Etme Hakkı Olan Taraf)

Yemin müessesinde yeminin kimin tarafından verilmesi gerektiği husus önem arz etmektedir. Normal şartlarda kural olarak davacının talebi olmadan hâkim, davalıya yemin veremez. Ancak vefat etmiş birisinden alacağı olduğunu iddia eden kişinin talebi olmadan hâkim tarafından davalının yakınlarına yemin ettirilmesi hususunda ittifak vardır¹⁰¹.

E. Yemin

1. Hâkimin Yemini Veriş Şekli/Yemin Metni

Hâkim veya nâibi, dava konusunu genel hatlarıyla tasvir ettikten sonra, bu hususa yemin yapabileceğini sorar. Eğer davalı yemin yapabileceğini kabul ederse “*Vallâhi...*” şeklinde davalıya yemin yaptırılır. Hâkimin işin ciddiyetine binaen ve nükûlde bulunursa başına ne geleceğini bilmesi açısından davalıya yemini üç kere hatırlatması, gerekli uyarının yapılması açısından ihtiyata daha uygundur. Hatta Ebû Hanife’ye göre bu menduptur. Bu süreçte hâkim üç kez: “*Sana üç kere yemin hakkı vereceğim. Yemini îfâ edersen lehine, etmeyip nükûlde bulunursan aleyhine hüküm vereceğim!*” der. Böyle olmakla birlikte bir kere hatırlatılıp davalı, yeminden kaçınırsa bu da nükûl kabul edilir¹⁰².

2. Yemin Metnin Şekli ve Yemin de Vurgu Yapılması (Tekid/Tağlîz)

Yeminin mutlak surette Allah adına yapılmasından söz etmiştik¹⁰³. Allah adına yapılan yeminin bazı kelimelerle kuvvetlendirilmesi, bazı insanlar için yeminden kaçınma sebebi olmaktadır. Bu da davanın çözüm seyrini kolaylaştırmaktadır. Bunun için hâkim gerekli görürse yeminin vurgulu olarak yapılmasını isteyebilir¹⁰⁴. Kültürümüzde “*büyük yemin/ler etmek*” ifadesi, tağlîzi anlatmaktadır. *Hâkimin* vurgulu yapmasını istediği yemin teklifini sadece Allah adına yapıp vurguyu eklemeyen nükûlde bulunmuş olmaz¹⁰⁵. HMK md. 233’te da “*kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler*” sözü ile yemin müessesinin sadece Müslümanlar için değil, diğer inanç mensupları için de geçerli olduğuna işaret vardır. Aynı duruma Ejder Yılmaz şu şekilde işaret etmiştir: “*Yemin teklif eden,*

¹⁰¹ Meydânî, (n 36) 557.

¹⁰² Ali el-Kârî, (n 72) 241; Ali Haydar Efendi, (n 22) 3144, 3157; Bilmen, (n 22) 183.

¹⁰³ bk. ‘Yemin Mutlak Surette Allah Adına Yapılmalıdır.’ başlığı.

¹⁰⁴ Bayındır, (20) 215.

¹⁰⁵ Bilmen, (n 22) 179.

iddiasını ispattan aciz kalınca karşısındakinin iç dinamiklerini kullanma yolunu seçer. Şu halde yemini ifade eden sözler, o dinamikleri son kertesine kadar harekete geçirecek nitelikte olmalıdır. O halde iki tarafın da inançları yemin konusunda önem taşır ve her kişi için değişir. Yemin teklif olunan inandığı şeyleri şahit gösterdiğine göre yemin, yemin edenin inançlarına uygun olarak yerine getirilmelidir¹⁰⁶.” Bu ifade aslında bir önceki başlıkla da ilgilidir. Zira yeminin Allah adına yapılması, Müslüman bir fert için, karşı tarafın iç dinamiklerini harekete geçirmede, namus ve şereften daha etkilidir.

Yemin metninin tağlîz kalıbıyla verdirilip verdirilmeyeceği hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkim, davalının sosyal ve dini yaşantısına ya dava konusu alacağın büyüklüğüne bakarak karar verir. Kimi insan tağlîz kipindeki yemini yapmaktan kaçınır, Sadece Allah adına yapılan yemini daha rahat ederken kimisi, az tağlîz barındıran yeminden kaçınır kimisi de ancak çok tağlîz içeren yeminleri yapmaya yanaşmaz. Bundan dolayı yeminin takva kişiler için tağlîz yapılarak sunulması caiz görülmemiştir. Çünkü onlar, daha önce de bahsedildiği gibi, tağlîz olmadan da yemin etmeye uzak duran kişilerdir. Bu, tağlîzin yemin teklifini tereddütsüz kabul edecek kişilere yönelik bir caydırıcılık oluşturduğunu göstermektedir. Nitekim İslam dininde yemin, kural olarak mubah bir eylem olsa da sıkça yemin etmek, Allah adına bir saygısızlık kabul edilmiştir¹⁰⁷. HMK’da yeminin manevi etkisini artırmak için yemin eda edilirken hâkim dâhil herkesin ayağa kalkması kurala bağlanmıştır. Bu da yeminin sözlü değil, fiili bir teklid şeklinde yorumlanabilir¹⁰⁸.

a. Yeminin Zaman ve Mekân Bakımından Vurgulanması

Hanefî mezhebine göre, yeminin kuvveti, zaman ve mekânla desteklenmesi gerekli değildir. Yani davalı, yemini mutlaka cuma günü ve bir camide yapmaya zorlanamaz. Zira beyine ortaya koymak, müddeinin delili, yeminin ise davalının delili hadisindeki hüküm, zaman ve mekânla kayıtlanmamış, yani mutlak bir şekilde yapılması gerektiği yönünde hüküm ifade etmektedir¹⁰⁹. Bunun sebebi, hâkimlerin işini zorlaştırmamak ve en kısa sürede uyuşmazlığı çözmeye, yani usul ekonomisine matuftur. Dolayısıyla amaç Allah’a yemin olup bu

¹⁰⁶ Yılmaz, (n 13) 209.

¹⁰⁷ Serahsî, (n 77) 16, 118; Kasânî, (n 51) 427; Merginânî, (n 55) 157; İbnü’l-Hümâm, *Fethu’l-kadîr* Cilt 6 (Dâru Sadr, t.y.) 175.

¹⁰⁸ HMK md. 233, Yılmaz, (n 13) 210.

¹⁰⁹ Kasânî, (n 51), 429; Bilmen, (n 22) 179.

da mekân sınırlaması olmadan ve kibleye dönmeden hâsıl oluyorsa işi uzatmanın bir manası yoktur¹¹⁰. Şafiî mezhebindeyse ikisi de caizdir. Yemin için ideal zaman ve mekân, Cuma günü ikinci namazı sonrasındadır. Cuma gününe kadar yeminin ertelenmesi sorun olacaksa başka bir gün, ikindiden sonra yemin ettirilir. Yine dava Mekke'de ise Kâbe'de Altın Oluğun altında, Medine'de ise caminin minberin yanında yaptırılır¹¹¹.

HMK 236-(1)'e göre ise olağanüstü haller dışında, mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorunludur. Bu yönüyle iki sistem birbirinden farklılık arz etmektedir.

b. Müslüman Davalılar İçin Yemin Formu Örneği

Müslüman bir davalının vurgulu yemin şekillerinden birisi şu şekildedir: *“Billâhi'l-'aliyyi'l-a'lâ”¹¹². “Davacıya bu kadar miktar borcum olmadığıma, gizli ve aşikârı bilen, Rahmân ve Rahîm olan Allahü Teâlâ'ya... Vallâhi!”* gibi vurgulu şekillerde yemin yaptırılabilir¹¹³.

c. Gayr-ı Müslim Davalılar İçin Yemin Formu Örneği

Ehl-i kitap olsun başka dinlerden insanlar olsun, her din mensubu kendi kutsalı üzerine yalan bir şey için yemin etmek istemez. Bundan dolayı, yemin müessesesi onlar için de geçerlidir. Bundan dolayı amaç, onların peygamberlerine atıfla ruhlarına dokunmak ve hakikati ortaya çıkarmaktır¹¹⁴. Bu da davaların aydınlatılmasında yemin müessesinin inançlar üstü konumunu göstermesi açısından önemlidir. Gerek Yahudilik gerekse de Yeni Ahit'te da yalan yere Tanrının adını ağza alıp O'nu şahit tutmanın manevi cezasını Tanrının vereceğine işaret edilmiş ve bunu yapanların; başarısızlık, kıtlık, kötü ruhlara ve ölüm gibi musibetlere duçar olacaklarına işaret edilmiştir¹¹⁵.

Yahudilere, *“Tevrat'ı indiren vacip Teâlâ Allah'a... Vallâhi! ...”* şeklinde yemin yaptırılır. Hristiyanlara ise *“İncili İsa'ya indiren Allah'a... Vallahi!”* diye yemin yaptırılır. Bunların delili Hz. Peygamber'in Tevrat'ta zina yapanların cezasını gizleyen

¹¹⁰ Serahsî, (n 77) 119; Merginânî, (n 55) 58.

¹¹¹ Kasânî, (n 51) 429; Bayındır, (20) 216.

¹¹² 'En yüce olan Allah adına yemin olsun ki...'

¹¹³ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3145.

¹¹⁴ Serahsî, (n 77) 119, 120.

¹¹⁵ Öztürk, Nermin, İlahi Dinlerde Yemin, Keffaret ve Kurban' (Doktora Tezi, Selçuk Üniv. 1996), 27, 28, 36.

Yahudi hahamlarına, “Size soruyorum. Tevrat’ı indiren Allah’a yemin olsun ki Tevrat’ta zinanın cezasının böyle olduğunu mu düşünüyorsunuz!” buyurarak Allah’ın kendi inandıkları kitaptaki hükümlerini gizlemelerine telmihte bulunmasıdır¹¹⁶. Bu da ehl-i kitaba bu şekilde yemin verilebileceğinin delilidir. Mecûsilere, “Ateşi yaratan Allah’a!” şeklinde, Puta tapan müşriklere ise sadece Allah’ın adına yemin verdirilir. Çünkü onlarda Allah inancı vardır, fakat O’na bazı ortaklar izafe ederler. Nitekim Kur’ân-ı Kerîm’de “Onlara, yeri ve gökleri kimin yarattığını sorsan ‘Allah!’ diyeceklerdir.” buyrulmaktadır. (Ankebut, 61.) Bazı Hanefi hukukçuları, Allah’ın adıyla ateşin yan yana zikredilmesinin ateşin şanını yüceltmek manasına geldiğini ve bunu yapmanın sakıncalı olduğuna işaret ederek “Ateşi yaratan Allah’a! ...” şeklinde yapılan yemine karşı çıkmaktadırlar. Aynı şekilde bu ehl-i kitaba yemin yaptırılırken muharref kitaplarına ve ibadethanelerinde yemin yaptırılması, bu mekânları kutsamak manasına geldiği için uygun görülmemiştir. Ebû Hanîfe’den gelen bir görüşe göre, gayr-ı Müslimler de Allah adına yemin etmelidir. Çünkü bunların kitaplarını ve kutsallarını Allah ile birlikte zikretmek, onlara bir yücelik atfetmek manasına gelir ki bu da caiz olmaz¹¹⁷.

3. Sağır ve Dilsizlerin Yemini

Dilsiz kişilerin Mecelle’nin ifadesiyle, *işâret-i ma’hûdesi*¹¹⁸ diye tabir olunan işaret diliyle ikrarı geçerli olduğu için bu yöntemle yaptıkları yeminlerine ve nükûllerine hüküm terettüp eder¹¹⁹. Hâkim, yalnızca konuşma yeteneğini yitirmiş davalıya iddiayı sorar ve işaretle cevap vermesini emreder. Başını, onay manasında sallarsa iddiayı ikrar etmiş sayılır. İnkâr manasına gelecek şekilde başını sallarsa kendisine yemin teklif edilir. Hâkim ona: “Bu iş böyle ise Allah’ın yemini üzerine olsun mu?” der ve işaretle cevap vermesini ona emreder. Dilsiz olan da onaylama manasına gelecek şekilde başını sallarsa yemini ifâ etmiş olur. Yemin-den kaçınmaya delâlet edecek bir işarette bulunursa bu da nükûl sayılır¹²⁰.

Hem işitme engelli hem de dilsiz olanlar¹²¹, okuma yazma biliyorlarsa yazarak hakkındaki iddiayı ret ya da kabul ederler. Bilmiyorsa işaret diliyle hakkındaki

¹¹⁶ İbn Mâce, ‘Ahkâm’, 10.

¹¹⁷ Serahsî, (n 77) 120; Kasânî, (n 51) 428; İbnü’l-Hümâm, (n 107) 76; Ali Haydar Efendi, (n 22) 3145.

¹¹⁸ ‘Dilsizin işaret-i ma’hûdesi lisan ile beyan gibidir.’ bk. Mecelle md. 71.

¹¹⁹ Boynukalın, (n 6) 417-419.

¹²⁰ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3158; Bilmen, (n 22) 183.

¹²¹ Bu durum Kaynaklarda âfet diye isimlendirilir.

iddiayı kabul ya da reddettiğini gösterir. Eğer işaret diliyle iddiayı reddettiğine anlatırsa davacı da davasını başka delillerle ispatlayamazsa bu durumda normal süreç işler, duyma ve işitme engelli bireye yemin verilir. Yemin yapabileceğine dair bir işaret yaparsa adeta sözlü olarak yemin etmiş gibi kabul edilir. İşaret diliyle yeminden kaçındığı anlaşılırsa bu da nükûl olarak değerlendirilir¹²².

Bir davalı, hem işitme ve konuşma hem de görme engelliye bu kişinin babası, vâsisi veya hâkimin tayin ettiği bir kişi onun adına yemin yapar. Tüm bu konulardaki hükümler, dipnotta işaret edilen HMK hükümlerine paralellik arz etmektedir¹²³.

4. Yeminde Vekâlet, Vesâyet, Velâyet

Yemin isteme konusunda (istihlâf), niyâbet yani başkasının yerine geçmek mümkündür. Bu bağlamda; davacı adına; veli, müteveli, vasî ile davanın vekillerinin hâkimden davalıya yemin teklif etme talep yetkisine sahipken kendilerine yemin teklif edilemez. Yani yemin etme konusunda (half) vekâlet geçerli olmaz, bizzat davalının yeminini ifâ etmesi gereklidir. Bununla birlikte bazı durumlarda vekile, asıl adına yemin teklif edilir. Asıl hakkında vekilin ikrarının geçerli kabul edildiği yerler bunlardır. Mesela satım konusunda vekil olan bir kişi, sattığı maldaki ayıbın satımdan önce olduğu iddiasını reddederse kendisine yemin teklif edilebilir. Çünkü bu kişinin asıl adına ikrarda bulunması da geçerlidir¹²⁴. HMK'da yemini teklif eden vekil ise yemin teklif etme bakımından özel vekâlete sahip yani yetkilendirilmiş olması gerekir. Bununla birlikte avukatlar gibi vekiller, asıl adına yemin edemezler. Vesâyet altındaki kısıtlılar, adına yasal temsilcileri yemini eda ya da iade edebilirler. Reşit/ergin olmadığı ya da kısıtlığı olduğu halde bazı kişiler, tam ehliyetli gibi yemin eda edebilirler¹²⁵.

¹²² Bayındır, (20) 219.

¹²³ HMK md. 234: (1) 'Okuma ve yazma bilen sağır veya dilsizler, yemin hakkındaki beyanlarını yazıp imzalayarak yemin ederler.' (2) 'Okuma veya yazma bilmeyen sağır veya dilsizler işaretlerinde anlayan bir bilirkişi aracılığıyla yemin ederler.'

¹²⁴ Bilmen, (n 22) 180.

¹²⁵ Meri hukukta Yemini yerine getirecek kimseler MADDE 232-(1), Yemin, tarafa teklif olunur ve tarafça eda yahut iade olunur. Türkmen, (n 14), 124.

(2) Taraflardan biri tüzel kişi yahut ergin olmayan veya kısıtlı bir kimse ise onlar adına yapılmış bir işleme ilişkin vakıanın ispatı için yemin, tüzel kişiyi temsile yetkili kişi veya organ yahut kanuni mümessil tarafından eda ya da iade olunabilir.

(3) Ergin olmayan veya kısıtlı kimselere bizzat dava hakkı tanınan hâllerde, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz.

5. Yeminde Kefâlet

İslam hukukunda, yemin teklif edilecek taraf olan davalının ortadan kaybolma ihtimaline binaen kefil bırakması, yargılama açısından tavsiye edilen bir uygulamadır. Çünkü burada, davacının hakkını koruma söz konusu iken davalı için ciddi bir zararı olmayan bir uygulamadır. Buna *kefâle bi'n-nefs, şahsa kefâlet* denir. Aynı şekilde, davacının delil ikame etmesinden önce davalının ortalıktan kaybolma ihtimaline binaen üç gün kendi yerine kefil bırakması gerekir. Davacının şahitlerini bulup getireceği bu üç günlük süre içerisinde kefil bırakmadan ortalıktan kaybolması durumunda, davayı neticelendirmek zorlaşacaktır¹²⁶.

6. Yemin Etmeye Gelemeyenlerin Yemin Şekli

Hâkim, hastalık ve engellilik gibi bir mazerete binaen yemin etmeye gelemeyen kişiye yardımcısını (nâib/emîn), iki âdil¹²⁷ şahitle birlikte göndererek davalının yemini ifâ etmesini sağlar. HMK m. 235 ise, yemin edecek kimsenin mahkemeye gelemeyecek kadar hasta veya engelli olması durumunda, hâkimin, o kimseye bulunduğu yerde yemin ettireceğini düzenlemektedir. Yemin esnasında taraf vekilleri ve karşı taraf da hazır bulunabilecektir¹²⁸.

Hâkimin duruşma yerine gidememesi durumunda yardımcından destek almasına *istinâbe* denir. Hâkim, memurun iki âdil şahitle verdiği beyanı, yani davalının yemin etmiş ya da yeminden kaçınmış (nükûl) olduğunu dikkate alarak hüküm verir. Nâib atamaya yetkili bir hâkim (*istinabeye mezun*), mahkemeye gelemeyen bir davalı için nâibini, davacıyla birlikte davalının yerleşim yerine göndermesi neticesinde davalının yemin teklifine vereceği her tür cevap, hukuken muteber olup iki şahide gerek yoktur¹²⁹. HMK'da da istinâbe yoluyla yemin ettirilmesi mümkündür¹³⁰. Fakat burada istinabe daha farklı bir anlama sahip

'Yemin, tarafa teklif olunur ve tarafça eda yahut iade olunur.', bk. HMK md. 232-(1); 'Açıkça yetki verilmemişse vekil yemin teklif edemez.' bk. HMK md. 74-(1), Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 681; Yılmaz, (n 13) 101.

¹²⁶ Merginânî, (n 55) 156; Mevsilî, (n 59) 112.

¹²⁷ Âdil, büyük günah işlemeyen, küçüklerinde ısrarcı olmayan kişiye denir.

¹²⁸ Ayrıca bk. Yılmaz, (n 13) 184.

¹²⁹ Bilmen, (n 22) 80.

¹³⁰ MADDE 236-(1) Mahkemenin yargı çevresi dışında oturan kimse, yemin için davaya bakan mahkemeye gelmek zorundadır. Ancak, yemin edecek kişi, mahkemenin bulunduğu il dışında oturuyor ve bulunduğu yerde aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile yemin icrası mümkün değil ise istinabe yolu ile yemin ettirilir.' Ayrıca bk. Yılmaz, (n 13) 185.

olup mahkemenin yargı çevresi dışında kalan bir yerde gerçekleştirilecek işlemler için o yer mahkemesinden hukuki yardım almasını ifade etmektedir. Bu bağlamda mesela, Ankara’da görülmekte olan bir davada, yemin edecek taraf İstanbul’da mukim ise, hâkim İstanbul mahkemesinden istinabe talep ederek, yemin işleminin bu mahkemece (İstanbul mahkemesi) gerçekleştirilmesini sağlayabilir.

7. Yemin Etmeme Konusunda Uzlaşma (es-Sulh ‘ani’l-Yemin)

Davalı, bir bedel karşısında (genelde bu bedel iddia konusu miktardan daha düşük olur) ya da bedelsiz, kendisine teklif edilen yemini yapmama hususunda davacı ile anlaşılabilir. Bu durum, yalan yere yemin etmenin önüne geçen ve tavsiye edilen bir şeydir. Nitekim Hz. Osman’dan bir vakit bir adam yedi bin dirhem borç almıştı. Adam bunun dört bin dirhem olduğunu iddia etmişti. Me-sele mahkemeye, Hz. Ömer’e ulaştı. Borç alan adam, “*Yedi bin dinar olduğuna yemin yapabilir mi?*” dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer, Hz. Osman’a dönse de Hz. Osman yemin etmeye yanaşmayınca Hz. Ömer, “*O zaman, onun verdiği kadarını al!*” dedi. Diğer bir rivayette Hz. Osman, yemin etmemesine karşılık belli bir miktar fidye karşılığında sulh yapmak istedi. Adam çıkınca Hz. Ömer Osman’a niye yemin etmediği soruldu: “*Kaderde yazılı olan bir musibetin yemin etmemin hemen akabine tesadüf etmesi ve insanların ‘Bak, ‘haksız’ yemin etmesinden dolayı bu durum başına geldi!’ demesinden korkuyorum*”¹³¹.” dedi. Burada Hz. Osman’ın takvasından dolayı kendi malı olduğuna emin olduğu bir şey için yani haklı da olsa gereksiz yemin etmek istemediği için bu yemin etmeme karşılığında hakkından feragat ettiği gözükmektedir¹³². Nitekim Anadolu’da, “*Doğru söz yemin istemez.*” deyişi bunla ilgilidir. Yahut her ne kadar haklı da olsalar ola ki yanlış hatırlamadan dolayı yeminle bir mala sahip olmanın “*Kim yalan yere yemin eder ve bu yeminiyle davada bir mal kazanırsa büyük günaha girer. Hesap günü, Allah Teâlâ’yı kızgın bir şekilde karşısında bulmuş olur*”¹³³.” hadisinin manevi etkisinden çekinmiştir. Aynı şekilde, Eş’as b. Kays’ın haklı olmasına rağmen yemin etmemek için fidye vermesini bu hadisteki uyarıdan çekinmesine bağlamaktadır¹³⁴. Başka bir rivayette ise Huzeyfe inegini bir adamın sürüsü-

¹³¹ أخاف أن يوافق القدرُ بلاءً، فيقال بيمينه

¹³² Merginânî, (n 55) 158; Râfiî, *Şerhu Müsnedi’s-Şafiî* (Vizâretü’levkâf 2007), 2/483; İbnü’l-Hümâm, (n 107) 181, 182.

¹³³ Buhârî, ‘Tevhit’, 24.

¹³⁴ Taberânî, *Mu’cemü’l-kebir*, Cilt 1 (Mektebetü İbn Teymiyye, t.y.) 234.

nün içinde görünce adamı dava etmiştir. Adam ineğin kendisine ait olduğunu söylemiştir. Davacı Huzeyfe olduğu için mahkeme, yemin etmesi karşılığında ineğinin kendisine verileceğine karar vermiştir. Huzeyfe yemin etmeme karşılığında karşı tarafa fidye teklif etmiştir. Bu şekilde fidyeyi alan Huzeyfe'nin haklılığını kabul etmiş olacaktır. Sırasıyla; on, yirmi, otuz ve kırk dirhem teklif etse de adam kabul etmemiş, bunun üzerine Huzeyfe, "Benim olan bir mal için yemin yapamayacağımı mı zannediyorsun?!" diyerek yemin etmiş ve ineğini almıştır¹³⁵.

8. Nükûl

Davacının talebi ile yemin teklif ettiği kişinin yemin etmekten kaçınmasına ya da susmasına nükûl denir. Hanefî mezhebine göre nükûl, kişinin üzerine atılı iddiayı kabul ettiğine, yani ikrara veya sahip olduğu şeyden feragat ettiğine (bezl) dair güçlü bir karine oluşturur. Aksi gerçek olsaydı üzerindeki töhmeti kaldırmak için yemin etmesi gerekirdi¹³⁶. Tabi ki hâkimin huzurunda olmadan davacının herhangi bir yerde yaptığı yemin teklifine davalının nükûlde bulunması, hukuken nazarı itibara alınmaz¹³⁷. HMK'da da yemin eda etmekten kaçınmak, yemin konusu vakıaları ikrar manasına gelir¹³⁸.

Davalının yeminden nükûlde bulunduğu ya açıkça yemin etmeyeceğini ifade etmesiyle ya da susmayı gerektirecek biyolojik bir mazereti olmaksızın susmasıyla yani delâleten ortaya çıkar. Bununla birlikte işitme engeli olan yahut geçici konuşma bozukluğu yaşayan kişinin susması, nükûl manasına gelmez¹³⁹.

Kendisine yemin teklif olunmadan yemin etmeyeceğini beyan etmesi davalının nükûlüne delâlet etmez. HMK'daki uygulama, dipnotta verilmiştir¹⁴⁰. Aynı şekilde yemin teklifinden kaçınan davalının haksız olduğuna hâkim hüküm ver-

¹³⁵ Abdürrezzâk, *el-Musannef*, Cilt 8 (Dârü't-te'sîl 2013) 321.

¹³⁶ Meydânî, (n 36) 557.

¹³⁷ Zeylaî, (n 23) 296.

¹³⁸ bk. HMK md. 229/2: '...Yemini eda etmekten kaçındığı takdirde, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır.'

¹³⁹ Bilmen, (n 22) 183.

¹⁴⁰ HMK açısından duruma bakıldığında; eğer hâkim, teklif edilen yeminin muteber olduğuna karar verirse, karşı tarafa (yemini eda edecek tarafa) yemin davetiyesi çıkartır. Çıkartılan yemin davetiyesinde, yemin için davet edilen kimsenin, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özürlü olmaksızın bizzat hazır bulunmaması yahut hazır bulunup da yemini iade etmemesi ya da yemini eda etmekten kaçınması durumunda, yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yönünde bir ihtara yer verilir. Bkz. HMK m. 228, m. 229; Türkmen, (14), 123.

meden yemin yapabileceğini dile getirirse yemin yaptırılır. Çünkü hüküm, henüz verilmemiştir. Bununla birlikte hâkim hükmünü verdikten sonra, davalının yemin yapacağını ifade etmesi geçersizdir. Çünkü bu durumda nükûl, sabit hale gelmiş ve hüküm verilmiştir. Böyle bir hükmün bozulmasını gerektirecek bir şey olamaz¹⁴¹.

Davalının yemin teklifi üzerine üç gün süre istemesi, nükûl manasına gelmeyeceği için kedisine bu süre verilir. Üç mezhebin kanaati de bu doğrultudadır¹⁴².

Bazı davalarda, davalının yeminden kaçınması, karar verildikten sonra başka deliller (beyyine) ortaya koyarak kendisini savunmasına engel değildir. Mesela bir kişi, davalının elinde bulunan bir malın kendisine ait olduğunu iddia edip ispatlayamasa, neticede davalıya yemin teklifinde bulunulsa oda nükûl edip hakkında malı iadesi kararı verilse bu durum davalının başka delillerle hakkını aramasına engel olmayacaktır. Mesela aralarındaki bir satış sözleşmesi delilini ortaya koyarak davacıdan hakkını geri almak için mahkemeye müracaat edebilir. Bu durumda hâkim, delilini niye ilk dava görülürken sunmadığını soramaz. Bu durumun hukuken tecviz edilmesi Hz Ömer'in uygulamasına dayanmaktadır. Onun atadığı kâdılardan olan Şureyh'in şu sözü bu anlamda dikkate değerdir: *"Yalan bir şey üzere yapılacak yemin, adaleti tesis edecek olan delile göre daha çok reddedilmeyi hak eder"*¹⁴³. Burada, yeminin güçlü delilden (beyyine) daha düşük derecede belirleyici bir hukuki mekanizma olduğuna ve yemin delilinin tabiatı itibarıyla, yalan üzere yapılmış olma riskine dikkat çekilmektedir. HMK m. 375/1(g)'de *lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması* yargılamanın iadesi sebepleri arasında gösterilmiştir. Yani, böyle bir ihtimalde (yemin eden tarafın lehine) sonuçlanan davada verilen karar şekli anlamda kesinleşmiş olsa dahi, bu davanın fevkalade bir kanun yolu olan yargılamanın iadesi yoluyla yeniden görülmesi mümkün olmaktadır. Ancak, özellikle belirtmek gerekir ki, bu ihtimal, biraz önce ele aldığımız ihtimalden farklı (onun tam tersi) niteliktedir. Çünkü İslam muhakemesi için ele aldığımız örnekte, yeminden kaçınmak suretiyle davayı kaybeden tarafın hüküm verildikten sonra başkaca delillerini sunarak hakkını araması söz konusudur ki bu ihtimal, yargılamanın iadesi sebeplerini

¹⁴¹ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3157; Bilmen, (n 22) 183.

¹⁴² Ali el-Kârî, (n 72) 241; Ali Haydar Efendi, (n 22) 3158.

¹⁴³ *اليمين الفاجرة احق بالرد من اليمين العادل* Bk. Ali el-Kârî, (n 72) 241; Ali Haydar Efendi, (n 22) 3158.

düzenleyen HMK m. 375/1'de zikredilmemiştir. Orada zikredilen yalan yere yemin eden taraf lehine sonuçlanan davanın (hüküm kesinleştikten sonra) bu yeminin yalan yere olduğunun ikrar veya yazılı delille sabit olması durumunda yeniden görülmesidir¹⁴⁴.

9. Yeminin Geri Çevrilmesi (İadesi/Reddi)

Hanefi mezhebinde, davalının yeminden kaçınması durumunda yeminin davacıya yani ispat yükü üzerinde olan şahsa yönlendirilmesi "*Delili (beyyine), iddia eden taraf sunmalı, yemini ise inkâr eden taraf yapmalıdır.*" hadisine¹⁴⁵ binaen caiz değildir¹⁴⁶.

Davacıya da hem ilkesel anlamda hem de davayı aydınlatacak bir delil ortaya koyduğu için yemin yaptırılmaz. Zira yemin, delilin olmadığı hallerde onun yerine ikame edilen hukuki bir mekanizmadır¹⁴⁷. Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebe göre ise caizdir. Buna *yemîn-i merdûde* denir. Fakat hangi davalarda, davacıya yemin teklif edilmesi gerektiği hususu ihtilafıdır. Davalının kaçındığı yemini davacı yaparsa bu takdirde davacının iddiasının haklı olduğu ortaya çıkacağı için uyumsuzluk, yeni bir delil (beyyine) ortaya çıkana kadar ortadan kalkar¹⁴⁸.

Şafiî mezhebinde ise ilkesel olarak yeminin davacıya/müddeîye çevrilmesi mümkündür. Çünkü bir kişinin yeminden kaçınması, haksız olduğunu göstermez, belki takvasından dolayı yahut ihtiyattan, yanlış bir şey üzerine yemin etmekten çekiniyordur. Davalının sarîh olarak yemin etmeyeceğini ifade etmesi yahut susup, delâleten nükûlüyle yemin, onu teklif eden müddeîye/davacıya

¹⁴⁴ Bununla birlikte, HMK m. 375/1(ç)'de yer alan 'Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması' şeklindeki düzenlemeden hareketle, yeminden kaçınmış olması sebebiyle davayı kaybeden tarafın, yargılama sırasında elinde olmayan nedenlerle elde edemediği belgeye kararın verilmesinden sonra ulaşması durumunda, davanın yeniden görülmesini sağlamasının da mümkün olacağı kanısındayız.

¹⁴⁵ 'Delili iddia sahibinin sunması, yemini de inkâr edenin yapması gerekir.' bk. Buhârî, 'Rehin', 6.

¹⁴⁶ HMK açısından duruma bakıldığında, m. 229'da yemin için davet edilen kimsenin, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özrü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıraları ikrar edilmiş sayılacağı ve kendisine yemin teklif olunan kimsenin de yemin etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıanın ispat edilememiş sayılacağı düzenlenmektedir. Türkmen, (n 14), 123.

¹⁴⁷ Serahsî, (n 77) 119; Zeylaî, (n 23) 301.

¹⁴⁸ Meydânî, (n 36) 557.

çevrilir. Müddeî/davacı yemini ifa ederse davayı kazanır, nükûlde bulunursa uyuşmazlık ortadan kalkar¹⁴⁹. Çünkü iddia ettiği hak için kendisi yeminden kaçınmaktadır. Fakat müddei/davacının nükûlünün altında da takva boyutu söz konusu olabilir. Buradan da anlaşılmaktadır ki nükûl, her ne kadar kişinin haksız olduğunu kesin bir şekilde göstermese de bu kesinliği sağlamak için yeminin reddinde de tekrar şüpheli nükûl durumuyla karşılaşmak kaçınılmazdır.

Hanefi doktrini, yeminin iadesi, yani geri çevrilerek davacı/müddeîye yemin teklif edilememesini çeşitli şekillerde gerekçelendirir. Bunlardan en önemlisi, iddiasını başka delillerle kanıtlayamayan kişinin yeminden başka bir delilinin olmamasıdır. Hz. Peygamber devrinde, Kinde ve Kinâne kabilelerinden iki adam, bir arazinin mülkiyeti noktasında uyuşmazlığa düşüp meseleyi Hz. Peygamber'e arz ettiler. Hz. Peygamber, arazinin kendisine ait olan kişiye delilinin olup olmadığını sormuş, adam da olmadığını söylemiştir. Bu sefer, arazinin zilyetliğini elinde bulunduran kişiye sormuş, o da tarlayı kendisinin ekip biçtiğini ve kendi mülkiyeti olduğunu ifade edince davacıya bu durumu inkâr eden davalıya yemin teklif etme hakkını söyleyince davacı/müddei, adamın dini hassasiyetleri çok olmayan günahkâr biri olduğunu ve hakkı olmayan bir şeye yemin yapabileceğini söyleyince Hz. Peygamber, *"Ona yemin teklif etmek senin hakkındır."* buyurmuştur. Hadisin başka bir varyantında, *"O adam üzerinde bundan başka bir hakkın yoktur"*¹⁵⁰. buyurmuştur. Bu ifadedeki كَلَّ yani *"Senin hakkındır."* cümlesindeki "Lâm" harfi, temlik yani hakkın kime ait olduğunu belirtmek için kullanılır. Buradan da böyle bir durumda davacının yemin talep hakkından başka bir hakkının olmadığı ve yeminin yönlendirilmesi gereken kişinin davalı/müddeâ aleyh olduğu ve yeminin reddinin caiz olmadığı ortaya çıkmaktadır¹⁵¹.

HMK'ya göre ise yeminin iadesi mümkündür. Yani mahkemeye gelen ve kendisine yemin teklif olunan kişi, *"Ben yemin etmiyorum. Bana yemin teklifinde bulunan şahıs yapsın yemini!"* diyebilir. Bunun neticesinde davacı yemin ederse yemine konu olan davalar kesin delille kanıtlanmış olur. Yeminden kaçınırsa yemine konu olan vakianın gerçek olmadığı ortaya çıkmış olur. Şu kadar var ki yeminin iadesinin mümkün olabilmesi için yemin konusunu oluşturan olayın iki tarafın da şahsından kaynaklanması gerekmektedir. Yalnızca davalının şahsından kaynaklanan davalarda yeminin iadesi mümkün değildir¹⁵².

¹⁴⁹ Merginânî, (n 55) 154; Zeylaî, (n 23) 295.

¹⁵⁰ كَلَّ لَيْسَ لَكَ مِنْهُ إِلَّا ذَلِكَ bk. Müslim, 'Eymân', 139.

¹⁵¹ Zeylaî, (n 23) 294.

¹⁵² bk. HMK md. 230; Postacıoğlu ve Altay, (n 25) 686; Türkmen, (n. 14), 124.

10. Bir Çok Dava İçin Tek Yemin Yapılması

Farklı davaların görüldüğü bir mecliste davalının, iddiaların hepsi için bir yemin etmesi yeterlidir. Mesela bir kişi, karşı tarafın hem daha önce vermiş olduğu borcunu eda etmediğini hem de başka bir zamanda bir malını gasp ettiği yönünde davacı olsa davalı bu iddiaların hepsi için tek bir yemin ederek "Vallâhi, ona borcum yoktur!" demesi kâfidir. Bununla birlikte ikinci şey hakkında davanın dinlenilmesi, birinci davanın yemin ile çözüme kavuşturulmasına bağlı ise iki defa yemin yapılması gerekir. Mesela bir kişi, filanca'nın vekili olduğunu ve kendisinin bu kişiden alacaklı olduğu iddiasıyla dava açsa davalıya, önce bu kişinin müvekkili olmadığına, böyle bir vekâleti bilmediğine yemin ettirilir. Sonrasında, borcunu bilmediğine dair de ayrıca yemin ettirilebilir¹⁵³. HMK'ya göre de yemin teklifi birden fazla husus için verilmişse hâkim, her konu için ayrı ayrı yemin teklifini değerlendirmesi ve her iki teklif için de yemini yerine getirtmesi gerekir¹⁵⁴.

11. Bir Şahit ile Birlikte Yeminin Hukuki Değeri

Şafî mezhebinde iddiasına bir şahit getirip ikinci bir şahidi olmayan davacıya hâkim resen yemin teklif eder. Bu durumda yemin yaparsa bir şahit ve yemin birlikte lehine karar verilir. Bunu kabul etmeyen Hanefiler'in delili Hz. Peygamber'in yeminin davalının delili olduğu yönündeki, hadis terminolojisi açısından Hanefiler için güçlü bir delil olan, *meşhûr* hadistir. Şafîler'in delil aldığı, Hz. Peygamber'in bir şahit ve davacının yemini çerçevesinde hüküm koyduğu rivayet¹⁵⁵, Hanefiler'e göre delil alma açısından hadis terminolojisinde *garîb* hadis sınıfına girmektedir¹⁵⁶.

12. Şahitlere Yemin Verilmesi

İslam Hukukunda, mahkemeye hiçbir ücret talep etmeden şahit olarak gelme külfetini kabul eden birinin onurunu muhafaza ve taltif etmek için yemin teklif edilemez. Çünkü yemin istemede kişinin yalan söyleme ihtimali ve töhmet söz konusudur. Dolayısıyla bunu ortadan kaldırmak için yemin yapılır. Bir rivayette de Hz. Peygamber, "Şahitleri taltif (ikrâm) edin. Zira Allah onların

¹⁵³ Ali Haydar Efendi, (n 22) 3157.

¹⁵⁴ Yılmaz, (n 13) 141.

¹⁵⁵ Ebû Dâvûd, 'Ekziye', 21.

¹⁵⁶ Mevsilî, Hanefiler'in delili olan hadisin tevatüre yakın meşhur olduğunu ifade etmektedir. Bk. Mevsilî, (n 59) 112; Dâmâd, (n 23) 255.

*eliyle zulmü bertaraf edip adaleti tecelli ettiriyor*¹⁵⁷.” buyurmaktadır. Nitekim Anadolu’da “iki emini bir yemin aralar.” deyişi, bir birbirlerine emniyet eden iki kişiden biri, yemin iddiasını yeminle delillendiriyorsa, yemin yapan kişinin inandırıcılığında şüphe oluşmuş ve aralarındaki itimat ortadan kalkmış demektir. Hanefî hukukçu İbn Nüceym’in kitabındaki yorum dikkat çekicidir: “*Müddeâ aleyhe nasıl ki iki defa yemin verilmez, şahitten de iki defa yemin etmesi istenemez. Çünkü her ne kadar sarîh bir şekilde ‘Vallahi!’ demese de ‘Şahitlik yaparım.’ sözü, yemindir.*” Ayrıca şahide yemin vacip olmayınca, bundan kaçınması da en tabii hakkıdır. Şahitlere yemin verilmesi, onların yalancı şahitliklerinin önüne geçmekse, yalancı şahit olma konusunda tertip yapan yalan üzere de çok rahat yemin yapar¹⁵⁸.

IV. Yeminle İlgili Teknik Terimler

Yemin sahasında araştırma yapacak olanlara kolaylık sağlaması için çalışma boyunca karşılaştığımız kavramları bir bütün halinde müstakil bir başlık altında vermeyi uygun gördük.

Âfet	: Konuşma ve işitme ile ilgili bedensel engeller.
Beyyine	: İddia sahibinin iddiasını temellendirmek için öne sürmesi gereken delil
Bezl	: Kişinin yemin etmemek için hakkından vazgeçmesi yahut cezaya razı olması
Dava	: İddia veya savunma
Half	: Yemin etmek, yemin
Hâlif	: Yemin eden kişi
Hânis olmak	: Yaptığı yemini tutmamak ya da yalan üzere yemin etmek

¹⁵⁷ . أكرّموا الشُّهُودَ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَسْتَخْرِجُ بِهِمُ الْحَقَّ وَيُدْفَعُ بِهِمُ الظُّلْمَ . Birçok Hanefi fıkıh kitabında referans gösterilen (Mesela Hanefi fakih İbn Nüceym, açıkça ‘Şahitlere iyi davranmak emredildi.’ demektir. İbn Nüceym, *Bahru’r-râik*, Cilt 7 (Dârü’l-Ma’rife, t.y.) 204) ve zayıf olduğu söylenen bu rivayete temel hadis kitaplarında rastlanılamamıştır. Rivayetle alakalı tahliller için bk. Şemseddîn Muhammed b. Abdîrahim es-Sehâvî, *El-Mekâsîdü’l-hasene Fî Beyâni Kesîrin Mine’l-ehâdisi’l- müştahire ‘ale’l-elsine* (Meymene 2017) Cilt 1 470.

¹⁵⁸ İbn Nüceym, (n 151) 204.

Hâriç	: Malın elinde bulundurmeyen, onun üzerinde sahibi gibi tasarrufta bulunamayan kişi, zilyedin zıttı
Hasm	: Hasım, Davalı, müddeâ aleyh
Husumeti Kat' Etmek	: Anlaşmazlığı ortadan kaldırmak
Hüccet	: Delil hakkı, mesela, davalının hücceti (delili). Hüccetin beyyineden farkı, beyyine iddianın desteklenmesi gerektiği delilken hüccet dayanılacak delil (argüman) manasına gelir. Beyyine, davacı/müddeinin hücceti, yemin davalının/müddeâ aleyhin hüccetidir.
İsrar (sebat)	: Yemin etme konusunda kararlı olma, rahatça yemin yapabilme, ilhâh.
İkrar	: İddiayı kabul etme, inkâr etmeme
İsticvâp	: Davalının hâkim tarafından sorgulanması
İstihlaf	: Yemin talebi, yemin ettirme, yemin isteme
İlzâm	: İddiayı kabul ederek haksızlığını itiraf/ikrar eden kişi. Mesela, hasmı ilzâm etmek.
Kâti' u'l-husûme	: Husumeti ortadan kaldıran
Mahlûfun Aleyh	: Yemin edilen şey
Men'i muâraza	: Çekişmenin sona ermesi, yargılamanın sona ermesi
Mesmû'	: Muhakeme edilmeye değer dava.
Mutlak mülk	: Satın alma, hibe, gibi mülkiyet yollarından herhangi biriyle elde edildiğine dair bir kayıt olmayan mal
Müddeâ Aleyh	: Davalı, ispat yükü kendisine düşmeyen taraf
Müddeâ bih	: İddia edilen şey, iddia

Müddeî	: İspat yükü kendisine düşen taraf, davacı
Müstahlif	: Yemin teklif eden, hâkim
Nakz/İfsâd	: Bozma, hükmüm bozulması
Niyâbet	: Başkası adına işlem yapma. Hâkimin yardımcısına nâib denmesi bundandır.
Nükûl	: Üzerinde yemin sorumluluğu bulunan davalının yemin etmekten çekinmesi
Tahlîf	: Yemin teklif etme, yemin verdirme. Davacının teklif edeceği yemin
Tehâlûf	: Tarafların karşılıklı yemin etmesi
Tevcîh	: Yönlendirme. Yemin teklifi
Yemin Verme	: Hâkimin davalıdan yemin etmesini istemesi
Yemin-i merdûde (Yeminin ladesi)	: Şafîî, Malikî ve Hanbelîlerde üzerinde yemin sorumluluğu bulunan davalının yemin etmekten imtina etmesi (nükûl) durumunda, yemin teklifinin müddeîye yönlendirilmesine, Hanefî mezhebinde caiz değildir.
Zilyed'	: Malın mülkiyeti elinde olan kişi

Sonuç

Bu makale, kanaatimizce ülkemizde İslam yargılama hukukunda ispat vasıtası olan yemin konusunda, bugüne kadar yapılmış olan en kapsamlı çalışmadır. Günlük hayattaki yemine dair çalışmalar, direkt konumuzun içine dahil olmadığı için çalışma boyunca bu eserlere değinilmemiştir. Konunun başlıkları ve ele alınışı tamamen özgün olup Hanefî fıkıh kitaplarındaki yemin bahislerindeki başlık ve konulardan ilham alınarak oluşturulmuştur. Bu yönüyle konuların ele alınış ve sıralanışı, Türk yargılama hukuk doktrininkinden farklılık arz etmektedir. Ayrıca çalışmanın hacim gözününe alınarak Osmanlı uygulamasına yer verilmemiştir. İki hukuk sistemindeki ortak konularda uzman hukukçularla istişare ve mukayeseler yapılmaya gayret edilmiştir. Burada da asıl hedef, Hanefî külli-

yatında yeminle ilgili tüm ayrıntıların ortaya konmasıdır. Dolayısıyla bu çalışmayı, yeminle alakalı diğer çalışmalardan ayıran husus, İslam hukukunda yemin sürecinin nasıl işlediğine dair genel bilgiler veren kitap ve makalelerden ziyade, konunun derinlemesine işlendiği eserlerden özgün bir yemin teorisinin ortaya konulması ve Türk hukuk yargılaması ile kısa mukayeseler yapılmasıdır. Akılcılığı bozmamak için uzun HMK maddeleri, çoğu yerde dipnotta verilmiştir.

Gerek İslam gerekse de Türk yargılama hukukunun önemli bir alanı olan ispat konusunda kesin delil kabul edilen taraf yemini, tarih boyunca pek çok uyuşmazlığa ışık tutmuştur. Taraf yemininde iddiasını ispatlayacak kanıtlara sahip olmayan davacı/müddeî, hâkim marifetiyle davalıdan/müddeâ yemin yapmasını isteyebilir. Davalının yeminden kaçınması, davacının haklılığını ortaya çıkarır. Bunun aksine kendisine önerilen yemini ifa etmesi durumunda ise davacının başvurabileceği başka bir yol kalmamaktadır.

Yukarıdaki paragrafta genel hatlarıyla izah edilmeye çalışılan taraf yemini, gerek İslam hukukunda gerekse de Türk usul hukukunda, hukuki uyuşmazlıklarda son çözüm kaynağı olmuştur. Bu çalışmada İslam hukukunda yeminin mahkemelerde çözüm kaynağı olduğu örnekleri şeriyeye sicilleri üzerinden vermek uygun olsa da bu çalışmanın ulaştığı sayfa sayısı göz önüne alındığında, bunun bir başka çalışmaya bırakılmasının ve bu makalenin konunun teorik çerçevesini koymakla yetilmesinin daha münasip olacağına karar verdik. Bu da İslam hukukunda manevi yaptırım gücünün etkisini görme açısından önemlidir. Günümüz yargılama hukukunda bunun esas kabul edilmesi, halkın sahip olduğu kutsal değerlerin davanın çözümüne katkısını görme açısından dikkat çekicidir.

Çalışma neticesinde, asırlar boyu uygulama alanı bulan Hanefi fikhında, davalının hücceti olan taraf yemini ile alakalı bir hayli ayrıntı hükme rastlanılmıştır. Yargıtay içtihatlarında bile rastlanılamayacak düzeyde ayrıntılı meseleler, İslam yargılama hukukunda yeminin ne denli ehemmiyetli bir konu olduğunu göstermektedir.

Türk usûl hukukundaki hükümlerin birçok konuda Hanefi mezhebiyle uyum içerisinde olduğu, fıkıh kitaplarında ele alınan bazı konuların ise içtihat konusu yapılmadığı, tam aksi yönde Türk usûl hukukunda içtihat konusu olan bazı meselelerin ise tetkik edilen Hanefi fıkıh kaynakları içerisinde içtihadı konu olmadığı tespit edilmiştir. Fakat çalışmamızın ana eksenini Hanefi yargılama hukuku oluşturduğu için mezhep içerisinden taraf yemini ile alakalı ne kadar konu varsa hepsine, belli bir sistematik içerisinde temas edilmiştir. Bunu yaparken, medeni yargılama usulünde olup Hanefi doktrin kitabında olmayan her konuya temas

edilmemiştir. Durum böyle olmakla beraber iki hukuk sistemindeki meselelerin neredeyse tamamına yakını aynı başlıklar altına incelenebilecek türdendir.

Son kısmında, yapılan doktrin okumaları neticesinde, İslam yargılama hukukuyla alakalı kavramlar tespit edilerek kısa bir sözlük çalışmasının eklenmiştir. Bu çalışmanın gerek İslam-Osmanlı yargılama, gerekse de Türk Medeni Yargılama Usulu sahasında yapılacak olan çalışmalara da katkı yapması umulmaktadır.

Kaynakça

- Abdürrezzâk Abdürrezzâk b. Hemmâm, *el-Musannef*. (Dârü't-te'sîl 2013)
- Ağırakça AE, *Hadislerde Yemin Lafızları*. (Marmara Üniv., Yüksek Lisans Tezi 1998)
- Akman A, *Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı ve Yargılama Hukuku* (Yetkin 2022)
- Ali el-Kârî N, *Fethu Bâbi'l-inâye* (Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye 2009)
- Ali Haydar Efendi, K, *Dürerü'l-hükkâm* (TDV 2020)
- Ayaş S, *İslam Muhakeme Hukukunda Tek şahit ve Yeminle Hüküm* (Necmettin Erbakan Üniv. Yüksek Lisans Tezi 2014)
- Bayındır A, *İslam Muhakeme Hukuku* (İSAV 1986)
- Bebek A, "Kebîre", *TDV İslam Ansiklopedisi*. (TDV 2022)
- Bilmen Ö, *Büyük İslam İlmihali* (Çelik 2014)
- Hukûk-u İslâmiyye ve Istilahât-ı Fıkhiyye Kamusu*. (Enes Sarmaşık t.y.)
- Boynukalın Ertuğrul "Yemin" Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (Ankara TDV Yay)
- Buhârî M, *es-Sahîh* (Çağrı 1981)
- Candan A, 'İslam Hukukunda Yemin ve Ahlakîlik', (2010), (15) İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 431, 438
- Dâmâd Efendi Ş, *Mecma'u'l-ehur fî Şerhi Mültaka'l-ebhur* (Dâru İhyâi't-turasi'l-Arabî t.y.)
- Gökmenoğlu H, 'İslam Muhakeme Hukukunda Bir İspat Vasıtası Olarak Yemin', (1994) (3) Selçuk Üniversitesi Selçuk Bilimler Enstitüsü Dergisi, 179-195
- Ekrem Buğra Ekinci, 'Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Kanun Yolları', (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1996)
- İbn Ebî Şeybe E, *el-Musannef*, (Dârü't-te'sîl 2013)
- İbn Mâce M, *es-Sünen*. (Çağrı, 1981)
- İbnü'l-Hümâm M, *Fethu'l-kadîr*. (Dâru Sadr t.y.)
- Kasânî Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâi'ü's-sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi* (Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye 2010)
- Merginânî B, *el-Hidâye*. (Dârü'Erkâm, t.y.)
- Mevsilî A, *el-İhtiyâr Fî Ta'lîli'l-Muhtâr* (Çağrı 1980)
- Meydânî A, *el-Lübâb Fi Şerhi'l-Kitâb* (Mektebetü İlmi'l-hadîs 2002)
- Münâvî Muhammed b. Abdurraûf, *Feyzü'l-kadîr Şerhu Cami'i's-sağîr* (Mektebetü't-Ticâriyye1356/1978)
- Müslim M, *es-Sahîh*. (Çağrı 1981)
- Nesâî A *es-Sünen* (Çağrı Yay 1981)

- Öğük R., *İslam Fıkında Yemin* (19 Mayıs Üniv., Yüksek Lisans Tezi 2011)
- Öztürk N., *İlahi Dinlerde Yemin. Keffaret ve Kurban*. (Selçuk Üniv., Doktora Tezi, 1996)
- Postacıoğlu İ. ve Altay S., *Medeni Usûl Hukuku Dersler* (8. Bası, İstanbul 2020)
- Râfiî A., *Şerhu Müsnedi's-Şafîi* (Vizâretü'l-evkâf 2007)
- Sehâvî Ş., *Abdirrahim, el-Mekâsidü'l-hasene Fî Beyâni Kesîrin Mine'l-ehâdisi'l- müstehire 'ale'l-elsine* (Meymene 2017)
- Serahsî Ş., *el-Mebsût*. (Dârü'l-Ma'rife, t.y.)
- Taberânî S., *el-Mu'cemü'l-kebîr*. (Mektebetü İbn Teymiyye, t.y.)
- Tirmizî M., *es-Sünen*. (Çağrı, 1981)
- Türkmen A., 'Türk Özel Hukuk Yargı Sisteminde Yemin Müessesesi', (2015), (1), International Journal of Legal Progress, 107-132
- Yılmaz Yurtseven-Naci Çevik, 'İslam Muhakeme Hukuku ve Klasik Dönem Osmanlı Uygulamasında Yemin Müessesesi', Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2020) 8 (15), 1-25
- Yılmaz Ejder. *Yemin*: (3. Baskı, Yetkin 2021)
- Zeylâ O., *Tebyînü'l-Hakâik*. (Dârü'l-Ma'rife 1314)
- Zeynüddîn İ., *Bahrü'r-râik*. (Dârü'l-Ma'rife, t.y.)
- Zuhaylî V., *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü*. (Dârü'l-Fıkr, t.y.)